

A primera vista, la gran dicotomía que divide a las Constituciones en lo que se refiere a la relación entre Estado e Iglesias es la que contraponen los Estados laicos a los confesionales, según las definiciones de sus Constituciones. Sin embargo, quiero mostrar que tal impresión es aparente, y que la realidad es más compleja.

Por lo que se refiere a los Estados nominalmente confesionales, cabe distinguir en ellos tres variantes con distintas relaciones entre Estado y religión, que pueden enumerarse de mayor a menor compromiso entre ambas: a) el Estado *teocrático*, que considera al Estado como ordenado por algún dios y como esencialmente dirigido a la observancia de una religión, modelo del que algunos países islámicos todavía pueden ser un ejemplo cercano; b) el Estado *erastianista* (o *cesaropapista*), caracterizado por disponer de una Iglesia de Estado, de forma que es el poder político el que dirige, controla y se sirve de una determinada religión para sus fines, como lo ejemplifica bien, especialmente en sus principios, la Iglesia anglicana en Inglaterra,² y c) en fin, el Estado *confesional*, que declara constitucionalmente su creencia y su apoyo a una determinada religión y procura conformar sus leyes con ella, que podría ejemplificarse en buena parte de la tradición constitucional española desde las Cortes de Cádiz hasta el Estado franquista.

Aunque las dos últimas formas tienden a veces a identificarse bajo la idea de confesionalidad (equivalente al también ambiguo término inglés de *establishment*),³ una cosa es que el Estado sea el titular de una Iglesia propia, y otra, que declare oficialmente profesar una determinada religión, pues si la segunda idea está necesariamente incluida en la primera, no es cierto lo contrario. De todos modos, una vez que se tiene en cuenta esa diferencia, tampoco hay inconveniente en hablar de Estado confesional en sentido amplio para referirse a ambas modalidades.

Junto a las distinciones anteriores, resulta especialmente importante aquí destacar que las anteriores fórmulas, y en especial las dos últimas, admiten muy diversos grados de aplicación efectiva y, por tanto, de mayor o menor respeto a las manifestaciones básicas de libertad religiosa. Por ejemplificar esa variabilidad, un sistema como el inglés, donde la Iglesia anglicana de Inglaterra, además de tener como cabeza a la reina y de financiarse con fondos públicos, se sienta en la Cámara de los Lores a través de varios de sus obispos y protagoniza importantes ceremonias oficiales, en realidad, hoy garantiza una básica libertad de los individuos para practicar su propia religión sin interferencias externas. Se diría que allí por un lado van la doctrina y los usos oficiales, y por otro las pautas jurídicas y las prácticas sociales, como lo refleja bien la broma de que la Iglesia anglicana es aquella “que los ingleses prefieren no frecuentar”.⁴ Otro ejemplo distinto es la regulación jurídica en el franquismo, que comenzó con la exclusión del ámbito público de todo culto no católico; sin embargo, desde 1967, sin alterar la confesionalidad católica del Estado, se admitió el culto externo de las demás confesiones. Pues

bien, formas de confesionalidad religiosa como estas pueden ser compatibles con algunas de las formas de laicidad estatal formalmente proclamada en algunas Constituciones.

Propongo distinguir tres formas distintas de laicidad, que pueden enumerarse también de acuerdo con su mayor o menor cercanía entre Estado y religión. En el extremo más cercano a la confesionalidad religiosa podríamos situar el modelo que se ha denominado de *laicidad positiva o abierta*,⁵ conforme al cual la declaración de no confesionalidad se considera compatible, sea de hecho o de derecho, con ciertas formas de compromiso más o menos intenso entre Estado e Iglesias. En este modelo se defiende una forma de “neutralidad” estatal en materia religiosa de carácter limitado o parcial, que garantiza únicamente una básica o mínima libertad religiosa, evitando la interferencia coactiva en y entre las distintas creencias religiosas, pero sin que el Estado se abstenga de favorecer a unas posiciones religiosas sobre otras o, en todo caso, sobre las posiciones no religiosas: un ejemplo concreto indicativo del modelo lo proporcionaba el sistema inglés, que hasta su abolición en 2008 castigó penalmente la blasfemia, construida judicialmente de forma sesgada como lenguaje injurioso contra el cristianismo o la Iglesia de Inglaterra;⁶ otro buen ejemplo, sobre el que hablaré en seguida, por extenso, lo constituye el sistema constitucional español, para el que, según creo, se acuñó esa expresión de “laicidad positiva”. En fin, también podría citarse el caso irlandés, que declara oficialmente la separación jurídica entre Estado e Iglesia, pero en donde la confesión católica tiene una enorme influencia en la práctica,⁷ un caso que contrasta como en espejo con el inglés, de reco-

nocimiento de una Iglesia oficial con poca influencia en la práctica, lo que corrobora la conveniencia de no fiar el análisis de estas cuestiones a las meras declaraciones constitucionales.

En el extremo opuesto, más alejado de una confesionalidad religiosa, pero no por ello libre de cierta “confesionalidad” laicista por su beligerancia antirreligiosa, también se puede dar la situación inversa a la anterior de un sistema que proclama una forma de *laicidad militante* o *radical* bajo un entendimiento de la neutralidad como prohibición de toda manifestación externa de los cultos religiosos, abarcando mucho más que la razonable exclusión de la religión del ámbito estrictamente político. El ejemplo más extremo lo ofrecen los regímenes comunistas con su favorecimiento político del ateísmo,⁸ aunque hay otras formas menos agresivas y variablemente beligerantes en distintos momentos históricos, como el laicismo republicano francés o el caso mexicano, en los que me detendré más adelante.

Entre ambas posiciones hay una interpretación liberal y estricta de la neutralidad en materia religiosa, que da lugar a un tercer modelo, que propongo denominar de *laicidad neutral*, en la que el Estado se compromete a una más rigurosa imparcialidad en materia religiosa con el fin de garantizar una amplia libertad en condiciones de igualdad para todas las creencias relativas a la religión. Este es el modelo que aquí se va a defender como la forma más genuina y propiamente justificada de laicidad, y cuyo contenido sustancial puede extraerse como resultado de la crítica a las otras dos formas extremas.

Ahora es importante advertir una serie de rasgos formales que comparten las tres formas anteriores

de laicidad. Ante todo, las tres son tipos ideales que, como las formas de confesionalidad, se pueden realizar de hecho en distintos grados. Los tres modelos se pueden considerar en una línea continua gradual que va de un extremo a otro; esto es, desde la laicidad positiva hasta la radical, ocupando el centro de la línea la laicidad neutral. Más aún, la noción de laicidad positiva, que pretende reflejar el reconocimiento larvado de una cierta confesionalidad, es perfectamente tangente con la confesionalidad oficial solo cuando ambas se contemplan desde el punto de vista del reconocimiento constitucional o formal, pero pueden considerarse solapadas, al menos parcialmente, si se atiende más al régimen jurídico y efectivamente existente que a las meras declaraciones constitucionales.

En fin, de los tres modelos de laicidad mencionados, el más exigente y seguramente más difícil de encontrar en la realidad constitucional efectiva es el neutral, pues su criterio de neutralidad estricta es relativamente fácil de sobrepasar en la práctica, sea hacia un lado o hacia otro del espectro gradual indicado. Que en los hechos no haya quizá ningún Estado que lo cumpla de manera perfecta no lo descalifica como modelo ideal, siendo precisamente su carácter ideal lo que le proporciona su valor crítico frente a la realidad de la mayoría de los regímenes constitucionales en materia de libertad religiosa.

De todos modos, a pesar de algunos aspectos concretos en los que su práctica o su casuística se aparta en una u otra dirección de la estricta laicidad neutral, si se me pidiera una referencia indicativa diría que Estados Unidos y Francia, cada uno con sus distintas tradiciones, se aproximan más a mi propio ideal que ningún otro país.

I. LAICIDAD POSITIVA: CONFESIONALISMO ENCUBIERTO Y DÉFICIT DE NEUTRALIDAD

Un paradigma muy amplio de la llamada laicidad positiva, con su confesionalismo encubierto y su esencial ambigüedad entre confesionalidad y laicidad, lo ofrece el actual sistema jurídico español, del que ofreceré un cuadro ilustrativo a continuación, en el § 2.1. En otra escala, y con una todavía más marcada ambigüedad y flexibilidad en los límites de demarcación de la neutralidad estatal en materia religiosa, en el § 2.2 me referiré también a los rasgos esenciales del modelo europeo en el marco del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en especial a través de la jurisprudencia del TEDH.

1. La laicidad positiva en el caso español

La Constitución española afirma lo siguiente en su artículo 16, números 1 y 3:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley...

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Estos preceptos han sido desarrollados, ante todo, por unos acuerdos entre el Estado español y la Santa

Sede, que, aunque firmados y ratificados después de promulgada la Constitución, fueron negociados y realmente acordados con antelación,⁹ y en los que merece destacarse la obligación del Estado, de ofrecer enseñanzas de religión católica en los centros públicos de educación básica y de formación del profesorado, que pueden ser voluntariamente cursadas por el alumnado, la asunción por el Estado de tal profesorado en régimen de libre propuesta y remoción por la jerarquía eclesiástica, la subvención del Estado para el sostenimiento económico del clero de la Iglesia católica, la exención de varios impuestos, y, en fin, el régimen de asistencia religiosa a los miembros de las fuerzas armadas mediante personal eclesiástico a cargo del Estado.

Un ulterior instrumento de desarrollo fue la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, que comienza definiendo la libertad religiosa como el derecho de cada cual a “profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna”. Luego, entre otras regulaciones, impone a los poderes públicos la obligación de “facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia”, y prevé la firma de acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas inscritas “que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”.

En cumplimiento de esta última previsión, un tercer elemento de desarrollo lo proporcionan tres leyes aprobadas en 1992 para sancionar sendos acuerdos de cooperación del Estado con la confesión israelita, la islámica y las evangélicas, a las que se otorgan beneficios similares a los de la católica, salvo en el sostenimiento económico de sus ministros de culto (apoyo que, por cierto, en los acuerdos con la Santa

Sede se extiende hasta el hipotético momento, que no se aprecia cercano, en que la Iglesia católica logre su “propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades”).

En fin, un último aspecto digno de reseñar es la inercia en los hechos por la que, sobre todo en materia simbólica, ha habido una cierta continuidad de prácticas oficiales que desmienten abiertamente la aconfesionalidad del Estado, como la participación de cargos en ceremonias religiosas, especialmente funerales de Estado y procesiones de Semana Santa, o la persistencia de crucifijos y biblias en lugares oficiales, incluidas las mesas de jura de cargos (si bien está garantizada la opción entre la fórmula de juramento o promesa).

En este campo puede ser de interés recordar con más detalle alguno de los casos concretos que han llegado al Tribunal Constitucional español (TC). Este, aun partiendo de una doctrina irreprochable en abstracto, ha incurrido en aplicaciones decididamente criticables por aceptar evidentes carencias del principio de estricta neutralidad estatal ante las confesiones religiosas. De los tres casos que relataré, el primero fue el que inició la doctrina sobre libertad religiosa con una excelente teoría general que la misma sentencia terminó por inaplicar al caso concreto. Se trataba de un recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados del Partido Socialista Obrero Español contra una ley de 1981 relativa a mandos y ascensos militares, que incluía al cuerpo eclesiástico, formado desde el franquismo por capellanes católicos castrenses que podían obtener diversos grados como oficiales del ejército. El Tribunal Constitucional comenzó afirmando que la proclamación de que “nin-

guna confesión tendrá carácter estatal” del artículo 16.3 de la Constitución “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”, porque”, el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso” (STC 24/1984, FJ 1).

Con ello, el TC destacaba el principio de separación entre Estado e iglesias, que también se ha considerado la vertiente objetiva de la libertad religiosa. Pero a renglón seguido, el Tribunal pasaba a destacar la vertiente subjetiva de la libertad religiosa, sobre la que recordaba la existencia de

dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los arts. 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos [...de modo] que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico (*idem*).

Lamentablemente, aunque amparándose en razones procesales, el fallo de la sentencia sobre los capellanes castrenses fue contrario a los recurrentes y evitó entrar en la palmaria contradicción entre el principio de aconfesionalidad estatal y la existencia de un cuerpo militar de sacerdotes católicos.

En el segundo caso, que muestra un cierto régimen dual de la libertad religiosa en España, se resolvió un recurso individual (amparo) de un sargento de las fuerzas armadas afectado por un procedimiento sancionatorio por haberse negado a participar en una parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados, patrona de Valencia, con motivo del V Centenario de su advocación. El TC amparó al militar anulando el procedimiento sancionatorio, protegiendo así la mencionada vertiente subjetiva de la libertad religiosa, pero obvió la vertiente objetiva, relativa al deber de neutralidad o no confusión entre funciones estatales y religiosas. La sentencia comenzó recordando el principio de neutralidad como premisa mayor y, como premisa menor, calificó los hechos como actos “convocados y organizados por la autoridad militar [...] de inequívoco contenido religioso”, pero la extraña e ilógica conclusión del silogismo fue que “el art. 16.3 C.E. no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza” (STC 177/1996, FJ 10).

El tercer caso, más reciente, es el recurso de amparo de un abogado sevillano que impugnaba una reforma a los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla de 2004 en lo que respecta a la siguiente cláusula: “El Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada”.

La sentencia comienza aceptando que los colegios de abogados son corporaciones de derecho público de pertenencia obligatoria para quienes quieren ejercer esa profesión, y que por su carácter estatal están obligados a la neutralidad religiosa. Como no podía ser

menos, también reconoce que la afirmación identitaria de la citada cláusula, junto a un significado de alcance social y cultural, tiene un inevitable e indudable carácter religioso. Su sorprendente conclusión, sin embargo, es que la proclamación de tal patronazgo religioso por parte de una institución estatal ni menoscaba el principio de aconfesionalidad del Estado ni afecta a la vertiente subjetiva de la libertad religiosa de los abogados de confesión no católica (STC 34/2011, FFJJ 4-5). En esta cuestión, el TC español olvidó tomar nota de la doctrina establecida por el TEDH en el caso *Buscarini y otros c. San Marino*, del 18 de febrero de 1999, que declaró que la exigencia de un juramento “ante los Santos Evangelios” para acceder al cargo de parlamentario era contraria a la libertad religiosa reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque el carácter tradicional de una fórmula de juramento no le priva a esta de su naturaleza religiosa.

La sentencia sobre el Colegio de abogados sevillano recogía y consolidaba también la constitucionalización de la llamada “laicidad positiva”, una fórmula que fue inventada en una sentencia de 2001, conocida como de la *secta Moon*. Se trata de la STC 46/2001, que afirmó que la aconfesionalidad establecida por nuestra Constitución ha de entenderse como una “actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa”, que obliga al Estado a adoptar “una perspectiva [...] asistencial o prestacional” hacia las comunidades religiosas (FJ 4). Conforme a esta doctrina, que calificó expresamente como “aconfesionalidad o laicidad positiva”, esta sentencia vino a considerar que medidas de carácter concordatario o legal (como la asignatura de religión católica de ofer-

ta obligatoria en la enseñanza pública o el especial apoyo a la asistencia religiosa católica en cuarteles, cárceles y hospitales) serían expresión *constitucionalmente obligada* de tal concepto de laicidad positiva, produciendo así lo que en otro lugar he considerado una indebida “sobreconstitucionalización” de materias infraconstitucionales.¹⁰

Para esbozar sintéticamente una crítica del conjunto de esta doctrina, conviene insistir en que con la noción de laicidad positiva se pretende defender que la única buena laicidad por parte del Estado es la que mantiene medidas favorables y prestacionales hacia las religiones (en principio hacia todas indistintamente, aunque en la práctica muchas de ellas son menos iguales que otras). Desde luego, hay que reconocer el habilísimo diseño lingüístico de la expresión, para mí de ignoto origen,¹¹ que busca las connotaciones emotivas de lo positivo: benignidad, asertividad, aceptabilidad, bondad, etcétera. Pero con independencia de su felicidad expresiva, un análisis riguroso de la idea de “laicidad positiva” muestra su carácter tramposo, pues viene a afirmar que la aconfesionalidad o neutralidad estatal en materia religiosa es compatible con una consideración favorable de ciertas confesiones, que se debe traducir en forma de ayudas promocionales y prestacionales a distintos colectivos que las incluyen o las representan.

En realidad, la garantía a algunas confesiones de una libertad religiosa reforzada, a través de especiales subvenciones estatales, establece un régimen de laicidad demediada, a medias, a fin de cuentas una laicidad desmentida en sus propios términos. Y en efecto, si se piensa bien, “laicidad positiva” tiene hechuras de oxímoron, como “ruido silencioso”

o “ardiente frialdad”. Esto se ve bien claro cuando el TC trata de unir *per impossibile* “la idea de aconfesionalidad o laicidad positiva” con la afirmación de sentencias anteriores del propio TC español de que la aconfesionalidad “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales” (STC 46/2001, FJ 4); pero si en efecto no se quiere confundir Estado y religión, la aconfesionalidad o laicidad no podrá consistir solo en superar la confesionalidad tradicional, entendida estrictamente como profesión por el Estado de una determinada fe religiosa, sino que deberá superar también esa forma de confesionalidad genérica y formalmente universal que considera positivas o buenas a todas las religiones, o todavía con mayor razón, a esa otra versión, sin duda más expandida, que muestra una especial complacencia con solo algunas de las religiones existentes en el país.

No debería sorprender que, con similares propósitos, en Francia se haya hablado incluso de “neutralidad positiva”, expresión paradójica que ha sido calificada de “totalmente desprovista de sentido”.¹² Y, en efecto, en rigor, la neutralidad no puede ser ni positiva ni negativa, sino justamente ni una cosa ni otra, que es el significado originario de la palabra, del latín *neuter*. La neutralidad del Estado significa que las leyes y las instituciones no pueden tratar mejor a las personas y grupos con creencias religiosas que a quienes persisten en mantenerse ajenos a ellas, ni a la inversa: para un Estado aconfesional debe ser indiferente que se crea en este o en aquel Dios o en ninguno, con tal de que se respeten los derechos ajenos y el orden público. Aunque, naturalmente, la intención de unir “laicidad” o “neutralidad” y “positividad” no carece en absoluto de significado, pues trata de pasar por

laico y neutral lo que no es sino una toma de partido por una de las partes, en ese caso, la religiosa.

2. La flexibilidad europea hacia la laicidad positiva

14

Cuando pasamos al ámbito europeo, entramos en una extensa gama de Estados con una gran variedad de regímenes constitucionales europeos en lo que afecta a las relaciones Estado-Iglesias. Junto a diversos Estados confesionales en una forma u otra, existen Estados laicos también con diversas formulaciones. No es extraño, pues, que la jurisprudencia derivada del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), del que son partes los 47 Estados del Consejo de Europa, incluido Turquía, haya tenido en ocasiones que hacer malabarismos para poder flotar ante un piélagos tan variado e irregular de sistemas políticos.¹³ Ello explica algunas llamativas oscilaciones del TEDH, que en ocasiones, como veremos en este epígrafe, ha adoptado criterios deferentes con el modelo de laicidad positiva, mientras que en otras ha convalidado políticas de neutralidad radical (lo que veremos en el § 3.3), como en otras, en fin, ha transitado por los buenos caminos de una libertad religiosa neutralmente entendida (sobre lo que veremos algún ejemplo en los §§ 4.1 y 4.3).

El Convenio Europeo, además del mandato antidiscriminatorio al que me referiré enseguida, hace menciones a la religión en dos de sus artículos: por un lado, en su artículo 9, que dice:

Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás.

Y, por otro lado, en el artículo 2 del Protocolo Adicional de 1952, que dice:

Derecho a la instrucción

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

La interpretación de estos derechos realizada por los órganos relevantes establecidos por el Convenio (la Comisión Europea de Derechos Humanos, que operó hasta 1998, y el TEDH, que desde esa fecha resuelve también demandas individuales), destaca por su laxitud. Conforme a un muy flexible criterio de deferencia hacia los distintos Estados miembros, las condenas a los Estados por violación de los preceptos citados no han sido abundantes y, cuando se han producido, han sido frecuentemente marcadas por cautelosas distinciones. Para ello, en el caso de la libertad religiosa,

el Tribunal de Estrasburgo se ha servido con especial largueza de la figura jurídica del “margen de apreciación de los Estados”, que en general viene a atribuir al legislador estatal una especie de beneficio de la duda, que amplía su libertad para limitar algunos derechos protegidos por el Convenio.¹⁴ La razón de esa especial largueza es, sin lugar a dudas, la comentada variedad de regímenes constitucionales europeos en materia de religión. Y, desde luego, el Convenio no habla en ningún momento del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, e incluso su cláusula de no discriminación, que menciona la religión como causa de distinción expresamente prohibida, tampoco enuncia un principio de igualdad con sustantividad propia, sino que remite la prohibición de discriminación al “goce de los derechos y libertades reconocidos” en el propio Convenio.¹⁵

Con el anterior marco normativo presente, voy a ejemplificar mediante tres casos significativos cómo el TEDH ha decidido en forma muy deferente sobre legislaciones estatales que, en el marco de sistemas de no neutralidad en materia religiosa, sean o no expresamente confesionales, han sido demandadas por violaciones de la libertad religiosa.

En el primer caso, *Kokkinakis c. Grecia* (1993), el TEDH aceptó por una mayoría de seis votos frente a tres, que la persecución penal de un testigo de Jehová por acciones de proselitismo puerta a puerta era contraria al artículo 9 del Convenio. Para hacerse cargo del caso ha de tenerse en cuenta que el señor Kokkinakis, que ya había sufrido más de sesenta condenas entre 1936 y 1952 por la legislación administrativa y penal contra el proselitismo religioso, fue condenado en 1988 a tres meses de prisión convertidos en una sanción pecuniaria por haber

“intentado directa e indirectamente penetrar en la conciencia religiosa de una persona de confesión diferente”. La actitud del Estado griego provenía de que la Constitución prohíbe ejercer todo proselitismo religioso¹⁶ y de la aplicación de una legislación penal correspondiente aprobada en 1939, durante la dictadura de Metaxas.¹⁷ Frente a ello, la decisión del TEDH fue bastante deferente en la medida en que se cuidó de no poner en cuestión semejante normativa, afirmando que

los criterios adoptados en materia de proselitismo por el legislador griego pueden considerarse aceptables en la medida en que sólo pretenden reprimir el proselitismo abusivo, cuya definición en abstracto no se impone en este caso (*Kokkinakis*, § 48).¹⁸

Esta doctrina, más limitativa que la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su interpretación del proselitismo como actividad en principio no sospechosa de coactividad, ha merecido la crítica de un especialista al TEDH de reavivar “inadvertida e innecesariamente argumentos contra el proselitismo y la actividad misionera rechazados hace mucho tiempo a nivel universal por exagerados e inapropiados”, que además no habrían tenido en cuenta el derecho de toda persona a cambiar de religión.¹⁹

El segundo caso que merece comentario, *Alujer Fernández y Caballero García c. España* (2001), se refiere a la legislación española que desarrolla la subvención para el clero de la Iglesia católica, según dije prevista como provisional en los acuerdos con el Vaticano, que se ha venido sustanciando mediante la previsión de una casilla específica para esa ayuda que se puede marcar de forma voluntaria en el impuesto sobre la renta. El montante total de esa casilla, que pasó en 2008 del

0.54 al 0.7 por ciento de lo recaudado entre quienes la marcan, es el mínimo garantizado que se asigna directamente a la Iglesia católica para el sostenimiento de su clero. La reclamación ante el TEDH fue presentada por dos protestantes evangélicos que alegaban discriminación contra su confesión por no poder utilizar un mecanismo similar, pero la decisión unánime de una de las Salas del TEDH fue rechazarla “como manifiestamente infundada”. Según el Tribunal de Estrasburgo, la previsión de un estatuto fiscal específico en favor de una Iglesia como consecuencia de un acuerdo con el Estado

no se opone, en principio, a las exigencias derivadas de los artículos 9 y 14 del Convenio [es decir, a la libertad religiosa y a la prohibición de no discriminación] en tanto que la diferencia de trato se apoye en una justificación objetiva y razonable y sea posible concluir acuerdos similares con otras Iglesias que deseen hacerlo.

Como crítica de esta decisión, sin embargo, conviene advertir que quienes no señalan la casilla contribuyen en mayor medida a los gastos comunes que quienes la señalan, puesto que la cantidad asignada a la Iglesia católica se detrae de aquellos gastos para ser destinada a esa ayuda específica. Por eso el eslogan de la Iglesia en su fuerte campaña publicitaria de 2010 fue “No pagarás más” (por marcar la casilla). Con ello, el sistema se diferencia netamente del alemán, el cual se suele citar como ejemplo de “impuesto religioso”, pero que resulta ser casi perfectamente neutral, salvo en el aspecto simbólico. En el sistema alemán los miembros de las confesiones sometidos al impuesto religioso (que pueden evitar dándose de

baja libremente de la Iglesia correspondiente, a todos los efectos) aumentan su contribución a la renta en el porcentaje correspondiente, entre un 8 y un 9 por ciento, según los Estados federados, que incluso descuentan entre un 3 y un 5 por ciento de la cantidad recaudada por los gastos de gestión.²⁰

El tercero y último caso europeo que quiero traer, de gran repercusión en los últimos años, es el del crucifijo en la escuela pública italiana, técnicamente denominado *Lautsi c. Italia* (2009), en su primera instancia ante una Sala del TEDH, y *Lautsi y otros c. Italia* (2011) en su resolución final por la Gran Sala (aquí los denominaré *Lautsi I* y *Lautsi II*).

El caso se inició en julio de 2006 por la demanda de una madre que impugnó la presencia del crucifijo en la escuela pública a la que asistían sus hijos como contraria a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” y al “derecho de los padres a asegurar” para sus hijos una educación “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, ambos protegidos por el Convenio Europeo. La decisión inicial de una de las salas del Tribunal de Estrasburgo, por unanimidad de sus siete jueces, consideró que “[e]l Estado está obligado a la neutralidad confesional en el marco de la educación pública” (*Lautsi I*, § 56) y que tal “deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado” exige excluir un símbolo de predominante significación religiosa, como el crucifijo de un sector “particularmente sensible” como el de la escolarización pública de los menores, en el que afecta a su libertad religiosa y al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones (*ib.*, §§ 48, 51 y 5657).

Sin embargo, poco más de un año después, ante el recurso del gobierno italiano de Berlusconi (al que se

adhirieron como terceros los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Rusia, Grecia, Lituania, Malta, San Marino, Mónaco y Rumanía) la Gran Sala del TEDH revocó la anterior decisión por 15 votos frente a 2, básicamente porque la noción de “respeto” al derecho de los padres a asegurar la educación conforme a sus convicciones religiosas puede ser cumplida con un “amplio margen de apreciación por los Estados”, que comprende diversas formas de organizar la enseñanza, incluso religiosa, siempre que no se rebase el límite infranqueable de la prohibición de todo adoctrinamiento (cf. *Lautsi II*, §§ 6162, así como 69-71). Apelando a la falta de “consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas” (§ 70), la Gran Sala aceptó el recurso del Estado italiano porque, en cuanto “símbolo esencialmente pasivo”, el crucifijo no puede tener “una influencia sobre los alumnos comparable” a la enseñanza directa de doctrinas religiosas, que habría sido el factor relevante en otros casos²¹ (§§ 7274).

En suma, conforme a esta decisión, los Estados miembros del Convenio Europeo no están obligados a mantener propiamente la laicidad o neutralidad religiosa en el ámbito de la enseñanza pública, sino únicamente el distinto y más limitado principio de prohibición del adoctrinamiento. Naturalmente, el que conforme a este criterio europeo los Estados firmantes del Convenio no estén obligados a una neutralidad estricta en materia religiosa, tampoco les prohíbe en absoluto mantener un criterio de aconfesionalidad conforme al cual deban excluir en su propio ámbito los símbolos religiosos.

Entre las argumentaciones del caso *Lautsi II* tiene interés destacar la discusión sobre la supuesta diferen-

cia entre laicidad y neutralidad avanzada por Joseph Weiler (que actuaba como asesor jurídico de Armenia, Bulgaria, Chipre, Rusia, Grecia, Lituania, Malta y San Marino) y, con expresión mucho más visceral, en el voto concurrente del juez maltés Giovanni Bonello. La sustancia del argumento de Weiler en el recurso es que optar por la laicidad —en este caso, por retirar el crucifijo de la escuela— no es neutral, porque se trataría inevitablemente de una opción particular con sus particulares consecuencias educativas (cf. *Lautsi II*, § 47). En una línea conceptual semejante, el voto concurrente del juez maltés Giovanni Bonello adoptaba la misma dicotomía categórica, o laicismo o cristianismo, según la cual el Estado no tendría otra alternativa que optar entre quienes defienden mantener el crucifijo en lugares públicos, que siendo una tradición histórica sería algo neutral, y en absoluto intolerante hacia los no creyentes, y quienes se suman “a la cruzada tendente a demonizar el crucifijo” o a “la caza al crucifijo”, que no sería neutral, por ser intolerante y hostil hacia los creyentes.²²

Para centrarme en la más matizada posición de Weiler, conviene añadir que el constitucionalista de la Universidad de Nueva York había desarrollado con más amplitud el mismo argumento en un libro dedicado a defender la indispensabilidad de incluir una mención a Dios y al cristianismo en el preámbulo de la llamada Constitución europea.²³ Weiler, que es creyente judío, proponía incluir en el preámbulo las dos opciones, la laica y la religioso-cristiana, una posición pluralista que según él daría la única solución verdaderamente neutral o agnóstica al problema. Según él, la exclusión de tal religión o el silencio sobre ella ofrecería una “neutralidad” falsa, pues no hacer *ninguna* mención

al cristianismo —al igual que, según interpreto, hacer *solo* una mención al cristianismo— sería una opción no neutral, que implicaría optar por “privilegiar, en la simbología del Estado, una visión del mundo sobre otra”.²⁴

El argumento de Weiler tiene varios problemas. Ante todo, hay casos, como precisamente el del crucifijo en las escuelas, en los que la opción pluralista no es posible (o no es sensata, por ejemplo, si se propusiera distinguir a los alumnos en aulas con o sin símbolos religiosos ellos) y que abocarían al Estado a la imposibilidad de ser neutral, pero ante los que tampoco tendría un criterio justificado para optar por una posición u otra. En realidad, la dicotomía que propone Weiler no es categórica y universal, de modo que distinga entre conceptos contradictorios entre sí, como lo serían religión frente a no religión, cristianismo frente a no cristianismo, etcétera: además de no incluir a muchas otras religiones, tampoco abarca las distintas posiciones laicas posibles, que van del agnosticismo al ateísmo, que a su vez puede ser beligerante, benevolente o indiferente con las religiones. Que entre todas esas diversas creencias sea imposible un punto de vista neutral, garantizable tanto por la igual referencia a todas como a ninguna, prescinde de la posibilidad de una forma peculiar de agnosticismo, que yo denominaría metaagnosticismo, que es la que incumbe al Estado (vuelvo con más detalle sobre este punto enseguida, en el § 3.1, a propósito de la distinción entre laicidad y laicismo).

Como último comentario, el caso del crucifijo, al igual que el antes citado de la invocación de la Inmaculada Concepción por el Colegio de Abogados de Sevilla, plantean el no fácil problema de la estrecha

relación entre símbolos religiosos y tradiciones históricas y culturales. Por ejemplo, en países de tradición católica como España existen cruces e imágenes religiosas en numerosos lugares públicos; los museos nacionales están llenos de cuadros y esculturas de contenido religioso; el domingo es el día de descanso oficial; se celebran numerosas fiestas religiosas, como la Semana Santa o la Navidad; abundan los belenes, árboles y adornos navideños colocados por los ayuntamientos; la radio pública emite mucha música clásica religiosa; numerosas ciudades y pueblos tienen nombre de santos católicos, etcétera.

Aunque algunas de estas prácticas e instituciones pueden plantear problemas difíciles —así, el día de descanso ha planteado objeciones de conciencia religiosas en el ámbito laboral— y, además, siempre habrán casos en el filo de lo dudoso, no deja de existir un criterio general decisivo: deberían excluirse de los ámbitos públicos oficiales las prácticas y símbolos religiosos *en cuanto tales*, es decir, aquellos que tienen una dominante significación religiosa. En contraste con ellos, pueden ser perfectamente admisibles los símbolos y prácticas que, aun teniendo ese origen religioso, han pasado a formar parte del patrimonio cultural tras adquirir una predominante, si no exclusiva, connotación social secular. Eso es lo que permite diferenciar con naturalidad entre seguir cantando el “Veni Creator” en las ceremonias universitarias, que supongo que se viene haciendo desde la Edad Media sin que prácticamente nadie hoy lo viva como un himno religioso, y la participación oficial del alcalde de la ciudad tras el paso del Cristo yacente en la procesión de Semana Santa, que aunque tenga mucho de folclore tradicional no deja de ser una ceremonia eminentemente religiosa

por quienes la organizan, quienes participan en ella y quizá muchos de quienes la presencian.

II. LAICIDAD RADICAL: LAICIDAD Y LAICISMO

24

En el extremo opuesto a la laicidad positiva podríamos situar algunos ejemplos de laicidad radical, entendida como posición beligerante hacia alguna o algunas religiones en el sentido usual de esta palabra. Hago esta salvedad porque históricamente ha habido manifestaciones de este tipo de laicidad radical, que no dejan de pretender constituirse como una religión nueva y alternativa. El más documentado es el laicismo republicano que floreció en la Francia revolucionaria, especialmente durante el periodo jacobino, como intento de secularización forzada desde el poder político respecto de conductas y expresiones religiosas tradicionales, para su sustitución por una nueva “religión civil”, que, sin prescindir del culto al Ser Supremo, buscaba consagrar y afianzar la fe en la República y sus virtudes.²⁵ También podrían citarse, como un ejemplo verdaderamente extremo, los Estados comunistas, que intentaron imponer más o menos oficialmente un ateísmo de Estado, o al menos de partido, lo que al fin y al cabo podría ser visto como una especie de confesionalismo al revés.

Sin embargo, los ejemplos que voy a comentar no califican a los Estados que los protagonizan como Estados radicalmente ateos o antirreligiosos, pues aquí solo pretendo aludir a normas o prácticas específicas que incurren en algún déficit en la protección a la libertad religiosa que aparta a dichos Estados de una estricta neutralidad en la materia. En particular, me

referiré a tres tipos de casos que son útiles para ilustrar el alcance que idealmente debe tener la neutralidad estatal en materia religiosa: la regulación de la separación entre Estado e iglesias en lo que afecta a algunos derechos constitucionales en México, la jurisprudencia europea a propósito de la prohibición del velo islámico en la enseñanza pública que mantienen Estados como Turquía o Francia y, en fin, la estricta exclusión de financiación a escuelas privadas religiosas en Estados Unidos.

1. Dos formas de “tolerancia”: laicidad y laicismo

Antes de entrar en los casos concretos, y para situar conceptualmente el tema de manera más clara, puede ser útil avanzar una distinción importante que afecta a la diferente posición de Estado y ciudadanos. Me refiero a la distinción entre laicismo y laicidad, entendida esta como laicidad neutral. El contraste entre laicidad y laicismo demarca dos posiciones tan incompatibles como las existentes entre laicidad y religión. Por laicismo propongo entender la actitud que toma partido en materia religiosa para oponerse particularmente a una u otra religión, o a la religión en general, en nombre de valores y criterios que su defensor considera preferibles a los religiosos. El laicismo refleja una posición perfectamente lícita para un ciudadano, pero es obvio que constituye una toma de partido en principio incompatible con un Estado neutral. Al contrario que los individuos, así pues, un Estado neutral, genuinamente laico, no puede ser laicista, pues tiene la función de garantizar la libertad religiosa de los

individuos para mantener esta, aquella o la otra religión, o ninguna, así como para ser laicistas.²⁶

En contraste, la laicidad neutral denota la plena indiferencia e imparcialidad del Estado no solo entre las diferentes religiones, sino también, en general, en materia religiosa, lo que incluye también la indiferencia e imparcialidad hacia las creencias ateas, agnósticas o simplemente indiferentes. La del Estado, en realidad, debe ser vista como una indiferencia de segundo grado, y si se quisiera definir de una manera precisa habría que calificarla no tanto como agnóstica, en la medida en que el agnosticismo comporte una posición dubitativa hacia las creencias religiosas, sino como meta agnóstica. Tal posición, en suma, adoptaría la actitud previa de quien no solo se niega a afirmar nada positivo en materia religiosa, ni siquiera la mera duda, sino que incluso se niega a entrar en la consideración de si debe dudarse sobre ello. En suma, un Estado genuinamente laico debe situarse en una posición previa tanto a la creencia como a la duda en materia religiosa.

La distinción entre laicidad y laicismo, y su razón misma, se pueden ilustrar bien con la distinción clásica entre las dos formas básicas de tolerancia, que se han denominado muchas veces negativa y positiva. Históricamente, la idea de tolerancia apareció primero como un simple *modus vivendi*, cuyo valor es meramente negativo; esto es, como un régimen jurídico que intenta evitar los conflictos y conforme al cual el Estado *concede* el derecho a cierta disidencia religiosa sin renunciar a su propia declaración de confesionalidad. Desde la preferencia que tal confesionalidad comporta hacia un cierto culto, por razones pragmáticas el Estado soporta o, justamente, *tolera*

otros cultos, muchas veces prohibiendo a estos una abierta expresión pública. Más adelante, cuando la tolerancia evoluciona hasta garantizar positivamente el igual derecho de todas las personas a profesar sus creencias religiosas, la idea se termina por transformar hasta perder el significado inicial de que se está tolerando o soportando una creencia o su manifestación desde una creencia distinta que en realidad es incompatible con ella y que, por tanto, no puede aceptarla internamente como válida o verdadera. En este segundo sentido, que idealmente debe conducir a la aconfesionalidad estatal, es natural que en el plano del Estado, y en sus consiguientes relaciones con los individuos, la terminología de la tolerancia terminara por ser sustituida por el lenguaje de los derechos y de la libertad religiosa, de conciencia o de creencias.²⁷

Ahora bien, si la idea de tolerancia ha quedado obsoleta o superada desde las revoluciones liberales en los Estados no confesionales, no por ello ha dejado de tener un significado relevante en el plano individual. En las relaciones entre ciudadanos la idea de tolerancia en su significado tradicional y negativo, como mero soportar una posición que no se comparte, puede seguir siendo una opción perfectamente lícita, y como tal debe ser protegida por el Estado. El derecho a la libertad religiosa incluye típicamente la facultad de criticar las creencias religiosas ajenas y de hacer propaganda y proselitismo de las propias. Muchas creencias en materia religiosa, sean afirmativas o de rechazo, se consideran por los individuos como superiores a otras, a veces reputadas erróneas, y frente a todas ellas, incluido el ateísmo, debe garantizarse por el Estado el derecho a la crítica como un aspecto más de la libertad religiosa. En particular, tal libertad

incluye y debe incluir el derecho de los individuos (y, de derivadamente, los grupos) para mantener y expresar convicciones militantemente antirreligiosas. En suma, todo ello significa que un Estado laicista, que coincidiría con el modelo que he denominado “de laicidad radical”, no es genuina o neutralmente laico, y no lo es por defecto de protección de la libertad religiosa, del mismo modo, que en el extremo opuesto, tampoco es genuinamente laico un Estado anti-laicista, que coincidiría con el modelo que aquí he denominado “de laicidad positiva”, en este caso por exceso de protección de alguna o varias religiones en detrimento de una plena libertad en materia religiosa, que ampara también la expresión de las creencias no religiosas e incluso antirreligiosas.

2. La separación Estado-Iglesias en la normativa mexicana

En su mera formulación jurídico-constitucional, al margen de su aplicación práctica concreta, el caso de México tiene valor como ejemplificación de un modelo de separación entre Estado e Iglesias, que presenta cierto déficit en la protección de la libertad religiosa en relación con otros derechos, como las libertades de voto, de expresión o de asociación. En efecto, ese déficit me parece observable en las previsiones del artículo 130 de la Constitución vigente, que, después de recordar “el principio histórico de la separación entre el Estado y las iglesias”,²⁸ excluye a los ministros del culto de los derechos al sufragio pasivo, a la asociación política y a la expresión de opiniones políticas:²⁹ se trata de excepciones a derechos

que la propia Constitución declara de manera general en otros preceptos, como los artículos 6o., 7o., 9o. y 35. Sin embargo, me parece importante señalar que estas restricciones son de distinta naturaleza de las que la normativa mexicana mantiene a propósito de la exclusión de la religión del ámbito de la deliberación política y las contiendas electorales. Veámoslo por partes.

Por sintetizar mis argumentos sobre el primer aspecto con alguna brevedad,³⁰ no encuentro suficiente justificación para mantener excepciones como las que afectan a los ministros de culto en su libertad religiosa, también en relación con otras libertades básicas. Si se parte del criterio de que lo que debe justificarse no es tanto la extensión de un derecho básico, sino sus limitaciones, no parece que las citadas excepciones para los sacerdotes en el sufragio pasivo o en la libertad de expresión se pueden justificar como las restricciones que algunos sistemas jurídicos establecen para algunas categorías de funcionarios (militares, jueces y similares), cuya razón de ser reside en último término en la garantía de la división de poderes y, por tanto, en la propia organización del poder político democrático. Sin embargo, en el caso de los religiosos, que son meros ciudadanos, a mi modo de ver, la negación de dichos derechos convierte a los afectados en ciudadanos limitados, a modo de extranjeros, lo que ha podido ser históricamente aducido para negar la tolerancia a los católicos por su obediencia a Roma, como hizo Locke en su *Carta sobre la tolerancia*, pero hoy parece a todas luces excesivo.

En realidad, tomado en serio, el argumento debería conducir no solo a una discriminatoria diferenciación entre unos y otros cultos, sino al absurdo de extender

las excepciones, por un lado, no solo a los sacerdotes católicos, sino a todos los fieles de esa Iglesia, y, por otro lado, a todos los demás derechos que tampoco se conceden a los extranjeros. Naturalmente, nada de lo anterior justifica que la intervención de comunidades religiosas y sacerdotes en la esfera del debate público deba estar protegida por privilegio alguno, de modo que sus opiniones y sus manifestaciones podrán ser objeto de crítica, incluso sarcástica y despiadada, como cualquier otra opinión no amparada en posiciones confesionales. Esa es, en realidad, la carga que cualquiera debe asumir cuando sale al espacio político y, en general, público.

Ahora bien, pasando al segundo aspecto que anuncié, de la regulación anterior debe distinguirse netamente la normativa mexicana sobre las condiciones políticas de la deliberación democrática y las cautelas contra la introducción en ella de argumentos religiosos. En términos generales, se trata de una cuestión disputada en la que el concepto de razón pública ha sido interpretado de maneras distintas, y hasta opuestas, por autores como Rawls, Habermas o Ratzinger.³¹ En su vertiente jurídica, me interesa comentar cómo en México están prohibidos los partidos de denominación religiosa y se proscriben toda propaganda política asociada a símbolos religiosos, como usar imágenes y expresiones religiosas en los folletos electorales. Conforme a ello, se han impuesto multas, e incluso se ha anulado alguna elección, por hacer propaganda electoral con imágenes de la Virgen de Guadalupe o de San Judas Tadeo o por afirmar que el candidato “es Presidente Proconstrucción del Santuario Guadalupano” o que “cursó sus estudios en escuelas administradas por los jesuitas”.³²

Con independencia de su aplicación concreta, el principio del que estas prohibiciones parten me parece perfectamente defendible.³³ En la deliberación política democrática deben excluirse los argumentos estrictamente religiosos, que apelan de manera necesaria a creencias que han de reconocerse como idiosincrásicas y, por tanto, como carentes de objetividad, en el sentido de que no son susceptibles de aceptación de forma voluntaria ni racional, sino como producto de un acto de fe, lo que las convierte en irrelevantes e inaceptables en el debate político, en el que se pretende imponer decisiones coactivamente vinculantes para todos los ciudadanos. Aceptar argumentos religiosos sería como considerar legítima la condena a muerte de un procesado por un jurado armado con una Biblia subrayada en los pasajes que hablan de la pena como venganza.³⁴

Cuestión distinta, más bien de oportunidad política que de exigencia éticopolítica, es si este tipo de deber ha de reforzarse mediante sanciones jurídicas o si, como propuso Rawls, forman parte de un modelo de ciudadanía que es preferible configurar como “deber moral, no jurídico, el deber de civilidad...”.³⁵ A mí personalmente, salvo para ciertos casos extremos y excepcionales,³⁶ me parece preferible el modelo de Rawls, pero sin dejar de reconocer que se trata de una cuestión abierta a la posibilidad de diversos regímenes jurídicos.

3. La flexibilidad europea hacia la laicidad radical

El segundo tipo de casos que quiero comentar procede de la jurisprudencia europea, a propósito de la prohibición del velo islámico en el ámbito de la ense-

ñanza pública, que el TEDH ha resuelto en dos reclamaciones relativamente similares: *Leyla Şahin c. Turquía* (2005) y *Kervanci c. Francia* (2009), que vamos a ver más en detalle.

Sobre el primero, conviene tener en cuenta, previamente, que en la línea de occidentalización iniciada por Kemal Atatürk, el fundador de la República, en los años veinte del pasado siglo, la vigente Constitución de 1982 declara al Estado turco como laico y reconoce la libertad de creencias y cultos.³⁷ No obstante, se trata de un sistema de laicidad peculiar: por un lado, la misma Constitución declara obligatoria la educación religiosa en la enseñanza primaria y secundaria, y aunque se reconocen exenciones a las minorías religiosas a la obligatoriedad, Turquía ha recibido una condena del TEDH ante el recurso de un padre y su hija, de confesión aleví, por no haberse aceptado su exención (*Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* [2007]); pero, por otro lado, en contraste con esa limitada forma de laicidad, el Estado turco también ha incurrido en prácticas de laicismo militante, de las que es buen ejemplo el asunto *Leyla Şahin*. El origen del caso fue la reclamación de una estudiante contra la prohibición de llevar velo en la universidad, que había sido convalidada mediante una decisión del TC turco en junio de 2007, al declarar inconstitucional una reforma dirigida precisamente a autorizar el uso del velo en las universidades. La prohibición venía fundamentada en el principio de laicidad, tradicional en Turquía, y el TEDH aceptó la práctica como conforme con el Convenio Europeo.

En una doctrina que favorece la interpretación más radical y militante de la laicidad, la Gran Sala del TEDH sostuvo dos tesis fundamentales. La primera,

que la variedad de regímenes europeos en materia de límites a la libertad religiosa en función de las tradiciones nacionales y del mantenimiento de las libertades ajenas y del orden público suministra un cierto “margen de apreciación” a los distintos Estados y limita la función del TEDH a supervisar la justificación y proporcionalidad de tales limitaciones (cf. §§ 109110). La segunda tesis fue que el criterio del Tribunal Constitucional turco en la mencionada decisión, aun interfiriendo en la libertad religiosa del artículo 9 del Convenio Europeo, también resulta conforme con los límites que el propio precepto establece, con especial insistencia en la necesidad de proteger el sistema democrático en Turquía. En particular, el Tribunal de Estrasburgo aceptó expresamente que el modelo de laicidad turco, en razón de la experiencia del país y de las peculiaridades del islam, era “una condición esencial para la democracia y [...] una garantía de la libertad de religión y de la igualdad ante la ley”, en la medida en que “garantizar reconocimiento jurídico a un símbolo religioso de tal tipo en instituciones de educación superior [...] sería susceptible de generar conflictos entre estudiantes con diferentes convicciones o creencias religiosas” (§§ 39 y 113-116).

Por su parte, el TEDH vino a confirmar por unanimidad la sustancia de la doctrina anterior al caso *Kervanci c. Francia* (2009), si bien aquí no existían en absoluto las razones de permanencia de la democracia y de evitación de conflictos sociales alegadas en *Leyla Şahin*. Por relatar previamente los antecedentes básicos del caso, la larga tradición de escuela pública laica y gratuita en Francia, progresivamente afianzada en general³⁸ desde el último tercio del siglo XIX y principios del XX, ha debido afrontar en los últimos

años la relación con la numerosa población francesa de religión musulmana. A medio camino entre las posiciones más liberales de la izquierda, especialmente en el área socialista, y la tendencia a la instrumentalización del laicismo por una extrema derecha racista que desearía la restauración de la dominación católica,³⁹ la posición de los partidos conservadores ha sido tradicionalmente tendente a las restricciones sobre el uso de símbolos religiosos. Durante la presidencia de Jacques Chirac se terminó por recoger oficialmente la recomendación convergente de dos informes: el *Rapport Stasi*, de julio de 2003, y el informe de la *Mission Debré*, de diciembre de ese mismo año: en atención a ambos, se aprobó la ley 2004-228, del 15 de marzo de 2004, por la que “en las escuelas, colegios y liceos públicos está prohibido llevar símbolos o ropa por los que los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa”. Esta ley prevé sanciones disciplinarias que deben ir siempre precedidas “de un diálogo con el alumno”.

El caso *Kervanci* se originó por la expulsión del colegio de una estudiante de doce años que se había negado a prescindir del velo islámico en las clases de educación física. Tras haberse confirmado la sanción en las instancias nacionales, una Sala del TEDH la convalidó unánimemente con el consabido argumento del amplio “margen de apreciación” de los Estados en este tipo de materias en función de la protección de los derechos ajenos y del mantenimiento del orden público (*cf.* *Kervanci*, esp. §§ 60 y 6264).

Sin embargo, a mi modo de ver, casos como los dos anteriores —y más claramente el francés que el turco— suponen una limitación de la libertad religiosa, que amplía en exceso el ámbito de la acción es-

tatal en favor de la laicidad.⁴⁰ En ambos existe una diferencia muy relevante con el caso *Lucia Dahlab c. Suiza* (2001), en el que el tribunal de Estrasburgo resolvió la cuestión de la prohibición de llevar el velo islámico en la escuela pública no a una estudiante, sino a una profesora de enseñanza primaria. La demanda de Dahlab fue rechazada también unánimemente por una sala del TEDH, en esta ocasión con buenas razones, pues consideró perfectamente razonable la ponderación de las autoridades suizas en favor de la libertad religiosa de los menores frente a la libertad religiosa de la profesora como funcionaria.⁴¹ En cambio, en los casos del velo de las estudiantes turca y francesa estaba en juego de manera directa únicamente el derecho a la libertad religiosa de particulares, que solo razones muy excepcionales, como un riesgo presente y concreto para la paz social o la democracia, podrían justificar su limitación, siempre de forma ajustada y revisable en el tiempo.

Tal vez podría aceptarse una diferencia relevante entre los casos *Kervanci* y *Leyla Şahin*, pues en el primero la Sala del TEDH se limitó a convalidar la decisión de las autoridades francesas sin entrar a analizar si el velo afectaba a derechos ajenos o al orden público, una afectación que de hecho parece francamente exagerada. En cambio, en el segundo caso, aunque seguramente generalizada en exceso, la Gran Sala no dejó de entrar en el fondo del asunto cuando recogió el argumento de la Sala del TEDH que había decidido en primera instancia basándose en la existencia de “movimientos extremistas en Turquía que tratan de imponer en el conjunto de la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad basada en preceptos religiosos”, movimientos frente a los que

los Estados pueden, de acuerdo con el Convenio Europeo, tomar medidas basadas en su experiencia histórica⁴² (Cfr. *Leyla Şahin*, § 115).

En todo caso, a mi modo de ver, la genuina neutralidad del Estado impone una diferencia importante entre funcionarios y ciudadanos: si el Estado debe abstenerse, en sus actividades e instalaciones, de adoptar símbolos religiosos en cuanto tales, esa abstención debe incluir en principio a quienes actúan en su nombre: los funcionarios. Esa abstención es a la vez la garantía de la protección imparcial a los ciudadanos para que, dentro del límite a los derechos ajenos y al orden público, puedan expresar su libertad religiosa mediante los símbolos que estimen oportunos.

4. La separación Estado-Iglesias en Estados Unidos y la cuestión de la cooperación

Por último, me parece de interés destacar una serie de casos estadounidenses, que, dentro de un sistema en general admirable en lo que se refiere a la protección de la libertad religiosa y al buen entendimiento de la idea de neutralidad del Estado,⁴³ permite ilustrar el riesgo de alguna extralimitación en la aplicación de la neutralidad. Antes conviene dejar expresado el primer inciso de la primera enmienda a la Constitución, que dice: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof”.

En esta formulación aparecen dos principios distintos aunque relacionados: el de separación Estado e Iglesias o “cláusula de establecimiento” o de aconfesionalidad (“El Congreso no aprobará ninguna ley re-

lativa al establecimiento de religión”), y el de libertad religiosa (“o prohibiendo el libre ejercicio de la misma”). Los casos que voy a comentar se refieren sobre todo a la cláusula de establecimiento.

Consideraré la cuestión de las ayudas estatales a escuelas religiosas, que en Estados Unidos ha sido considerada históricamente con profunda sospecha por grupos liberales opuestos al catolicismo,⁴⁴ y sobre las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente estricta. La doctrina inicial sobre el tema, que me parece suscribible en lo fundamental, procede de *Everson v. Board of Education* (1947), donde el TS, aunque por una mayoría de cinco votos frente a cuatro, consideró que la subvención de una ley estatal para el transporte escolar dirigida tanto a colegios públicos como a privados sin ánimo de lucro era conforme con la cláusula de aconfesionalidad de la primera enmienda:

La cláusula sobre «establecimiento de religión» de la Primera Enmienda significa al menos esto: Ni un Estado ni el Gobierno Federal pueden instituir una iglesia. Ni pueden aprobar leyes que ayuden a una religión, ayuden a todas las religiones o prefieran una religión a otra. [...] No puede exigirse impuesto alguno, sea grande o pequeña su cuantía, para apoyar instituciones o actividades religiosas, se llamen como se llamen y sea cual sea la forma que adopten para enseñar o practicar la religión. [...] En las palabras de Jefferson, la cláusula contra el establecimiento de religión por la ley pretendía erigir «un muro de separación entre iglesia y Estado».⁴⁵

La razón de la decisión no fue una aplicación mecánica del principio jeffersoniano de separación, sino el principio de neutralidad estatal en función de una justa igualdad entre los ciudadanos, conforme al cual

Black precisó que la cláusula de no establecimiento también prohíbe

excluir a los católicos, luteranos, mahometanos, bautistas, judíos, metodistas, no creyentes, presbiterianos o miembros de cualquier otra fe, *por razón de su fe o por falta de ella*, de los beneficios de la legislación dirigida al bienestar público [...]. La Enmienda exige que el Estado sea neutral en sus relaciones con los grupos de creyentes y no creyentes; no exige que el Estado sea su adversario. El poder del Estado no ha de usarse ni para obstaculizar a las religiones ni para favorecerlas.⁴⁶

Bajo esa fundamentación, Black adujo que la subvención al transporte escolar afecta a un servicio general “tan claramente separado y tan indiscutiblemente demarcado de la función religiosa”, que denegarla violaría la neutralidad del Estado en materia religiosa.⁴⁷

En contraste con la anterior decisión, hay una serie de decisiones del TS que han declarado inconstitucionales medidas de ayuda estatal a escuelas religiosas por favorecer *indirectamente* a la religión, en las que no solo entra en juego la siempre delicada y discutible cuestión de la aplicación de un criterio como el de neutralidad a las circunstancias particulares, sino la propia delimitación del criterio, lo que involucra la justificación subyacente del principio relevante. El *leading case* del que parte el debate es *Lemon v. Kurtzman* (1971), que declaró por unanimidad (con un juez ausente) la inconstitucionalidad de una ley de Rhode Island que aprobó un complemento salarial para algunos profesores de escuelas privadas que debían encargarse de ampliar enseñanzas en materias no religiosas en aquellas escuelas privadas cuyo gasto en educación secular fuera menor en promedio al de las escuelas públicas (el 95 por ciento de las cuales eran

católicas). Aunque la ley había adoptado precauciones para separar netamente tales enseñanzas de las religiosas,⁴⁸ el TS consideró que la ayuda estatal no cumplía los tres requisitos que deben darse conjuntamente para la constitucionalidad de una medida en relación con la *Establishment Clause* (se trata del llamado *Lemon test*): que la medida a) tenga “un propósito legislativo secular”; b) que “su efecto principal o primario” no favorezca ni obstaculice a la religión, y c) que no produzca una “implicación estatal excesiva” (*excessive government entanglement*).⁴⁹

De los tres requisitos del *Lemon test*, el último es el más problemático, especialmente por la vaguedad de la expresión “*excessive entanglement*”, que a mi modo de ver puede conducir a lo que podría denominarse un “exceso de neutralidad”, es decir, a una pérdida de la imparcialidad exigible al Estado por causa de una interpretación inadecuada del principio de separación con las Iglesias. Esto se puede ver más claramente en un caso posterior, *Aguilar v. Felton* (1985), que más adelante fue objeto de una revocación expresa.

En *Aguilar* se consideró inconstitucional por una mayoría de cinco votos frente a cuatro un programa de subvenciones para pagar clases de apoyo en lectura y matemáticas dirigidas a niños socialmente desaventajados, que incluía “escuelas parroquiales” (escuelas de enseñanza básica en su mayoría católicas), porque, aunque se reconocía que la ayuda no tenía “el efecto directo de promover la religión”, de todos modos comportaba una “implicación excesiva entre iglesia y Estado”.⁵⁰ Más allá de las varias sutilezas interpretativas del TS estadounidense a propósito de la doctrina del *entanglement* indirecto —en la que ha

podido llegarse a la paradoja de que “la ayuda [estatal] debe ser supervisada para asegurar que no hay implicación pero la supervisión misma se considera causa de implicación”—,⁵¹ creo que la posición más adecuada sobre ella la desarrolló la juez O’Connor mediante el criterio más preciso y mejor justificado del llamado “endorsement test”. Según este criterio, lo que el principio de neutralidad o aconfesionalidad del Estado excluye es tanto la aprobación (o adhesión, apoyo o promoción, que por todos esos términos se puede traducir *endorsement*) como la desaprobación de una confesión, de modo que no se “envíe un mensaje a los no adherentes de que son extraños (*outsiders*), y se acompañe un mensaje a los adherentes de que son miembros favorecidos de la comunidad política”.⁵² Conforme al *endorsement test*, O’Connor buscaba evitar un test que, como el del *entanglement*, permite condenar una “cooperación benigna entre Iglesia y Estado”, caracterizada como aquella en la que, no existiendo ayuda directa con “el propósito o el efecto de promover la misión religiosa de las escuelas”, admite la cooperación del Estado con organizaciones religiosas “en todo un conjunto de materias sin por ello impulsar la religión o dar la impresión de que el gobierno aprueba la religión”.⁵³ Me parece que tal entendimiento sitúa el principio de neutralidad en su punto justo, que es el aquí propugnado de la laicidad neutral.

Las circunstancias históricas, económicas y políticas de cada país explican y en algún grado quizá justifican una gran variedad de modelos en materias educativas y otras similares. En ese marco, caben diversas formas de cooperación entre Estado e Iglesias que, aun sin resultar obligatorias, pueden ser admisibles dentro del espectro de posibilidades abiertas a

la política ordinaria. Ahí pueden situarse las subvenciones públicas a grupos religiosos por actividades de interés o utilidad común con el Estado, que en sí mismas no tienen naturaleza directamente religiosa, sea en el campo de la enseñanza, la sanidad o el patrimonio artístico. Así, por ejemplificarlo ahora en el caso español, puede ser admisible —y desde luego, es muy difícil sostener que no lo es desde el punto de vista constitucional, dada la referencia a la cooperación con la Iglesia católica y demás confesiones religiosas— el modelo de enseñanza concertada con muchos colegios privados religiosos, que está sometido a una detallada reglamentación sobre la que existe una inspección operativa. No obstante, esta posibilidad merece dos acotaciones. Primera, que entra también dentro del espectro de posibilidades que el Estado se haga cargo lo más amplia y directamente que sea posible de tales actividades, lo que personalmente me parece un modelo preferible, al menos en lo que se refiere a la escuela pública, como ocurre, entre otros, en Estados Unidos, en Francia o en los países escandinavos. Y, segunda, que la cooperación admisible tiene su límite ante dos tipos de ayuda en materia de enseñanza, que, a mi modo de ver, violan el más básico principio de neutralidad estatal en materia religiosa: por un lado, la obligación de ofrecer enseñanzas religiosas confesionales en la enseñanza pública (que comporta de soslayo la subvención de ese tipo de enseñanzas en los centros privados religiosos concertados); y, por otro lado, la cesión gratuita o muy ventajosa de suelo público para la construcción de colegios católicos privados. Ambos casos quedarían claramente excluidos con un principio como el del *endorsement*.

III. LA LAICIDAD NEUTRAL: NEUTRALIDAD, SEPARACIÓN Y NO DISCRIMINACIÓN

El modelo de laicidad neutral, que ocupa un virtuoso lugar intermedio entre el de laicidad positiva y el de laicidad radical, puede extraerse por exclusión de los defectos o excesos de esos dos acompañantes. Para ir echando las sumas del recorrido anterior, propongo comentar a modo de conclusión las razones justificativas que subyacen a la idea genuina y estricta de neutralidad en materia religiosa.

Comenzaré analizando la relación entre neutralidad y principio de separación entre Estado e Iglesias, que ilustraré con un caso resuelto por el TEDH. En el resto de los epígrafes del apartado se esbozan tres criterios distintos a propósito de la relación entre la libertad religiosa y la compleja idea de igualdad: ante todo, se propone conceptualizar la idea de libertad religiosa como libertad igual, discutiendo la objeción sobre el valor sustantivo de la religión como fundamento de aquel derecho; luego plantearé la relevante distinción entre neutralidad formal y neutralidad sustantiva en las definiciones o clasificaciones jurídicas; y, en fin, concluiré con la discusión sobre una pretendida diferencia entre neutralidad y neutralización, que pone de relieve la importancia de la distinción entre discriminación en el propósito y en los efectos.

1. Neutralidad estatal y separación Estado-Iglesias

El principio de neutralidad estatal en materia religiosa debe atender a dos justificaciones distintas, aunque complementarias. En primer lugar, la neutralidad

sirve y debe servir al propósito de mantener tanto la autonomía del Estado como la de las confesiones colectivamente organizadas, que proporciona las razones esenciales de la idea de la separación entre Estado e Iglesias. Es por esta doble razón por la que debe proscribirse cualquier ayuda estatal que pueda comprometer la independencia de una Iglesia o cualquier colaboración o influencia de una Iglesia que pueda hacer peligrar la autonomía del Estado. La confusión derivada de la connivencia entre Estado e Iglesias es negativa para ambos desde el punto de vista de una sana sociedad democrática: para el Estado, porque, con independencia de los rendimientos que en legitimación local y temporal puedan recibir unos u otros grupos políticos, la influencia oficial o paraoficial de alguna o algunas Iglesias compromete, como he insistido, la imparcialidad del Estado, así como la naturaleza abierta y universalista que debe tener el debate público democrático; para las Iglesias, porque, por beneficioso que pueda ser para sus objetivos e intereses, que no tienen por qué coincidir con los colectivos, el condicionamiento a su libre desarrollo y a su propia capacidad de crítica tampoco es beneficioso para el buen ejercicio de las libertades, incluida la libertad religiosa, propias de un sistema democrático.

Un caso europeo, *Hasan y Chaush c. Bulgaria* (2000), puede servir para ilustrar este principio. Bulgaria, un país con una historia largamente marcada por los conflictos religioso-políticos entre cristianos y musulmanes, sufrió un fuerte conflicto de división por el liderazgo en la comunidad musulmana entre 1992 y 1998, poco tiempo después del proceso de democratización. Aunque la Constitución búlgara establece el principio de separación entre Estado e Iglesias,

se aplicó una Ley de Denominaciones Religiosas de 1949, que provocó numerosas y constantes intervenciones oficiales en el conflicto —tanto del viceprimer ministro como de la dirección general competente—, que tomaron partido en él de varias y reiteradas formas: apoyando a los dos Muftis en disputa, nombrando y rechazando sus nombramientos tras procesos electivos de los fieles, negándose a admitir la división de las comunidades, propiciando negociaciones entre ellas, convocando y organizando conferencias religiosas para resolver el conflicto, etcétera. El TEDH, en una decisión unánime de la Gran Sala, declaró que

... el derecho a la libertad de religión garantizado por el Convenio excluye toda discreción por parte del Estado para determinar si las creencias religiosas o los medios usados para expresarlas con legítimos. La acción estatal para favorecer a un líder de una comunidad religiosa dividida o dirigida a forzar a la comunidad a estar unida bajo un solo liderazgo contra sus propios deseos constituiría asimismo una interferencia con la libertad religiosa (§ 78).

2. Neutralidad como no discriminación: valor y derechos ante la religión

La neutralidad estatal sirve y debe servir también, en segundo lugar, a la garantía de la igual libertad religiosa de los individuos, de modo que las actividades del Estado en materia religiosa ni les favorezcan ni les perjudiquen en sus creencias en materia religiosa. En este aspecto, el criterio de igual consideración a todos exige excluir todo privilegio por parte del Estado en favor de cualquier creencia religiosa, y en especial de las mayoritarias, pero cuidando a la vez de evitar todo perjuicio, en especial a las minoritarias.

El criterio se enfrenta a la tentación que sufren la mayoría de los Estados de otorgar un trato preferente a la religión o religiones mayoritarias o, en el más ecuménico de los casos, a todas las opciones religiosas con exclusión de las no religiosas. Esta última posibilidad ha sido defendida en varios votos disidentes por el antiguo presidente del TS, Rehnquist, conocidos en Estados Unidos como *nonpreferentialism*,⁵⁴ que en realidad es una forma de laicidad positiva que viene a establecer en la práctica un cierto confesionalismo que no deja de ser tal por ser ecuménico o genérico. Aquí es particularmente oportuno recalcar que la igualdad en materia religiosa implica la idea de igual respeto a las creencias ateas, agnósticas y otras formas religiosas, pero no creyentes en un solo dios o en un dios personal, como el hinduismo, el budismo, el jainismo, el unitarianismo, el sijismo, e incluso algunos tipos de judíos y cristianos.⁵⁵ Esto es particularmente visible en sociedades muy pluralistas, pero es quizá más importante en sociedades más uniformes desde el punto de vista religioso, en las que a las minorías les será más difícil hacerse oír: por eso creo que tiene razón Nussbaum cuando dice que en materia religiosa “es bueno insistir en la igualdad aun cuando nadie proteste”.⁵⁶

Un asunto que puede ejemplificar cómo debería jugar el principio de no discriminación incluso en manifestaciones simbólicas que pueden parecer irrelevantes es el de las exhibiciones de los Diez Mandamientos en algunos tribunales de los Estados Unidos. Ha de tenerse en cuenta, por un lado, que ese símbolo se puede observar en muchos lugares públicos del país, entre ellos en la estatua de Moisés situada en el propio Tribunal Supremo, que los nueve jueces

supremos han considerado constitucional, porque el tema es claramente la “ley” (la de Moisés figura junto a otras estatuas de legisladores, seculares y religiosos). Pero, por otro lado, hay dos casos en los que los tribunales han apreciado un propósito religioso directo y primordial en la exhibición de las tablas mosaicas: a) un monolito de dos toneladas de granito y más de un metro de alto colocado en el vestíbulo del palacio de justicia de Alabama por el juez Roy Moore, que lo justificó con una explícita invocación religiosa a Dios y a los mandamientos como fundamentos morales de la administración de justicia, y b) la instalación de dos reproducciones de los Diez Mandamientos claramente legibles en las salas judiciales de dos condados de Kentucky, que lo aprobaron con una clara motivación religiosa.

El primer caso fue resuelto por un tribunal de distrito, que ordenó retirar el monolito (el juez Moore rehusó obedecer la sentencia, pero terminó siendo revocado por sus restantes colegas de tribunal). El segundo caso fue decidido por el TS, en *McCreary County v. ACLU of Kentucky* (2005), que consideró inconstitucional la exhibición de los Diez Mandamientos por cinco votos frente a cuatro. La piedra de toque de esta decisión, según el juez Souter, que redactó la opinión mayoritaria, fue el criterio ya asentado precedentemente de que “la Primera Enmienda obliga a la neutralidad del Estado entre religión y religión, y entre religión y no religión”.⁵⁷ Junto a ello, como ha insistido Martha Nussbaum, una exhibición simbólica cuya pretensión es recordar que hay un solo Dios, el judeo-cristiano, cuyos primeros cuatro mandamientos son llanamente religiosos y los otros seis son inevitablemente formulados en una u otra versión partidista,

no solo trata con desconsideración a quienes no comparten esa visión religiosa, sino que, sean cuales sean nuestras creencias, deja claro que el sistema jurídico está sesgado, y no es igualmente equitativo con todos los litigantes.⁵⁸

En este punto, hay una importante objeción teórica al anterior entendimiento del principio de neutralidad, que proviene de una interpretación particularmente restrictiva del derecho a la libertad religiosa. En lugar de entender, como aquí se ha insistido, que el derecho abarca a todas las creencias en materia religiosa, incluidas las críticas con la religión, algunos filósofos han defendido que la justificación de la libertad religiosa no descansa en el principio de autonomía individual, que conduce a proteger al individuo y sus opciones y criterios religiosos por la dignidad que el individuo mismo y sus creencias merecen. Por el contrario, según la objeción que comento, el valor ético de una libertad como la religiosa procedería del respeto sustantivo que la religión (o las religiones) merecen por ser creencias valiosas en sí mismas. Ello explicaría además por qué las religiones imponen deberes especialmente perentorios que, en cuanto mandatos divinos, pueden entrar en conflicto con algunos deberes jurídicos, y que, en tanto que mandatos de conciencia, no merecerían la misma protección que las variadas opciones que desde la autonomía individual se expresan como meras preferencias.⁵⁹

Desde mi punto de vista, esta posición identifica dos cuestiones que deben ser separadas, y mantiene una tesis que debe ser impugnada. Por una parte, identificar creencia religiosa y mandatos de conciencia es un error, pues no solo tales mandatos pueden derivarse de creencias independientes de una u otra

religión (sean morales, mágicas o de cualquier otro tipo), sino que, además, las religiones también pueden promover variadas preferencias no traducibles en mandatos. De tal modo, el régimen jurídico que haya de atribuirse a las objeciones de conciencia bien podría justificarse como diferente al de las objeciones por mera preferencia, pero sin que ello derive necesariamente de la naturaleza religiosa de la objeción.

Por otra parte, debe criticarse filosóficamente la tesis de que el derecho a la libertad religiosa sea valioso (y, por tanto, definible y delimitable) por el contenido sustantivo que protege, la religión misma, y no por el respeto que las personas merecen en su autonomía, entendida como capacidad de buscar, comprometerse y desarrollar ideas, acciones y planes de vida, en el caso de la libertad religiosa en referencia al ámbito de las creencias sobre el significado básico de la vida, la existencia o no de seres que nos trascienden, etcétera. A mi modo de ver, el principio de autonomía está esencialmente asociado a los valores de dignidad e integridad de la persona, y cuando lo abandonamos como justificación de los derechos de libertad para aplicar el criterio sustantivo relativo al objeto o materia de cada derecho, lo que hacemos es simplemente sustituir el modelo de justificación mediante derechos por un modelo distinto, en el caso que comento de carácter teleológico, basado en el peso de los valores o virtudes que se deben promover. Aplicado, como lo hace Michael Sandel, al derecho de manifestación,⁶⁰ este modelo alternativo permite distinguir no solo entre manifestaciones buenas y manifestaciones malas (punto en el que seguramente podría haber acuerdo entre demócratas sobre la maldad de una manifestación racista, pero no en otros muchos casos, como

ante la despenalización del aborto), sino entre el contenido aceptable del derecho y el límite a partir del cual el derecho no existe o puede ser excluido. Sin embargo, si aceptamos que los derechos existen, su alcance no puede depender de que el contenido sobre el que se ejercen nos parezca más o menos bueno o virtuoso. Y si mantenemos que los derechos dependen en último término de su contenido, tendríamos que estar dispuestos a negar la existencia de un derecho de crédito cuando el deudor necesita perentoriamente el dinero o cuando el acreedor pretende gastarlo en un algo trivial o, todavía más claramente, moralmente vicioso. Al fin y al cabo, si la libertad de expresión no permite que otros defiendan opiniones que nos molestan, ¿qué clase de derecho estamos reconociendo? En realidad, en último término, una concepción como la anterior conduce, si no a prescindir, sí al menos a desactivar sensiblemente la idea de derechos.⁶¹

3. Libertad religiosa y neutralidad formal y sustantiva

El criterio de igualdad sin más no siempre da una clave sencilla para decidir casos complejos. Aquí es oportuno aludir a la distinción entre neutralidad formal y neutralidad sustantiva. Muchos autores han señalado con razón que en ocasiones la utilización de una definición o clasificación jurídica facial o formalmente neutra puede derivar en discriminaciones sustantivas o efectivas, de modo que se igualan situaciones que deberían abordarse de manera diferenciada precisamente para poder tratar a las personas con igual consideración y respeto. En materia de libertad religiosa este puede ser un fenómeno relativamente común en el campo de las objeciones de conciencia.

Si un examen universitario se convoca en sábado y hay personas de religión judía que piden ser examinadas otro día para poder cumplir con sus convicciones, es claro que denegar esa demanda insistiendo en la neutralidad de la regla que convoca a todos el mismo día invoca un formalismo que coloca en una situación desfavorable e injusta a algunas personas. La regla en este caso no es sustantivamente neutral, y para salvar ese defecto debe cambiarse por otra o, en todo caso, admitir una excepción y facilitar el examen un día distinto. En este caso, facilitar el cumplimiento de las creencias religiosas no es favorecer a una religión, sino simplemente asegurar la protección debida de la libertad religiosa.⁶²

Un caso que puede ejemplificar bien el anterior argumento es el asunto, *Thlimmenos c. Grecia*, en el que la Gran Sala del TEDH vio la reclamación de un testigo de Jehová que fue excluido del nombramiento como censor jurado de cuentas después de haber superado, con el número 2 entre 60 candidatos, un examen estatal necesario para ejercer tal profesión. El motivo de la exclusión fue que la ley griega impedía conceder tal título profesional a cualquiera condenado por delitos graves (*kakuryimata*), ya que unos años antes, Thlimmenos había sido condenado a cuatro años de prisión (de los que cumplió efectivamente dos y un día) por rehusar una modalidad de servicio militar no armado. El TEDH, que había venido siempre rechazando considerar como contraria a la Convención la falta de reconocimiento legal de la objeción de conciencia al servicio militar, aceptó por unanimidad en este caso revisar su posición, si bien limitadamente: aun sin entrar en la cuestión de la adecuación o no al Convenio de la condena inicial, dio relevancia a las razones religiosas por las que el interesado había sufrido condena para aceptar que la igualación de una condena impuesta

por razón de las creencias religiosas con las de otros delitos venía a establecer una discriminación por razones religiosas, que afectaba a la propia libertad religiosa (*cf.* §§ 41-47 y 50-52). Tiene interés también señalar cómo la Gran Sala no redujo su fundamentación a la libertad religiosa, llegando a afirmar que “una condena a un rechazo a llevar el uniforme por motivos religiosos y filosóficos no denota ninguna deshonestidad ni infamia moral” relevante para el ejercicio de una profesión (§ 47, cursiva mía).⁶³

4. Neutralidad y neutralización: propósitos y efectos

No debe confundirse la anterior distinción, relacionada con la diferencia entre igualdad formal y sustantiva, con otra operación de diversión que, dirigida a defender la idea de la laicidad positiva, ha propuesto distinguir entre “neutralidad” y “neutralización”, una distinción que pretende sobre todo defender, o mejorar, un *statu quo* religioso favorable a la religión socialmente más implantada. Así, para Andrés Olle-ro, mientras la neutralidad coincidiría con la buena y santa laicidad positiva, comportando la asunción por el Estado y sus representantes de los símbolos, tradiciones y privilegios religiosos establecidos de hecho en el país, en cambio, la neutralización excluiría cualquier medida política que, pretendiendo una indiferencia que en realidad sería beligerancia antirreligiosa, pueda tener como efecto cualquier pérdida en la influencia social de la religión mayoritaria, influencia que, según esta propuesta, el Estado estaría obligado a promocionar con arreglo a criterios de implantación social o de igualdad proporcional, al modo como se

ayuda a los partidos y sindicatos en función de su mayor o menor representatividad.⁶⁴

Lo más grave de esta operación es que su defensor invoca la distinción de John Rawls entre la “neutralidad de propósitos”, que es la que el Estado debe garantizar evitando “favorecer o promover cualquier doctrina comprehensiva particular en vez de a otra, o dar mayor ayuda (*assistance*) a aquellos que la persiguen”, y “neutralidad de efectos o influencia”, que para Rawls no sería un objetivo viable ni necesario, porque exigiría mantener el *statu quo* religioso de una sociedad mediante la evitación o la compensación por los efectos que sus políticas puedan tener en las creencias de los ciudadanos.⁶⁵

Ollero pretende dar la vuelta al argumento de Rawls para insistir en que el Estado sigue siendo neutral cuando proporciona ayudas a algunas confesiones, porque con ello no excluye “por principio” a “ninguno de los titulares del derecho a la libertad religiosa [...] aunque alguno, o muchos, no lleguen *de facto* a estar en condiciones de disfrutarl[a]s o ejercerl[a]s”.⁶⁶ Pero lo que en realidad hace Ollero es tergiversar a Rawls: es evidente que la neutralidad de propósitos o “por principio” que quiere preservar un liberal como Rawls resulta violada cuando el Estado favorece, promociona, subvenciona o privilegia a unas confesiones o creencias, y no a otras. En este caso no conozco ninguna sentencia que ilustre una buena aplicación de esta doctrina, pero sí puedo ofrecer una en la que podría haberse utilizado para decidir en forma más conforme con la neutralidad de propósitos: el asunto *Alujer Fernández*, comentado en el § 2.2, en el que el TEDH no encontró nada reprochable en que un Estado aconfesional, como España, financie mediante impuestos a una Iglesia en particular.

IV. CONCLUSIÓN: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIO

En sus distintas aplicaciones, el criterio de no discriminación plantea una cuestión de principio, al margen de que haya más o menos personas no religiosas (que por citar el caso de España hoy parecen ser alrededor de un 25 por ciento de la población adulta), y más o menos personas que forman parte de minorías religiosas (que también en España no llegan en conjunto al 2 por ciento).⁶⁷ Si se toma en serio la prohibición de discriminación por razones religiosas, ese motivo no puede estar refiriéndose solo a las históricas persecuciones por tener esta o aquella religión. Ha de incluir también al no menos histórico acoso al ateísmo y a la irreligión, pero hoy, sobre todo, a los actuales privilegios que favorecen a algunas religiones concretas, pero se olvidan de otras, generalmente las minoritarias, y muy en especial de quienes no tienen creencias religiosas positivas. Por ello, y en suma, la laicidad genuina consiste precisamente en no tomar partido en materia religiosa, ni a favor ni en contra; esto es, tanto entre las diversas creencias religiosas como en relación con las creencias no religiosas y antirreligiosas, tratando a todas con igual consideración.

Quizá es posible recapitular el largo recorrido anterior en una pocas frases. O al menos es posible intentarlo. La moraleja esencial del principio de neutralidad que he defendido es que cada cual ha de poder elevar el templo que prefiera o crea debido a su propio dios, sea personal o colectivo, siendo el deber de un Estado aconfesional o laico que lo pueda hacer sin interferencias públicas ni de terceros. Pero ese deber no debe llegar a participación activa del Estado en la elevación de ningún templo, como no debe comprometerle simbólicamente con ninguna creencia de tipo religioso.

Es más, un Estado genuinamente aconfesional está obligado a esa tarea de abstención religiosa también para que todas las confesiones y creencias puedan mantener mejor su plena libertad, sin sufrir las interferencias que propicia el estar en deuda con el poder político, a la vez que para quedar él mismo libre de las influencias de las distintas creencias en materia religiosa, siempre necesariamente parciales y en posible conflicto entre sí. Ese deber del Estado procede del principio de igualdad de todas las creencias en materia religiosa. Lo que significa que tanto las distintas religiones como las creencias antirreligiosas o, en fin, las restantes posiciones posibles ante la religión, deben ser igualmente respetables para el Estado. En suma, si se me permite el juego de palabras, que para el Estado también los ateos son de dios.

NOTAS

² El modelo de “Iglesia de Estado” u oficial, típico, pero no exclusivo de muchos países protestantes (frente al modelo romano-católico, que es de confesionalidad estatal), existe en Inglaterra, Dinamarca, Grecia, Suecia y Finlandia (cfr. Robbers 1996: 330).

³ Rex Ahdar y Ian Leigh, tras reconocer el carácter ambiguo del término, lo utilizan para describir tanto el caso de la Iglesia anglicana, que es una religión de Estado, como los de Dinamarca, Finlandia, Noruega o Grecia, que son Estados confesionales, esto es, que declaran oficial una religión (Cfr. Ahdar y Leigh 2005: 76-78)

⁴ Cit. por Baubérot 2010: 60. Por lo demás, el caso inglés es, como en tantas cosas, francamente atípico, pues es sólo uno de los varios regímenes de relación Iglesia-Estado que conviven en el Reino Unido, donde la reina es Gobernadora Suprema de la Iglesia de Inglaterra, pero no de las Iglesias anglicanas de Gales, Irlanda del Norte y Escocia. De estas tres últimas, las dos primeras están separadas del Estado y la tercera no es la Iglesia oficial de Escocia (cfr. McClean 1996: 311).

⁵ La expresión “laïcité ouverte” parece haber sido empleada en Francia para defender la restauración de algún predominio o control (*emprise*) de las religiones en el espacio público más allá de la mera garantía de su libre expresión en dicho espacio, lo que la identifica con el concepto de libertad positiva (cfr., críticamente, Pena-Ruiz 2003: 235236).

No obstante, la expresión es ambigua, y no tiene por qué equivaler a lo que yo considero laicidad positiva: así, Jocelyn Maclure y Charles Taylor han propugnado una “laicidad abierta” o “flexible” en un sentido liberal y pluralista, que coincide con la laicidad neutral que aquí defiendo (cfr. Maclure y Taylor 2010: 23; cfr. también 2223, 2627, 35 y 7879, así como cap. III).

⁶ El TEDH rechazó condenar al Reino Unido en *Wingrove c. Reino Unido* (1997), un caso en el que se reclamaba contra la censura por blasfemia de un cortometraje musical.

⁷ Cfr. McClean 1996: 331.

⁸ El caso más extremo seguramente se produjo durante la Revolución cultural en China (cfr. Goossaert 2005: 54; sobre el fomento del ateísmo en la URSS y su influencia en varios países satélites, véase Boyko 2005: 260 ss., así como Baubérot 2010: 69 y 83).

⁹ El especialista en derecho eclesiástico, Iván C. Ibán, lo ha explicado así: “Con singular celeridad en 1976 se firma un acuerdo entre la Santa Sede y España, que al margen de su contenido sustantivo anunciaba en su preámbulo la necesidad de sustituir el viejo Concordato de 1953 por unos nuevos acuerdos. Tengo para mí que la diplomacia vaticana actuó con notable astucia en ese punto, ya que logró que se negociaran esos nuevos acuerdos con anterioridad a la entrada en vigor de la entonces previsible, por inevitable,

nueva Constitución que, sin duda, habría de ser menos favorable a la Iglesia que las normas constitucionales del franquismo, así que aunque su fecha de publicación (1979) es posterior a la Constitución (1978), puede decirse que su contenido es preconstitucional” (Ibán 1996: 96).

¹⁰ Cfr. mi escrito “Para una interpretación laica de la Constitución” (en Ruiz Miguel y Navarro-Valls 2009: 5159).

¹¹ A pesar de mis abundantes lecturas en la materia, y de alguna pesquisa en Internet, no he logrado averiguar quién, cuándo ni dónde se empleó por vez primera la expresión: solo me consta su inopinada aparición en la STC 46/2001 y su posterior cuarto de hora de gloria fuera de los círculos jurídicos especializados cuando en septiembre de 2008 la utilizó el entonces presidente francés Nicolás Sarkozy en su discurso de bienvenida por la visita a Francia del papa Benedicto XVI.

¹² Pena-Ruiz 2001: 15

¹³ La literatura sobre el Convenio Europeo es probablemente inabarcable. Entre ella, puede citarse, como estudio general, Casadevall 2012; y, como estudios sobre la libertad religiosa en particular, Celador 2011; Emilianides 2011; Martín-Retortillo 2007; González Schmal 2004; Martínez Torrón 2003; y Evans 2001.

¹⁴ En esta línea, un especialista ha sostenido que en materia de libertad religiosa el TEDH, a diferencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha generado “un deliberado ensanchamiento de las bases limitadoras” del Convenio (Taylor 2005: 344).

¹⁵ Se trata del artículo 14, que dice así: “Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. De tal modo, la prohibición de discriminación, que en general tiende a resultar accesoria en el marco del Convenio, se hace especialmente redundante por razón de religión, y solo raramente se ha considerado violado el art. 14 por esta causa. No obstante, un caso relevante, que se comenta en el § 4.3, es *Thlimmenos c. Grecia* (2000), en que se reconoció una violación del art. 14 en combinación con el art. 9; asimismo, hay algunos otros casos en los que el Tribunal europeo ha reconocido violaciones de la prohibición de discriminación por razón de religión, pero en combinación con preceptos del Convenio distintos del que protege la libertad religiosa (cfr. Celador 2011: § 5, así como Casadevall 2012: § 9.14).

¹⁶ El artículo 13.2 de la Constitución vigente dice: “Será libre toda religión conocida, y las prácticas de culto podrán ejercerse sin restricciones bajo la salvaguardia de las leyes, si bien el ejercicio del culto no podrá atentar al orden público ni a las buenas costumbres, quedando prohibido todo proselitismo”.

¹⁷ La tipificación del delito que tuvo en cuenta el TEDH (desconozco si todavía vigente) es la siguiente: “Por proselitismo se entiende, especialmente, toda tentativa directa o indirecta de penetrar en la conciencia religiosa de una persona de confesión diferente con el fin de modificar su contenido, sea por medio de toda suerte de prestación o promesas de prestación o de seguridad moral o material, sea por medios fraudulentos, sea abusando de su inexperiencia o de su confianza, sea aprovechando su necesidad, su fragilidad intelectual o su ingenuidad” (cfr. *Kokkinakis*, § 16).

¹⁸ Otros casos que también aceptan limitaciones relevantes de la libertad religiosa son *Efstratiou c. Grecia* (1996) y *Valsamis c. Grecia* (1996), en que se había sancionado levemente a unos estudiantes Testigos de Jehová por negarse a participar en un desfile escolar, o *Larissis contra Grecia* (1998), aceptando la condena por proselitismo a tres militares protestantes.

¹⁹ Cfr. Taylor 2005: 340-341 y cap. I (cita textual: 340). Taylor concluye este documentado libro, dedicado a comparar la protección de la libertad religiosa en el ámbito de Naciones Unidas y en el europeo, con esta síntesis: “Las instituciones europeas han aceptado sin duda claros ejemplos de intolerancia estatal (particularmente contra las minorías religiosas) en crudo contraste con la posición tomada por el Comité de Derechos Humanos y el Relator Especial” (2005: 351). No obstante, como el propio Taylor indica, es de justicia señalar que el TEDH ha sido más exigente en otros casos, como en *Manoussakis c. Grecia* (1996), donde se consideró violación del Convenio la excesiva demora en conceder permiso para la construcción de un templo a los Testigos de Jehová, si bien aceptando que las restricciones legales griegas podían también ser interpretadas como conformes con el Convenio (2005: 349-350).

²⁰ Cfr. Robbers 1996: 68.

²¹ La sentencia cita los casos *Folgerø y otros c. Noruega* (2007) y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* (2007), así como la exhibición del pañuelo islámico por parte de la profesora del caso *Lucia Dahlab c. Suiza* (2001), al que más adelante me refiero en el texto. Por su parte, en los casos *Karaduman c. Turquía* (1993) la Comisión Europea de Derechos Humanos y en *Leyla Şahin c. Turquía* (2005) el Tribunal estableció que en un país con una religión muy mayoritaria, la manifestación de ritos y símbolos de tal religión puede constituir una violación de la libertad religiosa de los estudiantes que no la practican.

²² Con un argumento distinto, Bonello se refiere al caso *Akda c. Turquie* (2010)—en el que el TEDH estimó contraria al Convenio la prohibición de la difusión de la novela de Apollinaire *Les onze mille verges*, por formar parte del patrimonio cultural europeo— para concluir con ruda ironía que habría sido “bien extraño” que el Tribunal “hubiera negado el valor de patrimonio europeo a un emblema que millones de europeos han reconocido a lo largo de los siglos como un símbolo intemporal de redención por el amor universal” después de haber otorgado valor cultural a una obra que no sería más que “pornografía violenta” y “un amasijo de obscenidades trascendentales” (§ 4). El argumento denota, a mi modo de ver, una grave confusión entre derechos de los individuos y competencias y deberes de los Estados.

²³ Cfr. Weiler 2003: 28-29 y 51. En cuanto a la “Constitución europea”, en realidad se trató de un tratado de reforma de la Unión Europea que, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, no concluyó su proceso de ratificación por los referendos en contra de Francia y los Países Bajos, siendo sustituido por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y actualmente en vigor. El Preámbulo de ambos textos incluye la siguiente fórmula: “INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”.

²⁴ Cfr. Weiler 2003: 6467 (cita textual: 65).

²⁵ Sobre el tema, cfr. Baubérot 2010: 5-20.

²⁶ Sobre esta diferencia, véase Salazar 2007: 212-218. Pedro Salazar pone de manifiesto con razón, defendiendo una posición de Bobbio netamente antilaicista, que la laicidad que aquí considero obligada para el Estado puede ser defendida también desde una posición individual. No obstante, quizá tenga interés precisar que es igualmente posible adoptar sin incoherencia alguna un criterio laicista en el plano personal, como creencia que alguien cree su deber o su derecho transmitir en su esfera privada y social, y, a la vez, postular que la laicidad es la actitud que debe imperar en la esfera estatal.

²⁷ Sobre ello, me permito remitir a Ruiz Miguel 2009: 177182.

²⁸ Para una rápida síntesis de la historia mexicana en la cuestión, véase Blancarte 2005: 250254.

²⁹ El artículo 130 d) reconoce el derecho a votar, pero no a ser votados de los ministros de cultos, mientras su letra e) dice que “los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna”.

Por su parte, con rango legal, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, del 15 de julio de 1992, prohíbe también que las asociaciones religiosas y los ministros de culto posean o administren “cualquiera de los medios de comunicación masiva”, si bien excluyendo de tal prohibición a “las publicaciones impresas de carácter religioso” (art. 16; agradezco a Rodolfo Vázquez la información sobre esta Ley).

³⁰ Resumo así parte de mi respuesta en un diálogo con Rodolfo Vázquez sobre el alcance de la neutralidad estatal en materia religiosa (cfr. Ruiz Miguel 2010: § 4).

³¹ Sobre ello, véase el diálogo con Rodolfo Vázquez al que remito en la nota anterior: Vázquez 2010: 2845, y Ruiz Miguel 2010: §§ 2-3

³² También se ha sancionado la inclusión de expresiones como las siguientes: “La *Visión para México* [fascículo electoral de la Agrupación Política Nacional UNO] se edita con el propósito de que el pueblo de esta gran nación conozca los designios que Dios ha esbozado para encauzar la vida del país hacia una prosperidad y bienestar inusitados. [...] El Señor mostró que en México surgirán muchos focos de avivamiento; Dios va a hacer grandes cosas en este país. El Señor ha dispuesto levantar a su Pueblo, en México” (he obtenido todas estas informaciones de Ibarra Cárdenas 2011: 81-82).

³³ Sobre ello, remito a Blancarte 2007: 31ss.

³⁴ El caso no es académico, pues fue visto por el Tribunal Supremo de Colorado, que anuló la condena a muerte por homicidio de Robert Harlan, cambiándola por la cadena perpetua (en realidad, en mi opinión, se debería haber anulado el juicio) (cfr. Zagrebelski 2008: 115117; trad. cast.: 9697).

³⁵ Rawls 1993: 217 (trad. cast.: 252, en la que traduzco “legal” por “jurídico”).

³⁶ Me refiero en especial a la posibilidad de la anulación mediante el control de constitucionalidad de leyes que tengan una eminente y rotunda motivación religiosa por contradecir el principio constitucional de aconfesionalidad o neutralidad en materia religiosa, o a la revisión judicial de una sentencia cuya motivación esencial fuera de carácter religioso, y similares.

³⁷ Cfr. Çitak-Aytürk 2005:207 y 213ss.; Baubérot 2010: 65; así como el 2008 *Human Rights Report: Turkey*, del Departamento de Estado de Estados Unidos, en <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/eur/119109.htm>.

³⁸ En Francia hay una importante excepción jurídica al principio de laicidad en los tres Departamentos correspondientes a las regiones de Alsacia

y Lorena, anexionados tras la primera guerra mundial, donde por la permanencia del concordato con la Iglesia católica hay un régimen de oferta obligatoria en la escuela pública de enseñanza religiosa (católica, luterana, reformada y judía, con opción para el estudiante a una materia de enseñanza moral); en esas regiones, además del nombramiento de los obispos católicos por decreto del presidente de la República, previa consulta con la Santa Sede, el clero católico y los ministros de los principales cultos reciben sus ingresos del Estado (Cfr. Rey Martínez 2005: 394).

³⁹ Cfr. Cerf y Horwitz 2011: 5 y 17; así como Baubérot 2005: 359.

⁴⁰ De acuerdo con este punto de vista, y en relación con la misma normativa, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en una decisión adoptada el 1 de noviembre de 2012, ha considerado contraria al artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos la expulsión de un estudiante sij de un colegio francés que por razón de su religión se negó a prescindir de su *keski* (un pequeño turbante) (Véase CCPR/C/106/D/1852/2008; Communication No. 1852/2008; §§ 8.3-8.7).

⁴¹ La Sala dijo que “parece difícil conciliar el alcance del pañuelo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto ajeno y, sobre todo, de igualdad y no discriminación que todo enseñante debe transmitir a sus alumnos en una democracia. Conforme a ello, ponderando el derecho del profesor a manifestar su religión y la protección del alumno mediante la salvaguardia de la paz religiosa, el Tribunal estima que en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta sobre todo la reducida edad de los niños a cargo de la demandante en tanto que representante del Estado, las autoridades ginebrinas no han sobrepasado su margen de apreciación y que por tanto la medida adoptada por ellos no era irrazonable” (§ 1).

⁴² En un caso algo distinto y de justificación bastante más clara, el caso *Kalaç c. Turquía* (1997) el TEDH aceptó la conformidad con el Convenio europeo del retiro forzoso de un oficial turco basado en la manifestación de opiniones y comportamientos derivados de su adhesión a un grupo fundamentalista islámico.

⁴³ No obstante, aparte del caso que comento a continuación en el texto, que tiene un alcance sustantivo y no solo simbólico, se podrían citar también como incumplimientos no fácilmente justificables del principio de neutralidad al menos tres instituciones o prácticas significativas en los Estados Unidos que afectan a los símbolos religiosos: ante todo, la inscripción en los billetes de dólar “In God we trust”, la fórmula “God Save this Honorable Court” con la que se abren las sesiones del Tribunal Supremo y la frase “God Bless America” con la que suelen terminar muchos discursos de cargos políticos norteamericanos (sobre las dos primeras, con remisión a cuatro criterios de la jueza Sandra D. O’Connor, véase el valioso análisis de Martha Nussbaum 2008: 311-314). Mención aparte merece la *pledge of allegiance*, o compromiso de lealtad, que se pronuncia diariamente en muchas escuelas de Estados Unidos y que, desde 1954, incluye por ley la expresión “bajo Dios” (“I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all”); aunque conforme a una decisión del Tribunal Supremo anterior a la inclusión del “under God”, derivada de la reclamación de una familia de Testigos de Jehová, cualquier estudiante puede negarse a participar en la ceremonia (*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 [1943]); Nussbaum, que considera que

debería prescindirse de la ceremonia, hace una interesante descripción de la complejidad social del asunto (2008: 308316).

⁴⁴ Cfr. Nussbaum 2008: 273282.

⁴⁵ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947): 1516.

⁴⁶ *Everson*: 16.

⁴⁷ Cfr. *Everson*: 18.

⁴⁸ Así, los profesores debían impartir enseñanza complementaria en materias solo ofrecidas por escuelas públicas, usar materiales adoptados por las escuelas públicas y comprometerse a no enseñar materias religiosas (cfr., también sobre el resumen del texto, el “Syllabus” de *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 [1971]: 602).

⁴⁹ “First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion, *Board of Education v. Allen*, 392 U. S. 236, 392 U. S. 243 (1968); finally, the statute must not foster «an excessive government entanglement with religion» *Walz, supra*, at 397 U. S. 674” (*Lemon*: 612-613). Como se puede ver en esta cita textual, el test pretende recopilar criterios ya establecidos en decisiones anteriores.

⁵⁰ *Aguilar v. Felton* 473 U.S. 402 (1985): 413; la decisión recoge también algunos criterios subsidiarios de otra decisión contemporánea similar (decidida en este caso por 7 a 2 votos), *Grand Rapids School District v. Ball* 473 U.S. 373 (1985), que pueden verse en Nussbaum, *Liberty of Conscience* cit., p 289. En fin, la decisión del TS que revocó *Aguilar* fue *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).

⁵¹ Tal es la crítica del juez Rehnquist en su voto disidente en *Aguilar*: 421.

⁵² La cita corresponde al voto de O’Connor en *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 [1984]: 688, donde propuso por vez primera el *endorsement test*. No obstante, en ese voto todavía mantenía que hay “dos vías principales” por las que el Estado puede violar la cláusula de establecimiento: primero, por la implicación excesiva (*excessive entanglement*) del Estado con las instituciones religiosas, de modo que se interfiera en la independencia mutua, y, segundo, de manera “más directa”, por la “aprobación o desaprobación de la religión por parte del gobierno” (*government endorsement or disapproval of religion*) (*Lynch*: 687-688). En *Aguilar*, sin embargo, O’Connor puso en cuestión “la utilidad en la mayoría de los casos del *entanglement test* como un criterio independiente de la Cláusula de Establecimiento” (*Aguilar*: 422), pasando el peso de la argumentación al *endorsement test*.

⁵³ Cfr. *Aguilar*: 421422 y 430.

⁵⁴ Nussbaum lo ha caracterizado como “el punto de vista de que las cláusulas religiosas [de la Constitución] sólo prohíben que el gobierno federal prefiera a una secta religiosa sobre otra y que permita —y permita deliberadamente— al gobierno promover y apoyar financieramente a la religión de manera general, dándole preferencia sobre la no religión” (2008: 76; cfr. 266268).

⁵⁵ Cfr. Nussbaum 2008: 309.

⁵⁶ Nussbaum 2008: 270.

⁵⁷ *McCreary County v. ACLU of Kentucky* 545 U.S. 844 (2005): § I.A.

⁵⁸ Sobre todo lo anterior, cfr. Nussbaum 2008: 256260.

⁵⁹ Cfr. Sandel 1998: xii-xiii; Sandel 2005: 332-335; así como Ahdar y Leigh 2005: 6163.

⁶⁰ Sandel 2005: 335339.

⁶¹ Sandel, sin una justificación suficiente derivada de su doctrina, termina matizando que no está defendiendo que los jueces deban entrar a evaluar la moralidad de cada expresión o manifestación, porque “en toda teoría de los derechos es deseable que existan ciertas reglas y doctrinas generales que ahorren a los jueces la necesidad de recurrir a principios fundamentales en cada caso que se les presente. Pero algunas veces, ante casos especialmente difíciles, los jueces no pueden aplicar tales reglas sin apelar directamente a los fines morales que justifican originariamente esos derechos” (2005: 338). Esta restricción es solo aparente, sin embargo, porque son los casos difíciles, definidos precisamente por sus implicaciones morales, los que sirven para perfilar el perímetro de los derechos. Y ante apelaciones como las de Sandel a la bondad o calidad moral sustantiva frente al criterio de corrección liberal, cabe recordar la advertencia de Ronald Dworkin: “Cuidado con los principios en los que sólo puedes confiar si los dejas en manos de gente que piensa como tú” (1996: 225).

⁶² Sobre el tema, véase Evans 2001: § 8.

⁶³ El TEDH acepta así la idea de la llamada discriminación por indiferenciación (“Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes”: § 44). Para un comentario sobre la relevancia de *Thlimmenos*, cfr. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention* cit., § 8.2.4.

⁶⁴ Ollero 2009: § 3.2. Este libro del filósofo del derecho, Andrés Ollero, actual magistrado del Tribunal Constitucional español, está prácticamente dedicado a defender el parcial punto de vista de la laicidad positiva; para una referencia más amplia de este libro remito a mi recensión “España, un Estado no tan laico” (2011).

⁶⁵ Rawls 1993: 193.

⁶⁶ Ollero 2009: 56-57.

⁶⁷ En un reciente barómetro de opinión de noviembre de 2012 del oficial Centro de Investigaciones Sociológicas (preguntas 31 y 31a), se define como “no creyente” un 15.7 por ciento de la muestra, y “ateo” un 9; por su parte, aunque se define como “católico” un 72.4 y “creyente de otra religión” un 1.8 por ciento del total, de entre los declarados católicos y creyentes un 59.6 “casi nunca” asiste a ceremonias religiosas (“sin contar las ocasiones relacionadas con ceremonias de tipo social, por ejemplo, bodas, comuniones o funerales”), mientras un 16.4 dice asistir “varias veces al año”, un 9.3 “alguna vez al mes”, un 12.4 “casi todos los domingos y festivos” y un 2 por ciento “varias veces a la semana”. Teniendo en cuenta el número de encuestados (un total de 2,483, de los que 1,842 se declaran católicos o creyentes en otra religión), todo ello significa que dentro del grupo de creyentes hay un 40 por ciento de practicantes y un 24 por ciento de practicantes habituales, pero que en relación con el total de la muestra los practicantes son algo menos de un 30 y de un 18 por ciento, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

- AHDAR, Rex y LEIGH, Ian, *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- BAUBÉROT, Jean, "Conclusion", en BAUBÉROT y WIEVIORKA, 2005.
- _____, *LES laïcités dans le monde*, 4a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2010.
- _____, *Histoire de la laïcité en France*, 5a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2010.
- BAUBÉROT, Jean y WIEVIORKA, Michel, *De la séparation des Églises et de l'État à l'avenir de la laïcité (Les Entretiens d'Auxerre 2004)*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2005.
- BLANCARTE, Roberto, "Un regard latino-américain sur la laïcité", en BAUBÉROT y WIEVIORKA, 2005.
- _____, "LAICIDAD: la construcción de un concepto universal", en VÁZQUEZ, 2007.
- BOYKO, Natalya, "Présent et devenir de la laïcité en espace postsovietique (Ukraine, Russie, Bélarus)", en BAUBÉROT y WIEVIORKA, 2005.
- CABANEL, Patrick, *Entre religions et laïcité: la voie française. XIXe-XXIe siècles*, Toulouse, Editions Privat, 2007.
- CAPÉLAN, Louis, *Histoire de la laïcité républicaine. La laïcité en marche*, París, Nouvelles Éditions Latines, 2008.
- CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- CELADOR ANGÓN, Óscar, *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2011.
- CERF, Martine y HORWITZ, Marc (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, París, Armand Colin, 2011.
- ÇITAK-AYTÜRK, Zana, "Laïcité et nationalisme: pour une comparaison entre la Turquie et la France", en BAUBÉROT y WIEVIORKA, 2005.
- CONTRERAS, José María, "Marco jurídico que regula el campo religioso en España", en *La amenaza de la intolerancia religiosa. Referencias Internacionales y Marco Jurídico Religioso en España*, Madrid, Movimiento contra la Intolerancia, s.f. (pero 2010 o 2011); en <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/entrevistas/entrevistas.asp>.
- CONTRERAS, José María, y CELADOR, Óscar, *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas* (Documento de trabajo 124/2007), Madrid, Fundación Alternativas, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- EMILIANIDES, Achilles (ed.), *Religious Freedom in the European Union. The Application of the European Convention on Human Rights in the European Union. Proceedings of the 19th Meeting of the European Consortium for Church and State Research, Nicosia (Cyprus), 15-18 November 2007*, Lovaina-París-Walpole, Peeters, 2011.
- EVANS, Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001.

- GOOSSAERT, Vincent, “Les fausses séparations de l’État et de la religion en Chine, 18982004”, en BAUBÉROT y WIEVIORKA, 2005.
- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- IBÁN, Iván C., “Estado e Iglesia en España”, en ROBBERS, 1996.
- IBARRA CÁRDENAS, José de Jesús, *La argumentación jurídica de la democracia en México 19972010. El debate actual en el foro judicial*, tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de Alicante, 2011 (inédita).
- LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho a la libertad de conciencia* Madrid, Civitas, 2002.
- MACLURE, Jocelyn, y TAYLOR, Charles, *Laïcité et liberté de conscience*, París, La Découverte, 2010; se cita por la trad. cast. de M. Hernández Díaz, *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid, Alianza, 2011.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, “Laicidad e igualdad religiosa: algunas cuestiones debatidas”, en RUIZ MIGUEL y MACÍA MORILLO, 2009.
- MARTÍN RETORTILLO Baquer, Lorenzo, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, Pamplona, Civitas, 2007.
- MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* [en *ius-tel.com*], n. 2, mayo 2003.
- MCCLEAN, David, “Estado e Iglesia en el Reino Unido”, en ROBBERS, 1996.

- NAVARRO-VALLS, Rafael, "Neutralidad activa y laicidad positiva (Observaciones a «Para una interpretación laica de la Constitución», del profesor A. Ruiz Miguel)", en RUIZ MIGUEL y NAVARRO-VALLS, 2009.
- _____, "THE End (Unas palabras finales sobre «La neutralidad, por activa y por pasiva» del profesor Ruiz Miguel)", en RUIZ MIGUEL y NAVARRO-VALLS, 2009.
- NUSSBAUM, Martha, *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Nueva York, Basic Books, 2008 (trad. cast. de A. E. Álvarez y A. M. Benítez, *Libertad de conciencia. En defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, Barcelona, Tusquets, 2009; se cita por el original).
- _____, *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, Buenos Aires-Barcelona, Katz-Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, 2011.
- OLLERO, Andrés, *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009.
- PENA-RUIZ, Henri, *La laïcité pour l'égalité*, París, Mille et une nuits, 2001,
- _____, *LA laïcité*, París, Flammarion, 2003.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993; trad. cast. de Antoni Domènech, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2004.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "La laicidad «a la francesa», ¿modelo o excepción?", *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005.
- _____, "¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 27, mayo 2012.
- ROBBERS, Gerhard, "Estado e Iglesia en la Unión Europea", en ROBBERS 1996.

- ROBBERS Gerhard, (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Madrid/Baden-Baden, Servicio de Publicaciones la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Laicidad, laicismo, relativismo y democracia", *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 199, julio 2007, pp. 3960; también en VÁZQUEZ, 2007.
- _____, "Para una interpretación laica de la Constitución", en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 147178; también, por donde se cita, en RUIZ MIGUEL y NAVARRO-VALLS 2009.
- _____, "La neutralidad, por activa y por pasiva (acotaciones al margen de «Neutralidad activa y laicidad positiva», del profesor Rafael Navarro Valls)", en RUIZ MIGUEL y NAVARRO-VALLS, 2009.
- _____, "Artículo 16.1 y 16.2. La libertad de pensamiento", en CASAS BAAMONDE María Emilia et al. (comps.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- _____, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, 2a. ed., Madrid Trotta, 2009.
- _____, "Laicidad, religiones e igualdad", en RUIZ MIGUEL y MACÍA MORILLO, 2009.
- _____, "LA laicidad y el eterno retorno de la religión", en VÁZQUEZ, RUIZ MIGUEL y VILAJOSANA, 2010.
- _____, "España, un Estado no tan laico", *Revista de Libros*, núm. 174, junio 2011.

- _____, “Símbolos religiosos y laicidad”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y PRESNO LINERA, Miguel Ángel (comps.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, Comares, 2012.
- _____, “Para una crítica de la laicidad positiva”, *Jueces para la Democracia*, núm. 75, noviembre 2012.
- _____, “Libertad religiosa, laicidad y razón pública”, en CORREDOR, Cristina y PEÑA, Javier, *Filosofía y derechos humanos*, Valladolid, Lex Nova (en prensa).
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, y MACÍA MORILLO, Andrea (eds.), “Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso y NAVARRO-VALLS, Rafael, *Laicismo y Constitución*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Laicidad y democracia constitucional”, en VÁZQUEZ, 2007.
- SANDEL, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2a. ed., Cambridge University Press, 1998.
- _____, *Public Philosophy. Essays on Morality in Politics*, Cambridge, Harvard University Press, 2005; se cita por la trad. cast. de Albino Santos Mosquera, *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Barcelona, Marbot Ediciones, 2008.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de

- consenso)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011.
- TAYLOR, Paul M., *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.
- THIEBAUT, Carlos, "Secularizing Traditional Catholicism. Laicism and *laïcité*", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 36, núm. 3 y 4.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Laicidad: una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- _____, "Laicidad, religión y deliberación pública", en VÁZQUEZ, RUIZ MIGUEL y VILAJOSANA, 2010.
- VÁZQUEZ, Rodolfo et al. ,*Democracia, religión y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J., *Laicidad y Constitución*, prólogo de Augusto Martín de la Vega, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- WEILER, J. H. H., *Una Europa cristiana. Ensayo exploratorio*, trad. cast. de José Miguel Oriol; prólogo y epílogo de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Ediciones Encuentro, 2003.
- ZAGREBELSKI, Gustavo, *Contro l'ética della verità*, Milán, Laterza, 2008; trad. cast. de Álvaro Núñez Vaquero, *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Trotta, 2010.