

Alfonso Ruiz Miguel, Rafael Navarro-Valls *Laicismo y Constitución*

Alfonso Ruiz Miguel
Rafael Navarro-Valls

*Laicismo y
Constitución*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID



Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*Laicismo y
constitución*

Alfonso Ruiz Miguel
Rafael Navarro-Valls

*Laicismo y
constitución*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Alfonso Ruiz Miguel, Rafael Navarro-Valls

I.S.B.N. : 978-84-612-7457-4

Depósito Legal: M-33839-2009

1ª Edición 2008

2ª Edición 2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

I.- Presentación (<i>M^a Isabel de la Iglesia</i>)	11
II.- Para una interpretación laica de la Constitución (<i>Alfonso Ruiz Miguel</i>)	31
1. Observaciones previas	31
2. Lo que sirve en la teoría y lo que sirve en la práctica: una jurisprudencia inicialmente ambigua	38
3. La tendencia a la sobreconstitucionalización del modelo legal y el Estado laico demediado	51
4. Neutralidad estatal, laicidad positiva y Derecho promocional	59
5. Una propuesta intermedia alternativa	88

III.- Neutralidad activa y laicidad positiva (<i>Rafael Navarro-Valls</i>)	97
1. Introducción	98
2. Planteamiento metodológico	99
3. Lo que el Tribunal Constitucional debe o no debe hacer ...	101
4. “Una buena teoría inicial...” ..	103
5. Los restringidos efectos de las sentencias de amparo	107
6. Los concordatos en la jerarquía de fuentes	109
7. Estado teocrático y Estado ideocrático	112
8. Las “bendiciones” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	116
9. Acerca de la “laicidad positiva”	122
10. Una perspectiva de futuro	131
11. El principio de cooperación como estímulo positivo	137

12. Otras observaciones	142
IV.- La neutralidad, por activa y por pasiva (<i>Alfonso Ruiz Miguel</i>)	147
1. Lecciones magistrales, encerronas y trincas	147
2. Algunas cuestiones de método: corazonadas, «blue sky law» e interpretaciones ideales	150
3. Dos objeciones técnico-jurídicas con más interpretación: amparos y concordatos	154
4. Inspiraciones y malentendidos en la «buena teoría inicial»: neutralidad y libre mercado de las ideas religiosas	160
5. Acciones positivas y bendiciones internacionales de la laicidad positiva.....	164
6. Futuros religiosos, cooperación e ideologías	177
V.- The End (<i>Rafael Navarro-Valls</i>) .	189
0. No hay nada tan aburrido como intentar explicarlo todo	189

1. Entre “trincas” anda el juego ... 190
2. De la optimización “a la alemana” a la optimización “a la americana” 191
3. Entre la versión ideal del amparo y su terca realidad 192
4. Un rasgo de honestidad intelectual 194
5. La firmeza de unas líneas jurisprudenciales 195
6. De la “perversión” al “despropósito”, pasando por la política .. 196
7. The End 199

PRESENTACIÓN

1.

El libro que el lector tiene entre sus manos contiene las aportaciones al seminario “Lai-cismo y Constitución” organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y celebrado en Madrid el día 17 de enero de 2008. Incluye, pues, la ponencia de Alfonso Ruiz Miguel, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, y el comentario realizado por el profesor Rafael Navarro-Valls, catedrático de Derecho Eclesiástico de la Complutense de Madrid. También se incluye una réplica final del propio profesor Ruiz Miguel y la respuesta del profesor Navarro-Valls.

Alfonso Ruiz Miguel, ha trabajado sobre multiplicidad de temas político-jurídicos. Aunque él mismo señala que la mayor parte de sus intentos de aportar algo a la filosofía del Derecho han girado alrededor de la obra de

Norberto Bobbio¹, no obstante su trabajo también se ha encaminado por otros ámbitos, como por ejemplo el de la *metodología*, donde se ha referido esencialmente a la teoría del conocimiento jurídico, pues a su juicio, sigue estando vigente el problema del carácter científico de los estudios sobre el Derecho.²

En relación con sus escritos de *teoría del Derecho*, ha abordado el tema de la norma

¹ Entre otras obras hemos encontrado las siguientes: *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio* (Centro de Estudios Constitucionales, 1983). Y también artículos de revistas como “Norberto Bobbio: un siglo XX europeo” (en *Claves de razón práctica*, n. 141, abril 2004, pp. 44-53); “Del derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio” (en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 28, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), págs. 59-71); “El método de la teoría jurídica de Bobbio” (en VVAA, *La teoria generale del diritto. Problema e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di Uberto Scarpelli, Milano, Edizioni di Comunita, 1983, págs 387 a 411); “Norberto Bobbio y el debate de la izquierda italiana” (en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N°. 59, 1980, págs. 7-42); “Bobbio y el positivismo jurídico italiano” (en Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres editor, 1980 págs 15-58), “Democracia y Socialismo en Norberto Bobbio” (en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 17-18, 1977, págs. 175-184).

² “La dogmática jurídica: ¿ciencia o técnica?” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 4, 2002 (Derecho civil, derecho de sucesiones, otras materias), págs. 5649-5680.

jurídica. El concepto de Derecho exige una profundización en el estudio de las funciones que cumple un aparato con instituciones tan complejas como los de la maquinaria jurídico-política actual.

No descuida el autor, un inmenso tema que debe seguir siendo de actualidad, nos referimos a la *historia de la Filosofía*, rica mina de sugerencias sobre algunos problemas eternos.³

En lo relativo a la *teoría de la justicia*, a juicio del profesor quedan dos grandes territorios abiertos a la exploración: el *metaético*, cuyo tema de interés se centra en los derechos humanos como derechos morales, donde la justicia es un segmento normativo de la moral en el que las obligaciones proceden de los derechos y no al contrario.⁴ Y, por otro lado,

³ *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, en Trotta, 2002. Y artículos de revistas como por ejemplo “La socialdemocracia”, en *Historia de la teoría política*. Coord. por Fernando Vallespín Oña, Vol. 4, 1995 (Historia, progreso y emancipación), págs. 212-261.

⁴ “Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?” *El fundamento de los derechos humanos* / coord. por Javier Muguerza Carpintier, Gregorio Peces-Barba Martínez, 1989, págs. 321-326; “La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson”, en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 52, 1983, págs. 45-64.

el ámbito *ético-normativo*, donde se profundiza en valores ético-jurídico generales, como libertad, igualdad, seguridad, bienestar...⁵

⁵ “En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”. *Cuadernos de derecho judicial*, N^o. 5, 2007, págs. 345-366; “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”. *Jueces para la democracia*, N^o 55, 2006, págs. 35-47; “La igualdad política” en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n^o 7, N^o 11, 2002, págs. 65-98; “La representación democrática de las mujeres” en *Leviatán: Revista de hechos e ideas*, N^o 85-86, 2001, págs. 75-100; “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, N^o 94, 1999, págs. 48-53; “La Justicia como igualdad” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N^o. 2, 1998 págs. 131-144; “Principio de igualdad y Derecho penitenciario” en *Revista del poder judicial*, N^o 45, 1997, págs. 55-80, “La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos” en *Cuadernos de derecho judicial*, N^o. 1, 1996 págs. 9-40; “Igualdad liberal y socialdemócrata” en *Localización: Claves de razón práctica*, N^o 53, 1995 , págs. 32-39; “Azar, igualdad y biotecnología”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, págs. 2129-2152; “Azar, biotecnología y justicia sanitaria, en Bioética, religión y derecho”, en *Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, págs. 125-138; “Concepto y concepciones de la igualdad” en *Horizontes de la filosofía del derecho*. Homenaje a Luis García San Miguel/coord. por Virgilio Zapatero Gómez, Vol. 1, 2002, págs. 671-700; “Concepciones de la igualdad y justicia distributiva” en *Estado, justicia, derechos*, 2002, págs. 211-242; “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El principio de igualdad*, 2000, págs. 155-200; “La igualdad como diferenciación” en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, 1994, págs. 283-

materias en las cuales el autor ha estudiado aspectos muy importantes del aborto,⁶ eutanasia,⁷ derechos económicos, sociales,⁸ culturales..., o los relacionados con la desobediencia civil y las propuestas sobre el modelo de la sociedad futura⁹ (interdependencia en la economía¹⁰ o, en los riesgos bélicos¹¹...).

296; “Las huellas de la igualdad en la Constitución” en *Pensar la igualdad y la diferencia: una reflexión filosófica*. Coord. por Reyes Mate, 1995, págs. 109-130.

⁶ Monografía importante es *El aborto: problemas constitucionales*, en Centro de Estudios Constitucionales, 1990. El mismo tema es tratado en diferentes artículos de revistas “El aborto, entre la ética y el derecho” en *Telos: Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, , Vol. 11, N° 2, 2002 págs. 105-124.

⁷ “La eutanasia: algunas complicaciones”, en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, N° 17, 1993, págs. 43-58; “Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 14, 1993, págs. 135-165.

⁸ “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-16 (Homenaje a Elías Díaz). vol. II, 1994, pp. 651-74.

⁹ “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia” *Anuario de derechos Humanos*, n. 4, Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez, 1986-1987, pp. 399-421; “La objeción de conciencia a deberes cívicos” en *Jueces para la democracia*, n° 25, 1996, págs. 35-45; “El futuro de la democracia” en *Claves de razón práctica*, N° 152, 2005, págs. 52-61.

¹⁰ “Los derechos de participación política”, en *Constitución y derechos fundamentales*. Coord. por Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles,

En el *tema del laicismo* ha sido objeto de estudio por el autor últimamente “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia” (*Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 199, 2007, págs. 39-60), donde se defiende la laicidad como doctrina de la neutralidad del Estado democrático ante cualquier convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas. Tomando como motivo de

2004, págs. 723-748; “La jurisprudencia de Adam Smith, entre la ética y la economía” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Coord. por Juan Luis Iglesias Prada, Vol. 4, 1996, págs. 5495-5526, “Mercado y democracia: un marco para un debate”, en *Claves de razón práctica*, N° 38, 1993, págs. 34-39.

¹¹ La monografía esencial es *La justicia de la guerra y de la paz*, en Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Y como artículos de revistas, “Las intervenciones bélicas humanitarias”, en *Claves de razón práctica*, N° 68, 1996, págs. 14-22; “Filosofía de la paz: algunos problemas éticos”, en *Leviatán: Revista de hechos e ideas*, N° 26, 1986, págs. 123-132; “Por una filosofía de la paz en la era nuclear”, en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, N° 58, 1984, págs. 133-142; “Guerra, justicia y derecho internacional”, en *Guerra y paz: en nombre de la política*. Coord. por Concha Roldán, Reyes Mate, Txetxu Ausín Díez, 2004, págs. 105-118; “Paz y guerra” en *Filosofía política*, Vol. 2, 1997 (Teoría del Estado / coord. por Elías Díaz García, Jesús Alfonso Ruiz Miguel), págs. 245-264; “Guerras justas e injustas: entre la moral y el derecho” en *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1992, págs. 95-152; “Soberanía e intervención bélica humanitaria” en *Soberanía: un principio que se derrumba: aspectos metodológicos y jurídico-políticos* / coord. por Eligio Resta, Roberto Bergalli, 1996, págs. 57-72.

debate un documento de los obispos españoles, se exploran las diferencias entre laicidad y laicismo, entendido este último como legítima posición privada ajena a la religión que un Estado laico debe respetar.

Se defiende además que el laicismo no debe identificarse con el relativismo en materia religiosa y moral y que el pluralismo religioso e ideológico impone para religiosos y laicistas el procedimiento democrático como único medio justificado de decisión por encima de los diferentes criterios sustantivos de justicia.

2.

El trabajo con el que se abre el volumen lleva por título “Para una interpretación laica de la Constitución”. En él, Ruiz Miguel explica la postura del Tribunal Constitucional, que en sus sentencias ha atribuido un especial protagonismo a las confesiones religiosas criticándole el otorgamiento de la prioridad de los grupos frente a los individuos, siendo a su juicio sólo defendible la construcción liberal, que pone el acento en el carácter individual de las libertades. Esta jurisprudencia ha dado lugar a lo que él denomina “sobreconstitucionalización”, es decir una excesiva e indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios procedentes del

mero desarrollo normativo ulterior, a veces incluso de rango inferior al legal.

Sobre-constitucionalización que restringe el concepto de libertad religiosa en dos sentidos, por un lado, privilegiando la libertad de las confesiones religiosas más que la de los individuos, y por otro lado, favoreciendo la expansión de las confesiones de mayor implantación social.

Formula una alternativa a su propuesta de ruptura como vía intermedia entre ella y la tendencia a la sobre-constitucionalización de la libertad religiosa. Vía que cubre los mínimos imprescindibles de mantener, como son las prestaciones de incentivo a algunas iglesias que se han venido ampliando bajo el modelo de los Acuerdos con la Santa Sede, que deben considerarse revisables, y no como un derecho adquirido por las confesiones que las disfrutaban, y menos todavía como un derecho de carácter fundamental garantizado por la Constitución.

Resulta esencial que las medidas de cooperación con las iglesias, que se han adoptado legalmente en libre desarrollo del principio de cooperación del art. 16.3 CE, se traten no como derechos constitucionales y fundamentales, con independencia de que una vez legalmente establecidas generen derechos legales.

Desde el punto de vista constitucional no se trataría de derechos especialmente garantizados, sino de medidas que pueden ser limitadas, cambiadas y hasta suprimidas con la naturalidad de cualquier reforma legislativa.

Esta visión intermedia de la neutralidad ayuda a que la sociedad multirreligiosa y multicultural a la que nos encaminamos sea más civilizada y pacífica, manteniéndose fuera de la arena política.

3.

El contraponente en estas jornadas fue Rafael Navarro-Valls, catedrático de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Entre libros, artículos y ensayos ha publicado más de un centenar de trabajos de su especialidad, particularmente de Derecho matrimonial y de familia,¹² y regulación jurídica de la libertad religiosa.¹³

¹² Matrimonio y derecho. *Tecnos*, 1994; Curso de derecho matrimonial canónico y concordado. *Tecnos*, 1984; El matrimonio religioso ante el derecho español. *Madrid: Universidad de Madrid*, 1984; *Estudios de derecho matrimonial*. Montecorvo, 1977. “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo

También el tema de la objeción de conciencia ha sido tratado por el autor al haberse

sexo”, en *El derecho eclesiástico a las puertas del siglo XXI: libro homenaje al profesor Juan Goti Ordeñana*, 2006, págs. 391-416; “El retorno del matrimonio”, en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Vol. 3, 2001, págs. 1757-1766; “El reconocimiento del matrimonio canónico ante el derecho del Estado”, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, 2000, págs. 1489-1498; “El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses”, en *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al prof. dr. José María Díaz Moreno*, S.J. págs. 1151-1162; “El reconocimiento del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado”, en *Escritos en honor a Javier Hervada*, 1999, págs. 1119-1128; “Las uniones de hecho en el derecho comparado” en *Uniones de hecho: XI Jornades Jurídiques*, 1997, págs. 25-42; “Matrimonio, familia y libertad religiosa” en *La libertad religiosa: memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, 1996, págs. 189-218; “El matrimonio religioso” en *Derecho eclesiástico del Estado Español*, 1996, págs. 351-375; “Los efectos civiles del matrimonio religioso” en *Derecho fundamental de libertad religiosa*, 1994, págs. 135-146; “La inscripción del matrimonio en el registro civil” en *El matrimonio, cuestiones de derecho administrativo-canónico: IX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid 29-31 marzo 1989, 1990, págs. 181-208; “El «matrimonio concordatario» ante el Derecho español y el Derecho italiano: Problemas comunes” en *Centenario del Código civil*, Vol. 4, 1986, págs. 437-462; “La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981” en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, 1983, págs. 491-554; “Divorcio y derecho”

multiplicado por cien las modalidades de objeciones de conciencia, apareciendo en rápida

en *Divorcio*, 1980, págs. 37-110. “Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º. 14, 2007; “El reconocimiento del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado, en *Ius canonicum*, Vol. 39, N.º 1, 1999, págs. 1119-1128; “El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses”, en *Revista de derecho privado*, Año n.º 82, Mes 11, 1998, págs. 764-770; “Matrimonio, Familia y Libertad religiosa”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N.º 12, 1996, págs. 361-400; “La eficacia civil del matrimonio de las minorías religiosas en el derecho español”, en *Anuario jurídico y económico escurialense*, N.º. 26, 1, 1993, págs. 451-464; “La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º. 75, 1989-1990, págs. 645-668; “El «matrimonio concordatorio» ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, n.º 4, 1988, págs. 241-264; “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º. 78, 1990-1991, págs. 205-234; “La forma jurídica del matrimonio en el nuevo Código de Derecho Canónico”, en *Revista española de derecho canónico*, Vol. 39, N.º 114, 1983, págs. 489-508; “La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981”, en *Revista de derecho privado*, Año n.º 66, Mes 1, 1982, págs. 665-709; “Los efectos civiles del matrimonio canónico en el acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el estado español”, en *Revista de derecho privado*, Año n.º 64, Mes 1, 1980, págs. 217-244; “La ley del divorcio española de 1932” en *Historia 16*, N.º 27, 1978, págs. 35-44.

sucesión la objeción de conciencia fiscal, la objeción de conciencia al aborto, al jurado, a los juramentos promisorios, a ciertos tratamientos médicos, la resistencia a prescindir de ciertas vestimentas en la escuela o la Universidad, a trabajar en determinados días

¹³ “Constitución Europea y cristianismo” en *Cuestiones actuales de derecho canónico y eclesiástico en el XXV aniversario de los acuerdos con la Santa Sede y XX aniversario de vigencia del CIC*, 2005, págs. 383-404; “Europa, cristianismo y Derecho” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2, 2004, págs. 3483-3500; “Las bases de la cultura jurídica europea”, en *Iglesia, Estado y sociedad internacional: libro homenaje a D. José Giménez y Martínez de Carvajal*, 2003, págs. 569-574; “Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de la función docente” en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Vol. 1, 2000, págs. 509-520; “Justicia constitucional y factor religioso” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Vol. 2, 1999, págs. 691-700; “Justicia Constitucional y factor religioso” en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, 1998, págs. 25-38; “La función del Derecho Canónico como hecho cultural”, en *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, 1992, págs. 237-246; “Dos importantes disposiciones pontificias” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º. 15, 2007; “Europa, cristianismo y derecho”, en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 11, 2004 págs. 397-415; “Constitución Europea y Cristianismo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º. 4, 2004; “La elección del Romano Pontífice”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º. 6, 2004.

festivos y un largo etcétera, cuya razón estriba en el choque entre la norma legal que impone un hacer y la norma ética o moral que se opone a esa actuación.¹⁴

¹⁴ “*Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*”. McGraw-Hill Interamericana de España, 1997; “La Objeción de conciencia al aborto” en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, 1999, págs. 1927-1946; “La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español” en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado: estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, 1989, págs. 893-974; “La objeción de conciencia al aborto en la legislación y jurisprudencia norteamericanas”, en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad pluralista: ubi societas pluralistica viget: estudios en honor de Lamberto de Echeverría*, 1987, págs. 423-440; “La objeción de conciencia al aborto en el Derecho europeo”, en *Dimensiones jurídicas del factor religioso: estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, 1987, págs. 399-408; “Protecting conscientious objection as a fundamental right: considerations on the draft agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with other registered churches” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º. 12, 2006; “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º. 9, 2005; “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo” En *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º. 53, 2005, págs. 259-292; “La objeción de conciencia”, en *Estudios de derecho judicial*, N.º. 29, 2000, págs. 287-380; “La objeción de conciencia al aborto” en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 1, 1996, págs. 41-62; “La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho

Rafael Navarro-Valls, propone en una aguda intervención titulada “Neutralidad activa y laicidad positiva (Observaciones a “Para una interpretación laica de la Constitución”, del profesor A. Ruiz Miguel)” una tesis diferente de la del ponente.

Este tema ya había sido objeto de estudio por parte del profesor Navarro-Valls en la monografía titulada *Estado y religión: textos para una reflexión crítica*, (Ed. Ariel. 2003) y en varios artículos de revistas jurídicas “Para evitar equívocos: laicidad y laicismo” (en *Nueva revista de política, cultura y arte*, N° 103, 2006, págs. 23-28),¹⁵ o en “Justicia constitucional y factor religioso” (en *Conciencia y libertad*, N°. 11, 1999 (Ejemplar dedicado a: Enfrentado el nuevo milenio, la libertad religiosa en una sociedad plural II), págs. 56-68); “Volver a pensar la laicidad” (en *Revista de ciencias de las religiones*, 1995, págs. 157-162),¹⁶ “Los Estados frente a

español”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N° 2, 1986, págs. 257-310.

¹⁵ Donde el autor vuelve a recuperar la idea de laicidad positiva frente al laicismo y a otras posiciones exacerbadas que pueden surgir como reacción artificialmente legítima frente a este último.

¹⁶ Aquí el autor expone como la noción de laicidad está en crisis, precisamente por al ambigüedad de su significado. Para superar esta crisis el autor propone una noción positiva de laicidad en la que la separación

la Iglesia” (en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N° 9, 1993, págs. 17-52); “El principio de cooperación y la laicidad del Estado”, (en *Estado y religión en la Constitución Española y en la Constitución Europea: Actas del Seminario Internacional Complutense celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 14 de mayo de 2004, coord. por Javier Martínez-Torrón, 2006, págs. 31-42. Recoge los contenidos presentados al Seminario Internacional Complutense (3. 2004. Madrid); “Tolerancia, laicidad y libertad religiosa”, (en *Cristianos y democracia*. Coord. por César Izquierdo Urbina, Carlos Soler, 2005, págs. 87-96), además de otros artículos periodísticos.¹⁷

En todos estos artículos se deja entrever como el autor es, como se define él mismo, *un fan del Estado laico*, precisamente porque es

Estado-Iglesias no signifique necesariamente la renuncia a una tabla de valores, más o menos conectada con la fe religiosa. Esta visión positiva comienza a abrirse paso en las Cortes constitucionales europeas y en el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

¹⁷ “La democracia laicista” en *El Mundo*. 3.I.2007; “Potenciar fórmulas de consenso” en *El País*, 4.III.2007; “Acerca de las relaciones Iglesia-Estado” en *El País* 11.VI.2004; “Laicidad y simbología religiosa”, en *El Mundo*. 19.XII.2003, o “Laicidad y libertad religiosa” en *Alfa y Omega*, n° 226, 21.IX.2000.

el que garantiza a todos el espacio para proponer libremente su concepción del hombre y de la vida social. Pero si lo que pretende el Estado laico es imponer por vía mediática o legislativa la ideología propia de algunos gobernantes, entonces está dejando de ser laico: se transforma en Estado propagandista. Lo cual es no sólo una contradicción jurídica, sino un ingenuo error.

El autor vuelve a recuperar la idea de laicidad positiva frente al laicismo y a otras posiciones exacerbadas que pueden surgir como reacción artificialmente legítima frente a este último. Y ello porque, a su juicio, la noción jurídica de laicidad está en crisis, precisamente por la ambigüedad de su significado. Para superar esta crisis propone una noción positiva de laicidad en la que la separación Estado-Iglesias no signifique necesariamente la renuncia a una tabla de valores, más o menos conectada con la fe religiosa. Esta visión positiva comienza a abrirse paso en los Tribunales constitucionales europeos y en el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Su ponencia se centra principalmente en enfatizar la importancia del principio de cooperación inserto en la Constitución Española, que ha supuesto un razonable estímulo para concretar en clave positiva lo que podía-

mos llamar el ejercicio real y efectivo de la laicidad y de la libertad religiosa.

Expuso la necesidad de superar con habilidad “esa guerra fría religiosa que quieren imponer los extremistas de la moralidad sin límites y los extremistas de la cultura sin religión,” huyendo de dos perversiones, por un lado, el fanatismo y fundamentalismo que es la corrupción de la religión, y, por otro lado, esa perversión de la verdadera laicidad que es la intolerancia. Termina señalando como ambas formas de intransigencia menoscaban la libertad, citando a Holmes: “la mente del intolerante es como la pupila de los ojos, cuanto más luz recibe más se contrae”.

4.

La segunda parte del libro la compone el trabajo del profesor Ruiz Miguel respondiendo al profesor Navarro-Valls y la posterior contestación de éste.

Alfonso Ruiz Miguel debate los argumentos del Profesor Navarro-Valls y aprovecha para reafirmarse en sus principios.

En su contestación “La neutralidad, por activa y por pasiva (acotaciones al margen de “neutralidad activa y laicidad positiva, del profesor Navarro-Valls)”, el autor insiste en

sus tesis, perfilando su interpretación, señalando y definiendo con claridad los puntos de acuerdo y desacuerdo entre ambas posiciones objeto del debate.

Ruiz Miguel indica cómo presentó su interpretación como ideal y la mostró en contraste con otra interpretación intermedia que también propuso para moderar el grado de exigencia o radicalidad de aquélla respecto de la interpretación más extendida, ambas propuestas tenían la intención de mejorar el marco del artículo 16,3 CE. Mantiene el error de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional basado no sólo en su entendimiento del principio constitucional de no discriminación y de la igual libertad religiosa del art. 16 como libertad eminentemente negativa, sino también en otras afirmaciones del TC.

Se reafirma en la “buena teoría inicial” del Fundamento Jurídico 1 de la STC 24/1982 que defendía la libertad religiosa como libertad negativa en materia de religión eminentemente individual e igual para todos.

En relación con la Iglesia católica propone que para evitar todo conflicto en el futuro la vía maestra será reducir la cooperación a la mera facilitación de las diversas actividades religiosas mediante el mecanismo de los permisos. Siendo esta propuesta perfectamente

compatible con las formas de cooperación con las instituciones religiosas para cualquier asunto de interés común con el Estado, que no afectan a la neutralidad en materia religiosa.

Afirma que siendo perfectamente asumible la idea del «libre mercado de ideas y religiones», defendida por Navarro-Valls, más bien implica la exclusión de toda intervención económica del Estado en materia religiosa. Muestra, por tanto, sus reservas en relación con la propuesta de “neutralidad activa” del prof. Navarro-Vals.

5.

En el último capítulo del libro, el Prof. Navarro-Valls contesta la réplica de Alfonso Ruiz Miguel, bajo el título “The End (Unas palabras finales sobre “la neutralidad, por activa y por pasiva” del profesor Ruiz Miguel)”

El autor retoma las cuestiones expuestas en su contestación y da más énfasis a cuestiones tales como el factor religioso y el interés común del Estado donde éste debe ser neutral.

Aprovecha para precisar alguno de los elementos clave de su propuesta indicando que la religión y las creencias con asuntos de interés estatal en la medida en que constituyen

expresiones del ejercicio de un derecho fundamental y un factor de alto impacto.

Y concluye señalando que lo que la laicidad reclama es que no se confundan los planos de lo secular y de lo religioso, que haya entre Estado e Iglesia un mutuo respeto de su autonomía. Así lo ha afirmado tanto el Tribunal Constitucional Español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando rechazan tanto las teocracias confesionales como las ideocracias hostiles.

La compatibilidad entre laicidad del Estado y cooperación con la religión es algo cada vez mejor comprendido por las democracias occidentales. Algunos países (Alemania, Italia, España) canalizan esa cooperación mediante acuerdos formales. Otros (Estados Unidos o Francia) igualmente la ejercitan, aun teniendo una tradición separatista o laicista. La base se encuentra en la idea de que el hecho religioso es la consecuencia de ejercer un derecho constitucional y, también, en la convicción de su función social positiva.

Maria Isabel de la Iglesia Monje

PARA UNA INTERPRETACIÓN LAICA DE LA CONSTITUCIÓN

Alfonso Ruiz MIGUEL

Sumario. *1. Observaciones previas. 2. Lo que sirve en la teoría y lo que sirve en la práctica: una jurisprudencia inicialmente ambigua. La buena teoría inicial y su mala aplicación: el cuerpo de capellanes castrenses. Otra inaplicación grave de la teoría: una parada católico-militar. 3. La tendencia a la sobreconstitucionalización del modelo legal y el Estado laico demediado. De la secta Moon a la laicidad «positiva». Los maestros de religión católica y la «ejecución» de la libertad religiosa. 4. Neutralidad estatal, laicidad positiva y Derecho promocional. La ambigüedad de lo «positivo». Libertad como poder, facilitación e incentivación. Neutralidad liberal, no discriminación y cooperación. 5. Una propuesta intermedia alternativa.*

1. Observaciones previas*

Hasta muy recientemente nunca me había ocupado con una mínima profundidad de cues-

* El presente texto fue originariamente mi contribución a las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, celebradas en León los días 18-

tiones relacionadas con la libertad religiosa y el principio de laicidad del Estado. Cuando tuve que hacerlo, con motivo de un seminario celebrado en la Universidad de Milán en junio de 2006, mi punto de vista predominante fue más bien filosófico-político, es decir, con un tipo de reflexiones de carácter valorativo o normativo y, en conjunto, más bien críticas hacia el desarrollo escasamente neutral, en favor sobre todo de la Iglesia católica, que la regulación jurídica española ha sufrido en los últimos treinta años¹. Si esa actitud comprendía incluso a la Constitución misma o sólo a sus interpretaciones más o menos oficiales y consolidadas no era un problema que me hubiera preocupado especialmente hasta ahora, colocado como estaba en un punto de vista básicamente crítico y, por tanto, en una perspectiva normativa que podría considerarse

20 de octubre de 2007, donde compartí mesa redonda con Dionisio Llamazares y José-María Rodríguez de Santiago, a la que siguió un rico e intenso debate que ha servido para enriquecer mis puntos de vista (*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).

¹ «Laicidad, laicismo, relativismo y democracia», *Sistema*, n. 199, julio 2007, pp. 39-60 (también en Rodolfo Vázquez [comp.], *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, junto con un buen número de escritos de autores en su gran mayoría mexicanos).

ideal, en el sentido de proponerse incluso, si ese fuera el caso, *de constitutione ferenda*. Ese privilegio de situarse por encima de la más o menos cruda realidad que tantas veces ejercemos los filósofos del Derecho, no deja de tener su dura contrapartida, no siempre injustificada, en un extendido alejamiento, y hasta en una cierta desestimación, de nuestras preocupaciones y aportaciones por parte de quienes son nuestros más cercanos y naturales interlocutores, los juristas.

Este encuentro con un cualificado colectivo de juristas me da pie para enmendar en buena parte el punto de vista exclusivamente valorativo mediante una forma de reflexión filosófico-jurídica que siempre he estimado valiosa y necesaria y que he intentado cultivar en varias ocasiones: una forma de reflexión que toma a las normas y realidades jurídicas como punto de referencia central para proponer su mejor interpretación posible. Se trata de una pretensión en la que, más allá de las posibles diferencias de métodos, escuelas y estilos tan históricamente variables, cabe reconocer los mismos empeños y compromisos que siempre han alentado a los juristas. No se pasa con ello del deber ser al ser, sino del deber ser puro o ideal más propio de la filosofía al deber ser mediado por esa instancia fáctica y realista que es el Derecho. Un deber ser éste sin duda menos puro por más

cercano al suelo y a lo realizable, más condicionado por las restricciones y constricciones de un sistema jurídico concreto y de sus tradiciones materiales e interpretativas, pero –como últimamente ha venido mostrando bien Dworkin²– no menos comprometido que el deber ser filosófico con una u otra inspiración ideológica más o menos consciente y, sobre todo, con la pretensión ideal de construirse como la interpretación que mejor encaje dentro de los valores y tradiciones compartidos de un orden jurídico que se considera básica y razonablemente justo.

Advierto de que mi modelo ideal opta por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas (ya habrá ocasión en adelante de ir precisando lo mucho de expeditivo que tiene una fórmula como la anterior, sobre todo teniendo en cuenta la creciente erosión

² Además de sus libros más clásicos al propósito, *Taking Rights Seriously* y *Law's Empire*, merecen ser citados la Introducción a *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1996) y *Justice in Robes* (Cambridge-Mass y Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006; trad. cast. de Marisa Iglesias, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007).

de términos como «laicidad, «neutralidad», «laicismo», etc., erosión a la que no son ajenas, me temo, algunas decisiones y expresiones controvertibles de nuestro Tribunal Constitucional). Pues bien, también creo que, en lo básico, ese modelo ideal resulta perfectamente defendible como una genuina y apropiada interpretación *jurídica* de nuestra Constitución, y no como una mera propuesta de filosofía política, aun a pesar de la fuerza en la práctica de una línea interpretativa diferente, y por momentos incluso radicalmente opuesta, que, como se verá, ha venido construyendo el propio TC³. Que mi interpretación ideal puede ser propuesta como la mejor interpretación de nuestra Constitución a partir de un recto entendimiento de sus valores y principios esenciales y más profundos se puede comentar brevemente mediante un par de consideraciones.

En primer lugar, las sentencias del Tribunal Constitucional no son necesariamente la última palabra en materia interpretativa. Ante todo, porque los principios y reglas constitucionales tienen una dimensión de validez ideal

³ En esto soy menos optimista que el prof. Dionisio Llamazares en su ponencia en las Jornadas citadas en la primera nota, «Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones en la Europa del siglo XXI».

–la validez sustantiva que Luigi Ferrajoli ha teorizado frente a la mera vigencia o vigor de cualquier norma⁴– que está abierta a su reconocimiento a través del debate y sus consiguientes argumentaciones, un debate que puede ejercerse no sólo en el ámbito de las discusiones teóricas sino también en la arena de las opiniones y decisiones democráticamente expresadas.

Además, en segundo lugar, al igual que ocurre en muchas materias delicadas y conflictivas, tampoco en ésta deja de haber en la jurisprudencia del Tribunal elementos tan dispares, y hasta contradictorios, que pueden aplicarse a una u otra de las diferentes interpretaciones posibles, de modo que mi interpretación ideal no deja de tener apoyos en

⁴ Véase *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, esp §§ 58 y 61 (hay trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995); y *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, vol. 1, *Teoría del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, esp. cap. IX. Me he ocupado del tema en detalle en «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, pp. 211-232; puede verse también la respuesta de Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006. esp. § 3.6.

algunas importantes fundamentaciones y afirmaciones del propio TC a las que, sin embargo, no ha sabido hacer honor en varios casos concretos. Si se me apurara, no tendría inconveniente en aceptar que cuando se toman en serio las *rationes decidendi* de la jurisprudencia constitucional, más allá de los principios solemnemente proclamados y luego no del todo aplicados, el diagnóstico sobre la tendencia del TC a mermar una posición exigente sobre la neutralidad estatal en materia religiosa debe ser más bien pesimista. Si tal fuera el caso, mi interpretación de la libertad religiosa en la Constitución no pretendería tanto describir o explicar el alcance de ese derecho según la jurisprudencia constitucional como sobre todo, partiendo críticamente de ella, proponer prescriptivamente una interpretación alternativa⁵.

Para concluir estas observaciones previas, quien crea sospechosa la fuerte convergencia

⁵ Mi planteamiento se centra sobre todo en la interpretación de nuestra Constitución y no tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que me parece irrelevante en la medida en que es inverosímil que pudiera resultar contraria a un modelo como el aquí propuesto, a grandes rasgos similar al francés, cuya conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 no ha sido puesta en duda ni me parece pensable que lo sea, al menos en el núcleo de la tesis por mí defendida.

que voy a mantener entre mis convicciones filosófico-políticas y mi interpretación jurídico-constitucional queda expresamente advertido de mis presupuestos, que es lo más que puedo hacer para cumplir con el deber de probidad exigible en estos casos. En todo caso, bajo sospecha o sin ella, lo único por lo que mi modelo interpretativo puede ser aceptado o rechazado, naturalmente, es por el mayor o menor valor de las razones y argumentaciones aportadas, que aspiran a la máxima imparcialidad y objetividad que es posible en la búsqueda del mejor acuerdo racional.

2. Lo que sirve en la teoría y lo que sirve en la práctica: una jurisprudencia inicialmente ambigua

En su ensayo *En torno al tópico «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»* Kant comienza avanzando dos observaciones de difícil réplica: que si una teoría no sirve en la práctica no es por exceso sino por falta de teoría y que si una doctrina moral es correcta es ella la que debe medir el valor de las prácticas a las que resulta aplicable y no al contrario⁶. Creo que ambas observaciones pueden ser ilustradas con dos decisiones aplicaciones por parte de nuestro TC,

⁶ Cf., en la edición de Roberto Rodríguez Aramayo, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 4 y 6.

ambas a mi modo de ver indebidas, de la teoría establecida por él mismo, teoría en parte correcta y perfectamente suscribible aunque, siempre a mi modo de ver, en parte incompleta o insuficiente.

La buena teoría inicial y su mala aplicación: el cuerpo de capellanes castrenses

La sentencia que en nuestra reciente doctrina constitucional ha operado como un primer *leading case* en materia de libertad religiosa, la 24/1982, resolvió un recurso de inconstitucionalidad a propósito de una ley de 1981 sobre ascensos en el Ejército de Tierra que incluía a los capellanes castrenses, cuerpo militar éste cuya posibilidad constitucional se impugnaba en el recurso. El Tribunal concluyó negando la existencia de cualquier inconstitucionalidad en las previsiones legales, anteriores y posteriores a la Constitución, que consagraban la existencia de un «Cuerpo Eclesiástico» católico dentro de las Fuerzas Armadas (a extinguir desde la Ley 17/1999, que sigue consagrando un «Arzobispado Castrense» y unos «Capellanes Castrenses» católicos). Antes de llegar a ese resultado, sin embargo, partió de una doctrina general, luego muchas veces repetida por él mismo, que sintetizaba una interpretación bien plausible, casi diría que impecable, en materia de libertad religiosa. Tras afirmar que la procla-

mación de que «ninguna confesión tendrá carácter estatal» del art. 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», el Tribunal destacaba 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» (FJ 1).

Antes de entrar en la sustancia de la decisión, que matizaba un tanto este punto de partida, quiero dejar destacado que en este

arranque de la sentencia se avanzan dos aspectos de lo que me parece una teoría bien fundada del derecho a la libertad religiosa, por más que todavía necesitada de algunas cualificaciones. En primer término, que los dos principios básicos que se acaban de mencionar lo que articulan en realidad es el igual derecho a la libertad religiosa, entendida como libertad negativa, o de hacer o no hacer –así como, especialmente en este caso, de ser o no ser– sin interferencias externas *en materia de religión*. Quiero hacer hincapié desde ahora en la amplitud de esta última expresión, esencial para caracterizar el contenido de la libertad religiosa, que no acoge sólo la opción de tener y practicar una u otra religión sino también las opciones no religiosas, llámense laicistas, ateas o agnósticas. Y aunque la formulación de esta idea era quizá todavía ambigua e insuficiente en la mera referencia de la STC 24/1982 a «las ideologías [...], creencias [...] actitudes religiosas», esa falta de teoría ha sido posteriormente suplida, con ajustado criterio, en la STC 46/2001, sobre la Iglesia de la Unificación (o secta Moon), que reconoce amparadas por la libertad religiosa «las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia»⁷.

⁷ Véase su FJ 4, en el que, aplicando el art. 10.2 de la Constitución, el TC recoge la interpretación del art.

El segundo aspecto destacable de la STC 24/1982 es el punto de vista inicialmente individualista con el que se inicia la construcción doctrinal del derecho de igual libertad religiosa, especialmente cuando lo predica de los individuos e incluso –de formas literal y respectivamente más restrictiva y más amplia– de los ciudadanos y de los «sujetos de derecho» (añadiendo enseguida que «pueden los ciudadanos titulares de los mencionados derechos acudir en demanda de amparo») (FJ 1). Este es otro punto en el que se echaría en falta más teoría, aunque sólo sea porque el propio art. 16.1 de la Constitución «garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y *las comunidades*» y el art. 9.2 ordena «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y *de los grupos en que se integra* sean reales y efectivas».

Sin embargo, la teoría termina por precisarse y completarse, si bien en este caso de una forma más que discutible, cuando el Tribunal afirma que la «asistencia religiosa católica *a los individuos* de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucio-

18.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aceptada por el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas en su Comentario General de 20 de julio de 1993, al que corresponde la cita del TC recogida en el texto.

nal, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los *individuos y comunidades*», porque tal asistencia no excluiría ni su libertad de «aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece» ni el derecho a la igualdad de «los miembros de otras confesiones», que siempre podrán reclamar asistencia religiosa «*en la medida y proporción adecuadas*» (FJ 4, en esta como en sucesivas citas de la jurisprudencia constitucional las cursivas son siempre mías). Esta argumentación añade dos importantes precisiones a la visión más individualista del derecho de libertad religiosa que estaban destinadas a ser desarrolladas en la jurisprudencia posterior: la primera es la aparición de las comunidades –aparentemente en el mismo plano que los individuos pero en la práctica, al menos alguna de ellas, en un plano superior a los individuos de otras creencias, así como a otras comunidades–, aquí todavía sin mucha relevancia aparente, si bien avanzando la idea de que «la medida y proporción» en la que se puede reclamar el derecho a la libertad religiosa como prestación depende de que exista una comunidad y de su relativa implantación; la segunda es la transformación del derecho a la libertad religiosa desde una mera libertad negativa de los individuos, que pueden hacer o no hacer, hasta una libertad como poder de las comunidades,

es decir, con el plus de ser efectivamente realizable gracias a una prestación estatal.

Y obsérvese que si unimos las dos precisiones, resulta que mientras la igualdad en la libertad religiosa negativa es real y efectiva para los individuos con la mera garantía por parte del Estado de la no interferencia ajena, la igualdad en la libertad religiosa como poder, a través de prestaciones, sólo puede ser real y efectiva para las comunidades y, además, «en la medida y proporción adecuadas». Se trata, como es obvio de una forma muy diferente de realizar la igualdad. Y lo que en la sentencia se vino a decidir, en definitiva, fue que la incardinación de la Iglesia católica en la Fuerzas Armadas mediante el cuerpo de capellanes castrenses garantiza igualmente todas las libertades en presencia, cuando es evidente que no garantiza por igual la libertad individual de los católicos que la de quienes no comparten tal religión: en el cuartel, como en la granja de Orwell, unos son más iguales que otros.

El TC inició así una construcción teórica completada por sentencias posteriores por la que se atribuye un especial protagonismo a las confesiones religiosas, a mi modo de ver basculando en exceso hacia una posición que cabría calificar como comunitarista, en el sentido de que parece poner la prioridad en los

grupos sobre los individuos, con los riesgos de dominación de éstos por aquéllos que, especialmente en el tema religioso, ello puede conllevar. A falta de tiempo, me limitaré a decir que, en contraste, sólo me parece defendible la construcción liberal, que pone el acento en el carácter individual de las libertades, en este caso bajo el criterio de que los principales protagonistas de la libertad religiosa son los individuos, siendo los grupos y comunidades sujetos de derechos e intereses protegibles cuya justificación deriva esencialmente de los derechos individuales.

Sea como sea, recuérdese que el recurso de esta primera sentencia se resolvió negando la existencia de cualquier disconformidad con la Constitución de las previsiones legales, anteriores y posteriores a la Constitución, de las previsiones legales que establecían el «Cuerpo Eclesiástico» católico dentro de las Fuerzas Armadas. Aunque las razones del rechazo fueron en parte de carácter procesal, relativas al limitado contenido de la ley impugnada, que únicamente regulaba los ascensos⁸, nuestro más alto tribunal únicamente argumentó

⁸ Razones poco convincentes a mi modo de ver, dicho sea de paso, si se tiene en cuenta tanto la autorización expansiva del art. 39.1 de la LOTC como la aplicabilidad al caso de la doctrina de la derogación de las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución.

con las referencias ya comentadas a la salvaguarda de los derechos individuales y de las comunidades. Implícitamente, sin embargo, se olvidó por completo del principio de neutralidad estatal, a todas luces incompatible con la existencia de un cuerpo estatal de capellanes católicos en el Ejército. Y ahí creo que se produce un incumplimiento grave y palmario de la correcta teoría con la que la sentencia arranca.

Es significativo, en efecto, que, tras la proclamación del principio de aconfesionalidad y de la consiguiente prohibición constitucional de «confusión entre funciones religiosas y funciones estatales» en el FJ 1, la sentencia no vuelva a mencionarlo en absoluto, de lo que cabe colegir que la existencia de un cuerpo castrense de sacerdotes católicos no implica para el TC semejante confusión. Que se omitiera toda argumentación al respecto, y en particular la referencia del 2º inciso del art. 16.3 de la Constitución a las relaciones de cooperación con la Iglesia Católica, me parece que confirma más que desmiente la evidencia de tal confusión de funciones, pues hubiera resultado extravagante fundamentar explícitamente como forma de cooperación una institución como la de los capellanes castrenses sólo de verdad coherente en Estados confesionales o en Iglesias de Estado. Sería el caso de recordar aquella aguda observación

de Oliver Wendell Holmes, «People talk fundamentals and superlatives and then make some changes of detail», si no fuera porque nuestra sentencia dejó todos los detalles como estaban.

Otra inaplicación grave de la teoría: una parada militar-católica

Por su parte, la STC 177/1996 proporciona otra buena ilustración de la inaplicación en la práctica de la correcta teoría. Esta sentencia resolvió el recurso de 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 con motivo del V Centenario de su Advocación. Es verdad que el TC evitó la continuación del procedimiento sancionatorio contra el sargento mediante la buena doctrina, y bien aplicada, de que forzar a alguien a participar en una parada militar semejante viola su derecho a la libertad religiosa y el «mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 C. E.» (FJ 10). Sin embargo, la inaplicación de la correcta teoría se encuentra en lo que el Tribunal dejó de hacer –declarar inconstitucional ese tipo de actos–, junto al razonamiento con el que intentó justificar tal omisión, que, en mi opinión, resulta un claro *non sequitur* digno de ser puesto en la picota en los

cursos de argumentación jurídica: hubo en esto último, seguramente, exceso de teoría, algo que no preocupaba a Kant pero que no me parece un error infrecuente en nuestras decisiones constitucionales.

La correcta teoría comparece a modo de premisa mayor en el FJ 9, que recuerda la doctrina precedente de que el art. 16.3 CE «establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa» que, además de vedar la confusión entre funciones religiosas y estatales, se presenta como «presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática». La premisa menor, relativa a la calificación de los hechos, se encuentra en el reconocimiento del FJ 10 de que los «actos convocados y organizados por la autoridad militar» tenían un «inequívoco contenido religioso», hasta el punto de precisar que no constituían una mera participación militar en un acto de naturaleza religiosa sino «actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa». Pero, sorprendentemente, parte de la conclusión del silogismo, que aparece tras dos párrafos más en ese mismo FJ 10, es 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»⁹.

Es decir, que según nuestro TC el principio de neutralidad y de consiguiente no confusión entre esfera estatal y esfera religiosa es compatible con la directa organización por las Fuerzas Armadas de actos religiosos. La afirmación conclusiva no es la de Magritte titulado su cuadro «Esto no es una manzana», sino la de alguien que ante un manzana de carne y hueso dice «Esto no es una manzana». Se trata de un silogismo claramente erróneo, que afortunadamente no puede servir no ya sólo como precedente, sino ni siquiera como interpretación constitucional propiamente dicha. Pero, aun reconociendo que en lo que se refiere a la vertiente individual de la libertad religiosa el resultado de la sentencia fue a fin de cuentas aceptable, ese error lógico y el tipo de solución que vino a amparar sobre el principio institucional de la neutralidad estatal¹⁰ no está excluido que formen parte de una

⁹ No obstante, a quien replicara que el recurso no versaba propiamente sobre la constitucionalidad de la organización de la parada religiosa por las Fuerzas Armadas le respondería que tampoco versaba propiamente sobre la exclusión de la sanción disciplinaria, sobre la que el TC sí se pronunció. La sentencia no es de 1981 sino de 1996 y, en mi ingenuidad, no logro entender por qué se evitó un pronunciamiento claro señalando lo obvio, es decir, que ese tipo de actos comprometen la neutralidad estatal en materia religiosa.

¹⁰ Desde el Derecho Eclesiástico, también críticamente, cf. D. Llamazares, *Derecho a la libertad de conciencia* cit., tomo II, pp. 305-306, así como

actitud o tendencia más general, a mi modo de ver equivocada, que otras sentencias constitucionales pueden haber contribuido a reforzar¹¹.

José María Contreras Mazarío y Óscar Celador Angón, *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas* (Documento de trabajo 124/2007), Madrid, Fundación Alternativas, 2007, p. 33.

¹¹ No todas, sin embargo, ni tan claramente como la anterior. Precisamente hay una sentencia posterior sobre un caso muy similar –el de un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía que pidió ser excusado de participar en una procesión de Semana Santa acompañando a la malagueña Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, de la que aquel Cuerpo resulta ser Hermano Mayor–, que fue resuelto con mayor respeto a la lógica y menor inconveniencia para el principio de neutralidad estatal. Aunque su resultado práctico fue plenamente similar, al reconocerse en amparo el derecho del funcionario a no participar en tal acto en ejercicio de su libertad religiosa, la sentencia tuvo la habilidad de desembarazarse de la expresa petición del recurrente de que se declarase la nulidad del vínculo que une al Cuerpo Nacional de Policía con la citada Hermandad mediante la aseveración de que tal petición estaba dirigida contra un precepto de los Estatutos de la Hermandad (que se recordaba que habían sido aprobados por el Obispado de Málaga en mayo del 2000), como tales no imputables a un poder público y, por tanto, no controlables en amparo, y no contra «el eventual acto de aceptación» del Cuerpo Nacional de Policía, acto que la sentencia concluía considerando susceptible de «ser impugnado en la vía procedente» (STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 5).

Hago notar dos observaciones: primera que, aunque la sentencia afirma que la petición del recurrente se dirigía contra un acto jurídico del obispado, lo que consta en los Antecedentes publicados es la suplicación de que

3. La tendencia a la sobreconstitucionalización del modelo legal y el Estado laico demediado

En efecto, la anterior actitud de la jurisprudencia constitucional puede tender a reforzar lo que yo denominaría una «sobreconstitucionalización» de criterios meramente infraconstitucionales en materia religiosa. ¿A qué me refiero con el término «sobreconstitucionalización»? Es de sobra conocida y aceptada la constitucionalización de ciertas reglas no expresamente establecidas pero razonablemente derivables de ella, bien para hacer realmente efectivos sus mandatos (como el criterio de la inaplicabilidad de pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales), bien para cumplir normativa internacional en materia de derechos básicos (como la doble instancia judicial). Pero lo que la sobreconstitucionalización produce es una

«se declare la nulidad del vínculo» entre el Cuerpo Nacional de Policía y la Hermandad; y, segunda, que resulta bien claro que la sentencia no se atrevió a afirmar positivamente la constitucionalidad de la mencionada «hermanación» Estado-Iglesia Católica si se lee el voto particular concurrente de uno de los magistrados de la Sala, Roberto García-Calvo, que protestó porque «de acuerdo con la doctrina que establecimos en la STC 177/1996, debíamos haber reiterado que el art. 16.3 CE no impide a los poderes públicos la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza por razones de representación institucional».

indebida extensión de aquel fenómeno a ámbitos o materias que no le corresponden, en este caso, una excesiva e indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios procedentes de los acuerdos internacionales firmados con la Santa Sede o del mero desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, como los acuerdos del Gobierno con determinadas entidades representativas de algunas confesiones religiosas. Tal sería, por seguir con el argumento kantiano, la principal consecuencia de las incorrecciones en la teoría inicialmente construida por nuestro TC en materia de laicidad y libertad religiosa.

Dicha sobreconstitucionalización vendría a restringir el concepto constitucionalmente más defendible y operativo de libertad religiosa en dos sentidos, ambos ya mencionados y relacionados entre sí en cuanto abarcados por el oscuro concepto de «laicidad positiva»: uno que privilegia el derecho a la libertad en materia religiosa sobre todo como libertad de las confesiones religiosas más que de los individuos y el otro que favorece la expansión de esta última manifestación de la libertad religiosa en un sentido promocional como un derecho prestacional destinado a las confesiones de mayor implantación social. Las dos sentencias más expresivas de este fenómeno de sobreconstitucionalización son la citada 46/2001, sobre la inscripción de la Iglesia de

la Unificación en el Registro de Entidades Religiosas, y la 38/2007, sobre la inhabilitación eclesiástica y el consiguiente despido por el Estado de una profesora de religión católica en un colegio público por vivir en concubinato.

De la secta Moon a la laicidad positiva

La primera sentencia, también conocida como de la secta Moon, me parece particularmente relevante porque es en ella en la que aparece por vez primera, y de soslayo, el concepto de «laicidad positiva», curiosamente en un Fundamento Jurídico, el 4, dedicado a «recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la libertad religiosa». Sin embargo, la doctrina anterior que allí se cita expresamente no es otra que la ya comentada en el apartado anterior tanto sobre la neutralidad del Estado en materia religiosa, entendida como no confusión entre la esfera estatal y la religiosa, cuanto sobre la libertad religiosa como esfera de *agere licere* inmune a la coacción externa. Pero además de ese recordatorio, la sentencia dedica prácticamente un párrafo decisivo a afirmar tres ideas en buena parte nuevas. Primera, que el contenido de la libertad religiosa no se reduce a la protección del Estado frente a injerencias externas sino que también

«cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, [...] y respecto de las que *se exige* a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional» (cursiva mía).

Segunda, que de tales formas de prestación, al parecer constitucionalmente exigibles al Estado, es expresión el art. 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, que dice:

«Para la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros, bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

Y, tercera idea nueva, que el segundo inciso del art. 16.3 de la Constitución introduce «una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva», en la medida en que «*ordena* a los

poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’» como «especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa».

He dicho que esta idea de la «laicidad positiva» se incorporó de soslayo –y se puede añadir que subrepticamente– por el modo en el que la sentencia adopta este nuevo concepto: su texto dice: «...introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales’ (STC 177/1996)», con lo que no sólo da a entender que aquella idea había sido ya introducida por la STC 177/1996, en la que en vano se podrán buscar rastros de ella, sino el contrasentido de que la laicidad positiva hace lo contrario de lo que efectivamente hace, que es confundir Estado y religión. Pero aunque en el plano de la teoría ninguna afirmación de un tribunal puede convertir lo blanco en negro, en el plano de la práctica sí puede transformar lo blanco en oro, vía presupuestos del Estado, al menos para algunas confesiones religiosas.

Enseguida volveré con algún detenimiento sobre el concepto de laicidad positiva, porque lo que me importa subrayar ahora es cómo la sentencia que introduce esa idea viene a conectar de modo tan estrecho el derecho cons-

titucional a la libertad religiosa con el tipo de regulación legal de 1981, a su vez fuertemente deudor de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979, que da pie a pensar que se trata del único modelo conforme con la Constitución. Desconozco si se ha utilizado ya para el caso la vaga y peligrosa figura del «bloque constitucional», pero no sería de extrañar que se hubiera hecho e incluso que se extienda como explicación de la jurisprudencia a la que ha llegado nuestro TC en la materia. Y, en efecto, en el FJ 7 de la STC 46/2001 se considera desarrollo constitucional, que «hunde sus raíces en el art. 9.3 del texto constitucional» y en su referencia a que la libertad de los individuos y grupos sea real y efectiva (la sentencia no menciona la igualdad, presente en ese precepto con igual peso), a varios elementos de aquella regulación legal, y en particular al propio Registro de Entidades Religiosas. Así, la inscripción de una entidad religiosa en dicho Registro no sólo se acepta como condición necesaria (aunque aparentemente no suficiente) para la aplicabilidad del citado art. 2.3 de la LOLR, sino que el TC interpreta dicha inscripción como una institución tan ligada a la libertad religiosa amparada por el art. 16.1 de la Constitución que concluye que únicamente la cláusula de orden público, y a través de un test o escrutinio estricto, puede justificar la denegación de la inscripción de un grupo (vid. también los

FFJJ 8 y ss, así como las razones en contra del voto particular).

Los maestros de religión católica y la «ejecución» de la libertad religiosa

La sobreconstitucionalización de la normativa de desarrollo de la libertad religiosa ha llegado a su máximo extremo en algunas expresiones utilizadas en la también citada STC 38/2007, sobre el despido de la maestra de religión católica que vivía en concubinato. Según esta sentencia, el «deber de cooperación impuesto al Estado en relación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas» por el art. 16.3 CE «*exige* de los poderes públicos una actitud positiva *respecto del ejercicio colectivo* de la libertad religiosa» que va más allá de la mera protección en materia religiosa frente a injerencias externas y de la inmunidad de toda coacción por parte de los poderes públicos. En particular, añade la sentencia, ese deber «*exige* a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, *conforme* a lo que dispone el apartado 3 del art. 2 LOLR», que posibilita que colectividades como algunas iglesias presten formación religiosa obligatoria para los colegios públicos (cf. FJ 5).

Aunque, afortunadamente, la sentencia no termina de ser del todo concluyente en el

asunto, pues en un momento considera a la inserción de la enseñanza de ciertas religiones en el itinerario educativo únicamente como un «cauce posible» para la realización del deber de cooperación del art. 16.3 de la Constitución (cf. FJ 7), en ella más bien destacan repetidas afirmaciones que consideran el modelo inaugurado por los Acuerdos con la Santa Sede no ya meramente un *posible* desarrollo de la Constitución sino su más apropiada «*ejecución*»¹², un término éste que no puede haber escapado a nuestro máximo intérprete constitucional como impropio en principio de la relación entre constitución y legislación. En esta misma línea, la sentencia llega incluso a afirmar el «derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y [...] el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE)» (FJ 12), donde hago notar no sin cierto

¹² Así, la sentencia afirma que «si el Estado, *en ejecución* de la obligación de cooperación establecida en el art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen» (FJ 9). En otro momento dice que la contratación de profesores de religión por las administraciones públicas no convierte a éstas en empresas de tendencia porque con tal contratación «no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que *ejecutan* la cooperación con las iglesias» (FJ 10) (las cursivas de todas las citas son mías).

escándalo que el TC pone entre paréntesis preceptos constitucionales que para nada mencionan expresamente, ni mucho menos, la educación pública. Si esta tendencia interpretativa se consumara, sería apropiado afirmar descriptivamente que nuestra Constitución consagra un Estado laico demediado¹³.

4. Neutralidad estatal, laicidad positiva y Derecho promocional

La ambigüedad de lo «positivo»

La clave de esta radicalización de la línea interpretativa del TC está en la figura de la «aconfesionalidad o laicidad positiva», que el propio Tribunal presenta como manifestación de la neutralidad estatal ante la religión. Si se me permite un poco de análisis filosófico del lenguaje, el término «positivo» en este contexto creo que puede tener sólo dos significa-

¹³ Dentro de lo que cabe, una subsiguiente sentencia sobre el caso similar de la no renovación como profesor de religión de un sacerdote casado se ha abstenido de mencionar los pasajes que he señalado como más regresivos y preocupantes de la STC 38/2007 (vid. STC 128/2007, de 4 de junio, FJ 5). La Sala, no obstante, pudo servirse de la doctrina más moderada de la sentencia anterior para rechazar el amparo por mayoría de cuatro votos, en esta ocasión no acompañados por el tan esforzado como arduo voto particular de dos de sus magistrados, Pascual Sala y Elisa Pérez-Vera.

dos. Según el primero, de carácter más bien descriptivo, un deber, una conducta o una medida se caracterizan por su carácter activo en contraposición a pasivo, que es el sentido utilizado cuando se habla de deberes positivos, como deberes de hacer, que se cumplen mediante acciones positivas, en contraste con los deberes negativos o prohibiciones, que se cumplen mediante omisiones o acciones negativas. Según el segundo significado, eminentemente valorativo, una acción, una política o una institución se califican como positivas porque se consideran buenas conforme a principios o por sus efectos, en contraste con el carácter negativo en cuanto nocivo que podrían tener las figuras opuestas. En Derecho público se ha extendido el uso de la expresión «acciones positivas (a veces llamadas también «afirmativas») para referirse a las medidas favorecedoras de ciertos colectivos para contrarrestar procesos sociales de desigualdad o de dominación, si bien hay discrepancias valorativas sobre la general bondad y eficacia de tales acciones.

Pues bien, tanto por parte del TC como de buena parte de la doctrina, se diría que en la noción de laicidad positiva han venido a converger ambos significados, bajo el presupuesto de que las medidas activas por parte del Estado en apoyo de ciertas confesiones religiosas son además la buena forma, incluso la

única forma adecuada, de entender la neutralidad del Estado en materia religiosa. Mi colega Andrés Ollero expresa bien la coexistencia de ambos sentidos cuando en páginas contiguas en un libro reciente afirma, de un lado, que «en superación de la dimensión ‘negativa’, propia de la llamada primera generación de los derechos y libertades, de impronta liberal», la «laicidad positiva se caracterizaría por una actitud de cooperación, mientras la meramente negativa implicaba indiferencia o distancia»; y, de otro lado, que en el ámbito de la vinculatoriedad de la cooperación del Estado con las confesiones

«lo *neutral* no puede identificarse con lo *neutro*; esto permite descartar de inmediato un inevitable efecto *neutralizador*. Aun estableciendo una neutralidad estatal, entendida como no injerencia en la libre conciencia de cada ciudadano, el hecho religioso aparece en la Constitución como fenómeno enriquecedor de la vida social. [...] Hay pues una toma de partido por una libertad positivamente valorada...»¹⁴.

En resumidas cuentas, que la *neutralidad* como dios manda (ahora soy yo quien pone la cursiva) impone tomar partido por la religión.

¹⁴ Andrés Ollero, *España: ¿un Estado laico?. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 40-42.

Para poner orden, en mi caso un orden de neta impronta liberal, en este complejo asunto me parece que la contraposición entre una laicidad negativa o mala y otra positiva o buena es conceptualmente engañosa. Da a entender que no hay aquí más que dos posibilidades: o bien neutralización del Estado agresiva con las religiones o bien «neutralidad» cooperativa y que valora positivamente el hecho religioso. A mí me parece meridiano que la alternativa *aut-aut* es en este caso claramente falsa y que hay una tercera posibilidad, y por cierto la única genuinamente aceptable: entre un Estado hostil o beligerante contra las religiones (un Estado en realidad no laico sino «laicista») y un Estado que las valora y ayuda positivamente se encuentra el Estado neutral o laico, esto es, el que es imparcial ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como no valiosas. Viene al caso aquí recordar que mientras los particulares, en perfecto uso de su libertad religiosa, pueden ser «laicistas», en el sentido de militantes en favor de creencias ateas y en contra de las religiones en el sentido tradicional y restringido de la palabra, al Estado le está vedada esa posibilidad, debiendo limitarse a ser laico, en el sentido de neutral o imparcial entre las diversas creencias en materia de religión¹⁵. Pero por esa

misma razón, también le está vedado favorecer o privilegiar a esta o aquella religión particular.

Porque el problema es que tanto el Estado perseguidor como el Estado no imparcialmente cooperador dejan de ser neutrales ante algunos de sus ciudadanos, a los que necesariamente no tratan con igual consideración y respeto, por utilizar la conocida fórmula de justicia de Dworkin. La incomprensión de

¹⁵ Sobre todo ello, remito a mi escrito «Laicidad, laicismo...» cit., pp. 43 ss, donde destaco el significado valorativo o comprometido de “laicismo”, como creencia privada en la falsedad de las religiones en el sentido estricto o tradicional de esa palabra –que en la cultura occidental suelen reducirse a las creencias en divinidades y en la supervivencia después de la muerte–, ante la que, insisto, el Estado laico debe de ser tan neutral como ante cualquier otra creencia en materia religiosa. Cabe añadir ahora que, como ha puesto de relieve Dionisio Llamazares, hay también un significado meramente descriptivo o externo de “laicismo”, como proceso histórico de secularización hacia la laicidad estatal, entendida ésta, por un lado, como neutralidad o imparcialidad hacia las creencias, religiosas o no, de los ciudadanos, y, por otro lado, como separación entre las competencias y los órganos del Estado y las de las distintas confesiones religiosas (cf. “A modo de presentación. Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas”, en D. Llamazares [comp.], *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 10-11; así como *Derecho a la libertad de conciencia*, Madrid, Civitas, tomo I, 2002, pp. 314-319).

este sencillo criterio por muchos de quienes defienden la figura de la laicidad positiva, hoy bien presente en la batalla de nuestros obispos contra los gobiernos de izquierda, me parece que es una manifestación de la máxima «El que no está conmigo está contra mí» (Lc 11, 23). No otra cosa induce a pensar la pretensión de los obispos de que si el Estado no reconoce positivamente el valor de la religión y de una enseñanza religiosa obligatoria para las escuelas públicas, como si no acepta ciertos postulados morales de la Iglesia católica relativos al aborto, al matrimonio o a la asignatura de «Educación para la ciudadanía», está siendo «laicista», intolerante y agresivo con la religión católica¹⁶. Pero tales alegaciones son equivocadas e injustas, me parece, frente a un Estado genuinamente laico y neutral, que si quiere ser tal no puede reconocer la bondad o maldad de las religiones, como no puede reconocer la bondad o maldad del laicismo o el ateísmo, salvo, en cualquier

¹⁶ Me he ocupado de comentar críticamente la posición de la Conferencia Episcopal española, en su documento *Orientaciones morales ante la situación actual de España Orientaciones morales. Instrucción pastoral de la LXXXVIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal española*, de 23 de noviembre de 2006, en mi escrito «Laicidad, laicismo...» cit., esp. pp. 48 ss. Una crítica muy próxima a la mía, si bien (entiendo) desde un catolicismo de izquierdas, en Rafael Díaz-Salazar, *Democracia laica y religión pública*, Madrid, Taurus, 2007, cap. II.

caso, y conforme a la cláusula de orden público, frente a actos y prácticas que atenten contra derechos básicos.

Libertad como poder, facilitación e incentivación

Una consideración aparte y distinta merece el aspecto descriptivo de la expresión «laicidad positiva», esto es, la idea de que la neutralidad del Estado no queda comprometida, por decirlo con los obispos españoles, por el hecho de que «apoye con dinero público el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y subvencione a las instituciones religiosas correspondientes de forma proporcionada a su implantación en la sociedad y a su mayor o menor significación en la historia y la cultura del pueblo»¹⁷. En este punto deben entrar en juego varias nociones que parecen haberse convertido en lugar común entre los juristas y que merecerían un análisis más detallado del que puedo permitirme aquí. Me refiero a la presunción de que el Estado social ha superado la perspectiva de una libertad meramente negativa, como garantía de no interferencia, por una de libertad de carácter positivo, que se configura mediante un modelo de Derecho prestacional y promocional tendente a garan-

¹⁷ Cf. *Orientaciones morales...* cit., § 63.

tizar de manera real y efectiva la libertad y la igualdad de los ciudadanos.

Dejo rápidamente a un lado la confusión terminológica que asedia a la expresión «libertad positiva», inicialmente utilizada tanto por Norberto Bobbio como por Isaiah Berlin para referirse a la libertad en cuanto autonomía política, relativa a los derechos de participación política, cuando en el presente contexto alude a la libertad como poder o capacidad efectiva para realizar cualquier forma de libertad, y especialmente la negativa (la cual, dicho sea de paso, aprovechando de nuevo la carga valorativa de los términos en cuestión, se viene a considerar sin mayores razones como una forma inferior o deficiente respecto de la más completa libertad *positiva*). Así entendida, sin embargo, la libertad como poder caracteriza no a todos los derechos del Estado social, que sigue siendo liberal en el sentido tradicional de la palabra en lo que concierne a numerosos derechos, de la libertad de expresión o reunión a la de circulación o sindicación, calificables de meras libertades negativas, sino sólo a algunos de ellos, y por cierto no todos derechos sociales, como lo muestra la asistencia letrada al detenido. Pues bien, la cuestión clave en este punto es si la libertad religiosa debe configurarse esencialmente como una libertad negativa –de simple hacer o no hacer, como la libertad de expre-

sión, la de asociación o la de sindicación– o también, además, como una libertad particularmente facilitada mediante prestaciones del Estado¹⁸.

Para resolver esta cuestión me parece que la categoría del «Derecho promocional» tiende más a confundir que a aclarar si no se analiza con cuidado. En la propuesta originaria, formulada por Bobbio en la década de los 70, la noción de «función promocional» del Derecho pretendía aludir al ya entonces considerable fenómeno de la estimulación de conductas por parte del Estado a través de medidas genéricamente calificables como sanciones positivas (premios, subvenciones, exenciones fiscales, etc.), lo que contrastaba con la tradicional función represiva, de evitación de conductas mediante prohibiciones y sanciones negativas. Pero aunque tal función se definía así como un *fin de promoción* esencial-

¹⁸ En la inevitable tensión constitucional entre el criterio laico basado en la igual libertad religiosa de carácter negativo y el mandato de cooperación con las confesiones con insistencia en las prestaciones, un buen conocedor de nuestra doctrina eclesialista como Luis Prieto Sanchís informa de cómo en ella ha triunfado en los últimos treinta años la segunda opción: cf. «La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad», en en Antonio López Castillo (comp.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 62.

mente realizable a través de un *medio prestacional*, en realidad es perfectamente posible que el Estado adopte fines promocionales de ciertas políticas mediante mecanismos más complejos e incluso distintos al prestacional, que tanto pueden combinar medios prestacionales con medidas negativas (por ejemplo, una política de fomento del alquiler que desgrave a propietarios e inquilinos y que a la vez grave las viviendas desocupadas), reducirse a medidas represivas o, en fin, consistir en facilitar conductas mediante otros procedimientos que no implican prestaciones económicas ni sanciones, como la regulación mediante simples permisos, la eliminación de trabas normativas o la agilización de licencias.

Ejemplos como los anteriores ponen de relieve que en la noción de fin «promocional» conviene distinguir ulteriormente entre dos formas diferentes: por un lado, la *incentivación*, como acción del Estado especialmente comprometida con un objetivo que intenta provocar conductas a las que los ciudadanos son renuentes, que es el sentido genuino, estricto y seguramente más novedoso de la idea de función promocional, y respecto del que encaja muy bien la utilización de medios como los premios, los incentivos o las prestaciones; y, por otro lado, la mera *facilitación*, como acción del Estado

que allana y posibilita la realización de conductas que los ciudadanos ya tienden a realizar aunque acaso con menos comodidad, que es un sentido más amplio, quizá impropio, de la idea de función promocional, que configura un tipo de acción típico del Estado liberal clásico o abstencionista, al menos en su modelo idealizado, en el que las normas protagonistas, aunque no exclusivas, son, según la tipología de Hart, las que confieren potestades privadas. En suma, atendiendo a los instrumentos jurídicos utilizados, mientras la incentivación presupone medidas premiales expresamente gravosas para el presupuesto público, la facilitación se consigue mediante meros permisos que garantizan la esfera del *agere licere* y no implican una especial inversión pública que vaya más allá de la establecida en general para el mantenimiento del sistema jurídico.

Neutralidad liberal, no discriminación y cooperación

Pues bien, si la función promocional se entiende estrictamente como incentivación, parece claro que la neutralidad del Estado propiamente dicha veda la incentivación en materia religiosa, es decir, tanto de las actividades religiosas en sentido tradicional como de las ateas, laicistas y similares. Únicamente podría ser neutral en el hipotético e impracti-

cable supuesto de que incentivara por igual, en el sentido de proporcionalmente a su implantación, *todas* las creencias existentes. Pero, en realidad, incentivar la práctica de una o varias religiones supone privilegiar unas creencias en materia religiosa a costa de recursos de todos que dejan de beneficiar a otras muchas opciones existentes, organizadas o no, que con razón pueden considerarse discriminadas. En cambio, si por función promocional se entiende la mera facilitación de actividades en materia religiosa, especialmente si no implica un gasto público especialmente relevante, que implicaría una desigualdad significativa, no está en peligro la neutralidad estatal en materia religiosa.

La estrechísima relación entre dicha neutralidad y el principio de no discriminación es un rasgo característico del pensamiento liberal. El debate sobre la idea general de neutralidad liberal ha hecho ya correr ríos de tinta, pero aceptando la moderada y sensata versión formulada por el Rawls más maduro, si no resulta exigible que el Estado mantenga una «neutralidad de efectos o influencia», por la que deba excluir o compensar por toda política que tenga como consecuencia que los individuos sigan esta o aquella creencia particular, una estructura política justa sí debe garantizar la «neutralidad de propósitos», es decir, la que excluye cualquier medida estatal «diri-

gida a favorecer o promover cualquier doctrina comprensiva particular en vez de a otra, o dar mayor ayuda (*assistance*) a aquellos que la persiguen»¹⁹.

¹⁹ *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 193.

Tal es la neutralidad que, dicho sea en los ya populares términos de Dworkin, trata a todos los ciudadanos no por igual, sino como iguales, con la debida consideración y respeto: «Puesto que los ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones, el gobierno no los trata como iguales si prefiere una concepción a otra, sea porque los funcionarios creen que una es intrínsecamente superior, sea porque es mantenida por el grupo más numeroso o poderoso» (cf., por ejemplo, «Liberalism» [1978], en *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 191-192; la cita en esta última página). En nuestro país ha insistido en ello con peculiar rigor y sencillez Luis Prieto: «si el Estado quiere tratar a los ciudadanos como iguales, pero resulta que esos ciudadanos profesan doctrinas o concepciones diferentes sobre el bien o la virtud, entonces esa igualdad reclama la neutralidad del Estado frente a esas doctrinas o concepciones» [«La escuela (como espacio) de tolerancia...» cit., p. 52].

El propio Dworkin ha desarrollado más recientemente una argumentación específica sobre nuestro tema, en dirección coincidente con la aquí seguida, en una de sus Scribner Lectures de 2005, sobre «Religión and Dignity», publicadas como *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006, trad. cast., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008. Dentro de la rica argumentación allí presentada, dos distinciones fundamentales merecen mención. La primera, la contraposición entre dos modelos de «tolerancia» en la relación entre Estado y religión: de un lado, el modelo de «nación religiosa tolerante», según el

Andrés Ollero, que cita aprobatoriamente la distinción de Rawls e incluso el texto anterior (aunque sin la coletilla final sobre la ayuda), atribuye al “laicismo» –siempre en-

cual es la no creencia religiosa la que resulta tolerada desde un compromiso con alguna forma de religión en el sentido convencional del término (habla expresamente de monoteísmo), compromiso que únicamente limita el «apoyo retórico y financiero a la religión [... para] proteger la libertad de los disidentes y los no creyentes»; y, de otro lado, el de «sociedad secular tolerante», que tolera la religión cuidando de no otorgar privilegios de ningún tipo a las organizaciones religiosas. A salvo de matices terminológicos, la idea de neutralidad aquí defendida es la del segundo modelo, que es también el lúcidamente defendido por Dworkin. La segunda, que merece también un comentario, es la distinción entre «*personally*» e «*impersonally judgmental* justifications» (lo que se podría traducir como «justificaciones de estimación personal» e «impersonal»), según comporten una concepción sobre qué tipo de vida es intrínsecamente valiosa o no valiosa para la propia persona involucrada o, por el contrario, sobre algún objeto o estado de cosas ajeno a aquel tipo de consideración. Según Dworkin, sólo en el segundo ámbito es legítima la intervención estatal, porque la interferencia en el primero violaría uno de los dos principios que configuran la dignidad humana: el de la responsabilidad individual por la propia vida y los propios valores éticos (cf. pp. 9-10 y 70-71 de la ed. orig.). Ahora bien, a pesar del intento de Dworkin por diferenciar su propuesta de la concepción de Rawls sobre la razón pública (cf. pp. 64-65) y de su más bien enrevesada formulación («*judgmental*» no es término que venga en los diccionarios), en lo esencial su distinción no es sino una versión más de la distinción fundamental de la tradición liberal entre ética pública y privada, o entre lo justo y lo bueno, a la que también responde la propuesta rawlsiana.

tendido por él como actitud hostil hacia las religiones que sus partidarios pretenderían endosar también al Estado–, la propuesta de la neutralidad de efectos para afirmar que «no hay discriminación cuando ninguno de los titulares del derecho de libertad religiosa es excluido por principio de los aspectos favorables derivados de la cooperación, aunque alguno, o muchos, no lleguen ‘de facto’ a disfrutarlos o ejercerlos»²⁰. En otro momento remacha que «el mantenimiento de un trato privilegiado a la iglesia mayoritaria [respecta...] la libertad y no discriminación»²¹.

Sin embargo, frente a afirmaciones como estas, lo que los críticos de las medidas positivas en promoción de la Iglesia católica impugnan es que tales ayudas *excluyen por principio* a todas las demás creencias en materia religiosa no especialmente favorecidas. Que lo que así está en juego es la prohibición de discriminación, y no sólo en los efectos sino también en el propósito, resulta por lo demás bien claro en la fundamentación del propio Ollero, quien no duda en afirmar que las «acciones positivas» son la única forma de «reconocer en términos reales la libertad religiosa», considerando «a la religión como un

²⁰ *España: ¿un Estado laico?... cit.*, pp. 43-44; cf. también pp. 82-86.

²¹ *Ibidem*, p. 108.

bien jurídico, capaz de justificar *una protección específica*²², a la vez que insiste una y otra vez en que el laicismo, el ateísmo o el agnosticismo no son creencias religiosas (ni, por implicación, bienes jurídicos equivalentes a la religión), por lo que sólo les corresponde la mera protección negativa que el Estado debe otorgar a la libertad ideológica y de conciencia²³. La defensa de la incentivación mediante acciones positivas a ciertas confesiones religiosas no sólo deja fuera de hecho, en los efectos, a las creencias religiosas minoritarias no favorecidas, sino que exige además discriminar por principio a todas las creencias críticas de la religión en el sentido más tradicional de esta palabra.

A estas alturas resultará meridiano que el concepto restringido de «libertad religiosa» defendido por los partidarios de los privilegios de la Iglesia católica prescinde por completo del principio de neutralidad liberal. Frente a él, no sólo es posible rescatar la sensatez y oportunidad de un concepto amplio de religión, que incluye tanto las creencias en

²² *Ibidem*, p. 91 (la cursiva es mía).

²³ *Ibidem*, p. 94, así como pp. 66, 88-91 y 94. En esta última página, por cierto, la diferencia entre religión por un lado y ateísmo y agnosticismo por otro se hace residir en el culto religioso, criterio que excluye de las religiones a ciertas versiones del budismo y a otras religiones orientales.

uno varios seres inteligentes trascendentes y/o en una vida de las personas más allá de la muerte como las de quienes piensan, tan firme y honestamente como los primeros, que creencias como aquéllas son meras ilusiones producto del miedo, la ignorancia, y la credulidad de los seres humanos. En rigor, sólo hay una posición que puede considerarse genuinamente a-religiosa o neutral en este sentido amplio: la de los agnósticos, quienes o bien afirman genuinamente, como los escépticos griegos, no saber nada de tales asuntos o bien simplemente pasan sin preguntarse nada sobre ellos. Aún así, incluso los agnósticos están amparados en sus convicciones o actitudes por el derecho a la libertad religiosa, que, insisto, es el derecho a tener cualesquiera creencias y actitudes en materia religiosa.

En todo caso, no es cierto que lo que pretendemos los defensores de una más estricta laicidad del Estado sea «corregir los efectos prácticos inevitablemente derivados de la desigualdad cuantitativa» de esta o aquella confesión, o «que los poderes públicos cooperen con los que pretenden [...] liberar a la sociedad de la religión»²⁴. Lo que en realidad propone una visión laica de la neutralidad estatal –apta y practicada no sólo por «laicistas» en sus creencias privadas, sino también por

²⁴ *Ibidem*, pp. 82-83 y 90.

algunos católicos y cristianos— es excluir los «privilegios» y las «protecciones específicas» otorgadas a algunas confesiones como modo de evitar no sólo las desigualdades prácticas derivadas de ello sino sobre todo la discriminación de propósito que tales ayudas implican. Porque el reverso de la neutralidad de propósito es la discriminación, operada en este caso por una causa tradicional y fundamentalmente sospechosa como la religión, no por casualidad expresamente designada en el artículo 14 de nuestra Constitución. Una causa, por lo demás, que nadie podrá decir que ampara exclusivamente a quienes profesan creencias y cultos religiosos en sentido estricto, sino también, y en realidad sobre todo, a todos cuantos pueden verse perseguidos o, para no dramatizar, desfavorecidos por causa de las creencias religiosas de otros, por mayoritarias que sean²⁵. En suma, lo que el punto de vista laico exige es que las distintas creencias en materia religiosa operen en la sociedad con plena libertad negativa, sin privilegios que marquen preferencias por unas convicciones sobre otras, de modo que cada cual pueda practicar sus ideas, e incluso intentar

²⁵ Conforme con la crítica, aunque propone como inevitable la solución de generalizar la promoción a cualquier actividad social, Iván C. Ibán, «La protección de la libertad religiosa en la Unión Europea», *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, n. 14, 2006, p. 304.

expandirlas, sin privilegios o trabas que impidan o dificulten la libre competencia de las ideas²⁶. O, si se prefiere oír lo mismo en términos lejanos del lenguaje del mercado que aquí parecen venir bien al caso, la neutralidad del Estado en este campo pide asumir el criterio de que a quien Dios se la dé, San Pedro se la bendiga²⁷.

²⁶ Si bien desde el punto de vista interno, para animar a mostrar y demostrar la propia fe religiosa en público, a esta misma propuesta llega Rafael Navarro-Valls cuando acepta la crítica de Daniel Innerarity al “antimercantilismo moral”, entendido por aquél como “el miedo, por parte de la Iglesia y sus adeptos, a entrar en el juego de la libre concurrencia de las ideas y los valores morales” («Los Estados frente a la Iglesia» [1993], en R. Navarro-Valls y otros, *Estado y religión: textos para una reflexión crítica*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 2003, p. 424).

²⁷ Recojo y devuelvo una simpática aunque algo prolíja metáfora propuesta por Ollero: «A los laicistas –dice– su alergia al incienso acaba generándoles una peculiar obsesión de fumadores pasivos. Puesta en marcha la operación profiláctica, es inútil intentar ponerle freno, precisamente porque no cabe neutralidad. Se empieza obligando a fumar en los asientos traseros y se acaba prohibiéndolo en todo el aparato; se comienza limitando la prohibición a trayectos nacionales y se acaba extendiéndolo a todos los vuelos; se establecen en un primer momento tolerantes puntos para fumadores y se acaba prohibiendo fumar en todo el aeropuerto; en edificios públicos u hoteles se invita a fumar en la propia habitación u oficina, pero se acabará prohibiendo en beneficio del futuro usuario o del eventual visitante. Una vez asumido que el tabaco es cancerígeno, no cabe ya neutralidad legítima; se impone con toda lógica el

Una forma diferente de argumentar contra mi interpretación de la neutralidad podría reconocer que nuestro modelo constitucional es esencialmente discriminatorio, pero que, al igual que ocurre con la preferencia por el varón en la sucesión en la Corona, debe resolverse por el criterio de la *lex specialis*. Según esta argumentación, si la Constitución ha establecido la libertad religiosa como una libertad específica y diferente de la más genérica libertad ideológica, hasta el punto de hacer mención de un deber de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, es que ha de entenderse que cualquier privilegio no es formalmente discriminatorio²⁸.

prohibicionismo hasta llegar a la tolerancia cero. Lo mismo ocurre al laicista con el hecho religioso; lo que, por cierto, pone de manifiesto la única convicción capaz de dotar de lógica a su actitud: que lo considere socialmente cancerígeno...» (*España: ¿un Estado laico?...* cit., p. 95). Respondo escuetamente: ¿pero tan difícil de entender es que lo que una posición laica pretende y debe pretender es simplemente que el incienso se lo paguen los católicos de su bolsillo?

²⁸ Corolario obligado de este tipo de interpretación para una posición genuinamente laica es que lo único procedente con esa mención expresa de la Iglesia católica y con el mismo principio de cooperación es su supresión mediante una reforma constitucional. Así lo ha propuesto últimamente, por ejemplo, el teólogo católico Juan José Tamayo, al denunciar lo que considera «una clara contradicción» entre los dos incisos del art. 16.3 por la expresa mención a la Iglesia católica, añadiendo que es «el propio texto constitucional el que está en el origen del trato de

Sin embargo, el principal apoyo de esta interpretación, que la Constitución distingue literalmente entre «libertad ideológica» y «religiosa», no me parece que fundamente la idea de que la segunda merezca un régimen esencialmente diferente a la primera. La misma frase del art. 16.1 incluye a la «libertad ideológica, religiosa y de culto» sin que a nadie se le haya ocurrido pensar en que la libertad de culto, si no es redundante, sea nada más que una especificación de la libertad religiosa en cuanto ésta se manifiesta exteriormente mediante actos rituales. Del mismo modo, la libertad religiosa puede verse como una especificación de la ideológica, pero no por ello como un tipo de libertad diferente que esté sometida a un régimen especial de protección activa.

En fin, una objeción de sentido inverso, que podría tomar pie en la conclusión anterior, es la que llama la atención sobre la discriminación que sufrirían las iglesias y confesiones respecto de los partidos políticos y los sindicatos si no siguieran siendo también, como estos últimos, objeto de especial

favor a la Iglesia católica y de la discriminación de las demás confesiones religiosas y el que constituye el primer obstáculo para avanzar en la laicidad del Estado y de sus instituciones» («¿Es el Gobierno rehén de la jerarquía católica?», *El País*, martes 27 de mayo de 2008, p. 30).

financiación y ayuda por parte del Estado. Sin embargo, si las ayudas públicas a partidos políticos y sindicatos están justificadas en aras de una adecuada garantía del sistema democrático y de su pluralismo político –que es, por cierto, lo que explica su especial mención en los artículos 6 y 7 de la Constitución–, se trata de un tipo de razón del todo ajena a las confesiones, que han de situarse fuera del ámbito político (salvo que se conviertan expresamente en partidos), de modo que la diferencia entre ambos casos es plenamente razonable y no hay causa alguna de discriminación. Por el contrario, si hubiera alguna forma de ayuda a partidos y sindicatos que excediera de aquel tipo de razones, lo que procedería sería suprimir la ayuda y no, naturalmente, generalizarla sin más a cualquier grupo con pretensiones de difusión ideológica, sea filosófica, teosófica o religiosa de uno u otro culto.

A la luz de la posición anterior, ¿qué contenido tienen en mi interpretación el principio de cooperación y el deber de tener en cuenta las creencias religiosas de los españoles del art. 16.3 de la Constitución? Un entendimiento riguroso de la igual libertad en materia religiosa como el que he propuesto obliga a interpretar los deberes públicos de tener en cuenta dichas creencias y de «mantener las consiguientes relaciones de coopera-

ción con la Iglesia católica y las demás confesiones» únicamente dentro del amplio ámbito de las acciones que posibiliten o allanen el ejercicio efectivo de la libertad religiosa de las distintas confesiones, pero sin rebasar el límite de la facilitación hasta llegar a la incentivación o promoción de actividades estrictamente religiosas, que traspasarían el principio de neutralidad estatal²⁹. Por lo demás, el significado genuino de términos como «cooperación» o «colaboración» está bien lejano de un sistema predominantemente unidireccional de subvenciones por parte del Estado, que en buena parte de su cuantía se dirigen a actividades que son reclamadas con energía por la Iglesia católica pero de limitado o nulo interés para un Estado laico. Co-operar o co-laborar más bien alude a un tipo de acción conjunta entre dos partes en áreas de interés o valor común, como pueda ser la sanidad, la educación, la asistencia social, la prevención de la drogadicción, el ocio juvenil, el patrimonio cultural y artístico, etc. Lo que el principio de neutralidad veda, a mi modo de ver, es cooperar en la esfera distintivamente religiosa, ante la que el Estado ha de ser estrictamente a-confesional.

²⁹ De acuerdo con esta conclusión, entre otros, José Martínez de Pisón, *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 328 y 367 ss.

Si se quieren ejemplos claros, esta interpretación no tiene nada que oponer, todo lo contrario, a la agilización de licencias administrativas para la construcción de iglesias o colegios, a la facilitación del acceso de sacerdotes a cuarteles, hospitales y prisiones o a la puesta a disposición de vías libres para manifestaciones públicas del culto. Incluso, dado el creciente declive de la institución, personalmente yo aceptaría de buen grado el reconocimiento de validez civil a los matrimonios religiosos. El salto inaceptable está en pretender la exención del pago de la licencia de construcción, la financiación de la construcción de la iglesia o el colegio privado o, en fin, la subvención a los sacerdotes, rabinos, imanes y demás jerarquías eclesiásticas, que son cosas que vienen a equivaler a costear con fondos públicos sólo los banquetes de las bodas religiosas³⁰.

³⁰ En realidad, únicamente se trataría de aplicar el criterio que el TC utilizó en su sentencia 128/2001, de 4 de junio, en un caso en que se discutía una aplicación de la legislación sobre Seguridad Social a una ministra de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, sentencia en la que, inmediatamente después de citar la doctrina previamente establecida en la STC 46/2001 (Secta Moon) sobre la cooperación con las confesiones religiosas como una forma de laicidad positiva, añade literalmente que «no puede decirse que el derecho a la libertad religiosa haya sido vulnerado en el caso objeto de nuestro examen respecto del ámbito de las relaciones de cooperación que con las distintas confesiones ha de

Pongamos negro sobre blanco el criterio anterior. Las subvenciones específicas para el clero católico que excedan de la asignación obtenida mediante un impuesto religioso a la alemana (que suplemente voluntariamente la cuota general), la existencia de capellanes castrenses a cargo del Estado o, en fin, la impartición obligatoria de enseñanzas religiosas en los colegios públicos y la contratación de su profesorado por el Estado, son ejemplos de incentivación que, en mi criterio, exceden el principio de neutralidad estatal del art. 16.3 de la Constitución³¹. En todos estos

mantener el Estado a tenor del art. 16.3 CE [...pues la actuación del Estado] no ha supuesto ninguna actuación coactiva ni injerencia externa alguna de otro tipo por parte de los poderes públicos en las actividades de la entidad religiosa recurrente que haya restringido, condicionado u obstaculizado el ejercicio de su libertad de actuar conforme a determinado credo. La entidad demandante de amparo ha podido en todo momento desarrollar cualesquiera de las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, o, al menos, del acto impugnado no se ha derivado restricción alguna de dicha posibilidad. [...] Finalmente, el hecho de que el Estado, en atención al mandato de cooperación con las distintas confesiones religiosas, establezca un régimen de cotización a la Seguridad Social específico para los ministros de culto y tome en cuenta el trabajo realizado en tal regulación no supera el ámbito de la legalidad ordinaria y carece de incidencia sobre el derecho fundamental aducido» (FJ 3).

³¹ Si se tiene en cuenta mi argumentación, en ninguna de los anteriores supuestos es razonable aplicar el principio de subsidiariedad horizontal, tal y como lo

casos no sólo se rompe el criterio de igualdad con las restantes creencias o increencias religiosas, sino que además, por el pecado original de haber aceptado intervenir donde no le compete, el Estado puede terminar por comprometerse casi necesariamente como copartícipe de decisiones y acciones derivadas que en rigor no resultan tolerables desde una posición de neutralidad, como la asignación previa de este o aquel porcentaje a la subvención al clero católico o la contratación y despido de personas a voluntad de un tercero por motivos de creencia y práctica religiosa³². Salvadas las distancias de magnitud del contenido, la forma de la coautoría es la misma que la relegación de la Inquisición al brazo secular del cumplimiento de las sentencias por herejía, donde ni aquel Estado ni aquella Iglesia podían lavarse las manos de lo que ocurría en la hoguera. Y por cierto que esta misma comparación sirve para responder a la argu-

fórmula apropiadamente Luigi Ferrajoli, por el cual se justifica la «intervención de las instituciones públicas para mantener las funciones públicas o para-públicas, en todo caso ligadas a intereses generales, desarrolladas por sujetos privados» (*Principia iuris...* cit., vol. 2, *Teoria della democrazia*, § 14.9).

³² Me parece oportuno plantear aquí la pregunta sobre cuál habría sido el resultado si a los despidos de maestros de religión católica el TC les hubiera aplicado únicamente la mitad del rigor con que ha venido defendiendo los derechos individuales en casos de pruebas ilícitamente obtenidas.

mentación, digna de un Pilatos, de que es precisamente la idea de neutralidad la que, al hacer del Estado incompetente en materia religiosa, justifica el dejar en manos de la Iglesia la gestión de la enseñanza religiosa. Lo que la neutralidad exige es que el Estado no fomente determinadas creencias religiosas, da igual que lo haga por sí mismo o por mediación de otros.

Respecto de la concreta alegación, aceptada también por el TC, de que la enseñanza religiosa en la escuela no es sólo una manifestación del mandato de cooperación del art. 16.3 de la Constitución, sino también del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral correspondiente a sus convicciones del art. 27.3, mi criterio es que, si se garantiza tal derecho a través del itinerario educativo y de la escuela pública se debe garantizar para cualquier creencia en materia religiosa, entendiendo como un derecho individual de todos los padres que el Estado asume cumplir de manera real y efectiva. La alternativa que me parece inevitable, porque la anterior se está incumpliendo palmaria-mente con las creencias religiosas minoritarias, así como con padres que deseen una enseñanza agnóstica o una atea para sus hijos, es que el Estado lo garantice de modo similar a como garantiza los derechos a la libertad ideológica y religiosa en general, al

honor y a la intimidad, al secreto de las comunicaciones telefónicas, a la negociación colectiva o, en fin, al ejercicio de la libertad de empresa –casos todos ellos en los que el correspondiente precepto constitucional también utiliza la fórmula «se garantiza» o similar–, es decir, mediante sanciones a quienes impidan el ejercicio de tal derecho, libremente ejercible mediante la educación en la familia, en colegios privados fuera del currículum general, en parroquias, sinagogas o mezquitas, y hasta, como posible facilitación perfectamente admisible, en los locales de los colegios públicos fuera del horario escolar³³.

Con objeto de contrastar mi criterio de neutralidad yo propondría un sencillo experimento mental que permitiría a los defensores del actual modelo de relaciones con la Iglesia católica y otras pocas confesiones el ponerse

³³ Entre la posición por mí defendida y la mayoritaria entre los cultivadores españoles del Derecho eclesiástico, que parece defender la inexcusabilidad constitucional en la escuela pública de la enseñanza religiosa (al menos, de la católica), existe una posición minoritaria que sostiene que la Constitución permite pero no obliga a la inclusión curricular de la religión (así, entre los eclesiasticistas, Iván C. Ibán, con L. Prieto Sanchís y A. Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Madrid, Trotta, 2004, p. 302; también, conforme con la tesis, Luis Prieto Sanchís, «La escuela (como espacio) de tolerancia... cit.», p. 54; y Antonio López Castillo, «A propósito del fundamento constitucional...» cit., p. 79).

en el lugar de los otros, que es al fin y al cabo el lugar de la imparcialidad moral conforme a la regla de oro de no hacer a los demás lo que no se quiere para uno mismo. Imagínese que en un futuro indeterminado, con nuestra misma Constitución y similares leyes, un 77 por ciento de la población se declara no creyente o ateo y un 19 por ciento católico, quedando el resto para las demás religiones como ahora³⁴. Imaginemos también que para entonces los no creyentes y ateos se han organizado como grey y que disponen de una serie de Juntas que culminan en una Junta Nacional, todas ellas generalmente aceptadas (no hace falta llevar la parodia a la existencia de una jerarquía de obispos y sacerdotes que culmina en un monarca que es también el Jefe de un Estado con el que se suscriben tratados). A la inversa, los católicos, sumidos de nuevo en un momento cismático y desorganizados, se encontrarían en la actual situación jurídica de los no creyentes, no perseguidos pero tampoco tenidos en cuenta. Pues bien, la aberración de que aquella organización atea dispusiera también de subvenciones para sus directivos y empleados, de la capacidad de hacer nombrar

³⁴ Simplemente, vengo a invertir las cifras de un barómetro de opinión de enero de 2006 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), según el cual el 77,3 por ciento de la población española se considera católica, mientras un 13,0 «no creyente» y un 6,4 «ateo».

y despedir por el Estado profesores dedicados a la enseñanza curricular del ateísmo en la red de escuelas públicas, eso sí de forma voluntaria para los padres, así como de un cuerpo en las Fuerzas Armadas pagado sólo para mantener las creencias ateas, constituye, visto con un poco de distanciamiento, exactamente el mismo despropósito que hoy sustentamos.

5. Una propuesta intermedia alternativa

Alcanzo bien a entender que lo que según mi criterio exige la neutralidad estatal en materia religiosa puede resultar muy exigente en cuanto interpretación en tajante ruptura con la línea jurisprudencial de nuestro TC. No tengo inconveniente en reconocer que, al menos en un futuro cercano, ni en la mejor de las hipótesis el cambio de doctrina podría producirse abruptamente, sino únicamente mediante pasos que vayan primero invirtiendo la comentada tendencia a la sobreconstitucionalización, para ir recortando despues espacios en favor de una cada vez más estricta neutralidad estatal en la materia que limite la cooperación a las actividades y funciones de las confesiones religiosas de interés general, como su contribución a la realización de fines educativos, sanitarios, de asistencia social, etc. Por ello, y para ir concluyendo, como alternativa a mi anterior propuesta de ruptura propondría una vía in-

termedia entre ella y la indicada tendencia a la sobreconstitucionalización de la libertad religiosa. Esta vía intermedia, si bien cedería en el rigor sobre el criterio de neutralidad en aras de la practicabilidad, todavía cubriría los mínimos que me parece imprescindible mantener: que las prestaciones de incentivo a algunas iglesias que se han venido ampliando bajo el modelo de los Acuerdos con la Santa Sede se consideren meramente una posibilidad constitucional y como tal revisable, no un derecho adquirido por las confesiones que las disfrutaban y menos todavía un derecho de carácter fundamental garantizado por la Constitución.

Ante todo, colocado en esa vía intermedia, me parece esencial que las medidas de cooperación con las iglesias que se han adoptado infraconstitucionalmente en desarrollo del principio de cooperación del art. 16.3 de la Constitución se traten no como derechos constitucionales y fundamentales sino como lo que Dworkin ha llamado *policies*. Es decir, que con independencia de que, una vez legalmente establecidas generen derechos legales, desde el punto de vista constitucional no se trataría de derechos especialmente garantizados, sino de medidas que, llegado el caso, pueden ser limitadas, cambiadas y hasta suprimidas con la naturalidad de cualquier reforma legislativa. Al fin y al cabo, más allá de las diferencias

con actividades de fomento cultural y deportivo con las que a veces se quiere comparar y equiparar a las creencias y prácticas religiosas –y en especial más allá de la diferencia de que el fomento de las primeras no permite hacer distinciones y exclusiones equivalentes a las que se operan entre creyentes y no creyentes–, el fomento de las artes y los deportes se configura también como *policies* y no como un derecho de los artistas, los aficionados o, todavía menos, de los clubes deportivos.

Ahora bien, puesto que el art. 16.3 tiene una modulación imperativa, conviene caracterizar ulteriormente el tipo de *policy* que ahí se establece. En mi propuesta intermedia alternativa, el mandato de cooperación con las iglesias sería un principio en el sentido de Robert Alexy, esto es, un mandato de optimización, categoría caracterizada por su realizabilidad en diferente grado en función no sólo de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas, esto es de las derivadas de la existencia de reglas y principios en competencia³⁵. Según este modelo

³⁵ Sobre ello, véase sobre todo Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 y, en general, cap. III.

interpretativo, el deber del Estado de tener «en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española» y mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones» establecido en el artículo 16.3 de la Constitución podría ser caracterizado ulteriormente con dos rasgos diferentes. Por un lado, es cierto que la idea de cooperación no opera mecánicamente como un ideal límite que, como una política de pleno empleo o un medio ambiente sano, se encuentra al final inalcanzable aunque regulativo de una línea que va de la nada al todo, sino como una virtud entre dos vicios al modo aristotélico, en este caso, como un punto virtuoso intermedio dentro de la línea que va de la completa pasividad del Estado ante las creencias religiosas, que excluiría incluso la mera facilitación de sus actividades, a su confusión o identificación no neutral con ellas. Pero eso, por otro lado, en vez de excluirlo, confirma el carácter graduable del mandato y su condición de principio no absoluto, de modo que se deberá cumplir en la medida de lo posible y, por tanto, siempre en eventual ponderación con otros principios en posible competencia, en especial con la prohibición de no discriminación.

Para ir concluyendo, añadiré que, junto a esta interpretación intermedia, una interpretación ideal como la que antes he propuesto no

tiene por qué considerarse, en categóricos términos de todo o nada, como la única correcta entre todas las posibles, sino, en términos más bien graduales, como la mejor o la más apropiada entre varias. Distintas interpretaciones pueden ser más o menos razonables, algunas de ellas –como creo que ocurre con varias de las decisiones adoptadas por nuestro TC, a veces por omisión– muy poco razonables, y otras –como pienso que ocurre con mi interpretación intermedia– razonablemente defendibles. En todo caso, esta observación ha de servir como cautela para quien pudiera pensar que, llevada a sus últimas consecuencias, mi interpretación ideal, obligaría al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales diversas disposiciones de los Acuerdos con la Santa Sede o de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. Frente a ello, no se trata sólo de que la justicia constitucional haya de ser particularmente cautelosa y deferente ante el legislador democrático, ni de que los precedentes existentes, por discutibles que sean algunos de ellos, deban tener algún peso en cualquier revisión de las líneas jurisprudenciales. Es sobre todo que una interpretación propuesta como razonable en términos graduales no excluye la razonabilidad de algunas interpretaciones matizadamente diferentes. Por lo mismo, en todo caso, nada de ello excluye de plano que una interpretación como la que he propuesto

como ideal pudiera ser tan sensata como muchas de las sentencias constitucionales que han introducido severos controles en materia de discriminación a las mujeres o a los extranjeros.

En todo caso, se acepte una visión radical o intermedia de la neutralidad, creo que la sociedad crecientemente multirreligiosa y multicultural a la que nos encaminamos será más civilizada y pacífica en cuanto las distintas creencias en materia religiosa se mantengan en la mayor medida posible fuera de la arena política³⁶. No hace falta recordar que las religiones, especialmente las religiones monoteístas, así como las creencias ateas, al no ser compatibles entre sí, pueden llegar a ser muy conflictivas en el debate público.

³⁶ Lo que no implica que deban abandonar la esfera pública, en el seno de la sociedad civil, siendo perfectamente legítimas las manifestaciones externas del propio culto, el proselitismo y la crítica sobre las creencias religiosas, el desarrollo de actividades humanitarias y sociales, etc. A grandes rasgos, coincido sobre esto con Díaz-Salazar, *Democracia laica...* cit., cap. I, donde hay una detallada reflexión sobre la posición de Rawls y Habermas al respecto. No obstante, frente a la última y confusa deriva de Habermas en favor de la legítima incorporabilidad de las argumentaciones estrictamente religiosas en la esfera pública (*Entre naturalismo y religión* [2005], Barcelona, Paidós, 2006), comparto la excelente crítica de Paolo Flores D'Arcais, «Once tesis contra Habermas», *Claves de razón práctica*, n. 179, enero-febrero 2008, pp. 56-60.

Aunque ni puede ni debe excluirse el diálogo civilizado sobre las ideas religiosas, es evidente el riesgo de conflictividad que comporta su traslado a la arena política, especialmente en esa área parcial pero esencial a toda creencia religiosa en la que se defienden ideas no universalizables, por puramente idiosincráticas, que dependen de la fe, y cuya imposición por la fuerza, a diferencia de los criterios básicos de justicia, es absolutamente inadmisibles. En correspondencia, el Estado, a la vez que debe impedir a toda costa esa pretensión de imposición forzosa, no debe comprometerse en las creencias religiosas. Se ha dicho que los Estados deben ser incapaces o incompetentes en materia de religión³⁷, y no tengo inconveniente en aceptarlo, especialmente si se incluye la incapacidad o la incompetencia para incentivar o subvencionar una u otras creencias de manera privilegiada. Pero en todo caso esa afirmación tiene como

³⁷ José María Rodríguez de Santiago, «El Estado aconfesional o neutro como sujeto 'religiosamente incapaz'. Un modelo explicativo del art. 16.3 CE», ponencia presentada a las Jornadas citadas en la nota inicial. Una idea similar, del Estado como «radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa», había sido defendida antes por Pedro-Juan Viladrich y Javier Ferrer Ortiz, «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en Rafael Navarro-Valls (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, Eunsa, 1993, p. 194.

correlato obligado que también las iglesias y todas las creencias en materia religiosa, incluido el ateísmo³⁸, deben ser, en cuanto tales, políticamente irrelevantes.

³⁸ Tan moralmente irracional, en cuanto no universalizable, es la afirmación de que «puesto que Dios no existe todo está permitido» como la de que «fornicar es pecado porque lo prohíbe el sexto mandamiento», estrictamente equivalentes ambas a «comer carne es inmoral porque una noche me lo dijo el Diablo Cojuelo».

NEUTRALIDAD ACTIVA Y LAICIDAD POSITIVA*

(Observaciones a «Para una interpretación laica de la Constitución», del profesor A. Ruiz Miguel)

Rafael Navarro-Valls

1. Introducción. 2. Planteamiento metodológico. 3. Lo que el Tribunal Constitucional debe o no debe hacer. 4. “Una buena teoría inicial...”. 5. Acerca de los restringidos efectos de las sentencias de amparo. 6. Los concordatos en la jerarquía de fuentes. 7. Estado teocrático y Estado ideocrático. 8. Las “bendiciones” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 9. Acerca de la “Laicidad positiva”. 10. Una perspectiva de futuro. 11. El principio de cooperación como estímulo positivo. 12. Otras observaciones.

* El 17 de enero de 2008 la FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO organizó un Seminario sobre “Laicismo y Constitución”. La sede fue la del Colegio de Registradores en Madrid. La ponencia central sobre ese tema la desarrolló el profesor ALFONSO RUIZ MIGUEL, Catedrático de Filosofía del Derecho de la UAM. El autor de este trabajo actuó –en expresión oficial– como “contraponente”. He aquí el texto de esa “contraponencia”, expuesta al finalizar la intervención del ponente designado.

1. *Introducción*

El planteamiento de este debate me recuerda los ejercicios tercero y cuarto de las oposiciones que, en su momento, hube de realizar para obtener plaza en el Cuerpo de Catedráticos de Universidad. Tenían dichas oposiciones por entonces seis ejercicios, de los cuales los que acabo de mencionar eran de contenido aparentemente similar. En ambos ejercicios se trataba de desarrollar ante el Tribunal correspondiente una lección del Programa de la disciplina –previamente presentado por el aspirante– y los dos solían tener la misma duración (una hora, aproximadamente). Pero la apariencia de similitud era engañosa. En realidad, había un abismo entre ambas pruebas. En el tercer ejercicio el tema lo elegía el candidato y, por tanto, había tenido todo el tiempo del mundo para perfilar su contenido y metodología en los meses –y aún años– que precedían a la oposición. De ahí que fuera llamado “lección magistral”, precisamente por el obligado rigor y brillantez que debía revestir. En cambio en el cuarto ejercicio el tema lo elegía el Tribunal y el tiempo del que disponía el candidato era limitado: cuatro horas, a lo sumo, que rápidamente transcurrían en un cruel “encierro”. De ahí su popular calificativo de “encerrona”.

En este debate el profesor Ruiz Miguel ha desarrollado un excelente tercer ejercicio y a mí me toca el apurado trance de desarrollar, como contestación, una especie de cuarto ejercicio, dado el tiempo limitado del que he dispuesto para prepararlo. Haré lo que pueda.

Ante todo diré que las apreciaciones del conferenciante que acabamos de escuchar resultan difícilmente rebatibles desde una perspectiva eminentemente técnica, pues se mueven en lo que los americanos llaman “blue sky law”, es decir, apreciaciones de deber ser y de legítimas aspiraciones ideológicas. Desde ese punto de vista es un texto coherente (concluye desde unos presupuestos que paladinamente proclama), riguroso y brillante. No obstante, como la misión que esta Fundación me ha encomendado como “contraponente” es la de hacer una crítica lo más honesta posible, en esta contestación habré de ejercerla con el respeto que merece un investigador prestigioso, con el mayor afecto a un colega apreciado y la delicadeza que los usos universitarios exigen.

2. Planteamiento metodológico

Cuando en Navidades recibí el texto del profesor Ruiz Miguel, la primera impresión que tuve es que en él legítimamente procedía como dicen proceden los jueces anglosajones

al dictar sentencia: después de estudiar el asunto tienen un “hunch” (corazonada) y luego buscan los textos o precedentes más adecuados para revestir de ropaje jurídico su “a priori” emocional. La corazonada o, más bien, la convicción del profesor Ruiz Miguel es que el modelo ideal de relaciones Estado-Iglesias es el de “una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción religiosa, incluidas las creencias no religiosas “(p. 34).

A la vez, en sus observaciones previas fija unas reglas del juego que entiende las mejores, con lo cual –todo sea dicho– deja al equipo contrario en posición difícil, ya que cualquier crítica sobre si su discurso es o no lógico y racional, debe partir, precisamente, de sus presupuestos. Procuraré eludir esta dificultad, en la medida de lo posible, analizando algunos puntos concretos de su ponencia.

Advertiré en fin que, inicialmente, era mi propósito dividir la exposición en dos partes: una primera crítica, otra segunda expositiva de mi opinión sobre el tema. He optado por hacer esto segundo al hilo de lo primero.

3. *Lo que el Tribunal Constitucional debe o no debe hacer*

Dice en la p. 33 el ponente que “toma las normas y realidades jurídicas como punto de referencia central para proponer *su mejor interpretación posible*”. Parece que esa mejor interpretación posible es la “*interpretación que mejor encaje* dentro de los valores y tradiciones compartidos de un orden jurídico que se considera básica y razonablemente justo” (p. 34).

En mi opinión ese planteamiento es discutible. El profesor Ruiz Miguel parece seguir aquí bastante de cerca la teoría de la “optimización” en la interpretación de los derechos fundamentales, que defiende Robert Alexy¹ y que ha combatido, entre otros², Christian Starck³. Desde mi punto de vista, en la actual coyuntura importa mucho exigir a la

¹ R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., 1995, p. 177, y ya antes en *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg i. B. / München, 1992.

² Una rigurosa discusión de los argumentos contra la *Optimierungsthese* aportados por Pensi, Sieckmann, Günter y Habermas, puede verse en Karl-E. Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1999, pp. 114 y ss.

³ C. Starck, *Besprechung zu Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg i. B. / München, 1992, en “*Der Staat*”, 32 (1993), pp. 473 y ss., especialmente pp. 475-476.

doctrina una elegante contención en la capacidad crítica del sistema. A veces uno se sorprende con afirmaciones rotundas de alguna doctrina (no es el caso del autor) que sostiene tesis atrevidas y que podría sintetizarse así: «Ciertamente el Tribunal Constitucional es el intérprete auténtico de la Constitución, pero siempre y cuando falle de acuerdo con la manera en la que yo entiendo la Constitución; en caso contrario, se equivoca siempre».

El TC no está, me parece, para dictaminar si una norma o la aplicación que de la misma han hecho los jueces son “las que mejor encajan” con la Constitución. El TC, más bien, cumple con su misión de comprobar simplemente si encajan o no con la Constitución. Atribuir al TC el papel de buscar *las soluciones que mejor se adapten a la Constitución*, es convertirlo en una especie de “Mesías político-jurídico” –papel que ciertamente no tiene en nuestro sistema jurídico– y que además lo erosionaría, dejando al Parlamento con un estrecho margen de maniobra. El Parlamento no podría dictar simplemente leyes en consonancia con la Constitución, tendría que dictar las leyes que mejor se adapten a la Constitución. Fue el problema que el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos hubo de afrontar en la primera etapa del primer mandato de F.D. Roosevelt. Este sólo admitía aquellas sentencias que mejor se

adaptaran a su interpretación de la Constitución en el New Deal. Enojado por un Tribunal Supremo que tenía otra visión del problema, intentó una reforma del mismo que el Congreso acabó bloqueando⁴.

Enseguida volveré sobre este tema, al hilo de los razonamientos que el ponente hace de algunas sentencias del TC español.

4. *“Una buena teoría inicial...”*

Efectivamente, el profesor Ruiz Miguel comenta con su habitual brillantez algunas sentencias del TC, para comprobar en qué medida se apartan o siguen el “ideal” de laicidad que él propugna. Cuando las sentencias no coinciden plenamente con dicho ideal, propone interesantes interpretaciones alternativas (según él mismo dice en la p. 35).

Comencemos con la crítica que hace a la sentencia referente a los capellanes castrenses (STC 24/1982). Ruiz Miguel mezcla hábilmente textos tomados de la sentencia, y máximas de Kant, para concluir con ironía –sobre una decisión que no le gusta– que “la sentencia vino a decidir que la incardinación de la

⁴ Cfr. A.M. Schlesinger, jr, *La era de Roosevelt. III. La política del cataclismo*, trad esp. de J.Meza, Mexico 1968, pp. 423 ss.

Iglesia católica en las fuerzas armadas (...) garantiza igualmente todas las libertades” (p. 44).

Como efectivamente esa sentencia es un leading case, según él mismo observa (p. 39), me van a permitir que desvele aquí un dato, que si es familiar para los profesores de nuestra disciplina es poco conocido en otras esferas. El ponente habla –refiriéndose a la sentencia– de la “buena teoría inicial y su mala aplicación” (p. 39). Esa teoría (la “buena inicial”) es trasunto casi literal del primer texto de Derecho Eclesiástico del Estado publicado en España, en el que tuve el honor de colaborar y, en algunas ediciones sucesivas, coordinar⁵. Dicho texto fue elaborado por los profesores que lo firmamos en un pueblecillo de la frontera Vasconavarra (Eugui), donde concurrimos para debatir las secciones de la obra conjunta a cada uno de nosotros encomendadas. El texto, que más tarde a los jueces del TC les sirvió como falsilla para desarrollar los fundamentos jurídicos de la sentencia, fue elaborado por el profesor Pedro Juan

⁵ Cfr. J.M. González del Valle, M. López Alarcón, R. Navarro-Valls, P.J. Viladrich, Derecho Eclesiástico del Estado, Eunsa, Pamplona 1980. Después del fallecimiento del profesor Lombardía, me correspondió coordinar la tercera edición (1993), a la que se incorporaron los profesores J.Fornés y J. Ferrer Ortiz.

Viladrich⁶. Unánimemente –tras el correspondiente debate– los profesores asistentes coincidimos con las líneas de fuerza de las brillantes tesis de nuestro colega.

Todos estuvimos de acuerdo en que el principio de cooperación (“cooperativo” lo llama el TC) está estrechamente unido a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad, neutralidad o laicidad, como prefiera llamársele. Precisamente modaliza la laicidad, dándole su específico perfil. El art. 16 de la CE por eso da un doble mandato constitucional a los poderes públicos: que mantengan relaciones y que estas sean de cooperación. Huye, pues, de que los protagonistas de la relación (Estado/Iglesias) se transformen en mónadas insolidarias o practiquen formas extremas de parasitismos mutuos y beneficiosos. Nuestro Derecho constitucional en esta materia es un sistema de frontera. Ante los inevitables conflictos fronterizos huye de dos actitudes históricamente letales: la tentación del Estado de desembarazarse totalmente de la religión, encerrarla en el gueto de la privatización o, si se quiere, volver “a meter

⁶ P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado español*, en J. M. González del Valle, P. Lombardía, M. López Alarcón, R. Navarro Valls y P. J. Viladrich, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona 1980 (1.ª ed.), pp. 211-317.

a Jonás en el vientre de la ballena”⁷; o, al contrario, la tentación del poder religioso de sofocar la imprescindible autonomía del poder político. Por eso la Constitución estableció un punto de equilibrio entre la neutralidad radical y la sospechosa camaradería. Entendió que si no elegía la vía del conflicto como norma, había de escoger la vía de la colaboración como sistema. Es un valor constitucional que marca un largo y no uniforme camino cuya realización estará condicionada por la modalización que le marquen –y que él marque– a los otros principios. Eso concluimos –siempre de la mano del profesor Viladrich– y eso recogió luego el TC. De ahí mi satisfacción ante la aprobación que de esa teoría inicial hace el prof. Ruiz Miguel.

Si se observa atentamente, eso es lo que el TC hace cuando se enfrenta con el principio de cooperación. Así, por ejemplo, en la STC 66/82 (eficacia en el orden civil de las sentencias eclesiásticas), en la 24/82 (asistencia religiosa), en el ATC 40/1990 (Acuerdos Santa Sede y enseñanza de la religión), o cuando configura la cooperación como deber del Estado, pero no derecho fundamental de los ciudadanos (STC 93/83)⁸.

⁷ S. Berlingó, *Le condizione delle Chiese*, “Il diritto eclesiástico”, oct-dic., 2002, p. 1313.

⁸ Un buen análisis de esas y otras decisiones del TC

5. Los restringidos efectos de las sentencias de amparo

Otra sentencia a la que se refiere el ponente es la STC 177/1996, que recoge el supuesto de un militar reticente a participar en una Parada Militar en honor de la Virgen de los Desamparados (p. 47). Según el profesor Ruiz Miguel, el TC no sólo debió amparar al recurrente (como de hecho hizo) sino que debió prohibir esas paradas militares. A este respecto, reprocha al TC el no haber incluido en su pronunciamiento una declaración de inconstitucionalidad de este tipo de actos. Veamos esta apreciación más de cerca.

La mencionada STC 177/1996 recae en un recurso de amparo. Pues bien, este tipo de sentencias, a diferencia de las dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad, no producen efectos *erga omnes*, por lo que difícilmente pueden contener declaraciones de eficacia general.

De acuerdo con el artículo 54 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, “cuando la Sala o, en su caso, la

en materia religiosa puede verse en R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1992; J. Calvo, *Los principios del Derecho Eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Pamplona 1998.

Sección (del Tribunal Constitucional) conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

Más específicamente, el artículo 55.1 se refiere al alcance de las Sentencias favorables dimanantes de este tipo de procedimientos:

“1. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

Por el contrario, el artículo 38.1 establece, a propósito de las Sentencias dictadas en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad: “Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado”. Previsión que completa el artículo 39.1, al disponer: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

Conclusión: difícilmente el TC hubiera podido lanzar la prohibición que solicita o sugiere el ponente, tratándose de un simple recurso de amparo.

6. Los concordatos en la jerarquía de fuentes

Denuncia el ponente lo que denomina “sobre-constitucionalización de criterios meramente infraconstitucionales en materia religiosa”, es decir, una excesiva e indebida incorporación –dice– a la interpretación constitucional de criterios procedentes del mero

desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, como, en este caso, los derivados de los acuerdos internacionales firmados con la Santa Sede (pág. 52).

Sobre este extremo conviene puntualizar que la actividad jurisdiccional del TC –tributaria de su función esencial como intérprete supremo de la CE– no puede permanecer al margen de un mandato como el contenido en el artículo 1.7 del Código Civil, que obliga a todos los Jueces y Tribunales a conocer de la totalidad de los asuntos que les son sometidos, con sujeción al sistema de fuentes establecido, sistema que, por cierto, aparece detallado en el propio artículo 1 del Código. Así las cosas, en el número 5 del propio art. 1 CC se puede leer: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales (los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede evidentemente lo son) no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”. En este mismo sentido, el artículo 96.1 de la CE recuerda que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

El cumplimiento de los requisitos indicados en los preceptos acabados de transcribir hace, no sólo que el tratado internacional pase a formar parte de nuestro Derecho interno, sino que, además, en caso de colisión, prevalezca sobre éste. Así lo han reconocido, entre otras, las SSTS de 27 de enero de 1970, 17 de julio de 1971 y 17 de junio de 1974, en las que advierte de que los compromisos internacionales de un instrumento expresamente pactado tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes de Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado, una vez que se han cumplido los requisitos de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Decir, pues, como hace el prof. Ruiz Miguel, que los Acuerdos con la Santa Sede –en cuanto tratado internacional– son de rango inferior a la Ley y que, por tal motivo, no es aceptable una sobre-constitucionalización de los mismos (teniéndolos en cuenta a la hora del dictado, por el TC, de sus decisiones), supone obviar la doctrina legal expuesta.

Efectivamente, los acuerdos o concordatos entre el Estado y la Iglesia católica no son exigencia constitucional (como sí lo son en

Italia) pero, ratificados, adquieren el rango que les confieren la jerarquía de fuentes⁹.

7. Estado teocrático y Estado ideocrático

Lo que en realidad propone el prof. Ruiz Miguel “es una visión laica de la neutralidad estatal que excluya los «privilegios» y las «protecciones específicas» otorgadas a algunas confesiones como modo de evitar no sólo las desigualdades prácticas derivadas de ello sino sobre todo la discriminación de propósito que tales ayudas implican. Porque el reverso de la neutralidad de propósito es la discriminación, operada en este caso por una causa tradicional y fundadamente sospechosa como la religión, no por casualidad expresamente designada en el artículo 14 de nuestra Constitución. Una causa, por lo demás, que nadie podrá decir que ampara exclusivamente a quienes profesan creencias y cultos religiosos en sentido estricto, sino también, y en realidad sobre todo, a todos cuantos pueden verse perseguidos o, para no dramatizar, desfavorecidos por causa de las creencias religiosas de otros, por mayoritarias que sean. En

⁹ Cfr. P. Lombardía y J. Fornés, *Fuentes del Derecho eclesiástico español*, en J. Ferrer Ortiz (coord.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed. Pamplona 2007 (7ª ed.), pp. 65 ss.

suma, lo que el punto de vista laico exige es que las distintas creencias en materia religiosa operen en la sociedad con plena libertad negativa, sin privilegios que marquen preferencias por unas convicciones sobre otras, de modo que cada cual pueda practicar sus ideas, e incluso intentar expandirlas, sin privilegios o trabas que impidan o dificulten la libre competencia de las ideas” (pp. 75-77).

Con estas palabras, el ponente parece acoger el nuevo concepto de “neutralidad activa” del Estado, que reconoce en el separatismo decimonónico no solo una aportación histórica válida sino un criterio inspirador de la normativa del estado plural. Asegurado un mínimo inderogable de normas (las constitucionales), el Estado resumiría en sí todas las verdades posibles, sin excluir ninguna, pero relativizándolas, de modo que el Estado sería el árbitro entre los valores consolidados y los nuevos, haciéndose competente para favorecer los valores emergentes. Con lo cual se transformaría de simple sujeto garante del ordenamiento, legalidad de los actos y legitimidad de los poderes públicos, en custodio de un determinado patrimonio moral, en un sujeto activo favorecedor de los nuevos valores. En vez de limitar los poderes del Estado, este

tipo de neutralidad le confiere, más bien, poderes ilimitados¹⁰.

Esta conceptualización recuerda una cierta sustitución del Estado teocrático por el ideocrático. Por contraste, coincido con Martínez-Torrón¹¹ en que la misión del Estado es custodiar un “libre mercado de ideas y religiones”, renunciando a un intervencionismo dirigido a modificar el panorama sociológico real con la pretensión de construir un arquetípico pluralismo. La intervención estatal “no puede ir más allá de lo que demanda la protección del “consumidor” en el ámbito religioso (a semejanza de lo que ocurre en el ámbito económico): es decir, una actuación positiva encaminada a evitar la formación de monopolios que impidan la vitalidad de pequeños grupos, y también a eliminar, en lo posible, el riesgo de fraude por parte de

¹⁰ Es la llamada “laicidad a la francesa” como opuesta a la “laicidad pluralista”. Cfr. N.Colaiani, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna 2006, pp. 50 ss. Me permito remitir en este punto también a Martin Rhonheimer, *Laici e cattolici: oltre le divisioni. Riflessioni sull'essenza della democrazia e della società aperta*, en «Fondazione Liberal», n. 17, 2003, pp. 108-116. Igualmente M.T. Areces Piñol, *El principio de laicidad en la jurisprudencia española y francesa*, Lérida 2003.

¹¹ J. Martínez-Torrón, *Religión, derecho y sociedad*, Granada 1999, p. 187.

grupos pseudo-religiosos”.¹² Creo, además, que este punto de vista es el más congruente con la redacción del artículo 16.3 de nuestra Constitución

El derecho persigue, es verdad, una modelación social, concretamente la que responde a los valores que se encuentran en la base del ordenamiento. Entre esos valores se cuenta el pluralismo, pero limitado necesariamente por la acción del principio de neutralidad. La realización del pluralismo no puede consistir en la promoción de un “mercado ideológico” preconcebido, “sino más bien en garantizar que las fuerzas sociales puedan desarrollarse libremente según su propia vitalidad, dentro de un marco de ideas y religiones que indudablemente responde a la trayectoria histórica de un país”¹³.

Por eso he dicho antes que esta concepción recuerda al Estado ideocrático. Un Estado con semblante radical que orienta los rayos de la ideología dominante y políticamente correcta hacia una especie de “más allá” que luego se refracta en el “más acá” transformados en políticas con sabor totalitario. Al conformarse el Estado en una especie de tierra de nadie apta para ser colonizada por cual-

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, p. 188.

quier ideología con vocación de religión, se corre el riesgo¹⁴ de que la sociedad civil, una vez ideológicamente plasmada, se torne refractaria a todo otro influjo y, por tanto, intolerante.

8. Las “bendiciones” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Hay un momento en que el ponente se refiere a las “acciones positivas” (p. 60) como concepto en derecho público operativo, aunque sin manifestar claramente cuál es su posición ante ellas. Dada su fuerte defensa del principio de igualdad me figuro que será partidario de las mismas. Si alguien acusara a los partidarios de la discriminación positiva de querer imponer sus opiniones a los demás, replicarían –con razón– que no es simplemente su disgusto personal lo que les motiva, sino más bien su compromiso con la igualdad como ideal moral objetivo.

¹⁴ Cfr. G. Lo Castro, *Ordine temporal, ordine spirituale e promozione umana*, en “Il diritto ecclesiastico” 1, 1984, p. 565. También: R. Navarro-Valls, *Los Estados frente a las Iglesias*, en el vol. “Estado y Religión. Textos para una reflexión crítica”, 2^a ed., Madrid 2003, pp. 410 ss; A. Ollero, España: ¿un Estado Laico?, *La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, 2005, pp. 40 y ss.

Si esto es así, es evidente que esas acciones positivas, cuando se aplican a la Iglesia católica, deberían tener una valoración positiva o, al menos, no negativa. Sin embargo al ponente le parecen que rompen el principio de igualdad e incluso introducen al Estado en la oscura celda del “pecado original de intervenir donde no le compete” (p. 84). Y al poner “negro sobre blanco” (misma página) recusa (como contrarias al principio de neutralidad del art. 16.1) las subvenciones específicas para el clero católico que excedan de la asignación obtenida mediante un impuesto religioso a la alemana (que suplemente voluntariamente la cuota general), la existencia de capellanes castrenses como miembros del Ejército o, en fin, la impartición obligatoria de enseñanzas religiosas en los colegios públicos, así como la contratación de su profesorado por el Estado, en los que ve ejemplos de “incentivación” que, en su criterio, exceden el principio de neutralidad estatal del art. 16.3 de la Constitución.

Ahora bien, al “poner negro sobre blanco” es sorprendente que no se cite ningún ejemplo de sostenimiento de confesiones no católicas por parte del Estado. Sugiero que indague en la página web de la Fundación “Pluralismo y Convivencia”, en la que, con buen criterio, se reparten –solamente para confesiones minoritarias– unos 4 millones de euros

a fieles de asociaciones exiguas, los cuales reciben proporcionalmente –a la vista de la demografía española de las distintas confesiones– bastante más que los católicos¹⁵.

Pero lo que ahora me interesa es destacar que esas “acciones positivas” hacia la Iglesia católica han sido específicamente aprobadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, de obligada cita es la Decisión del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 14 de junio de 2001¹⁶, en la que se abordan buena parte de las cuestiones que preocupan al Prof. Ruiz Miguel. Me van a permitir una exposición algo extensa de esa sentencia.

Se trataba de dos protestantes que solicitaban al tribunal que anulara el sistema de la declaración del Impuesto sobre la Renta correspondiente a 1988, en la medida en que no les permitía ejercer un derecho del que gozaban los españoles de confesión católica. Veamos algo más de cerca los supuestos de hecho.

¹⁵ www.pluralismoyconvivencia.es

¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). *Caso Alujer Fernández y Caballero García contra España*. Decisión de 14 junio 2001 JUR\2004\138645.

1.- Los demandantes practican la religión protestante y son miembros de la Iglesia Bautista Evangélica de Valencia. Inscrita en el Registro oficial de instituciones religiosas del Ministerio de Justicia, es miembro de la Federación de las Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE).

2.- En su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a 1988, los demandantes podían elegir entre destinar una parte de su impuesto al sostenimiento económico de la Iglesia Católica, o a otros fines de interés social.

3.- Careciendo de la posibilidad legal de destinar dicha parte al sostenimiento económico de su Iglesia, los demandantes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por el procedimiento de la Ley 62/1978, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por infracción de los artículos 14 (principio de igualdad) y 16 (derecho a la libertad de conciencia y de religión) de la Constitución. En su recurso, los demandantes solicitaban al tribunal que anulara el sistema de la declaración del Impuesto sobre la Renta correspondiente a 1988, en la medida en que no les permitía ejercer un derecho del que gozaban los españoles de confesión católica.

El TEDH recuerda en su decisión que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no prohíbe toda distinción de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, no violándose la igualdad de trato sino cuando una distinción carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido¹⁷.

El TEDH sienta la doctrina de que la conclusión de acuerdos entre un Estado y una Iglesia concreta previendo un estatuto fiscal específico a su favor no se opone a las exigencias que se derivan de los artículos 9 y 14 del Convenio, desde el momento en que la diferencia de trato se apoya en una justificación objetiva y razonable y que es posible concluir acuerdos similares con otras Iglesias que manifiesten su deseo de hacerlo. Sobre esta cuestión, el Tribunal señala que la Ley española 7/1980 sobre la libertad religiosa autoriza la conclusión de acuerdos entre el Estado y las distintas Iglesias o asociaciones religiosas en función del número de sus fieles y de las creencias mayoritarias de la sociedad española.

¹⁷ Sentencias de 9 febrero 1967 en «el asunto lingüístico belga», serie A núm. 5, ap. 38 y *Darby contra Suecia* de 24 septiembre 1990, serie A núm. 187, p. 12, ap. 31.

En cuanto al tratamiento fiscal específico del que goza la Iglesia católica en España, el Tribunal señala que viene contenido en la disposición adicional quinta de la Ley de 23 de diciembre de 1987, de Presupuestos del Estado para 1988, y deriva de los acuerdos concluidos el 3 de enero de 1979 entre España y la Santa Sede, que ponen a cargo de las dos partes obligaciones recíprocas: de esta forma, por ejemplo, la Iglesia católica se compromete a poner al servicio de la sociedad su patrimonio histórico, artístico y documental (“Acuerdo relativo a la enseñanza y a los asuntos culturales”, artículo XV). De otro lado, sus locales de culto gozan de una exención fiscal (“Acuerdo relativo a los asuntos económicos”, artículo IV).

El TEDH considera, igualmente, que la obligación impuesta a una Iglesia de concluir un acuerdo con el Estado para poder gozar de la retrocesión de una parte del impuesto sobre la renta recaudada no parece una exigencia carente de fundamento ni desproporcionada. Asimismo, teniendo en cuenta el margen de apreciación que hay que dejar a cada Estado (Sentencia *Manoussakis y otros contra Grecia* de 26 septiembre 1996), concretamente en cuanto al establecimiento de las delicadas relaciones entre el Estado y las religiones, dicha obligación no puede constituir una injerencia discriminatoria en el derecho a la

libertad de religión de los demandantes (Sentencia *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia*, de 27 de junio de 2000). En efecto, dicho margen de apreciación se justifica aún más no existiendo en Europa un estándar común en materia de financiación de las iglesias o cultos; estas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas a la historia y a las tradiciones de cada país. Asimismo, el Tribunal constata que la legislación fiscal española no obliga en absoluto a nadie a pagar una parte de sus impuestos a la Iglesia católica. En efecto, cada contribuyente puede destinar el porcentaje de sus impuestos fijado por la Ley de presupuestos para fines de interés social o general.

9. Acerca de la “*Laicidad positiva*”

El distinguido colega lanza sobre la noción de “laicidad positiva” la sospecha de la intriga subrepticia, introducida en la doctrina del TC “de un modo (...) que se presta a confusión” (p. 57). Parecería como si el TC hubiera introducido de matute la noción aprovechando la jungla de los conceptos jurídicos, algo así como un “accidente en el camino”. Pero esto significaría desconocer algo de una importancia capital para entender el vigor del concepto¹⁸. Me refiero al hecho de que ésta es una noción tributaria de tres poderosas fuentes: la jurisprudencia de la Corte Constitucio-

nal italiana, del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos. Corrientes que han venido a converger en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Veamos:

a) la sentencia 203/1989 de la Corte Constitucional italiana expresamente proyecta una actitud positiva de la noción de laicidad, que

¹⁸ Sobre esta noción y su vigor jurisprudencial me permito remitir al lector interesado a los trabajos de M. J. Roca, “Teoría” y “práctica” de la laicidad. *Acerca de su contenido y su función jurídica*, en “Persona y Derecho”, 53, 2005, 223-257, y *La neutralidad del Estado. Orígenes doctrinales y situación actual en la jurisprudencia*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 48, 1996, 251-272 (este último trabajo también está en «Il Diritto ecclesiastico», 2, 1997, 405-429). Para contrarrestar los argumentos del ponente en contra de la autonomía de las Iglesias en el comentario a la sentencia de la secta Moon, son interesantes las argumentaciones de la misma M. J. Roca, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid, 2005, pp. 104-111. Igualmente lo son –para contrastar sus argumentos en contra de la sentencia de la idoneidad de los profesores de religión– las pp. 128-134 de esta misma monografía y el estudio, *Régimen jurídico del nombramiento de los profesores de religión en las escuelas públicas alemanas*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», iustel. com, 14, 2007, que pone de manifiesto cómo el apoderamiento (la *Bevollmächtigung*) que otorgan las confesiones religiosas a los profesores de religión en Alemania es muy similar a la declaración de idoneidad en nuestro Derecho.

“implica no indiferencia del Estado ante las religiones sino garantía del Estado para la salvaguarda de la libertad religiosa”¹⁹.

b) Respecto al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la más reciente decisión que conozco referida a la “neutralidad positiva” es el auto de 15 de marzo de 2007²⁰. En él se lee: “La obligada neutralidad religiosa e ideológica no debe ser entendida como separación distanciadora en sentido estricto sino como una actitud (o posicionamiento) abierta y omnicompreensiva de promoción de la libertad religiosa en igual medida para todas las

¹⁹ Texto en «Giurisprudenza Costituzionale», 1989, I, fasc. 4, pp. 901 ss. Sobre esta sentencia y su repercusión en los medios jurídicos italianos, vide L. Guerzoni, *Considerazioni critiche sul «principio supremo» di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*, «Il dir. eccle.», I (1992), pp. 86 ss. El mismo criterio, es decir, una conceptualización «positiva» de la libertad religiosa ha vuelto a ser reiterado por la Corte Constitucional italiana en su sentencia 195/1993, de 27 de abril, que reproduce textualmente en la fundamentación jurídica la idea de que la «...laicità dello Stato che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta Costituzionale della Repubblica, principio que implica non indiferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale», con expresa referencia a la sentencia de 1989.

²⁰ La Referencia oficial completa es: *BVerfG, I BvR 2780/06 vom 15.3.2007, Absatz-Nr.(1-49)*, en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070315_1bvr278006.html

confesiones”. Entre la doctrina alemana, la defensa de la “positive Trennung” (separación positiva) o “wohlwollende Neutralität” (neutralidad benevolente) es prácticamente común²¹.

c) En EE.UU²² se ha dado una interesante evolución. En general puede decirse que la jurisprudencia norteamericana en relación con la neutralidad religiosa del Estado se ha movido en torno a dos posicionamientos: de un lado, el reconocimiento del fuerte papel jugado por la religión y la tradición religiosa a lo largo de la historia de los Estados Unidos y,

²¹ De la abundante bibliografía alemana, se recogen sólo algunos de los autores más representativos: K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, 1972; A. Fr. v. Campenhausen, *Der heutige Verfassungsstaat und die Religion*, en J. Listl / D. Pirson, (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin, 1994, pp. 47 y ss., especialmente pp. 77-79; P. Badura, *Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts*, en J. Listl / D. Pirson, (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin, 1994, pp. 211 y ss; A. Hollerbach, *Grundlagen des Staatskirchenrechts*, en J. Isensee / P. Kirchhof, (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 6, 2. Aufl. 2001, § 138.

²² Sigo, en sus líneas generales, la exposición que hace S. Cañameres en «*Neutralidad religiosa y tradiciones*», Madrid 2008, trabajo aún inédito que amablemente el autor me ha permitido consultar.

de otro, el principio de que la intervención gubernamental en asuntos religiosos puede poner en peligro la misma libertad religiosa. Esta concepción ha desembocado en la sentencia *Walz v. Tax Commission*²³. En ella, pronunciándose sobre la constitucionalidad de unas exenciones tributarias a favor de las propiedades de unas confesiones religiosas que estaban afectas al culto religioso, el Tribunal Supremo hablaría de interpretación de la neutralidad del Estado en términos positivos, indicando que la neutralidad no puede ser concebida como una línea absolutamente recta; esa rigidez podría frustrar el objetivo básico de la Primera Enmienda que estriba en asegurar que ninguna religión sea favorecida ni discriminada .

El principio general deducible de estas disposiciones y de la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo²⁴ es que no se puede tolerar la existencia de confesiones religiosas oficiales como tampoco ningún tipo

²³ *Walz v. Tax Commission of New York City*, 397 US 664, (1970).

²⁴ El mejor trabajo que conozco en lengua española sobre la posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en las relaciones Iglesias –Estado es el de J.I. Rubio López (Con prólogo de R.Palomino), *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Pamplona 2006. Ver especialmente pp. 428 ss.

de interferencia estatal en el ámbito de la religión. Al margen, por tanto, de tales actos prohibidos, hay espacio –concluye el Tribunal– para una “neutralidad benevolente” que permite el libre ejercicio de la religión sin respaldo y sin interferencias gubernamentales.

Esto explica que hoy se coincida en la doctrina americana en que el sistema separatista, contra lo que algunos intérpretes pretenden, no fue “el de hacernos libres de la religión, sino más bien el de hacernos oficialmente libres para la práctica de la religión”²⁵. En ausencia de una religión de Estado, los norteamericanos no sólo fueron libres de creer lo que quisieran, sino que también dispusieron de libertad para crear las comunidades y organizaciones religiosas que creyeran oportunas.

Algo distinto ocurrió en Europa. En la misteriosa zona donde la historia se mezcla con los recuerdos y engendra mitos nacionales creó el de la laicidad. ¿Cuál es la historia real de la laicidad –de esa “neutralidad radical” que suele ponerse como modelo– en su

²⁵ La cita es de William McLoughlin, que recojo de S. P. Huntington, *¿Quiénes somos? Los desafíos a la identidad nacional estadounidense*, Barcelona, (2004), p. 111.

país de origen, Francia? Como ha estudiado T. J. Gunn²⁶, la historia real de la laicidad, en comparación con el mito, se llena de ejemplos de grupos religiosos que son disueltos por el Estado, de líderes religiosos que son arrestados por una alegada falta de lealtad, de propiedades de estos grupos que son incautadas, y de denegaciones de personalidad jurídica a las congregaciones. Incluso Michael Burleigh acaba de hablar de períodos oscuros del laicismo europeo, “incluido un genocidio cometido en nombre de la Razón”²⁷.

He dicho que esas líneas de fuerza convergen en el TEDH. Ya he traído a colación un ejemplo. Permítaseme añadir otros.

El TEDH ha admitido implícitamente que puede existir una cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, incluso cuando esa cooperación no se lleva a cabo de acuerdo con criterios estrictamente igualitarios²⁸. El

²⁶ T. J. Gunn, *Mitos Fundacionales: «Libertad religiosa» en los Estados Unidos y «Laicidad» en la República francesa*. (RI § 402154), «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», n. 4, enero 2004. www.iustel.com

²⁷ M. Burleigh, *Poder terrenal*, trad. esp., Madrid 2005, p. 12.

²⁸ Sigo las apreciaciones de uno de los autores que con mayor rigor ha estudiado la doctrina de Estrasburgo sobre la libertad religiosa: J. Martínez-Torrón, *Los*

principio de igualdad (artículo 14 del Convenio Europeo) debe aplicarse rigurosamente a la libertad, pero no necesariamente a la cooperación. Ni siquiera las situaciones de colaboración privilegiada entre el Estado y una determinada iglesia, en forma de una velada confesionalidad del Estado (como en Grecia), o en forma de iglesias de Estado (como en Inglaterra o en algunos países escandinavos), se han considerado contrarias al Convenio Europeo. Lo importante –desde el punto de vista de la Corte– es que las relaciones de colaboración privilegiada no produzcan, como efecto secundario, ninguna restricción injustificada a la libertad de actuar de que deben gozar el resto de los grupos e individuos en cuestiones religiosas e ideológicas.

En otras palabras, el artículo 9 del Convenio Europeo tiene por finalidad proporcionar una adecuada garantía del derecho a la libertad de religión y de creencia, pero no pretende establecer criterios uniformes para las rela-

límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. (RI § 400780), “Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado”, 2 (2003), pp. 46 ss. www.iustel.com. También: Javier Martínez-Torron y Rafael Navarro-Valls, *The Protection of Religious Freedom under the European Convention on Human Rights*, “Revue générale de droit”, v. 29, 1999, n. 3. pp. 308 ss. Reproducido también por “Helsinki Monitor”, v. 9, n. 3, 1998, pp. 25-37.

ciones Iglesia-Estado en los países miembros del Consejo de Europa, ni, aún menos, imponer un forzoso secularismo. El telón de fondo de este planteamiento es la convicción de que la actitud del Estado hacia la religión es una cuestión primordialmente política, y es el resultado, en gran medida, de la tradición histórica y de las circunstancias sociales de cada país.

A su vez, esa comprensión de la virtualidad cívica de lo religioso ayuda a entender el real significado de la neutralidad del Estado. Y no me refiero, naturalmente, a una percepción de la neutralidad estatal desde una perspectiva confesional o religiosa, sino desde la perspectiva propia del Estado constitucional. La neutralidad no puede fundarse, ni siquiera implícitamente, sobre una pretendida superioridad del saber secular sobre el saber religioso, sino que, además de respetar el contenido de las tradiciones religiosas, parte del presupuesto de que –como indica Habermas– “la filosofía tiene también muy buenas razones para mostrarse dispuesta a aprender de las tradiciones religiosas”. Por decirlo de nuevo con palabras del pensador alemán:

“En el espacio público-político, las cosmovisiones naturalistas que se deben a una elaboración especulativa de informaciones científicas y que son relevantes para la auto-

comprensión ética de los ciudadanos (...), de ninguna manera gozan *prima facie* de ningún privilegio frente a las concepciones de tipo cosmovisional o religioso que están en competencia con ellas. La neutralidad cosmovisional del poder del Estado que garantiza iguales libertades éticas para cada ciudadano es incompatible con cualquier intento de generalizar políticamente una visión secularística del mundo. Y los ciudadanos secularizados, cuando se presentan y actúan en su papel de ciudadanos, ni pueden negar en principio a las cosmovisiones religiosas un potencial de verdad, ni tampoco pueden discutir a sus conciudadanos creyentes el derecho a hacer contribuciones en su lenguaje religioso a las discusiones públicas”²⁹.

10. *Una perspectiva de futuro*

Pero hasta ahora hemos venido hablando del pasado y del presente. Tal vez convenga volver nuestra mirada hacia el futuro. ¿Qué se detecta globalmente en relación con el tema que nos ocupa en este interesante debate?

En realidad, a finales del XX las perspectivas para Dios eran excelentes. El XXI po-

²⁹ J. Habermas, *Entre naturalismo y religión*, trad. Pere Fabra, Barcelona, 2006, p. 118-119.

dría terminar incluso por ser su siglo. Como han demostrado Shah y Toft³⁰ no conviene olvidar que la religión ha movilizad a millones de personas para que se opusieran a regímenes autoritarios, para que inaugurasen transiciones democráticas, para que apoyaran los derechos humanos y para que aliviasen el sufrimiento de los hombres. En el siglo XX, los movimientos religiosos ayudaron a poner fin al Gobierno colonial y a acompañar la llegada de la democracia en Latinoamérica, Europa del Este, el África subsahariana y Asia. La iglesia católica posterior al Concilio Vaticano II jugó un papel crucial oponiéndose a los regímenes autoritarios y legitimando las aspiraciones democráticas de las masas, lo cual fue especialmente evidente en España.

Al tiempo, las mayores religiones se han expandido a un ritmo que supera el crecimiento de la población global. Considérense las dos ramas cristianas, el catolicismo y el protestantismo, y las otras dos mayores religiones, el islam y el hinduismo. Según la enciclopedia Cristiana Mundial, en 2001 aumentó la proporción de población que se adhirió a estos sistemas religiosos respecto al siglo pasado. A comienzos de 1900, apenas una mayoría de

³⁰ T.S Shah –M.D. Toft, *Por qué Dios está ganando*, en “Foreign Policy”, edición española, (agosto/septiembre 2006), pp. 23 y 24.

la población mundial –un 50% para ser más precisos– eran católicos, protestantes, musulmanes o hindúes. A principios del siglo XXI, casi el 64% pertenecía a estos cuatro grupos religiosos y la proporción podría estar próxima al 70% para 2025. Dios está, pues, “en racha”. Esto se reflejó –son datos de hecho, unos positivos y otros claramente negativos, no apreciaciones valorativas– en la revolución iraní de 1979, en el ascenso de los talibanes en Afganistán, en el renacer chií y en las luchas religiosas en el Irak de la posguerra, y en la victoria de Hamás en Palestina. Pero no ha sido Alá el que ha lanzado todos los rayos. La lucha contra el apartheid en Suráfrica en los 80 y a comienzos de los 90 se fortaleció gracias a prominentes líderes cristianos como el arzobispo Desmond Tutu. Los evangélicos de EEUU siguen sorprendiendo al establishment de la política exterior estadounidense con su activismo e influencia sobre asuntos como la libertad religiosa, el tráfico sexual, Sudán y el sida en África. Es más, los evangelistas han surgido como una fuerza tan poderosa que en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2004 la religión fue un factor más fiable de predicción de voto que el sexo, la edad o la clase social. En síntesis –coincido con ellos–

“la democracia está dando voz a los pueblos del mundo, y éstos quieren hablar de Dios”³¹.

Acercándonos más a Europa, tenía razón Christopher Dawson³² cuando decía que el paso de Pablo de Tarso desde Troya (Asia Menor) a Filipos (costa griega de Europa), contribuyó a configurar el futuro de la cultura y de la historia europea mucho más que todo lo que sobre esa ciudad y esa época habían escrito Tito Livio y los historiadores romanos y griegos.

En este contexto, es evidente que, si no queremos iniciar un camino hacia atrás en la Historia, deberíamos intentar sacar de nuestro ordenamiento jurídico las oportunas consecuencias de esa interesante creación que fue el llamado principio de cooperación. Un hostil distanciamiento es una posición sin futuro, ni político ni jurídico ni epistemológico.

³¹ Ibidem.

³² Cfr. C. Dawson, *The Outlook for Christian Culture*, en “Christianity and European Culture: Selections from the Work of C. Dawson”, Washington 1998, p. 5. Citado por G. Weigel, *Política sin Dios: Europa, América: el cubo y la catedral*, Madrid, 2005, p. 43. Ver también R. Navarro-Valls, *Europa y cristianismo*, “Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, n. 35, 2005, pp. 405 ss.

Ante todo conviene dejar aquí constancia de que el principio de cooperación español ha sido un elemento valorado por distintos juristas del panorama internacional. Solo dos ejemplos. Con motivo del 25 aniversario de la Constitución española, celebramos en la Universidad Complutense de Madrid –coordinado por el profesor Martínez Torrón– un simposio sobre la Constitución española y la europea, que no hace mucho se publicó³³. Uno de los ponentes, el profesor Cole Durham³⁴ –experto en libertad religiosa en el ámbito internacional– llamó la atención sobre las importantes repercusiones que la construcción española del principio de cooperación ha tenido en América Latina y en los países del antiguo bloque soviético. Por su parte, aún más recientemente, se ha insistido en la importancia del principio de cooperación en distintos ordenamientos jurídicos iberoamericanos³⁵.

³³ *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea* (J. Martínez-Torrón, ed), Granada 2006.

³⁴ W. Cole Durham, jr, *La importancia de la experiencia española en las relaciones Iglesia-Estado para los países en transición*, en “Estado y religión...”, cit., pp. 43 ss.

³⁵ A. Patiño Reyes, *Libertad religiosa y principio de cooperación en Hispanoamérica*, tesis doctoral inédita dirigida por R. Palomino, Madrid 2007.

Dicho esto hay que añadir que parece como si en España estuviéramos en trance de agotar la significación y virtualidades del principio de cooperación. Incluso ha llegado aisladamente a proclamarse su inconstitucionalidad material³⁶.

¿Cuál es la razón del décalage entre el impacto internacional y las reticencias interiores? Tal vez el sentido de esta paradoja radique en dos causas. La primera es que probablemente tendemos a confundir el principio de cooperación recogido en la Constitución con una interpretación del mismo, frente a la que ya nos previno la doctrina inmediata que siguió a la promulgación de la Constitución española.³⁷ La segunda bascula sobre un malentendido: el que supone confundir cooperación con bilateralidad, de forma que las virtualidades de la cooperación han quedado reducidas a unos pocos grupos religiosos. El principio de cooperación, es algo más que la «constitucionalización» de las relaciones Iglesia

³⁶ Cfr. J.R. Polo Sabau, «*La concepción dogmática del art. 16.3 de la Constitución: reflexiones sobre la pervivencia del formalismo en la hermenéutica constitucional*», en “Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales”, n.º. 1, 2005, págs. 203-233.

³⁷ Cfr. P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en AA. VV., “Derecho eclesiástico del Estado español”, Pamplona 1980, pp. 308-312.

católica-Estado español previas a la Constitución de 1978. Se trata de un elemento añadido a la creativa tensión igualdad-libertad, que pretende establecer vías benevolentes para la solución de potenciales conflictos entre sujetos colectivos e individuales y la normativa estatal. No agota su contenido en la libertad y la igualdad, sino que las complementa³⁸.

11. El principio de cooperación como estímulo positivo

Lo que acabo de afirmar no me parece anómalo. Al contrario, se trata de una opción frecuente –con unos u otros matices– en el panorama europeo, con las significadas excepciones de Francia y Turquía (que responden a peculiares circunstancias históricas de cada uno de esos países)³⁹.

No es del caso analizar aquí las consecuencias del principio de cooperación en los planos político y jurídico del contexto español. Pero sí deseo llamar la atención sobre un dato que no debemos dejar en la penumbra.

³⁸ Cfr. J. Ferrer Ortiz, *Los principios constitucionales del Derecho eclesiástico como sistema*, en AA. VV., “Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía”, Madrid 1989, pp. 316 y 319-320.

³⁹ Cfr. J. Martínez-Torrón, Presentación de “Estado y religión...”, cit. p. XI.

Me refiero al hecho de que las iniciativas de ayuda social fundadas en la caridad cristiana, o en su concepto equivalente en otras religiones, normalmente atraen a más personas que el mero altruismo sin una clara base espiritual, por sofisticada que sea su elaboración intelectual. Éste es un tema al que no siempre se presta la debida atención, lo cual resulta paradójico en sociedades, como las occidentales, cada vez más preocupadas por fomentar la solidaridad con las personas o grupos situados en una situación de desventaja física, cultural o social (preocupación que, de suyo, notémoslo también, procede de un interés ético con claras raíces religiosas). Como también ha dicho Martínez Torrón⁴⁰: “la perspectiva del análisis económico del derecho sería aquí muy útil, para iluminar las razones estrictamente seculares de la aplicación del principio de cooperación estatal en materia religiosa. Sería muy interesante poder contar con estudios sólidos sobre el impacto de la religión en la economía. O, por ser más preciso, sobre el dinero que las religiones ahorran al Estado, y en particular a un Estado social de tipo europeo”.

⁴⁰ J. Martínez-Torrón, *Transición democrática y libertad religiosa en España*, en “Persona y Derecho” 53 (2005), p. 201.

Hace unos días, contestando a unas preguntas sobre el nuevo sistema de financiación de la Iglesia católica, un conocido locutor de TV me preguntaba si sería cuantificable tal aportación en el caso de la Iglesia Católica. Contesté que no existen unos cálculos globales fiables. Pero me permití poner algún ejemplo. En la actualidad hay más de 1.800.000 alumnos escolarizados en centros concertados, que pertenecen en su mayoría a centros de la Iglesia. En un centro concertado cada plaza le cuesta al Estado 1.840 euros; la misma plaza en un centro público ronda los 3.517 euros. Si esta diferencia se multiplica por el total de estudiantes, sale una cifra de ahorro de más de tres mil millones de euros. Si estas mismas cantidades se aplican a los 90 hospitales, 110 ambulatorios, 933 casas de ancianos, 284 centros para la tutela de la infancia, 2833 centros asistenciales de otros tipos etc ¿de cuánto dinero estaríamos hablando? En estos centros, por ejemplo, en el año 2004 se atendió a 2.500.000 personas. Teniendo en cuenta que la cantidad que este año obtendrá la Iglesia del Estado vía contribuyentes será de unos 144 millones de euros, se entiende la queja de la Iglesia Católica cuando se le acusa de situación privilegiada⁴¹.

⁴¹ Datos facilitados al autor por la *Vicesecretaría para Asuntos Económicos de la CEE* (junio 2007).

Tampoco se puede olvidar que el propio estímulo de la cooperación con la Iglesia católica ha arrastrado tras de sí a las restantes confesiones minoritarias que, hoy por hoy, gozan en España de una situación bastante más satisfactoria que en toda su historia pasada en nuestro país, donde con frecuencia fueron ignoradas cuando no menospreciadas.

En síntesis: el principio de cooperación inserto en la Constitución española ha supuesto un razonable estímulo para concretar en clave positiva el ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa en proyección no sólo a la confesión mayoritaria sino también a las restantes confesiones. Sin que pueda olvidarse que, una interpretación conjunta del principio de igualdad (art. 14) y del de cooperación (art. 16), no conlleva un sistema de uniformidad jurídica que haga tabla rasa de la especificidad de cada una⁴².

Por lo demás, el discurso del Prof. Ruiz Miguel parte, en este punto, de una premisa no estrictamente exacta cual es considerar que, en esta materia, quien “coopera” es el

⁴² Sobre este tema, Cfr. J.M. Murgoito, *Igualdad y cooperación en materia religiosa. La diversidad de trato de la Iglesia católica en las relaciones de cooperación con el Estado*, Pamplona 2007 (tesis doctoral inédita).

Estado, y no la Iglesia. Permítanme alguna precisión.

Apunté más arriba cómo el TEDH aprecia la existencia de esa cooperación. Efectivamente, los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede ponen a cargo de las dos partes obligaciones recíprocas: de esta forma, por ejemplo, la Iglesia católica se compromete a poner al servicio de la sociedad su nada despreciable patrimonio histórico, artístico y documental (“Acuerdo relativo a la enseñanza y a los asuntos culturales”, artículo XV). De otro lado, sus locales de culto gozan de una exención fiscal (“Acuerdo relativo a los asuntos económicos”, artículo IV). Esto es, desde luego, “cooperación”.

Otro ejemplo. La reciente STC de 4 de junio de 2007 pone de relieve que la enseñanza de la religión en el sistema educativo –que sólo puede ser, evidentemente, en régimen de seguimiento libre⁴³– hace posible tanto el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que éstos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de sus padres (art. 27.3 CE), como la efectividad del derecho de las Iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido nuclear de la liber-

⁴³ Cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero.

tad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE). El deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales.

Por otro lado, el planteamiento del prof. Ruiz Miguel, llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a cuestionar, por ejemplo, la constitucionalidad de los denominados “funerales de Estado” (v.gr. los celebrados tras los terribles atentados del 11-M) en los que la Iglesia Católica, sin ningún tipo de contraprestación o “cooperación activa” *ad hoc*, pone a disposición de la sociedad un lugar de culto apropiado y, desde luego, todo lo necesario para la adecuada celebración del acto religioso. No creo que, prescindir de funerales religiosos en esas delicadas situaciones, justificándolo en un vago laicismo constitucional, fuera bien entendido por los familiares de las víctimas.

12. Otras observaciones

Permítanme, para concluir, algunas otras breves observaciones.

La primera, pedir disculpas por la extensión de esta “contraponencia”. La razón estriba en que la “ponencia” del profesor Ruiz Miguel es tan brillante y sugestiva que me ha parecido necesario sustentar especialmente bien mis razonamientos y, en su caso, críticas.

La segunda es que, en lo que se me alcanza, el ponente tiene una visión de las relaciones libertad- igualdad algo “eurocéntrica”, que contrasta con la fuerza de los hechos que nos muestran América y Asia. Pero es que en realidad incluso ese “eurocentrismo” no está imperante en toda Europa. Quiero decir que la posición expuesta en la ponencia es típica de un “europeo secular”, que no siempre tiene presente que en otras muchas partes del mundo esa actitud de alguna intelligentsia europea no es bien entendida. Es más, en casi todo el mundo se acepta con normalidad –piénsese en los debates en marcha durante las últimas elecciones presidenciales estadounidenses– que la religión y hablar de religión, es importante en la vida social y política; no algo vergonzante que haya que mantener en oscuros arcanos privados. Cuando Kennedy concurreció a la Presidencia de EE. UU contra Nixon no temía demasiado que su condición de católico se convirtiera en un problema intelectualmente relevante. Lo que temía –y en parte se confirmó– es que las manipulacio-

nes de sus adversarios políticos lo transformarán en una ominosa corriente de rencor subterráneo, haciéndole aparecer como un *hooligan* de la política. Lo que alguien de su entorno llamó la ofensiva del “macarthysmo religioso”, que tiende a convertir en un leproso político al hombre con determinadas convicciones⁴⁴. Por lo demás, esa posición no es realista tampoco en todo el ámbito europeo. En gran parte de Europa (desde la Europa del Este hasta la propia Escandinavia o amplias partes del Reino Unido) existe otra actitud. En realidad esa posición de neutralidad activa es bastante aislada: algunos sectores laicistas de Francia, España e Italia. Tal vez Bélgica y Holanda, y no mucho más. La gran mayoría de los ordenamientos europeos se decantan formalmente hacia modelos de cooperación compatibles con la neutralidad.

La tercera, que la posición sustentada por el ponente es, en algún extremo, algo arriesgada, al diseñar una neutralidad activa “ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como no valiosas” (p. 62). Me atrevo a sugerir que con

⁴⁴ Es interesante el análisis realizado por J. Planell, *La cuestión religiosa en la campaña electoral del Presidente Kennedy*, Pamplona, 1978.

esa visión, la propia “neutralidad” liberal –tal y como el ponente la plantea– debería pasar a través de algo así como un potente filtro de “purificación social”, precisamente porque tal visión no es sino una ideología más –y probablemente no estrictamente neutral– sometida, por tanto, al rigor de los filtros purificadores por los que debe pasar toda “religión civil”⁴⁵.

⁴⁵ Sobre la noción de “religión civil” existe una amplia bibliografía. Tal vez, para una primera aproximación, baste R. Bellah “Civil Religion in America”, *Daedalus Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 96, (1967), pp. 1-21; W.C. Winberley, W. H. Swatos, “Civil Religion” en *Enciclopedia of Religion and Society* (<http://hrr.hartsem.edu/ency>); D. K. Hepler, “The constitucional challenge to American civil religion”, en *Kansas Journal of Law and Public Policy*, (1996), pp. 93 ss; R. Palomino, *Religión, Derecho comparado*, Madrid, 2007, pp. 110. ss.

LA NEUTRALIDAD, POR ACTIVA Y POR PASIVA

(Acotaciones al margen de «Neutralidad activa y laicidad positiva», del profesor Rafael Navarro-Valls)

Alfonso Ruiz Miguel

Sumario. *1. Lecciones magistrales, encerronas y trincas. 2. Algunas cuestiones de método: corazonadas, «blue sky law» e interpretaciones ideales. 3. Dos objeciones técnico-jurídicas con más interpretación: amparos y concordatos. 4. Inspiraciones y malentendidos en la «buena teoría inicial»: neutralidad y libre mercado de las ideas religiosas. 5. Acciones positivas y bendiciones internacionales de la laicidad positiva. 6. Futuros religiosos, cooperación e ideologías.*

1. Lecciones magistrales, encerronas y trincas

En su réplica a mi escrito «Por una interpretación laica de la Constitución», el profesor Rafael Navarro-Valls comienza evocando la diferencia entre el tercero y el cuarto ejercicio de las oposiciones a cátedras que él tuvo que realizar, es decir, entre la «lección magistral» y la «encerrona», elegida una por el opositor y la otra por el tribunal entre varios temas del programa sacados a sorteo. Mi

distinguido colega asimila a la encerrona su respuesta a mi ponencia por la limitación del tiempo de preparación en ambos casos, aunque la analogía se hace mucho más distante en lo que se refiere al otro rasgo de aquel famoso ejercicio, conforme al que el tribunal solía escoger con alguna malicia el tema que suponía menos familiar para el candidato. La verdad es que, en este caso, el tema de nuestro debate era y sigue siendo mucho más familiar para el contraponente que para el ponente: si no se me toma al pie de la letra, he sido más bien yo quien ha entrado *in partibus infidelium*, de modo que, echadas todas las sumas, las armas han quedado razonablemente equilibradas.

Confieso que cuando en la exposición oral comencé a oír el relato de las antiguas oposiciones a cátedra, por un momento creí que el objeto de la evocación iba a ser el quinto ejercicio de aquel sistema, la llamada «trincaca», en el que cada opositor podía mostrar en público las debilidades, defectos y tachas que hubiera encontrado en sus, precisamente, «contrincantes». Este ejercicio no dejaba de tener mala fama, tal vez porque excitaba en exceso la denuncia de plagios, citas prestadas incomprobadas o abultadas bibliografías tan copiadas como desconocidas. O tal vez, menos justificadamente, porque en este país nuestro nunca se han terminado por conside-

rar de buen gusto las polémicas y el ejercicio de la crítica intelectual, acaso porque siempre ha sido difícil de entender que la crítica no tiene por qué confundirse con la denuncia, la censura, el argumento *ad hominem* o la humillación del discrepante. Aparte de las reacciones elogiosas de adeptos y amigos, lo más habitual en nuestro mundo cultural ha sido y es el silencio público sobre los discrepantes, en ejecución de ese expresivo dicho de que no hay mayor desprecio que no hacer aprecio.

Afortunadamente, en absoluto ha sido éste el caso de la crítica del profesor Navarro-Valls a mi escrito, una crítica siempre elegante y hasta amigable sin ceder en su compacta y neta posición discrepante. Con ese mismo espíritu, y porque quiero creer que el debate intelectual sirve al enriquecimiento mutuo y a la mejora de una cultura civilizada cada vez más necesaria, me ha parecido de interés continuar la polémica con esta dúplica. Aunque, como se verá al final, tengo mis reservas sobre la calificación de mi propuesta como «neutralidad *activa*», vuelvo al tema por activa y por pasiva, es decir, no tanto, que también, para insistir en algunas de mis tesis y así perfilar mejor su apropiada interpretación, como para intentar marcar lo más claramente posible nuestros puntos de acuerdo y desacuerdo e ir avanzando en el debate. Para

ello, aunque en lo esencial seguiré el orden del mismo hilo de las observaciones del prof. Navarro-Valls, abreviaré el número de epígrafes agrupando algunos de los suyos en mis acotaciones.

2. Algunas cuestiones de método: corazonadas, «blue sky law» e interpretaciones ideales

Mi distinguido contradictor avanza pronto la impresión de que mi texto pudo partir de una corazonada o intuición inicial que luego habría vestido con los ropajes jurídicos apropiados (§ 2), es decir, con el método que según el realista escandinavo Alf Ross los jueces justifican sus sentencias después de tener claro el sentido de su fallo¹. No estoy nada seguro de que esta hipótesis se verifique con rigor y suficiente generalidad respecto del proceder de los jueces o, para el caso, de los juristas teóricos, aunque quizá pueda

¹ Hasta donde yo sé, en efecto, esta idea hoy tan divulgada fue formulada por primera vez por Ross, algo más matizadamente que lo afirmado en el texto, en *On Law and Justice* (1958), § XXX, trad. cast. de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1962, p. 146. Tal vez la idea fue afirmada anteriormente por algún realista norteamericano, pero Ross únicamente cita como inspiración medianamente aproximada las frases de un libro del juez estadounidense Bernard Botein (*Trial Judge*, 1952).

alegarse bastante en su favor si se aplica a los abogados. En todo caso, de ser cierta únicamente ofrecería una explicación de lo que Hans Reichenbach denominó el *contexto de descubrimiento* de una teoría (en su caso, científica), que él contrapuso al *contexto de justificación*²: que Newton descubriera la ley de la gravedad dormitando bajo un manzano como manda la tradición, en una noche de insomnio o por una inspiración que le encontró trabajando puede ser interés para la historia o la psicología de la ciencia, pero lo importante para el conocimiento científico es si aquella ley está adecuadamente fundamentada o justificada, con total independencia de su contexto de descubrimiento. En mi caso, no tengo del todo claro cómo ni cuándo pensé que la interpretación más extendida del art. 16.3 de la Constitución, que considera el deber de cooperación como una especie de modulación o excepción de la aconfesionalidad estatal y del régimen general de la libertad religiosa, podía ser retada por una interpretación distinta y alternativa. Lo relevante, sin embargo, es que las razones que haya aducido en favor de mi interpretación sean sólidas y convincentes.

² Cf. *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge* (1938), Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2006, pp. 6-7.

En realidad, el prof. Navarro-Valls comienza por aceptar que mis «apreciaciones [...] resultan difícilmente rebatibles, desde una perspectiva eminentemente técnica, pues se mueven en lo que los americanos llaman ‘blue sky law’, es decir, apreciaciones de deber ser y de legítimas aspiraciones ideológicas» (p. 99). Ahora bien, si esta afirmación se relaciona con la del siguiente § 3 –que mi pretensión central de proponer la «mejor interpretación posible» de la Constitución sobrepasa la función de la doctrina jurídica y no puede servir como canon interpretativo para el Tribunal Constitucional, cuyo papel se ha de limitar a decidir si las normas legales «encajan o no» en el marco de la norma fundamental–, parece resultar que la perspectiva por mí adoptada se encontraría al margen de la interpretación genuinamente doctrinal o «científica», *de lege* (o *de constitutione*) *data*, para ser una mera propuesta filosófica diferible a las calendas griegas de una eventual reforma constitucional.

Es cierto que yo presenté mi interpretación como «ideal», e incluso la mostré en contraste con otra interpretación «intermedia» que también propuse para moderar el grado de exigencia o radicalidad de aquélla respecto de la interpretación hoy seguramente más extendida. Pero tanto la ideal como la intermedia pretendían ser interpretaciones no para el

cielo de una futura e hipotética constitución ideal, sino para mejorar un poco este nuestro valle de lágrimas, que tiene que contar con el art. 16.3 tal y como está formulado y que, por tanto, debe además contraargumentar frente a varias de las afirmaciones y decisiones del TC por considerarlas erróneas. Por fortuna para mi propuesta, el error de esa línea jurisprudencial no se basa sólo en lo que creo el más apropiado entendimiento del principio constitucional de no discriminación y de la igual libertad religiosa del art. 16 como libertad eminentemente negativa, sino también, según tuve ocasión de destacar en mi escrito, en relevantes afirmaciones doctrinales del propio TC que, sin haberse desdicho nunca de ellas, no siempre ha aplicado con el exigible rigor.

Por lo demás, estoy dispuesto a aceptar sin problemas que el TC no está para dictaminar si las leyes o sus aplicaciones judiciales son las que mejor encajan con la Constitución sino sólo si unas u otras no encajan en ella. Pero ese criterio es perfectamente compatible con la idea, ampliamente defendida y desarrollada por Ronald Dworkin, de que la tarea de interpretación, que presupone la coherencia, la plenitud y la integridad del ordenamiento jurídico y de sus principios, consiste en la búsqueda de la mejor respuesta posible, es decir, la que ofrezca la mejor luz a propósito

del conjunto de normas y principios del Derecho vigente. En la práctica, naturalmente, este ejercicio de racionalidad puede ser imposible de alcanzar, al igual que distintos intérpretes honestos pueden realizarlo o apartarse de él en diferentes modos y grados. Pero la realidad por sí sola no puede servir para refutar ningún ideal presupuesto como modelo regulativo, siendo más bien éste el que debe servir para medir la racionalidad de la realidad. Lo decisivo, en todo caso, es que cuando el intérprete de la constitución juzgue, como debe hacer, no si una ley es la que mejor encaja sino si es contraria a la Constitución, lo haga bajo la más completa y mejor teoría de los principios y preceptos constitucionales en juego. Esa es la pretensión de mi interpretación ideal, como lo debe ser de cualquier interpretación que pretenda valer como la más adecuada. Y por cierto que eso no parece incompatible con defender una interpretación intermedia que, considerada la lejanía entre aquélla y la errónea interpretación vigente, proponga una más realista rectificación gradual de esta última.

3. Dos objeciones técnico-jurídicas con más interpretación: amparos y concordatos

Antes de entrar en cuestiones de más fondo, el prof. Navarro-Valls avanza dos objeciones técnico-jurídicas a mi texto que no

puedo dejar de comentar (§§ 5 y 6). En la primera, destaca que mi afirmación de que la STC 177/1996 no se debió limitar a reconocer la libertad religiosa del sargento que se negó a participar en una parada militar de carácter religioso sino que también debió declarar que semejante acto no era conforme a la Constitución, desconoce la regulación del recurso de amparo, cuya resolución carece de efectos *erga omnes* y debe limitarse, según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a declarar la violación del derecho y a restablecerlo. Sin embargo, yo debo insistir en que, al margen de la resolución concreta –que en aquel caso fue en realidad denegatoria del amparo–, el TC debía haber hecho aquella declaración y no, como en realidad hizo, la declaración perfectamente opuesta de 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», que a mi modo de ver es una afirmación escandalosamente incorrecta en términos constitucionales. Al parecer, el TC sí podía afirmar, como de hecho afirmó, que «las Fuerzas Armadas [...], como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 C.E», pero, según el prof. Navarro-Valls, sólo para restablecer el derecho individual a la libertad religiosa del reclamante. Yo creo, en cambio,

que la falta de neutralidad de la Orden General Extraordinaria por la que el General Jefe de la Región Militar convocó la parada fue el origen de la violación de la libertad religiosa del sargento (y potencialmente de la de otros que en semejante contexto pudieron temer ejercerla) y que, dada la argumentación de la sentencia, era obligado concluirlo³. Si hubiera llegado a tal conclusión, la generalización sobre la inconstitucionalidad de tal tipo de actos habría sido tan natural como lo fue –por poner un par de ejemplos entre otros muchos posibles– la suspensión de todas las incorporaciones a filas de quienes alegaban objeción de conciencia tras la STC 15/1982, en la que la Sala Primera del TC amparó a un objetor, o la también inmediata aceptación de la exclusión procesal de las pruebas obtenidas mediante violación de derechos fundamentales, una exclusión que no está prevista expresamente en la Constitución y que fue legalmente reconocida tras su reconocimiento constitucional en un recurso de amparo resuelto por la Sala Segunda (STC 114/1984, que sentó la doctrina aunque también denegó el amparo)⁴.

³ También han tachado de incoherente esta sentencia algunos eclesiasticistas, como Dionisio Llamazares, *Derecho a la libertad de conciencia* cit., tomo II, pp. 305-306, y José María Contreras Mazarío y Óscar Celador Angón, *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas* (Documento de trabajo 124/2007), Madrid, Fundación Alternativas, 2007, p. 33.

La segunda objeción, relativa a la posición de los concordatos en la jerarquía de las fuentes, deriva de una inapropiada interpretación de mi ponencia por mi amable contradictor, o, para ser más preciso, de una versión inicial de mi ponencia, que fue la entregada al público en el acto del debate, pero que yo había corregido previamente en un texto enviado al contraponente y que rectifiqué en este punto en mi exposición oral. Sea como sea, en efecto, el texto primitivo denunciaba la «sobreconstitucionalización de criterios meramente infraconstitucionales» entendida como «una excesiva e indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios procedentes del mero desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, como, en este caso, los derivados de los acuerdos internacionales firmados con la Santa Sede y los acuerdos del Gobierno con determinadas entidades representativas de algunas confesiones religiosas» (el texto corregido dice ahora: «una excesiva e indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios pro-

⁴ Sobre la permeabilidad entre el control de constitucionalidad abstracto y el concreto, así como sobre la tendencia a la convergencia del modelo europeo de justicia constitucional con el americano, me permito remitir a mi escrito “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, 2000, §§ 2-3 y a la bibliografía allí citada.

cedentes de los acuerdos internacionales firmados con la Santa Sede o del mero desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, como los acuerdos del Gobierno con determinadas entidades representativas de algunas confesiones religiosas», p. 52).

El texto inicial era poco afortunado y seguramente adolecía de alguna imprecisión y ambigüedad en la medida en que se podía entender que los criterios procedentes del desarrollo normativo legal o inferior a la ley se identificaban directamente con los tratados con la Santa Sede y otros acuerdos, y no, como yo pretendía significar y literalmente dice el texto, que los criterios con rango legal e incluso inferior son los derivados de dichos tratados y acuerdos a través de las normas que los desarrollan, como, por ejemplo, la Ley de Libertad Religiosa o las diversas normas reglamentarias que regulan el estatus de los profesores de religión católica. Aunque propio de la cultura filosófica anglosajona, y por ello quizá más protestante que católico, el principio de caridad (*charity principle*) habría permitido interpretar mi argumento bajo su mejor luz. Por lo demás, aunque sobre la jerarquía normativa de los tratados habría mucha más tela que cortar, me limitaré a recordar que la prevalencia de los tratados aprobados por las Cortes sobre el Derecho interno infraconstitucional no implica por

fuerza, como parece sugerir mi distinguido colega al final del § 6, que su rango jerárquico sea superior al de las leyes, punto sobre el que la doctrina española discrepa con distintas teorías⁵.

⁵ Así, mientras entre los internacionalistas tiende a ser dominante la tesis de la superior jerarquía de los tratados respecto de las leyes, entre los constitucionalistas, junto con García de Enterría y T. R. Fernández, es dominante la tesis de que entre unos y otros hay simplemente una distribución de competencias (vid., para el primer punto de vista, Julio D. González Campos y otros, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2003, pp. 286-291; José-Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 177; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo blanc, 2ª ed., 2007, pp. 662-664; y Fernando Santaolalla López, *Derecho constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 208; para el segundo punto de vista, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Madrid, Civitas, 13ª ed., 2006, pp. 153-155; Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 142; Luis López Guerra y otros, *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanc, 7ª ed., 2007, p. 118; Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, § 32.2; y Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª ed., tomo I, 2004, p. 266). En fin, sobre los criterios para la determinación de la jerarquía normativa me permito remitir también a mi escrito «El principio de jerarquía normativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, VIII, n. 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 135-154, ahora también en

4. Inspiraciones y malentendidos en la «buena teoría inicial»: neutralidad y libre mercado de las ideas religiosas

El prof. Navarro-Valls (§ 4) reconvierte lo que yo llamé la «buena teoría inicial» de la STC 24/1982 en una doctrina bastante más amplia, que incluiría también lo que yo había considerado «su mala aplicación» en la propia sentencia. En ella en su conjunto, por el contrario, según mi ilustre colega, el TC habría recogido casi literalmente el primer manual de Derecho Eclesiástico del Estado español, elaborado por él mismo con otros profesores y redactado en esta materia por el prof. Viladrich. En esta doctrina más amplia, el principio de cooperación del art. 16.3 «modaliza» la aconfesionalidad del Estado y la propia idea de libertad religiosa en una posición intermedia entre la privatización de la religión o «neutralidad radical» y la confesionalización del poder político o «sospechosa camaradería», todo ello bajo el criterio –que yo también habría aprobado– de que para evitar «la vía del conflicto como norma, había que escoger la vía de la colaboración» (p. 104).

Francisco J. Laporta (comp.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 93-109.

Sin entrar a analizar la fidelidad del conjunto de la STC 24/1982 a lo teorizado en el mencionado manual, no tengo más remedio que ser *magis amica veritas* a riesgo de abandonar la elegancia de la invitación al acuerdo de mi colega. La «buena teoría inicial» que yo alababa se limita al texto del FJ 1 que defiende la libertad religiosa como libertad negativa *en materia de religión* eminentemente individual e igual para todos. Por su parte, la «mala aplicación» era precisamente la ulterior utilización por el TC del principio de cooperación para dar el salto a una concepción de la libertad religiosa de carácter comunitarista, limitada a algunas religiones positivas y entendida como libertad positiva garantizable mediante prestaciones y acciones positivas inevitablemente desiguales.

En congruencia con mi planteamiento, tampoco puedo concordar en el diagnóstico sobre el principio de cooperación, al menos tal y como ha venido funcionando hasta ahora y como lo justifica el prof. Navarro-Valls (§ 4). Para decirlo franca y abiertamente, yo no creo conveniente ni fructífero ese punto de equilibrio entre neutralidad radical y confusión político-religiosa que, a mi modo de ver, ha basculado sospechosamente hacia la segunda parte de la alternativa. La neutralidad –o aconfesionalidad, o laicidad, llámesele como se quiera– o es rigurosa o no es verdadera

neutralidad, sino favorecimiento de una, otra o varias opciones religiosas, siempre en detrimento de otras, incluidas en especial las que descreen de las religiones positivas o al uso. La alternativa entre neutralidad y confusión es así tan poco equilibrada como su correlato entre conflicto y colaboración. Mi distinguido contradictor da a entender que la neutralidad estricta y la privatización de lo religioso abren la vía del conflicto. En lo que se refiere a la Iglesia católica, sin embargo, la historia reciente enseña que, cuando ha gobernado la izquierda, la continuidad de la cooperación en forma de financiación, e incluso el generoso aumento de esta última, no ha evitado en absoluto severos conflictos entre la jerarquía eclesiástica y el poder político. Mi propuesta alternativa era y es que, para evitar todo conflicto en el futuro, con esa y con cualquier otra confesión, la vía maestra es reducir la cooperación a la mera facilitación de las diversas actividades religiosas mediante el mecanismo de los permisos, absteniéndose de toda incentivación en forma de prestaciones o medidas promocionales. Como también añadí expresamente, esa propuesta es perfectamente compatible con el acuerdo de formas de cooperación con las instituciones religiosas para cualesquiera asuntos de interés común con el Estado, como en materia sanitaria, educativa, cultural, artística y similares, que no afectan

a la neutralidad en materia religiosa propiamente considerada.

Con esta propuesta no acojo en absoluto el «separatismo decimonónico» según el cual el Estado pasaría de teocrático a ideocrático para asumir todas las verdades posibles como relativas pero en favor de los valores emergentes, como me censura el prof. Navarro-Valls (§ 7). En esta materia más bien aplaudo con entusiasmo su mismo criterio sobre el Estado como custodio del «libre mercado de ideas y religiones». Pero me temo que tal mercado, para ser realmente libre, debe excluir toda intervención económica del Estado, necesariamente distorsionadora, de modo que cada consumidor pague el verdadero precio de los productos religiosos que consuma, dicho sea en la jerga correspondiente. Eso aceptado, el «intervencionismo dirigido a modificar el panorama sociológico real con la pretensión de construir un arquetípico pluralismo» (p. 114) a mí me parece tan contrario a la libertad de mercado religioso e ideológico como el dirigido a mantener o, peor todavía, a favorecer la situación social existente. La única manera de evitar el intervencionismo es no alentar mediante subvención alguna a ningún grupo por razones religiosas, de modo que, en efecto, «las fuerzas sociales puedan desarrollarse libremente según su propia vitalidad» (Martínez Torrón, cit. en p. 115). Y en

ese marco hay tantas razones para temer que la sociedad civil se vuelva intolerante (supongo que hacia las religiones pasadas) como, según el punto de vista, para lamentar las intolerancias de la religión hoy más implantada en nuestra sociedad civil.

5. Acciones positivas y bendiciones internacionales de la laicidad positiva

Acierta de lleno mi amable colega cuando me figura partidario de las acciones positivas (§ 8). Las he defendido, en efecto, como mecanismos desigualitarios que tienen como fin conseguir la igualdad en aquellas situaciones en las que grupos minoritarios o, como en el caso de las mujeres, la mitad de la población, vienen sufriendo tradicionalmente discriminaciones y desventajas sociales en el ejercicio de sus derechos⁶. Sin embargo, la

⁶ Me permito remitir a varios de mis escritos sobre el tema, en los que se refiere suficiente bibliografía: «Discriminación inversa e igualdad», en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-93; «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996, pp. 39-86; «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996, pp. 123-40; «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Claves de razón práctica*, n. 94, julio-agosto, 1999, pp.48-53; «La representación democrática de las mujeres», *Anales*

aplicación de la noción de «acción positiva» a las ayudas a la Iglesia católica constituye una clara inversión de tal noción, si no también una perversión, en cuanto que en su caso consisten en ayudas a un grupo mayoritario que no ha venido sufriendo discriminación ni desventaja alguna, sino más bien todo lo contrario, y cuyo objetivo no es conseguir la igualdad social entre las creencias religiosas sino mantener, e incluso aumentar, el predominio sociológico de que viene gozando. Y no es casual que la idea de «laicidad positiva», a la que se ligan las prestaciones y promociones en favor de las confesiones existentes, se haya intentado justificar mediante este criterio sociológico.

El prof. Navarro-Valls enmarca su defensa de las acciones positivas en «tres poderosas fuentes» de las que manarían los vigorosos fundamentos de la idea de «laicidad positiva»

de la Cátedra Francisco Suárez, n. 35, 2001, pp. 239-64; «La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n. 55, marzo 2006, pp. 35-47; y «En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n. 20, enero-junio 2007, pp. 60-68, reproducido en María Elósegui Itxaso, *Políticas de género*, Cuadernos de Derecho Judicial V-2007, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 345-367.

acogida por nuestro Tribunal Constitucional⁷: la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tres fuentes que convergerían en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que, por añadidura, terminarían coincidiendo con las últimas enseñanzas de un filósofo progresista como Jürgen Habermas (§§ 8-9). Me referiré primero a la posición de este último, para hacer después algunos comentarios sobre las decisiones de los tres primeros tribunales y concluir en fin con la escasamente comprometida y limitadamente relevante doctrina de este último Tribunal sobre neutralidad estatal en materia religiosa.

⁷ El prof. Navarro-Valls pretende refutar así mi afirmación de que la introducción de la noción de laicidad positiva por la STC 46/2001 fue subrepticia, pero con independencia de las inspiraciones seguidas por nuestro TC –de las que es bien verosímil la italiana, de donde hemos copiado sin tasa ni criterio, las más de las veces con igualmente pésimos resultados–, mi afirmación seguiría siendo válida: primero, porque se introdujo de nuevo en un Fundamento Jurídico dedicado a recoger doctrina anterior sobre la libertad religiosa; y, segundo, porque, además, se dio a entender que la noción ya había sido elaborada en una decisión anterior, la STC 177/1996, en la que no había ni rastro de ella. Por supuesto, el TC no menciona para nada como inspiradores a los altos tribunales extranjeros citados por el prof. Navarro-Valls.

Las afirmaciones de Habermas recogidas por mi distinguido contradictor sobre la igual validez cognoscitiva y política de las visiones laicas y las religiosas en el ámbito público ciertamente llaman la atención. Conviene advertir que cabe compartir con Habermas su idea de neutralidad del Estado, según la cual éste no es quién para preferir las cosmovisiones religiosas a las laicas y por tanto «no es compatible con la generalización política de una visión del mundo secularista» (ni tampoco religiosa, añadiría yo por mi parte). Mi desacuerdo, y mi desconcierto, afecta a su visión del papel de las «comunidades religiosas», a las que, según dice en *Entre naturalismo y religión*, el Estado liberal debe abrir «la posibilidad de ejercer, a través de la esfera pública política, una influencia propia sobre la sociedad en su conjunto», y, correlativamente, del papel de los «ciudadanos secularizados», quienes «no deben negarles a las imágenes del mundo religiosas un potencial de verdad, ni deben cuestionarles a sus conciudadanos creyentes el derecho a hacer aportaciones en el lenguaje religioso a las discusiones públicas»⁸. Sin embargo, creo que la respuesta del

⁸ Cf. Jürgen Habermas, *Entre naturalismo y religión* (2005), Barcelona, Paidós, 2006, pp. 118 y 119; también yo me referí críticamente a esta posición en la nota 36 de mi escrito inicial, compartiendo la crítica de Paolo Flores D'Arcais, «Once tesis contra Habermas»,

filósofo alemán a las críticas de Flores D'Arcais endereza y aclara bastante su posición, si es que la palabra «aclarar» es aplicable a un autor con tan espesa capacidad de expresión.

El despropósito de que cualquiera pueda llevar a la «esfera pública política» y, por tanto, pretender imponer jurídicamente sus creencias idiosincrásicas –creencias que al menos las religiones que han terminado por respetar la libertad de creencias dicen reconocer como no imponibles por la fuerza–, parece haber sido severamente matizado por Habermas en la respuesta a Flores D'Arcais. A partir de la distinción implícita entre la «esfera pública política» institucional y la no institucional o informal, mientras en la primera (parlamentos, tribunales, administración pública, etc.) sólo valdría un «tipo de fundamentación públicamente accesible» que excluye las declaraciones religiosas y la imposición de argumentos religiosos so pena de incurrir en tiranía, en la segunda (prensa, universidad, documentos eclesiásticos y ser-

Claves de razón práctica, n. 179, enero-febrero 2008, pp. 56-60; no tuve ocasión de tener en cuenta, como ahora hago en el texto, la réplica a Flores D'Arcais de Habermas, «La voz pública de la religión. Respuesta a las tesis de Paolo Flores d'Arcais» (2007), *Claves de razón práctica*, n. 180, marzo 2008, pp. 4-6 (trad. cast. de Juan Carlos Velasco).

mones, etc.) tales argumentos serían perfectamente válidos para mantener «la complejidad de la diversidad» babélica «propia de la comunicación pública», ya que el Estado democrático «no puede saber si de lo contrario a la sociedad se le priva de posibles reservas de fundación de sentido e identidad»⁹. Al final, no se entiende bien por qué en la esfera informal vale todo, incluidas esas «reservas» procedentes de las creencias religiosas, y en la esfera institucional se deben introducir filtros para excluir ese tipo de reservas, pero bienvenida sea la cautela para la esfera institucional¹⁰. Únicamente quedaría pendiente

⁹ «La voz pública de la religión...» cit., p. 6.

¹⁰ En el mismo escrito que cierra la polémica con Flores D'Arcais, Habermas llega a afinar sobre el tema de la influencia de las iglesias en una línea que ya me gustaría que trataran de aplicar nuestros obispos: «Cuando las iglesias se dirigen expresamente sólo a sus propios creyentes deben considerarlos como *ciudadanos* orientados religiosamente, esto es, como miembros orientados religiosamente de una comunidad *política*. Por el contrario, las iglesias sobrepasarían las fronteras de una cultura política liberal si pretendieran alcanzar sus objetivos políticos de manera estratégica, esto es, apelando de manera directa a la conciencia religiosa. Pues entonces querrían influir en sus miembros en cuanto que creyentes y no como ciudadanos. Intentarían ejercer una coacción sobre las conciencias e imponer su autoridad espiritual en lugar de aquel tipo de fundamentaciones que en el proceso democrático sólo pueden llegar a ser eficaces porque superan el umbral de la traducción en un lenguaje comprensible para todos. Recuerdo el mal ejemplo de la carta

de responder si en la babélica esfera meramente civil, así como los «ciudadanos creyentes» pueden introducir sus ideas religiosas libremente (lo que tiendo a aceptar puesto que sería iliberal prohibirlo), no podrán igual de lícitamente los «ciudadanos secularizados» discutir y reprochar el uso de aquellas argumentaciones y negar su validez general, como así creo (¿o es que se propone sancionar a quienes lo hagan?)¹¹.

pastoral con la que desde el púlpito se pidió el voto para Adenauer» (*ibidem*, p. 6). Con todo, no me resisto a apostillar: supuesto que las iglesias son mera sociedad civil o esfera informal y no esfera institucional, ¿no nos acaba de decir Habermas que en tal ámbito babélico cabe todo? ¿en qué quedamos?.

¹¹ En la misma respuesta a Flores D'Arcais hay afirmaciones que a mi modo de ver no casan bien entre sí: dice Habermas, por un lado, que las comunidades religiosas han de adaptarse al Estado democrático no como mero *modus vivendi* sino haciendo «propia la legitimación de tipo secular de la comunidad política bajo las premisas de su propia fe»; pero, por otro lado, en el párrafo siguiente añade que el largo proceso de aprendizaje de las «tradiciones religiosas» durante la modernidad les hizo «entender que la política y la sociedad se basan en representaciones seculares fundamentadas de manera autónoma» (p. 5). Personalmente, no termino de asimilar como coherente la noción de aceptación bajo las premisas de la propia fe de una legitimación secular fundamentada autónomamente. Tal vez ello proceda de la compleja y ambigua concepción sobre el «consenso superpuesto» del Rawls de *Political Liberalism* (Nueva York etc., Columbia University Press, 1993), pero sería importuno desarrollarlo aquí.

Ahora veamos el argumento de las líneas jurisprudenciales de Italia, Alemania y Estados Unidos. Ante todo, algunas de las sentencias citadas por el prof. Navarro-Valls adoptan criterios perfectamente asumibles, con tal de que se interpreten bien: así ocurre con el principio de la sentencia n. 203/1989 de la Corte italiana de que la laicidad «implica no indiferencia del Estado ante las religiones sino garantía para la salvaguardia de la libertad religiosa en régimen de pluralismo confesional y cultural», si la no indiferencia se limita a garantizar la libertad religiosa y el pluralismo, pero sin diferenciar o primar a esta o aquella opción en particular; o con la afirmación de la sentencia *Walz v. Tax Commission* (1970) del Tribunal Supremo de Estados Unidos de que la neutralidad del Estado debe permitir el ejercicio de la religión «sin patrocinio (*sponsorship*) ni interferencia». Cuestión bien distinta –e incoherente y criticable, a mi modo de ver–, es que la primera decisión entienda que se salvaguarda la igual libertad religiosa cuando, garantizándose la enseñanza de la religión católica en las escuelas estatales de manera facultativa para los padres, no se hace lo mismo con otras religiones y creencias distintas, o que la segunda decisión afirme que una exención fiscal sobre propiedades de organizaciones religiosas y para propósitos religiosos, a diferencia de una subvención, no constituye «estableci-

miento, patrocinio ni respaldo» (*establishing, sponsoring, or supporting*) o –todavía más sorprendentemente, si cabe– que «la exención crea sólo una mínima y remota implicación (*involvement*) entre iglesia y estado, y mucho menor que la tributación de las iglesias» (Chief Justice Burger, por la opinión mayoritaria).

En realidad, las líneas jurisprudenciales no siempre son tan claras y definidas como podría parecer, al menos en el caso del Tribunal Supremo americano, que es al que más espacio dedica mi afable colega: así, junto a una firme línea de neutralidad que excluye la oración o la enseñanza religiosa en las escuelas públicas (*Wallace v. Jaffree* [1985], *Lee v. Weisman* [1992] o *Santa Fe School District v. Doe* [2000]), la cuestión de las ayudas directas o indirectas a colegios religiosos es más bien zigzagueante y, aparte de *Walz*, las han aceptado *Mueller v. Allen* (1983), *Mitchell v. Helms* (2000) y *Zelman v. Simmons* (2002), mientras, por el contrario, las consideran inconstitucionales *Lemon v. Kurtzman* (1971), *Committee for Public Education v. Nyquist* (1973), *Meek v. Pittenger* (1975), *Board of Education of Kiryas Joel Village School v. Grumet* (1989) o *Texas Monthly, Inc. V. Bullock* (1989). Por lo demás, en la medida en que una jurisprudencia estable, como parece ocurrir más en el caso alemán e italiano que en el americano, no se limite a garantizar el libre

curso de las creencias religiosas sino que convalide intervenciones positivas, especialmente económicas, en favor de unas u otras confesiones, las razones por mí alegadas frente a la noción de «laicidad positiva» se aplicarán también contra el sentido de tal jurisprudencia, y ningún argumento de autoridad, por internacional que sea, valdrá un ápice más que el peso de las razones que respectivamente se aleguen.

Con esa cautela no tengo reparo en dar por perdidas para mi causa a autoridades tan venerables como la jurisprudencia constitucional y la doctrina alemanas defensoras de la *positive trennung*, que viven en una tradición y cuentan con un precepto constitucional –el art. 7 de la Ley Fundamental de Bonn– que han permitido calificar a Alemania como un Estado «semilaico»¹². Y, en efecto, el que allí estén constitucionalmente bendecidas, directa o derivadamente, las facultades estatales de Teología protestante o católica y las generalizadas escuelas públicas confesionales con enseñanza ordinaria de religión protestante o católica, así como el carácter funcional de

¹² Cf. «Enseñanza de la religión: perspectiva comparada», en Antonio López Castillo (comp.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 117-120.

los profesores de unas y otras, es más que suficiente demostración de la carencia de plena neutralidad estatal en la materia¹³. En ese marco, la pretensión de la mayoría de la doctrina alemana –que nuestra STC 38/2007 parece haber acogido, el menos en alguno de sus Fundamentos Jurídicos menos ponderados, como el 9– de que es precisamente por la neutralidad del Estado en materia religiosa por lo que se ha de garantizar la autonomía de las iglesias para impartir sus respectivas doctrinas y habilitar o inhabilitar a los profesores de ese tipo de enseñanza¹⁴, en mi opinión, sólo viene a mostrar que las anteojerías religiosas, como las viejas cámaras fotográficas, permiten ver la realidad al revés¹⁵. Como se parte

¹³ Véanse los documentados trabajos de María J. Roca, *Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias*, Madrid, Dykinson, 2005, cap. III; y «Régimen jurídico del nombramiento de los profesores de religión en las escuelas públicas alemanas», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, iustel.com, n. 14, 2007, pp. 1-22.

¹⁴ Cf. María J. Roca, «Régimen jurídico...» cit., pp. 5 y 12, el texto de ésta última página recogido también en *Derechos fundamentales...* cit., p. 82.

¹⁵ Aunque sin duda contra su intención, María J. Roca deja ver esta inversión con claridad cuando, en relación con la libertad de elección y remoción del profesorado de religión por las autoridades eclesiásticas, concluye así uno de sus citados escritos: «Se comprende que lo que en otro contexto material podría considerarse discriminación o falta de neutralidad, cuando se trata de la trasmisión de unos valores religiosos, puede resultar

del supuesto, esencialmente discriminatorio para las posiciones no religiosas, de que la religión ha de tenerse por el Estado como buena y educativamente beneficiosa, naturalmente que toda la autonomía de que dispongan los gestores de la respectiva verdad religiosa provendrá de la más exquisita neutralidad del Estado. Pero se trata de la neutralidad de quien, como Pilatos, se lava las manos después de saber que la suerte está echada, no la de quien pretende ser neutral en el arbitraje del juego mismo.

A diferencia de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, italianas o estadounidenses, las sentencias del TEDH tienen un alcance más relevante desde el punto jurídico en el Derecho español. Aunque no vinculen de manera directa, como las decisiones de los tribunales españoles, sea por el tenor del art. 10.2 de la Constitución, sea también por el temor a que el Estado español pueda ser condenado y nuestros tribunales enmendados, es lo cierto que sus criterios están presentes en las argumentaciones de nuestro TC. Sin embargo, el alcance que la jurisprudencia europea puede tener frente a la interpretación

necesario por tenerse en cuenta la peculiaridad de esas relaciones sobre las que se proyecta, precisamente en respeto de la neutralidad y la igualdad de las instituciones educativas públicas» («Régimen jurídico...» cit., p. 22).

por mí propuesta de la Constitución española en materia de libertad religiosa y laicidad me parece prácticamente irrelevante. Sin duda que el caso *Alujer Fernández y Caballero García contra España* (2001), ampliamente descrito en el § 8 del escrito que comento, «bendice», como en él se dice, nuestro peculiar sistema de la casilla voluntaria en favor de la Iglesia católica en el Impuesto sobre la renta. Sin embargo, la misma morigeración que el TEDH ha mostrado hacia un Estado de confesionalidad tan combativa como Grecia, tratado con tímidas y algodonosas condenas en los casos *Kokkinakis contra Grecia* (1993) y *Larissis contra Grecia* (1998), la ha mostrado también con un Estado beligerantemente laico como Turquía, consagrando la exclusión de la universidad de mujeres con velo islámico y de hombres con barba en el caso *Leyla contra Turquía* (2004).

Conforme a lo anterior, no puedo imaginar un caso en el que tesis como las defendidas por mí en materia de laicidad dieran lugar a un pronunciamiento contrario del TEDH, como tampoco parece concebible que el Convenio Europeo o su interpretación tengan nada que oponer a la tradición de la *laïcité* francesa. En realidad, tiene razón el prof. Navarro-Valls en afirmar que el art. 9 del Convenio Europeo «no pretende establecer criterios uniformes para las relaciones Iglesia-Estado en los paí-

ses miembros del Consejo de Europa, ni, aún menos, imponer un forzoso secularismo» (p. 129-130). Nunca me había planteado esta posibilidad, pero si en mi escrito inicial prescindí de toda referencia al ámbito jurídico europeo fue también por entender que tampoco el Consejo de Europa pretende ni puede pretender imponer un modelo forzoso de respaldo promocional para una, varias o todas las confesiones existentes en cada país. Y precisamente dejando a Europa tranquila en su variedad y complejidad, lo que yo me había planteado en mi escrito era sólo el problema de la laicidad en el ámbito regido por la Constitución española.

6. Futuros religiosos, cooperación e ideologías

Los últimos apartados de la respuesta del prof. Navarro-Valls parten de un canto optimista a las excelentes «perspectivas para Dios» abiertas con el nuevo siglo en apoyo de un estimulante principio de cooperación con las confesiones religiosas (§§ 10 y 11). Mi visión es menos entusiasta. Si aquellas perspectivas se confirman, será sin duda signo de la postmodernidad, aunque es de temer que la racha sea buena sólo para algunos de los distintos dioses, algunos de ellos ciertamente con la mayúscula del monoteísmo. Desde luego, la mayoría de los ejemplos citados –de la revo-

lución iraní del 79 al influjo de los evangélicos en Estados Unidos, pasando por el ascenso de los talibanes en Afganistán y otros que podrían añadirse— no ofrecen muchos motivos para el optimismo. En todo caso, a quién vaya a terminar dando la razón el futuro ni es algo que vayamos a llegar a ver ni, lo que es más decisivo, afecta gran cosa a la discusión de cuál es el camino que debemos adoptar sobre la neutralidad del Estado en materia religiosa.

El prof. Navarro-Valls parece opinar de otra manera: si el futuro va a ser más religioso, viene a concluir, profundicemos en el principio de cooperación y dejemos atrás todo «hostil distanciamiento». Ya he argumentado antes por qué la alternativa «o cooperación o conflicto», como nueva edición del sectario «o conmigo o contra mí», me parece distorsionadora y perversa. En todo caso, si nunca he defendido un «hostil distanciamiento» hacia las religiones, insisto en que tampoco me opongo por principio a toda forma de cooperación del Estado con ellas. Aquí todo depende de lo que se entienda por «cooperación». Un buen punto de partida para el debate son las dos cautelas avanzadas por mi afable contradictor: primera, que «probablemente tendemos a confundir el principio de cooperación recogido en la Constitución con una interpretación del mismo» (p. 136) y, segun-

da, que no se debe confundir cooperación con bilateralidad entre Estado e Iglesia Católica, sino que debe profundizarse en la extensión de la cooperación con otras confesiones religiosas. Sin embargo, lo digo sincera y abiertamente, el desarrollo de ambos aspectos en sus propuestas y comentarios conclusivos se me quedan un tanto cortos. Aun así, sean bienvenidos en cuanto que permiten abrir un diálogo franco sobre la relación entre los principios generales y su aplicación concreta.

En el plano de los principios, la neutralidad o aconfesionalidad estatal, que debe integrar el mandato de no discriminación entre las diversas creencias en materia de religión –incluidas las religiones sin dios o dioses personales o sin trascendencia del alma, así como las creencias agnósticas o ateas–, no me parece incompatible con la idea de cooperación con cualesquiera creencias en cuanto tales siempre que por cooperación se entienda estrictamente la garantía estatal de la libertad en materia religiosa. Tal garantía, aparte del reconocimiento de confesiones y asociaciones y de la autorización de lugares de culto o de otras manifestaciones externas, todo ello en desarrollo natural de los derechos de reunión, manifestación y asociación, debe dirigirse sobre todo a la evitación de interferencias abusivas por parte del Estado o de terceros e, incluso, a la facilitación del ejercicio de dicha

libertad al menos en aquellas situaciones en las que la normal actividad del Estado podría resultar un impedimento para ello, esto es, en lo esencial, dentro de las instituciones cerradas como cuarteles, prisiones, internados públicos y, en menor medida, hospitales. Dejo en una duda razonable, como cuestiones susceptibles de discusión y revisión en la propia interpretación de nuestro Tribunal Constitucional, la extensión de la objeción de conciencia y la cuestión de la aplicabilidad entre particulares del criterio de la facilitación, que plantea, por ejemplo, el problema de los efectos de un cambio de creencia religiosa en el régimen laboral sobre descanso semanal¹⁶.

Permítaseme insistir en que *garantizar* no sólo no implica *promocionar* –en su significado de fomentar, alentar o patrocinar– desde un punto de vista teórico-jurídico, sino que exige también *no promocionar* desde un punto de vista filosófico-político y, creo, jurídico-constitucional. Porque una garantía de la libertad religiosa en apropiadas condiciones de igualdad no debe trascender el marco de la organización de las condiciones para que la

¹⁶ Remito sobre ello a mi comentario al artículo 16, números 1 y 2, de la Constitución, en María Emilia Casas (comp.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, La Ley (en prensa), especialmente los apartados III, §3, y IV.

competencia entre las ideas en materia religiosa se ejerza libremente, esto es, sin cortapisas ni interferencias, en el ámbito de la sociedad civil. Garantizar y promocionar son ideas tan distintas como mercado libre e intervenido, por más que a veces se identifiquen o, al menos, se ligen como si pertenecieran al mismo orden de ideas. Pondré dos ejemplos distintos y suficientemente expresivos de esa tendencia que me parece muy extendida en la doctrina española.

El primero, un texto de José-María Beneyto Pérez, para quien «la única posición ante el hecho religioso en la que el Estado no acaba por intervenir como actor del mismo –y por tanto no se comporta totalitariamente– *es aquella en la que el Estado respeta la naturaleza propia del hecho religioso*, esto es, aquella en la que la responsabilidad de índole «civil» que pesa sobre el Estado en la *promoción y garantía* del factor social religioso, considerado como elemento esencial en el desarrollo pleno de la persona, es asumido [*sic*] sin cortapisas de ningún tipo»¹⁷. Permítaseme apostillar: mientras la idea de que es totalitario no *promocionar* el «hecho»

¹⁷ «Art. 16: libertad ideológica y religiosa», en Óscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales, tomo I, 1996, p. 316 (la segunda cursiva es mía).

o el «factor social religioso» resulta desmesurada, la implicación de que las personas no religiosas carecen de pleno desarrollo no sólo es escandalosamente despectiva para tales personas, sino que es la demostración palmaria de por qué la promoción de lo religioso es esencialmente discriminatoria para quienes no son religiosos.

El segundo ejemplo, que procede de un escrito de José María Contreras y Óscar Celador, dos autores que parecen compartir iguales principios que los que he venido sustentando en esta materia, muestra lo imperceptiblemente insidiosa que en ella puede ser la expresión «función promocional». Tras sentar la sana doctrina de que «el deber de cooperación está limitado por el principio de no discriminación de los individuos que no tengan creencias religiosas, o éstas sean minoritarias, y por el principio de laicidad», defienden la necesidad de la promoción estatal «para hacer real y efectivo el derecho a la libertad religiosa» en las instituciones públicas que restringen la libertad física de los ciudadanos (cuarteles, prisiones, hospitales, etc.), entendiendo por tal un abanico de posibilidades que va de la integración orgánica en la Administración pública del clero castrense o penitenciario a la facilitación del libre acceso a las instituciones mencionadas mediante mera autorización¹⁸. Ahora bien, ese amplio

abánico no resulta en realidad compatible con el criterio «básico» de entender tal asistencia religiosa «de una manera minimalista de superación de una situación de dificultad» para el ejercicio de los derechos religiosos, como lo indica la contradicción en la que estos autores incurren al afirmar que «si bien la integración orgánica no resulta *per se* contraria a un modelo laico, su aplicación sí introduce [...] un factor de confusión entre funciones estatales y religiosas, contrario al principio igualmente constitucional de laicidad»¹⁹. Si dicha «confusión» no «resulta *per se* contraria a un modelo laico», que venga Dios y lo vea.

Pero, ya para ir concluyendo, vuelvo al texto del prof. Navarro-Valls y a sus aplicaciones concretas del principio de cooperación. Antes de ello, debo aceptar en buena parte su reproche de que yo he partido de la errónea premisa de que «quien ‘coopera’ es el Estado, y no la Iglesia» (católica en este caso): si en el plano del deber ser es evidente, como dije en mi escrito inicial, que co-operar o colaborar es algo que no se puede hacer más que entre dos (o más) actores, exageraré al denunciar en el plano de los hechos el «sistema

¹⁸ Cf. Contreras y Celador, *Laicidad...* cit., pp. 11-18; las citas textuales en pp. 11-12 y 13, respectivamente.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 53-54; con alguna variación en la primera frase, ambas se repiten en pp. 26-27.

predominantemente unidireccional de subvenciones por parte del Estado» por estar formado «*en buena parte*» por subvenciones en materias en las que es exigible la neutralidad pública (p. 81). Rectifico: analizando las cuentas de que dispongo²⁰, de los más de 5.000 millones de euros que recibió la Iglesia católica del Estado en 2006, mientras una séptima parte sirvió al destino no neutral de subvencionar al clero y al profesorado de religión católica en colegios públicos, dos tercios tuvieron el destino neutral de financiar sea los conciertos con los centros educativos de religión católica que colaboran, en efecto, en la enseñanza obligatoria, sea la conservación o reforma del patrimonio eclesiástico; y si bien en la quinta parte restante no he podido desglosar las actividades de colaboración genuina (sanitarias, asistenciales, culturales, etc.) de las no neutrales (capellanes castren-

²⁰ Las cifras de que dispongo, relativas a 2006, son las siguientes: de los 5.057 millones de euros que el Estado gastó en subvenciones a la Iglesia católica, se destinan 3.200 a la financiación de los conciertos educativos, 145 al sostenimiento del clero católico, 517 al profesorado de religión católica y 200 a la conservación o reforma del patrimonio eclesiástico (cf. Juan G. Bedoya, «El fracaso del impuesto religioso», *El País*, 18 de febrero de 2006; y Juan G. Bedoya, «Las cuentas del catolicismo español», *El País*, 30 de septiembre de 2006; cf. también «El Gobierno anuncia un acuerdo con la Iglesia que eleva al 0,7% la aportación voluntaria del IRPF», *El País*, 22 de septiembre de 2006).

ses, hospitalarios y penitenciarios, así como profesores de religión en colegios católicos), lo cierto es que la mayor parte de las subvenciones no son de carácter unidireccional sino que se dirigen a una genuina colaboración en materias de interés conjunto.

En todo caso, los principios por mí defendidos y sus casos de aplicación siguen indelebles. Como ya dije en mi escrito inicial, no tengo nada en contra de las subvenciones estatales en materias sanitarias, asistenciales, educativas y similares, las ejecuten esta o aquella iglesia, ONGs religiosas o laicas o quienquiera que sea. Como ciudadano puede parecerme excesivo el peso que la Iglesia sigue teniendo en el ámbito educativo, al igual que lamento la menor calidad percibida, seguramente real, del conjunto de la enseñanza pública no universitaria en comparación con la privada, de modo que apoyaré las políticas que procuren invertir esos dos signos. Pero, aunque no me complazcan, no tengo nada que decir como jurista sobre la perfecta conformidad constitucional de las políticas que han producido esos resultados. A diferencia, en cambio, de la asignación para el sostenimiento del clero católico, la imposición de la oferta de la enseñanza de la religión católica en el currículum escolar o la subvención para capellanes castrenses, sanitarios y penitenciarios.

Y, ya que lo suscita el prof. Navarro-Valls, aunque no supongan promoción ni incorporen subvención alguna, los funerales de Estado (católicos), al igual que la presencia de crucifijos en las tomas de posesión oficiales o la participación oficial en procesiones, tampoco son jurídicamente compatibles con la aconfesionalidad del Estado²¹: «funerales (católicos) de Estado» y «Estado aconfesional» son expresiones contradictorias y la existencia de los primeros en el segundo no constituye cooperación sino plena confusión entre el Estado y una determinada iglesia, que además afecta a derechos individuales (¿no se recuerda que entre las víctimas del 11 de marzo había musulmanes y, muy probablemente, personas no religiosas cuyos familiares tuvieron que elegir entre aceptar una ceremonia ajena a sus creencias o no participar en el único acto oficial organizado?). En cambio, dado su carácter eminentemente histórico-cultural, prohibir los belenes o los árboles de navidad en los colegios públicos me parecería en principio tan injustificado como prescindir del «Veni creator» en las investiduras de doctores *honoris causa*.

²¹ Aunque no explícitamente en el caso de los funerales de Estado, parecen conformes con esta interpretación Contreras y Celador, *Laicidad...* cit., p. 35 y § 4.1.

Concluyo ya. La neutralidad liberal por mí defendida, que el prof. Navarro-Valls denomina «activa», no es más ni menos beligerante contra las religiones que contra las creencias a-religiosas o anti-religiosas. A mí me parece más bien pasiva, ya que lo que proyecta es la clara separación entre el Estado y los asuntos religiosos y la abstención de toda intervención pública directa que no se dirija a garantizar el libre curso y concurrencia de las distintas creencias. En tanto que pasiva, tal neutralidad no pretende establecer religión civil alguna, como tampoco propone ni tiene que someterse a «filtros purificadores». En fin, el que se trate de «una ideología más –y probablemente no estrictamente neutral–» (p. 145), o se afirma desde la imposible pretensión de estar por encima de las ideologías, lo que no necesita respuesta, o se debe probar con las armas de la argumentación, las únicas con las que avanzan las ideas. En ese debate ideológico he dado mis argumentos y he replicado a las objeciones, pero todavía no he encontrado razones suficientes para cambiar la sustancia del criterio de neutralidad laica que en todo momento he defendido.

THE END

(Unas palabras finales sobre «La neutralidad, por activa y por pasiva», del profesor Ruiz Miguel)

Rafael Navarro-Valls

SUMARIO: 0. *No hay nada tan aburrido como intentar explicarlo todo.* 1. *Entre “trincas” anda el juego.* 2. *De la optimización “a la alemana” a la optimización “a la americana”.* 3. *Entre la versión ideal del amparo y su terca realidad.* 4. *Un rasgo de honestidad intelectual.* 5. *La firmeza de unas líneas jurisprudenciales.* 6. *De la “perversión” al “despropósito”, pasando por la política* 7. *The End.*

0. *No hay nada tan aburrido como intentar explicarlo todo*

Ante la sospecha de que el benévolo lector esté comenzando a removerse inquieto en su asiento por la inusitada longitud de estos pacíficos intercambios de opiniones entre el profesor Ruiz Miguel y un servidor, prometo ser breve en esta *contra-réplica* a la que me obliga los usos universitarios y a la que amablemente me invita mi distinguido contradictor.

1. *Entre “trincas” anda el juego*

Ante todo, quede constancia para las nuevas generaciones de docentes que nos puedan estar leyendo que la llamada “trinca” a la que se refiere el prof. Ruiz Miguel en el inicio de su réplica (apartado 1), no era un ejercicio autónomo en el sistema de oposición de cátedras vigente del año 1931 hasta 1984 (“el quinto ejercicio de aquel sistema”, le llama) sino, más bien, una posibilidad opcional que se daba a los opositores al terminar los ejercicios primero (Currículum y obra científica) y segundo (Memoria sobre concepto, método y fuentes de la disciplina) para que hicieran observaciones al contenido de esas pruebas desarrolladas por los otros coopositores. En este sentido es legendaria —tómese como nota de humor— la “trinca” de un conocido procesalista a otro también eximio colega (cuyos nombres callaré), que inició con estas palabras: “Voy a denunciar, brevemente, los mil errores más de bulto del profesor X en su obra científica...”. La “trinca” duró horas. El quinto ejercicio al que se refiere el Dr. Ruiz Miguel, como he dicho, no consistía en la “llamada trinca” sino en el comentario a un texto legal y/o la resolución de un caso práctico sobre tema jurídico de la disciplina de la que se tratara.

2. De la optimización “a la alemana” a la optimización “a la americana”

El profesor Ruiz Miguel en su réplica (apartado 2) parece desdecirse, en un rasgo de honestidad intelectual, de su inicial optimización “a la alemana” para transitar a una suerte de optimización “a la americana”, siguiendo a Dworkin. Pero la verdad es que, con todo respeto, ni entonces ni ahora ha demostrado:

- a) La exigibilidad de la optimización
- b) Ni que la optimización sea lo óptimo (valga la redundancia), en términos jurídicos

No olvidemos que, en lo que se me alcanza, esa optimización es un juicio de valor, dentro de un tipo de argumentación jurídica que parte por principio de la “bondad” de lo procedimental, excluyendo los valores. Por eso, adentrarse en el camino de la optimización —ya sea “a la alemana” ya sea a la “americana”— inevitablemente lleva a contradicciones, algunas de las cuales me permití denunciar en la ponencia de Ruiz Miguel.

3. Entre la versión ideal del amparo y su terca realidad

He examinado con atención la réplica del docto colega y, la verdad, creo que insiste en la misma desviación observable en su documento inicial: una cierta abstracción intelectual que choca con el más modesto mundo de la realidad jurídica. Esto es evidente en lo que concierne al planteamiento que hace en el primer punto del epígrafe 3, a propósito de la STC 177/1996. Ocurre, además, que el argumento que ahora propone tergiversa de algún modo lo dicho en su ponencia inicial. En ésta afirmaba que la citada Sentencia debió declarar contrarios a la Constitución los actos a que aquélla se refiere, cuando ahora reduce esa declaración al acto enjuiciado.

El planteamiento es muy debatible. Y ello por el alcance legal (no idealista) del amparo constitucional. La demanda de amparo –repi-támoslo de nuevo– busca el restablecimiento del derecho eventualmente vulnerado por el solicitante del amparo, no de terceros no litigantes. He aquí la diferencia con otros procedimientos de los que también conoce el TC, como, por ejemplo, la llamada cuestión de inconstitucionalidad. La sentencia que pone fin a ésta produce efectos *erga omnes* —sean o no litigantes— a partir de su publicación en el BOE. En el proceso de amparo, los efectos

de la sentencia se individualizan en el litigante. Y la declaración de nulidad, en su caso, del acto o resolución impugnada, sólo afecta a aquél.

Así las cosas, el prof. Ruiz Miguel se permite el lujo de alterar el objeto del proceso de amparo resuelto por la STC 177/1996. Y dice que lo que debió ser objeto del mismo fue la Orden General Extraordinaria del General por la que se convocaba la parada militar. Sin embargo, desde mi punto de vista, dicha Orden en modo alguno vulneró, de modo directo, la libertad religiosa del sargento luego demandante de amparo. Lo que vulneró su derecho a la libertad religiosa fue la sanción que se le impuso por no querer participar en la parada militar. La legalidad de esa sanción, dentro del contexto de la libertad religiosa del actor, fue lo estudiado por el TC y constituyó el objeto del proceso de amparo. De este modo, lo que afirmó el TC es que la imposición de esa sanción vulneraba el derecho fundamental del sargento. Pretender que, con ocasión de un proceso de amparo, el TC emitiera declaraciones generales sobre algo (la Orden General) que no era objeto de impugnación ante el mismo, en aras de generar efectos generales sobre terceros distintos del litigante, es —permítaseme que lo reitere— desconocer la finalidad y la regulación vigente del proceso de amparo.

A mayor abundamiento: si el sargento, sin más, hubiese impugnado en sede contencioso-administrativa la Orden General como paso previo para el acceso al amparo (no olvidemos el carácter subsidiario de éste frente a la vía judicial ordinaria), a buen seguro su recurso hubiese sido inadmitido por falta de interés legítimo, al actuar con base en un mero interés por la legalidad que, como es sabido, la Jurisprudencia no reconoce como contenido natural del concepto de interés legítimo. Sólo cuando se concreta que está afectado por la Orden y, frente a su objeción de conciencia «laical», se opone una sanción disciplinaria, es posible hablar de interés legítimo y de lesión de su derecho a la libertad religiosa. Ya que si su objeción hubiese sido aceptada, ningún perjuicio directo le habría deparado la Orden General en cuestión.

4. Un rasgo de honestidad intelectual

Me satisface que mi distinguido colega —en un nuevo rasgo de honestidad intelectual— reconozca lo “poco afortunado y la “imprecisión y ambigüedad” de sus iniciales afirmaciones (sobre jerarquía de fuentes) “en la medida —dice (apartado 3)— en que se podía entender que los criterios procedentes del desarrollo normativo legal o inferior a la ley se identificaban directamente con los tratados con la Santa Sede y otros acuerdos, y no,

como yo pretendía significar y literalmente dice el texto, que los criterios con rango legal e incluso inferior son los derivados de dichos tratados y acuerdos a través de las normas que los desarrollan, como, por ejemplo, la Ley de Libertad Religiosa o las diversas normas reglamentarias que regulan el estatus de los profesores de religión católica”. Desde luego, acepto la rectificación. Yo, a mi vez, le pido excusas al prof. Ruiz Miguel si en el abundante intercambio de versiones de su ponencia confundí alguno de los textos recibidos.

5. La firmeza de unas líneas jurisprudenciales

Al analizar los argumentos de las líneas jurisprudenciales —por mí esgrimidas— de Italia, Alemania y Estados Unidos el prof. Ruiz Miguel es consciente de que, en su réplica, no aporta nada esencial que contradiga lo dicho en mi “contra-ponencia”. Es más, respecto a la jurisprudencia alemana, por ejemplo, no tiene “reparo en dar por perdidas para mi (su) causa a autoridades tan venerables como la jurisprudencia constitucional y la doctrina alemanas defensoras de la positive Trennung”. Respecto a la italiana —naturalmente, “con tal que se interprete(n) bien”— reconoce el propio Ruiz Miguel que “adopta(n) criterios perfectamente asumibles”. Y res-

pecto al Tribunal Federal de Estados Unidos, aunque no siempre concuerde con los criterios sentados en las sentencias que apor- to, no puede contradecir frontalmente el dato de hecho que quería dejar sentada en mi contraponencia, esto es, que el TS estadounidense sigue en sus decisiones más recientes una posición cercana a “la neutralidad bene- volente”. A lo más que llega mi amable replicante es a calificar de “zigzageante” la línea del TS, lo cual es irrelevante para mi tesis de fondo. En fin (p. 176), critica el autor la falta de actitud decidida del TEDH en materia de laicidad. ¿No será más bien que implícitamente el TEDH reconoce múltiples y válidas formas de llevar a cabo la libertad en la igualdad, sin imponer un programa de teología política concreto?

6. De la “perversión” al “despropósito”, pasando por la política

Sólo me resta hacer brevísimas observa- ciones a algunas afirmaciones, “obiter dicta”, del prof. Ruiz Miguel

A) Contrapone “interés común del Esta- do” y factor religioso ¿Es que la religión no es de interés del Estado? Ese es el típico axioma de cierta ideología política, que con- funde la interferencia del Estado en materia religiosa (lo cual es sin duda inapropiado,

tanto como la injerencia de las iglesias en lo secular) con el necesario ‘desinterés’ del Estado por la cuestión religiosa. Esto último es tan irreal, y tan desafortunado, como predicar el desinterés del Estado por el arte, la prensa, el deporte, etc., pues también ahí debe ser neutral (no es concebible un Estado apoyando al Real Madrid más que al Atlético...). La religión, y las creencias, son asuntos de interés estatal en la medida en que constituyen expresiones del ejercicio de un derecho fundamental, y en la medida en que constituyen factores sociales de alto impacto. La neutralidad no creo que tenga nada que ver con ‘mirar hacia otro lado’, o con actitudes esencialmente abstencionistas, sino sobre todo con: 1) no invadir la autonomía del individuo o de las confesiones; y 2) la práctica escrupulosa del principio de igualdad.

B) Denominar “perversión” (página 165) que pueda aplicarse a la Iglesia católica la noción de “acción positiva” es tanto como entender de origen perverso, por ejemplo, las ayudas a los grandes sindicatos tras la dictadura franquista. En ambos casos —aunque en épocas distintas— se produjo un auténtico expolio de bienes propios (desamortización, en el caso de la Iglesia; expropiación, en el caso de los bienes sindicales), que puede justificar —aparte de otras aportaciones sociales: políticas, por parte de los sindicatos,

asistenciales por parte de la Iglesia— ayudas compensatorias.

C) Denominar “despropósito” (p. 168) el esfuerzo de intentar trasladar a la esfera pública las creencias, es —si me permite la expresión mi querido antagonista— un truco argumental que implica la confusión entre llevar a la esfera pública una idea, es decir sacarla a cotización en la bolsa de valores democráticos, e imponer tales ideas a los demás. En el libre mercado ideológico que caracteriza a las democracias occidentales ni Habermas ni Flores D´Arcais ni nadie amante de la libertad tiene nada que objetar al libre juego de las ideas, incluso cuando se “globalizan” haciéndose “públicas”.

D) Estoy seguro de que el profesor Ruiz Miguel no quiere incluirme entre aquellos que consideran de forma “escandalosamente despectiva a las personas no religiosas” (p. 182). Por si acaso, desafío al amable contradictor o a cualquier atento lector a entresacar alguna expresión en mi “contraponencia” que pueda implicar desdoro para tan respetables personas.

E) En la página 187 el prof. Ruiz Miguel, al aludir a una expresión mía en la que ponía en duda la neutralidad de la ideología que puede subyacer en algunas de sus expresio-

nes, reacciona vehementemente. Tal reacción parece apuntar a una forma de debate ideológico con un hilo argumental de excusa jurídica. Es decir, a propósito del derecho, en el fondo, se están discutiendo posiciones de carácter ideológico-político. Sea cual sea la ideología, la realidad es que el Derecho español en su práctica, no en su teoría, no parece que le dé la razón. Hay, pues, una remisión implícita, no tanto a la enmienda del derecho en el plano del debate jurídico, cuanto a la acción política y a los programas electorales de los partidos. Pero ésta es cuestión bien distinta a la debatida en nuestras ponencias.

7. *The End*

Con estas palabras he intitulado estas breves reflexiones sobre la réplica del distinguido catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Con lo cual, claro está, no renuncio a volver a debatir con el profesor Ruiz Miguel cuestiones que, en las encrucijadas de la vida académica, pudieran volver a enfrentarnos. Para mí ha sido una especial satisfacción haber dialogado con tan valioso colega, que sabe unir el rigor con la fina ironía y la firmeza en los planteamientos de fondo con la flexibilidad en el diálogo. *Rara avis*, ciertamente.

ALFONSO RUIZ MIGUEL. Es catedrático de Filosofía del Derecho en la UAM y miembro de los Consejos de las revistas *Sistema*, *Doxa* e *Isonomía*. Investigador en la Universidad de Turín y profesor visitante en el ITAM de México y en la Universidad de Edimburgo. Ha sido vicerrector de Investigación y secretario general de la UAM, y es miembro del *Comparative Legal Research Group*, Bielefelder Kreis. Ha escrito varios libros y numerosos artículos de teoría del Derecho y, sobre todo, de filosofía política, entre los que destacan *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*, *El aborto: problemas constitucionales*, *La justicia de la guerra y de la paz* y *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Ha editado, con Elías Díaz, *Filosofía política II. Teoría del Estado* (tomo 10 de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía) y con Francisco J. Laporta y Liborio Hierro, *Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticas*.

RAFAEL NAVARRO-VALLS. Es catedrático de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense. Ha sido director del Departamento de Derecho Canónico y Secretario General de esa Universidad. Es Académico-Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Doctor Honoris Causas por la Universidad de Turin, ha obtenido el premio internacional Arturo C. Jemolo otorgado por un grupo de Universidades italianas al mejor trabajo en dicha lengua sobre relaciones Iglesias/Estado. Vice-Presidente de la Asociación de Academias Iberoamericanas y Filipinas y Director de la Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado. Ha escrito más de un centenar de trabajos de su especialidad.

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*

Próximas publicaciones:

Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*

Paolo Comanducci, M^a Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*

Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*