

EL MODELO ESPAÑOL: LIBERTAD RELIGIOSA
E IGUALDAD CONSIGUIENTE

Andrés Ollero¹

Mi relación académica y mi amistad personal por el Profesor Squella se remonta a más de treinta y cinco años. Su interés por la filosofía jurídica española le llevó a contactar con los "Anales de la Cátedra Francisco Suárez" de la Universidad de Granada que, dirigidos por el Profesor Nicolás María López Calera, compartía con el madrileño "Anuario de Filosofía del Derecho" ser punto de referencia internacional de la disciplina. De ahí que cuando en 1983 me planteé un primer viaje académico a Chile, me acogiera a su hospitalidad y buenos oficios, que me abrieron las puertas no solo de las universidades de Valparaíso, sino también en Santiago las de la Chile, la Diego Portales y el Instituto de Estudios Públicos. Viajes posteriores de uno y otro, con no pocos encuentros en congresos internacionales en terceros países, fueron consolidando mi admiración por su rigor académico y su calidad personal.

No dejó de llamarme de la atención su reiterado interés por los problemas derivados de presencia del factor religioso en el ámbito público que, dados sus puntos de vista, más bien pronosticaban una cierta indiferencia o desapego. De ahí que, tras ser honrado con la invitación a participar en este Libro Homenaje, no se solo aceptara de buen grado, sino que apuntara a ocuparme de determinados aspectos de la vertiente española de la cuestión. Soy consciente de que ello implicará un planteamiento polémico, pero una de las virtudes que he constatado repetidamente en el Profesor Squella ha sido precisamente su preferencia por el debate abierto más que con la coincidencia con los convencidos.

¹ Doctor en Derecho. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Correo electrónico: aollero15@gmail.com

Debo arrancar, pues de un acto celebrado el pasado Jueves Santo, un año más, en la iglesia sevillana que alberga a la penitencial cofradía del Silencio, que en la madrugada procesiona hasta la iglesia catedral. A las doce del mediodía el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla entrega al Hermano Mayor de la cofradía su bastón de mando, para que lo ponga a los pies de la Virgen de la Concepción y la acompañe en su recorrido nocturno por las calles sevillanas. ¿Es esto inteligible en un Estado que se declara en su Constitución aconfesional y debe por ende considerarse laico?

El artículo 16 de la Constitución española (en adelante CE) se ocupa en sus dos primeros epígrafes de la libertad ideológica y religiosa. Dado que en el artículo 1.1 CE figuran ya, entre otros, como valores superiores del ordenamiento la libertad y la igualdad, no ha faltado quien dictamine una falta de *igualdad religiosa* en las relaciones de los poderes públicos con las confesiones, de las que se ocupa el epígrafe tercero. El asunto no deja de resultar sorprendente, dado que también se considera valor superior el pluralismo y, en consecuencia, a nadie se le ha pasado por la cabeza defender que los poderes públicos promuevan una estricta *igualdad ideológica*.

El debate desbordará el ámbito español, tanto doctrinalmente como en el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Nada menos que Jürgen Habermas ha señalado que hasta ahora “a los únicos a los que el Estado liberal ha exigido, como quien dice, dividir su identidad en dos partes, una privada y otra pública, ha sido a sus ciudadanos creyentes. Son ellos los que tienen que traducir sus convicciones religiosas a un lenguaje secular si aspiran a que sus argumentos encuentren aprobación mayoritaria”².

A su juicio, “el Estado liberal que protege por igual a todas las formas de vida religiosas tiene que eximir a los ciudadanos religiosos de la excesiva exigencia de efectuar en la propia esfera público-política una estricta separación entre las razones seculares y las religiosas, siempre y cuando esos ciudadanos lo perciban como una agresión a su

2 HABERMAS, Jürgen: “Creer y saber”. En: *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?* Paidós, Barcelona, 2002. Pág. 138.

identidad personal”³. Incurriría “en una contradicción cuando imputa por igual a todos los ciudadanos un ‘ethos’ político que distribuye de manera desigual las cargas cognitivas entre ellos”. “La estipulación de la traducibilidad de las razones religiosas y la precedencia institucional de que gozan las razones seculares sobre las religiosas exigen a los ciudadanos religiosos un esfuerzo de aprendizaje y de adaptación que se ahorran” los no creyentes. Habría en consecuencia que aspirar a que unos y otros “recorran procesos de aprendizaje complementarios”⁴.

Como trasfondo jugará una cuestión básica, que superaría la incompatibilidad laicista entre fe y razón. “¿Es la ciencia moderna una práctica que puede explicarse completamente por sí misma y comprenderse en sus propios términos y que determina performativamente la medida de todo lo verdadero y todo lo falso? ¿O puede más bien entenderse como resultado de una historia de la razón que incluye de manera esencial las religiones mundiales?”⁵.

En el ámbito jurisdiccional gravitará como significativo precedente la sentencia del Tribunal de Estrasburgo al abordar en doble instancia el caso *Lautsi contra Italia*⁶. La señora Lautsi, de origen finlandés, impugna la presencia de crucifijos en las aulas escolares italianas, convencida de que produce sobre sus hijos un efecto perturbador. La sala encargada de resolver lo hace por unanimidad, estimando el recurso. El gobierno italiano, por su parte, no dudó en recurrir a la Gran Sala, contando con la ayuda como *amicus curiae* de otros Estados -Rusia entre ellos- o de juristas de prestigio, incluso no católicos, como el constitucionalista Weiler. La Gran Sala con una significativa mayoría consideró que el margen de apreciación que ha reconocerse a los Estados, así como la tradición cultural italiana, podía justificar la presencia de los crucifijos.

Se aparta así el tribunal de una apelación a la neutralidad, que en la práctica más bien podría resultar neutralizadora. En efecto,

3 HABERMAS, Jürgen: “La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el ‘uso público de la razón’ de los ciudadanos religiosos y seculares”. En: *Entre naturalismo y religión*. Paidós, Barcelona, 2006. Pág. 137.

4 Ibid. Págs. 144 y 148.

5 Jürgen HABERMAS, cit. Pág. 155.

6 De ello me ocupé en OLLERO, Andrés: “La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi”. En: *Nueva Revista* 134, 2011. Págs. 74-83.

se ha argumentado que cuando un Estado “decide ser ateo, agnóstico o indiferente -formas diversas de laicidad decimonónica- está coaccionando o sustituyendo a sus ciudadanos”⁷.

Por otra parte, el debate social puede llegar a verse condicionado por una peculiar figura: el creyente convencido de que no tiene creencias. El “ateo típico”, se ha afirmado, “considera la inexistencia de Dios, la ausencia de cualquier propósito o plan en la creación, la aniquilación de la conciencia en la muerte física, etc., no como opiniones filosóficas suyas, sino como la expresión del ‘sentido común’ neutral, universal, accesible a todos (salvo a esos pintorescos creyentes religiosos, instalados todavía en el pensamiento mágico). El ateo medio cree no creer nada: está convencido de que él no cree, sino que sabe”. Por lo demás, “en la medida en que considera sus tesis materialistas como conocimientos (y no como creencias), no se siente obligado a hacer abstracción de ellas cuando participa en debates morales o jurídicos-políticos”⁸.

A ello cabría añadir el fenómeno que he calificado de *laicismo autoasumido*, que empuja en España a los creyentes a recluírse en lo privado, ante el temor de ser acusados -por ser mayoría- de imponer sus convicciones a los demás. El católico español acaba así encontrándose en una situación embarazosa cada vez que intenta terciar en el debate social; aunque utilice argumentos rigurosamente laicos y no invoque en ningún momento a Dios, sus tesis se verán tachadas sistemáticamente de confesionales.

El influjo de los planteamientos habermasianos ha llevado sin embargo a una revisión de estas tomas de postura. Así lo han hecho tanto un docente de filosofía, en su día diputado socialista, como un sociólogo. A juicio del primero “muchos laicistas se aferran a un imposible político: a reducir la religión al mundo de lo privado”. Tras incluirse entre los “excrístianos con intereses religiosos”, considera que el “problema

7 VILADRICH, Pedro Juan “Atelismo y libertad religiosa en la constitución española de 1978”. En: *Revista de Derecho Público*, IX-1, 1983. Pág. 91.

8 Francisco José Contreras concluye, en consecuencia, que los católicos deberían “recusar estas falsas neutralidades y reclamar sin ambages nuestro derecho a ser laicos: nuestro derecho a participar en el debate democrático, en estricto pie de igualdad con los ciudadanos de otras convicciones”. CONTRERAS, Francisco José: “El derecho a ser laico”. En: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI, 2015. Págs. 62 y 64.

no es si tiene expresión pública sino cuál". "No tiene sentido apostar por un modelo laico donde la religión queda reducida a la conciencia individual y donde el espacio público sea un espacio incontaminado porque no aparece nunca ningún símbolo religioso". Desde el otro enfoque se apuntará que en "nuestro país está muy difundida la tesis de 'la religión es un asunto privado'; algo insostenible desde la sociología. Sólo desde un laicismo excluyente se puede privatizar forzosamente a una religión o a una iglesia"⁹.

Todo ello nos permite volver a la ceremonia sevillana que marcó nuestro punto de partida. De ella había acabado dando cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) 34/2011 de 28 de marzo. Analizará el recurso de amparo de un abogado que considera que su colegio profesional sevillano vulnera objetivamente la Constitución y, de resultas, lesiona subjetivamente su derecho como no creyente al tratarle de modo desigual. En sus estatutos el colegio, tras declararse "aconfesional", reconoce que "por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada".

El Tribunal considerará ante todo obligado "dilucidar dos aspectos: primero, si el Colegio de Abogados de Sevilla está constitucionalmente obligado a la neutralidad religiosa y, en caso de ser así, si la norma estatutaria controvertida tiene una significación incompatible con ese deber". Admite que a la primera cuestión "ha de responderse afirmativamente", ya que "todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales" y "los colegios profesionales" son "corporaciones de derecho público".

Para abordar la segunda cuestión considera obligado recordar que "es propio de todo ente o institución adoptar signos de identidad que

9 Antonio García Santemases considera esta postura lógica en quienes experimentan "los límites de la modernidad y anhelan el complemento que pudieran aportar las religiones". "No es que afirmen la realidad que se esconde tras las promesas religiosas, pero consideran que es difícil no interrogarse acerca de las consecuencias para la vida humana de vivir sin religión". GARCÍA SANTEMASES, Antonio: *Laicismo, agnosticismo y fundamentalismo*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2007. Págs. 142, 153 y 166.

10 Rafael Díaz Salazar propone, en consecuencia, un "laicismo socialista como integración y superación del laicismo liberal"; podría facilitar "la convergencia con los movimientos cristianos emancipatorios". DÍAZ SALAZAR, Rafael: "Laicismo y catolicismo ¿Una nueva confrontación?". En: *Claves de Razón Práctica*, 208, 2010. Págs. 72 y 67.

contribuyan a dotarle de un carácter integrador *ad intra* y reconocible *ad extra*, tales como la denominación -elemento de individualización por excelencia-"; pero también "los emblemas, escudos, banderas, himnos, alegorías, divisas, lemas, conmemoraciones y otros", "entre los que pueden encontrarse, eventualmente, los patronazgos, en su origen propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo".

Estima, por otra parte, que es preciso "tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales, aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso".

Como ejemplo de lo afirmado se apoyará en la muy anterior STC 19/1985, de 13 de febrero, que rechaza la queja de una creyente no católica, que considera fruto de una rechazable confesionalidad que se fije el domingo como día de "descanso semanal". Para el tribunal esta es hoy "una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general" es "porque este día de la semana es el consagrado por la tradición".

Añadirá a la vez una nueva salvedad, no exenta de precedente: que "se garantice la libertad de cada miembro para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza". En efecto, el problema se había abordado con motivo en parte similar, al organizarse en tierras valencianas una parada militar con motivo de un relevante aniversario de la advocación mariana de la Virgen de los Desamparados. La STC 177/1996, de 11 de noviembre, dejó en claro dos extremos. Por una parte, que la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas, prevista en el epígrafe tercero del artículo 16 CE, posibilita la organización de actos religiosos en el seno de las fuerzas armadas. A condición, por otra, de que la participación en tales actos sea voluntaria; como no ocurrió así en aquel caso, consideró vulnerada la libertad religiosa de los militares sancionados.

Reiterando ahora esta doctrina, observa que “nada de esto ha ocurrido en el presente caso, en el que ni aun siquiera a efectos dialécticos ha sostenido el recurrente que haya venido obligado a participar en eventuales actos de contenido religioso en los que el Colegio de Abogados de Sevilla pudiera hacerse presente”.

La fundamentación de la sentencia que comentamos acude finalmente a un argumento netamente civil. “La posibilidad de que la corporación asuma signos de identidad” que fueran “en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente (art. 36 CE)”. Lo hará “considerando cuáles son las señas de identidad que de forma más oportuna o conveniente cumplen la función integradora o representativa buscada”; o sea, la que “lisa y llanamente, satisface o responde mejor a las sensibilidades y preferencias de diversa índole de quienes con su voto mayoritario contribuyan a la aprobación de los elementos representativos de la institución”.

También en este caso se contaba con otro precedente significativo, sin salir de tierras valencianas. La Universidad se planteó eliminar de su emblema la figura de la *Sedes Sapientiae*, presente desde su fundación; los promotores de la iniciativa lo consideraban incompatible con la aconfesionalidad estatal. La STC 130/1991, de 6 de junio, declara que “la Universitat (sic) de Valencia en el legítimo ejercicio de su derecho fundamental de autonomía puede válidamente acordar por el procedimiento legal establecido lo procedente acerca del nombre y características de sus símbolos representativos”.

Es fácil derivar de lo expuesto diversas consecuencias. El mandato constitucional de *cooperación* de los poderes públicos con las confesiones religiosas desborda el planteamiento clásico del derecho de libertad religiosa como libertad negativa, que se limitaba a excluir toda posible injerencia de dichos poderes en la conciencia de los ciudadanos. El tribunal aludirá a una *laicidad positiva*, que “exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional”¹¹. Como trasfondo latirá una consideración socialmente positiva del factor religioso, equiparable

11 STC 46/2001, FJ 4.

a la concedida a las actividades culturales o deportivas, sin perjuicio del escaso entusiasmo que pudieran suscitar en algunos ciudadanos.

Sugerencias habermasianas aparte, no cabe considerar esta visión positiva, superadora de una perspectiva laicista, como una aislada originalidad española. Valga como ejemplo particularmente reciente el discurso del presidente de la república francesa Emmanuel Macron el pasado 9 de abril de 2018 en el Colegio de los Bernardinos, frente a una significativa presencia episcopal. Consideró que “la laicidad ciertamente no tiene la función de negar lo espiritual en nombre de lo temporal, ni de desarraigar de nuestras sociedades la parte sagrada que alimenta a tantos de nuestros conciudadanos”. Esto lo llevó a asumir su papel de “garante de la libertad de creer y de no creer”, pero sin considerarse el “inventor ni el promotor de una religión de Estado que sustituya la trascendencia divina por un credo republicano”.

El propio texto del artículo 16.3 CE plantea la cooperación de los poderes públicos con las confesiones como consecuencia de un *tener en cuenta* el factor religioso: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. El carácter *consiguiente* de esta cooperación marca pues un peculiar criterio tan ajeno a la búsqueda de una igualdad aritmética como matizador del juego de los artículos 14 y 9.2 CE.

El artículo 14 rechaza toda discriminación por razón de religión, entendiendo que no todo trato desigual ha de considerarse como discriminatorio, sino solo el que carezca de fundamento objetivo y razonable. Las creencias de la sociedad española tenidas en cuenta aportarán sin duda un fundamento capaz de descartar toda discriminación.

Por otra parte, según el artículo 9.2 CE “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Esta dimensión *afirmativa* aspira a corregir desigualdades arraigadas de las que pueden ser víctima

determinadas minorías, marcando rectificaciones tendentes hacia una paridad de trato. Es obvio, sin embargo, que no persigue tal objetivo el “tener en cuenta” del artículo 16.3; en aras del pluralismo no tendrá tampoco sentido forzar una parificación en el ámbito de la libertad religiosa ni de la ideológica.

No puede sorprender pues que, en el ámbito de una libertad religiosa reforzada por un mandato de cooperación, surja alguna disparidad de trato derivada de la igualdad *consiguiente* al tener en cuenta las creencias de la sociedad española. Nada distinta por lo demás a la experimentada en otros ámbitos, como el político, el sindical o el deportivo. La cooperación derivada de la *laicidad positiva* desemboca precisamente en una *igualdad consiguiente*¹².

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONTRERAS, Francisco José: “El derecho a ser laico”. En: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI, 2015.

DÍAZ SALAZAR, Rafael: “Laicismo y catolicismo ¿Una nueva confrontación?”. En: *Claves de Razón Práctica* 208, 2010.

GARCÍA SANTESMASES, Antonio: *Laicismo, agnosticismo y fundamentalismo*- Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.

HABERMAS, Jürgen: “Creer y saber”. En: *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?* Paidós, Barcelona, 2002. Pág. 138.

HABERMAS, Jürgen: “La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el ‘uso público de la razón’ de los ciudadanos religiosos y seculares” En: *Entre naturalismo y religión*. Paidós, Barcelona, 2006.

12 De ello nos hemos ocupado con mayor amplitud en OLLERO, Andrés: “Laicidad positiva, igualdad consiguiente”. En: *Persona y Derecho*, 77/2, 2017. Págs. 93-131.

OLLERO, Andrés: "La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi". En: *Nueva Revista* 134, 2011.

OLLERO, Andrés: "Laicidad positiva, igualdad consiguiente". En: *Persona y Derecho*, 77/2, 2017.

VILADRICH, Pedro Juan "Ateísmo y libertad religiosa en la constitución española de 1978". En: *Revista de Derecho Público*, IX-1, 1983.

Universidad de Valparaíso
Escuela de Derecho

SQUELLA

María Beatriz Arriagada Cáceres
Carlos Navia Canales

EDITORES

udp FACULTAD
DE DERECHO



VALPARAÍSO
2019