

LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO: FUNDAMENTO DOCTRINAL Y ACTUAL DELIMITACION EN LA JURISPRUDENCIA

MARIA J. ROCA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA LAICIDAD DEL ESTADO.—II. LOS ORÍGENES DE LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO EN LA DOCTRINA ALEMANA.—III. ACTUAL FUNDAMENTACIÓN DE LA NEUTRALIDAD.—IV. *STATUS QUAESTIONIS* EN LA JURISPRUDENCIA.—V. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCION: SITUACION ACTUAL DE LA DISCUSION SOBRE LA LAICIDAD DEL ESTADO

La libertad religiosa, como todo derecho humano, presenta una vertiente personal; quizá sea este su aspecto más importante. Pero desde el momento en que la libertad religiosa se reconoce como derecho, ya no alcanza importancia solamente la concepción antropológica que se tenga del hombre, titular de la libertad, sino que también adquiere un relevante significado la concepción del Estado, garante de tal derecho. De ahí que resulte oportuno el tratamiento de la posición que el Estado tiene respecto del derecho de libertad religiosa.

Es sabido que, con todos los matices que se quieran establecer, caben tres posturas ante el factor religioso por parte del Estado: confesionalidad, hostilidad y neutralidad. La hostilidad nunca llega a impedir cualquier tipo de manifestación religiosa, como se ha puesto recientemente de manifiesto en la Europa del Este (1), después de la caída del muro de Berlín. La confesionalidad,

(1) Sobre la situación anterior a la caída del régimen de República socialista; cfr. G. BARBERINI: *La libertà del pensiero religioso negli Stati socialisti europei*, Nápoles, 1985. Sobre la evolución posterior, cfr. *Die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche in Mittel- und Osteuropa*, «Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche», vol. XXIX, 1995.

según expresa la recomendación parlamentaria del Consejo de Europa, de 2 de febrero de 1993, no constituye necesariamente un obstáculo para la tolerancia de las creencias religiosas. Sin embargo, en el ámbito de la cultura occidental europea, el Consejo de Europa considera que nuestra sociedad democrática no puede fundarse más que sobre los derechos del hombre y la primacía del Derecho laico (2). Esto hace que revista un especial interés el estudio de qué se entiende por Estado laico, de quien emana ese Derecho laico, cuya primacía constituye, junto con los derechos del hombre, uno de los pilares de nuestra sociedad democrática.

El concepto de neutralidad (3) del Estado respecto de las Iglesias o confesiones religiosas se ha ido aquilatando a lo largo de la Historia al hilo de acontecimientos que han ido marcando, al mismo tiempo, el proceso secularizador (4). Resultan innegables las aportaciones del mundo anglosajón al desarrollo del derecho de libertad religiosa, y a la consiguiente neutralidad o laicidad del Estado respecto de las confesiones. Pero quizá esta contribución

(2) La recomendación parlamentaria del Consejo de Europa (2 de febrero de 1993) sobre tolerancia religiosa en una sociedad democrática, expresa en su núm. 6 que: «Europa occidental ha elaborado un modelo de democracia laica dentro del cual son toleradas todas las creencias religiosas por principio. La historia ha demostrado que la misma tolerancia puede existir bajo un régimen religioso (...)». En el núm. 7 se anota que «el recrudecimiento de la xenofobia, del racismo y de la intolerancia religiosa en numerosos países es preocupante». La citada recomendación se recoge casi íntegramente, en el original francés, en S. BERLINGO y G. CASUSCELLI: *Codice del Diritto ecclesiastico*, 3.ª ed., Milán, 1993, págs. 204-207.

(3) Neutralidad y laicidad se emplean en este trabajo como sinónimos, por tanto, también las expresiones «Estado neutral» y «Estado laico» son equivalentes. Esta decisión no supone ignorar que, quizá de modo mayoritario, su uso no es equivalente. Ahora bien, hemos preferido optar por la utilización indistinta de ambos términos, puesto que un empleo diferenciado requeriría, por un lado, una precisión terminológica que supondría ya por sí misma materia suficiente para otro estudio; y, por otro lado, cualquiera que fuese la precisión indicada, sería necesario seguir advirtiendo salvedades a lo largo de nuestro trabajo, al contemplar éste ámbitos territoriales distintos. Así en el ámbito alemán, el término laicidad contiene una connotación de animadversión hacia las entidades religiosas de la que carece el término neutralidad; no ocurre lo mismo en el ámbito cultural italiano o español. Para una aproximación al concepto de laicidad, véase G. SARACENI: «Laico»: *travagliata semantica di un termine*, en M. TEDESCHI: *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Messina, 1996, págs. 49 y sigs., y G. LO CASTRO: *Il diritto laico*, ebenda, págs. 255 y sigs.

(4) Dentro de los hechos históricos más lejanos de relevancia principal, M. Heckel y W. Böckenförde sitúan el origen de la secularización del Estado en la lucha de las investiduras. Con la separación de lo espiritual y lo temporal la Iglesia arrojó al emperador y a los señores feudales de los asuntos eclesiásticos y se despojó a sí misma de la «secularidad» (M. HECKEL: *Weltlichkeit und Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Probleme in der Reformation und im Konfessionellen Zeitalter*, en IDEM: *Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, vol. II, Tubinga, 1989, págs. 913-914).

haya sido más conocida y estudiada en la doctrina española (5) que el papel desempeñado por Alemania (6), a pesar de que Alemania se encontrase en condiciones muy parecidas a los países católicos del continente europeo (7). En este trabajo nos proponemos ofrecer brevemente un estudio de las teorías doctrinales más relevantes sostenidas en el ámbito germánico, anteriores a la separación Iglesias-Estado sancionada en la Constitución de Weimar de 1919, y su repercusión en el actual *status quaestionis* de la laicidad. El interés de aproximarse a estos autores de siglos pasados no es otro que la estrecha similitud (sobre todo a nivel teórico) entre los problemas entonces planteados y la actual polémica en torno a la laicidad (laicidad positiva frente a laicidad negativa). La laicidad supone, como es sabido, el reconocimiento por parte del Estado de su incompetencia en cuestiones religiosas e ideológicas; cuando este término se acompaña del adjetivo *positiva*, viene a significar que la disposición del Estado en la garantía del derecho de libertad religiosa e ideológica se caracteriza por una actitud cooperativa; mientras que cuando se califica de *negativa*, estamos más bien ante una postura de indiferencia o distancia frente a cualquier manifestación del ejercicio de estos derechos por parte de los ciudadanos. Tal polémica no se reduce, sin embargo, al plano teórico, ya que está presente tanto en el foro parlamentario europeo —a cuya recomendación hacíamos una referencia inicial— como en los foros judiciales del más alto rango en diversos países europeos (8), que más adelante mencionaremos.

El actual debate acerca de la laicidad está planteado, a grandes rasgos, en los siguientes términos: la nota de laicidad del Estado es un punto de partida en el que hay un amplio acuerdo. La neutralidad estatal es la otra cara de la libertad religiosa y tiene tres funciones: garantizar la paz religiosa; asegurar el libre desarrollo de las creencias de los ciudadanos y de las confesiones y, finalmente, hacer posible, mediante la neutralidad, que cualquier ciudadano

(5) G. M. MORÁN: *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Santiago de Compostela, 1989.

(6) Ello no obsta, para que se hayan efectuado estudios de gran interés sobre la libertad religiosa en Alemania. Véase I. ZABALZA BAS: «La libertad religiosa en la República Federal de Alemania», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1988, págs. 609-638, e IDEM: *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán*, Barcelona, 1986.

(7) F. RUFFINI: *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* (Turín, 1924), Bolonia, 1992, págs. 394 y sigs.

(8) El fenómeno no parece reducirse exclusivamente a Europa. R. NAVARRO VALLS: «Los Estados frente a la Iglesia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1993, págs. 25-29, recoge algunas significativas sentencias pronunciadas por los Tribunales norteamericanos con ocasión del empleo de libros de texto en escuelas públicas que promovían el llamado «Humanismo secular».

pueda identificarse con su Estado, sólo así el Estado puede ser hogar de todos los ciudadanos (9). Las discrepancias surgen a la hora de delimitar el contenido y los límites de esa nota propia del Estado. Hasta ahora hablar de laicidad y de Estado laico podía suponer —sobre todo en España, donde se ha pasado de la confesionalidad a la libertad religiosa— la connotación de una mejor garantía de libertad para el individuo, al situarse el Estado voluntariamente distante de las confesiones religiosas y, en consecuencia, no condicionado por concepción religiosa alguna del hombre y del mundo; hoy esta tesis parece insuficiente. Por una parte, se ha señalado que el hecho de que una posición de los poderes públicos en el ámbito de los valores no tenga una raíz religiosa, no significa que no sea dependiente de una determinada concepción ideológica y, por tanto, que sea neutral (10). Por otra parte, la laicidad entendida en sentido negativo (esto es, la laicidad de corte francés) (11), supone una clara opción del Estado respecto del fenómeno religioso, que dista tanto de la neutralidad como su posición contraria: la confesionalidad.

En último término, las decisiones de los poderes públicos en materia religiosa, aún cuando éstos sean calificados de neutrales, no son sino una manifestación más de la tensión entre poder político y orden social, entre Estado y sociedad (12); al respecto, las soluciones pueden ser múltiples (13) (unas más próximas a la laicidad positiva y otras a la laicidad negativa), pero las fundamentaciones se reconducen siempre a la alternativa entre la legitimación por el consenso (social o político) y una determinada concepción metafísica, como veremos más adelante.

II. LOS ORIGENES DE LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO EN LA DOCTRINA ALEMANA

En una paradoja sólo aparente, la neutralidad del Estado —y, por tanto, hoy, la no inmisión del Estado en asuntos eclesiásticos— tiene su origen, a

(9) La expresión está tomada de unas palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, en *BVerfGE*, 19, págs. 206 y sigs.; en concreto pág. 216.

(10) R. NAVARRO VALLS: *Op. cit.*, pág. 34, siguiendo a Sobran.

(11) J. B. D'ONORIO (dir.): *La laïcité au défi de la modernité*, París, 1990.

(12) Sobre las relaciones entre Estado y sociedad, cfr. H. H. RUPP: *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts, I. Grundlagen von Staat und Verfassung*, Heidelberg, 1987, págs. 591 y sigs.

(13) Sobre este punto ha llamado la atención, entre otros, G. PÜTTNER: *Toleranz als Verfassungsprinzip*, Berlín, 1977, págs. 34-35.

juicio de autores como Schlaich, en la atribución a los príncipes de todo poder, también el relativo a asuntos eclesiásticos (14).

En los lugares donde triunfó establemente la Reforma protestante, las Iglesias, roto su vínculo con Roma, no quisieron sustituirlo por un poder espiritual unitario (15). Sin embargo, como seguía siendo necesario un gobierno externo, la facultad de ejercerlo fue atribuida ahora al poder civil, en su condición de señor del territorio, de ahí el nombre de territorialismo otorgado al sistema.

El sistema territorial designa, así, la teoría y la práctica de una forma de relaciones Iglesia-Estado, que reconoce, en sus diversas formas, la competencia sobre cuestiones internas y esenciales de la Iglesia al poder estatal de cada territorio (16); las primeras manifestaciones del territorialismo (17) no surgen, pues, de un modo deductivo racional, sino que tienen un origen histórico pragmático y de orden jurídico positivista. Sus argumentos sobre las relaciones Iglesia-Estado provienen del Derecho romano bizantino, del galicanismo, y especialmente del Derecho estatal moderno, basado en la doctrina de la soberanía de Bodino (18).

Con la Ilustración experimenta el sistema territorial su culminación teórica. Sus principales representantes son Christian Thomasius y Boehmer, siguiendo el pensamiento expuesto por Pufendorf. En los territorios protestantes y bajo el josefinismo austríaco encuentra el territorialismo su máxima realización práctica. Metodológicamente constituye un desarrollo ilustrado y secularizado de la escuela racionalista de Derecho natural, fundamentado en la religión natural, en la moral, en las doctrinas del pacto social y en el absolutismo estatal.

La soberanía estatal posee un poder absoluto sobre cualquier ámbito social y un poder jurídico coactivo excluyente sobre todos los individuos y asociaciones. Sólo la soberanía estatal determina la *salus publica*. Se niega cualquier ámbito jurídico de la Iglesia anterior e independiente a la soberanía estatal.

(14) Schlaich ha visto en el territorialismo del siglo XVII el fundamento de la neutralidad, precisamente al atribuir todo tipo de competencias al poder de los príncipes; K. SCHLAICH: *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübinga, 1972, pág. 134.

(15) Para conocer las razones de este hecho puede consultarse F. RUFFINI: *Op. cit.*, págs. 117-118.

(16) Schlaich sostiene que no se exigía por ello la unidad confesional de todo el territorio del Estado de modo necesario ni desembocaba necesariamente en un gobierno eclesiástico (*Kirchenregiment*) por parte de los príncipes territoriales.

(17) M. HECKEL: voz *Territorialsystem*, en R. HERZOG, H. KUNST, K. SCHLAICH y SCHNEEMELCHER (eds.): *Evangelisches Staatslexikon*, II, Stuttgart, 1987, págs. 3600-3603.

(18) Sobre la soberanía en Bodino, cfr. A. TRUYOL Y SERRA: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2. *Del Renacimiento a Kant*, 4.ª ed., Madrid, 1995, pág. 150.

Thomasius, máximo representante de la doctrina territorialista, señalaba el *ius circa sacra* como el máximo *Regal* —de ahí el nombre de regalismo, con el que se conoce también este fenómeno— de la autoridad secular. Al considerarse que hay un solo poder en la comunidad social, el del Estado, la Iglesia figuraba en este sistema dentro del Derecho del Estado como una creación arbitraria del señor territorial; su Derecho, como Derecho del Estado; sus ministros, como empleados al servicio del príncipe, y su doctrina, como doctrina y norma del Estado. El contenido de tal doctrina quedaba al arbitrio del criterio del señor territorial y dentro de sus competencias (19). El poder del Estado deja de tener una fundamentación teológica para legitimarse por el pacto social. Deja de ser un fin del Estado la *cura religionis* y pasan a serlo la garantía de la paz exterior, la seguridad y el bienestar.

Ciertamente, el príncipe territorial alemán en esta época quería ser tolerante, en la medida en que esa tolerancia no supusiera ningún peligro para la tranquilidad del Estado (20). Pero esa tolerancia era sólo un modo de ejercicio de su poder, no una manifestación de que se reconociera incompetente en cuestiones religiosas.

El territorialismo supuso, pues, que el Estado, en cuanto comunidad soberana, podía imponerse o situarse al margen de las concepciones propias de las Iglesias en determinadas relaciones. Es decir, la neutralidad que aportó era entendida como una liberación (*Befreiung*) por parte del Estado de las concepciones y la influencia de las Iglesias. Este concepto de neutralidad tenía la ventaja de mantener la unidad estatal y la soberanía frente a cualquier posible fuerza desintegradora, pero al desvincular al derecho de los príncipes del *ius divinum*, dejó sin fundamentación objetiva al orden jurídico secular.

Como reacción a la doctrina del territorialismo, surgió la teoría colegial (21) del siglo XVIII. El sistema colegial (el concepto aparece por primera vez en J. M. Boehmer, 1736) designa en la Alemania del siglo XVIII —en conexión con el sistema episcopal y el sistema territorial— una visión protestante de la legitimación eclesiástica y de la limitación de la jurisdicción sobre la Iglesia de los príncipes territoriales, y en general designa también una forma de entender las relaciones Iglesia-Estado, que incluye un concepto sobre la

(19) M. HECKEL: *Gesammelte...*, vol. I, págs. 92-93.

(20) M. STOLLEIS: *Säkularisation und Staatsräson in Deutschland um 1600*, en L. LOMBARDI VALLAURI y G. DILCHER: *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, I, Baden-Baden y Milán, 1981, págs. 625-626.

(21) Sobre la teoría colegial, puede verse K. SCHLAICH: «Kirchenrecht und Vernunftrecht», en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 14, 1968-1970, págs. 16 y sigs., citado por el mismo autor en *Neutralität...*, pág. 136, nota 34.

esencia de la Iglesia y su Derecho. Los principales representantes del colegialismo fueron Chr. M. Pfaff (*Origines Iuris Ecclesiastici*, 1719, 1756; *Academische Reden über das Kirchenrecht*, 1742) y J. L. v. Mosheim (*Allg. Kirchenrecht der Protestanten*, 1760); sus precedentes se encuentran en Pufendorf (22) y en J. H. Boehmer y su principal detractor fue J. J. Moser. La teoría colegial alcanzó su influencia práctica sólo a principios del siglo XIX.

Según el método racionalista del Derecho, el colegialismo (23) suponía la construcción siguiente: la Iglesia visible es una comunidad libre e igual a la comunidad civil (*collegium, societas libera et equalis*). Como cualquier otra sociedad la Iglesia tiene los derechos propios de un colegio, para perseguir sus fines (24). El ejercicio del poder eclesiástico puede ser cedido por la Iglesia para el ejercicio de su administración ordinaria a una o varias personas. Esto fue lo que hicieron las Iglesias evangélicas de Alemania en el curso de la Reforma: transferir sus poderes a los príncipes territoriales, siempre y cuando fueran miembros de esa Iglesia. Junto a los *iura circa sacra collegia* el príncipe territorial ejercía su poder de jurisdicción sobre el territorio y su poder de inspección sobre la Iglesia como sobre cualquier otra sociedad dentro del Estado, para garantizar la *salus publica*. El gobierno de la Iglesia (*Kirchenregiment*) y jurisdicción sobre el territorio (*Landeshoheit*) coexistían, pues, en la misma persona: el príncipe territorial.

El sistema territorial, como teoría política del absolutismo y como antecedente opuesto al colegialismo, se había servido —según hemos mencionado— del concepto de Iglesia de la escuela racionalista del Derecho natural, para negar a esa misma Iglesia unos principios constitucionales con fundamento teológico propio y así someterla plenamente a la soberanía estatal. Cualquier gobierno sobre la Iglesia será a partir de entonces un gobierno estatal.

El colegialismo, en cambio, intenta liberar a la Iglesia de las garras de la soberanía estatal, sentando unos principios en las propias constituciones eclesiásticas que le permitieran volver a recibir sus derechos. Sobre la base del Derecho racional, apela a los derechos que la Iglesia tiene en cuanto sociedad. El príncipe territorial debe respetar, junto a la libertad individual, la libertad natural de las sociedades, que se extiende tanto a las ceremonias como a la propia

(22) H. RABE: *Naturrecht und Kirche bei Samuel v. Pufendorf*, Tübinga, 1958, citado por J. LISTL: *Kirche und Staat in der neueren katholischen Kirchenrechtswissenschaft*, Berlín, 1978, pág. 71.

(23) M. HECKEL: *Gesammelte...*, vol. I, pág. 94.

(24) K. SCHLAICH: voz *Kollegialismus*, en R. HERZOG, H. KUNST, K. SCHLAICH y SCHNEEMELCHER (eds.): *Evangelisches Staatslexikon*, I, Stuttgart, 1987, pág. 1811, puede verse la enumeración de esos derechos.

constitución de la Iglesia. Los derechos fundacionales de la Iglesia son de origen divino y el Estado no puede disponer de ellos. La libertad de la Iglesia tiene un origen divino y jurídico secular (Pfaff).

El colegialismo aporta la creación de un concepto de Derecho de la Iglesia derivado de la misma naturaleza de la Iglesia. Además, con la ficción histórica de la cesión de los *iura collegialia* para su ejercicio, el colegialismo creó un título eclesiástico, capaz de legitimar y limitar el gobierno sobre la Iglesia ejercido por los príncipes territoriales. Se intentó con ello liberar al gobierno de la Iglesia del derecho absoluto y arbitrario ejercido por las autoridades seculares, vinculando a éstas a la esencia, fines y normas de la sociedad eclesiástica. El colegialismo no parte de un pacto de sumisión de la Iglesia al poder estatal, lo cual conduciría a una *societas inequalis*, sino que la Iglesia, al ceder sus poderes al príncipe territorial, lo hace con unas reservas a las que el poder civil está vinculado. La Iglesia puede revocar su cesión cuando el príncipe cambie de confesión o abuse de sus derechos. Esta es una fuerte diferencia entre el colegialismo y el territorialismo.

La construcción de la teoría colegial supuso al mismo tiempo una justificación desde la propia Iglesia protestante, frente a las discusiones internas sobre la separación Iglesia-Estado, y una legitimación del ejercicio y mantenimiento del gobierno de la Iglesia por los príncipes territoriales. El colegialismo no trató de separar a la Iglesia del Estado, sino de asegurar la libertad de la Iglesia en el Estado. Con la diferenciación entre el poder eclesiástico y la jurisdicción estatal sobre la Iglesia, el colegialismo mantuvo que esa jurisdicción estatal comprendía sólo la inspección sobre la Iglesia para la garantía de los intereses estatales, según criterios seculares. Esta teoría fundamentó, en suma, la autonomía de la Iglesia como sociedad religiosa, es decir, como corporación en el marco del Derecho secular y puso las bases fundamentales de las modernas instituciones en materia de relaciones Iglesias-Estado y Derecho (25). Schlaich afirma que el colegialismo es el fundador de la teoría de las relaciones Iglesia-Estado del Estado liberal de Derecho (art. 140 de la LFB en relación con el art. 137.3 de la Constitución de Weimar).

La teoría colegial otorgó cierta libertad a la Iglesia bajo formas seculares (26), pero sus representantes, en correspondencia con el espíritu de los tiempos (Thomas Hobbes, John Locke, Hugo Grotius), consideran al pacto social como legitimación ética del poder del Estado. Si el territorialismo supuso

(25) WIESENHAUERN: *Grundsätze des Kirchen-Staats-Rechts der Protestierenden in Teutschland*, 1749, cit. por SCHLAICH en voz *Kollegialismus...*, pág. 1813.

(26) Siguiendo a Link, M. HECKEL: *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Zu Christoph Links gleichnamigem Werk*, en IDEM: *Gesammelte ...*, vol. II, pág. 968.

fundamentalmente la desvinculación del derecho de los príncipes respecto del *ius divinum*, dejando a aquél sin fundamentación, el colegialismo ofrecía como fundamento el pacto social.

En síntesis, de las teorías territoriales y colegialistas, propias del pensamiento protestante, resulta que la libertad de las confesiones depende, en último término, de la decisión del poder político que, si se autolimita, es por una libre decisión de su exclusiva competencia, ya que aunque el límite pudiera ser el pacto o los compromisos contractualmente adquiridos, éstos son siempre de origen voluntario y, en último extremo, rescindibles o revocables. De este modo, si hay quien (Schlaich) (27) ha visto en ellas el paso decisivo hacia la neutralidad, no cabe duda de que también le han legado un problema fundamental: el hacer depender la propia neutralidad de la voluntad —cuando no arbitrariedad— del Estado. Si la neutralidad, llamada a ser garantía necesaria de la libertad religiosa, depende de la voluntad del Estado, el Estado deja de ser garante de la libertad, para convertirse en su dueño.

Ambas doctrinas supusieron *de facto* el ejercicio del poder espiritual por los príncipes seculares, aunque con distinta justificación. No obstante, al haber negado la vinculación de éstos al Derecho divino, dieron un paso hacia la neutralidad.

III. ACTUAL FUNDAMENTACION DE LA NEUTRALIDAD

Una línea de pensamiento más moderna, es aquella que sitúa en primer plano a la persona sobre la institución. Esto es, la concepción del poder civil como separado y autónomo del poder religioso no se fundamenta ya en una determinada concepción de la Iglesia (la autonomía de lo temporal o el colegialismo en el ámbito católico o protestante, respectivamente), sino en una concepción del hombre. Dentro de esta corriente, D'Agostino (28) ha expuesto de modo sintético el fundamento antropológico de la laicidad, anotando que el

(27) Otros autores consideran que el origen de la separación de los poderes civil y religioso tiene su expresión doctrinal en el llamado dualismo. Este encuentra su primera formulación teórica en el siglo V, aunque no alcanza su traducción práctica sino a través de diversas vicisitudes históricas que, en ocasiones, han contribuido más a desfigurarlo que a manifestarlo (cfr. A. DE LA HERA y C. SOLER: *Historia de las relaciones entre la Iglesia y el Estado*, en VV. AA.: *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, págs. 53 y sigs.). En este proceso la existencia de un orden jurídico propio y de una organización administrativa de carácter universal contribuyeron en gran medida a la autonomía de la Iglesia respecto del poder civil (C. STARCK: *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tubinga, 1995, pág. 377).

(28) F. D'AGOSTINO: *Il Diritto come problema teologico*, Turín, 1992, págs. 104-107.

Derecho es laico porque no tiene una raíz teológica sino antropológica, porque no tiene un carácter religioso-sacral sino estrictamente antropológico-relacional. El principio fundamental y fundante de la laicidad es el respeto de la intersubjetividad racional en cuanto radicada en la paridad ontológica (29): éste resulta ser el principio constitutivo del ser del hombre, cuyo rechazo, no pudiendo tener más que carácter prejudicial e ideológico, parece evidente que no es compatible con el espíritu laico. El primer corolario de este principio es la opción fundamental por la libertad que caracteriza el espíritu laico, tal como éste se ha venido entendiendo; por ello, la opción por la libertad ha requerido históricamente la apología del Derecho, puesto que no existe experiencia real de la libertad que no esté mediatizada, necesariamente, por la juridicidad (30). Así pues, atendiendo a su sentido actual, puede decirse, que la causa de la neutralidad y la tolerancia está en la igual dignidad de todo hombre (31), que no permite al Estado adoptar decisiones que sólo al ciudadano corresponden.

Esta concepción del Derecho de base antropológica (32) ejerce también su influencia en el propio concepto de la soberanía, que como se vio en el apartado anterior, juega en esta materia un papel de importancia innegable. Hasta ahora la unidad y la plenitud del poder del Estado suponía la negación de que pudiera haber materias, situaciones o relaciones sustraídas a la *plenitudo potestatis* del Estado. Las cuestiones religiosas no eran una excepción. Ahora bien, el nuevo concepto de soberanía, como ha señalado Berti (33), no parte de los perfiles estructurales de ésta, sino de su concepción funcional (34), según la

(29) Sigue en este punto a S. COTTA: *Il diritto nell'esistenza. Linee di onto-fenomenologia giuridica*, 2.ª ed., Milán, 1991, pág. 189. Cfr., también, IDEM: *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, en VV. AA.: *Diritti fondamentali dell'uomo*, Roma, 1977, págs. 23 y sigs.

(30) Esta recíproca interdependencia entre libertad y derecho es subrayada por G. LO CASTRO: *Il diritto laico...*, pág. 261.

(31) Sobre la libertad y dignidad de la persona humana, puede verse M. KRIELE: «Libertad y dignidad de la persona humana», en *Persona y Derecho*, 1982, núm. 9, págs. 39-46.

(32) Conviene tener presente, que la primera concepción de los derechos humanos como aquellos que convienen al hombre por el mero hecho de serlo, tuvo su origen en el siglo XVI en el seno de la Escuela de Salamanca, especialmente gracias a la obra de F. DE VITORIA. Sobre este autor, cfr.: A. TRUYOL Y SERRA: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, 4.ª ed., Madrid, 1995, págs. 76 y sigs. Sobre la Escuela de Salamanca en la bibliografía reciente, cfr.: H. F. KÖCK: *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechte*, Berlín, 1987, y A. E. PÉREZ LUÑO: *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Berlín, 1994.

(33) G. BERTI: *Profili dinamici della sovranità statale*, en *Studi in onore di Lorenzo Spinnelli*, IV, Módena, 1989, pág. 1293, cit. de G. DALLA TORRE: *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, 1992, pág. 26.

(34) J. A. PASTOR RIDRUEJO: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 4.ª ed., Madrid, 1992, págs. 297 y sigs.

cual la soberanía no está ya caracterizada por la antigua idea de dominio, como una expresión de la potestad exclusiva del sujeto soberano, sino que se caracteriza por su funcionalidad al servicio del hombre y, por tanto, a la libertad de éste (la libertad es considerada como el «alma de la soberanía») (35).

Así pues, desde esta nueva perspectiva tanto el Derecho como la soberanía tienen una fundamentación o justificación antropológica, de modo que parece haberse superado la dificultad de aquellas teorías que, habiendo liberado al Derecho del servicio a la Teología, lo abandonaron —sin fundamentación objetiva alguna— al pacto; hoy diríamos al consenso (36). Sin embargo, no parece que el recurso al mero consenso sea una respuesta del todo satisfactoria. Autores como Larenz, han afirmado: quien equipara la moralidad a una mera regla convencional, desconoce por completo la verdadera moralidad (37).

Ciertamente, como consecuencia de la libertad en las decisiones adoptadas por los ciudadanos y de un Estado que las respeta, se produce una sociedad plural. Pero ello no significa que esa sociedad plural no necesite de un mínimo de homogeneidad ética (38). Así, la jurisprudencia constitucional alemana ha afirmado con claridad que determinados valores fundamentales no son disponibles, ni siquiera para la mayoría, incluso de aquella mayoría cualificada exigida en el Parlamento para la reforma constitucional (39). Como ha señalado con acierto Starck (40), el Estado moderno vive de presupuestos que no puede

(35) G. DALLA TORRE: *Il Primato della coscienza...*, pág. 26, siguiendo a Berti.

(36) Consenso tiene aquí el sentido de pacto, como se dice en el texto y no el significado que le atribuye Isensee de *standard* previo y necesario del común ético, que adquiere una dimensión normativa; J. ISENSEE: «Mehrheitswille und Minderheit im demokratischen Verfassungsstaat», en *Kirche und Gesellschaft*, núm. 142, 1987, págs. 11-12. Por su parte, Ernst Fraenkel, señala Isensee, equipara consenso ético y Derecho natural y de ahí deduce la vigencia del Derecho natural como una condición ineludible de la democracia pluralista.

(37) K. LARENZ: *Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre*, en K. LARENZ (ed.): *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, Stuttgart-Berlín, 1943, pág. 381, afirma lo que se recoge en el texto, apartándose del criterio de Stammler.

(38) M. KRIELE: *Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos humanos*, trad. a cargo de C. Gancho, Barcelona, 1982, pág. 182, sostiene que no se puede fundar una ética desde el pluralismo axiológico ni de intereses.

(39) «Bestimmte Grundwerte stehen nicht zur Disposition, auch nicht für die Mehrheit, nicht einmal für die verfassungsändernde Mehrheit im Parlament», *BVerfGE* 39, 1, 67, citada por B. RÜTHERS: *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Defizite eines Begriffs*, 2.ª ed., Zurich, 1993, pág. 34.

(40) C. STARCK: *Menschenwürde als Verfassungsgarantie*, en L. LOMARDI VALLAURI y G. DILCHER (eds.): *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, II, Baden-Baden y Milán, 1981, págs. 826-829. Cuando afirma este autor las ideas que se recogen en el texto, no ignora que en el estado actual de la Filosofía y la Antropología corren vientos contrarios para la Metafísica,

garantizar él mismo; el proceso de secularización dice este autor —y nosotros lo adaptamos aquí a la laicidad— es aceptable en la medida en que el Derecho no rompa con ella el cordón umbilical que le une a sus fuentes metafísicas. Sin Metafísica, el hombre estaría entregado sin reservas al poder del Estado. Si la libertad y la dignidad humana se olvidan de su fundamento metafísico, el texto de las leyes constitucionales queda abierto a cualquier interpretación arbitraria. En el mismo sentido Rùthers anota que sin un mínimo de valores, con un fundamento metafísico común, no es posible fundamentar ni mantener ningún orden jurídico de modo duradero (41). Y Lo Castro afirma que cuando se libera al hombre del condicionamiento de los valores, se le abandona al arbitrio de la fuerza, en la cual se transforma la libertad sin valores (42).

Hoy, ese necesario punto de apoyo de un mínimo común ético, vendría a ser una aspiración a la defensa de la dignidad humana (43) y de los derechos del hombre. Sin embargo, no hay acuerdo en cuáles sean los fundamentos doctrinales sobre los que esa defensa se asienta (44). Así, los derechos humanos en el ámbito occidental responden a una concepción distinta a la que tienen en los países musulmanes (45), por ejemplo. Más aún, ni siquiera en Occidente hay acuerdo en cuanto a su fundamentación (46).

que la investigación del ser del hombre ha dejado paso a la investigación sobre su conducta; sin embargo, esas corrientes no tienen por qué ser asumidas de modo acríptico en la ciencia jurídica, puesto que la función del ordenamiento jurídico no es tanto la de traducir en normas las corrientes filosóficas en auge, cuanto la de regular la vida en común de los hombres, garantizando la libertad y la dignidad de cada uno; ésta es su verdadera tarea.

(41) «Ohne ein Mindestmaß an gemeinsamen, notwendig "metaphysisch" begündeten Wertüberzeugungen ist im übrigen kein Staat, keine Rechtsordnung dauerhaft zu begründen und zu erhalten» (B. RÜTHERS: *Das Ungerechte ...*, pág. 34).

(42) G. LO CASTRO: *Il diritto laico*, en M. TEDESCHI: *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Messina, 1996, pág. 262.

(43) J. HERVADA: «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», en *Humana Iura*, 1991, págs. 345 y sigs.

(44) G. COTTIER: *Bilan chretien de la secularisation*, en L. LOMBARDI VALLAURI y G. DILCHER: *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, I, Baden-Baden y Milán, 1981, págs. 245-246.

(45) A. CAMPENHAUSEN: *Aktuelle Aspekte der Religionsfreiheit. Neue Religionen im Abendland II*, en «Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht», 37, 1992, pág. 406, cfr. la bibliografía citada en la nota 7.

(46) Sobre este tema, J. MUGUERZA y otros: *El fundamento de los Derechos humanos*, Madrid, 1989; G. PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales (I). Teoría general*, Madrid, 1991; A. OLLERO TASSARA: *Derechos fundamentales y metodología jurídica*, Madrid, 1989; A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 3.ª ed., Madrid, 1993, estudia la fundamentación de los Derechos humanos en las págs. 132 y sigs., ofreciendo una síntesis muy completa.

La transposición del problema del «por qué» al problema del «hasta dónde» facilita, a mi juicio, la comprensión. De modo que, formulado el problema en términos de límites, cabría plantearlo así: ¿Todo lo que es tolerable por el Estado al ciudadano en el ejercicio de los derechos fundamentales, lo es porque se ha pactado tolerarlo y lo intolerable es aquello que no ha alcanzado el consenso?

En síntesis, la más moderna fundamentación de la laicidad del Estado se aleja de las justificaciones iniciales basadas en la autolimitación del poder, y hunde sus raíces en la propia dignidad humana y, en consecuencia, en la más característica traducción de ésta: los derechos humanos. Con ello, se señala el final del camino, pero no se ofrece la garantía de alcanzar la meta, si no se dispone de alguna referencia objetiva.

Este replanteamiento de la laicidad o neutralidad del Estado tiene el efecto positivo de haber puesto de relieve que la unidad y efectividad de un ordenamiento jurídico, no pueden apoyarse exclusivamente sobre la base de conceptos como tolerancia o neutralidad, que son relativos, que no tienen sustantividad propia (47). Tales principios son como la otra cara del elemento positivo al que sirven: los derechos humanos (48). A su vez, el verdadero problema de los derechos humanos es el de su fundamentación, de modo que tanto el estudio de la libertad religiosa en cuanto derecho de la persona, como el estudio de la neutralidad del Estado en tanto que garante de tal libertad, conectan en la búsqueda de una raíz metafísica fuera de la arbitrariedad del poder religioso o civil.

IV. STATUS QUAESTIONIS EN LA JURISPRUDENCIA

Resulta oportuno ahora detenerse en algunas decisiones judiciales relevantes en esta materia y confrontar, si la tendencia jurisprudencial se ha hecho ya eco de esta nueva orientación personalista o, por el contrario, continúa

(47) A. KRÄMER: «Toleranz als Rechtsprinzip. Gedanken zu einem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz», en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 29, 1989, págs. 113-121, hace una aproximación histórica al concepto de tolerancia (págs. 113-117), para pasar a analizar después las principales sentencias del Tribunal Constitucional Federal que se ocupan de este principio. En opinión de este autor, la tolerancia sí es un principio material, condición y simultáneamente consecuencia del proceso de emancipación política; sigue en este punto la opinión de Maihofer.

(48) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos fundamentales*, trad. a cargo de E. Garzón Valdés, Madrid, 1993, págs. 138 y sigs., contiene una clarificadora exposición de los principios y los valores en la teoría general de los Derechos humanos.

siendo deudora de las concepciones anteriores. Para ello hemos elegido, además de España, dos Estados europeos: Alemania e Italia. La elección del primero guarda una justa correspondencia con el ámbito propio de las teorías expuestas en el apartado II y la del segundo con la procedencia de algunos de los autores que se recogen en el apartado III.

Las decisiones judiciales que se traen aquí, ya sean alemanas, italianas o españolas no aspiran a presentar, en modo alguno, una visión de la garantía del derecho de libertad religiosa ofrecida por los altos Tribunales (49). Se pretende, únicamente, mostrar aquellos argumentos jurisprudenciales que conduzcan al lector a formarse un juicio acerca del *status quaestionis* en la práctica judicial.

En las decisiones de los Tribunales se recoge una interpretación de la neutralidad en sentido positivo que podríamos llamar una neutralidad o laicidad cooperativa. Así la Corte Constitucional italiana ha manifestado que el principio de laicidad del Estado no implica indiferencia del Estado frente a la religión, sino garantía del Estado para la salvaguarda de la libertad de religión, en régimen de pluralismo confesional y cultural (50). En su fundamento jurídico cuarto, la sentencia de la Corte italiana reconoce el valor de la cultura religiosa, considera los principios del catolicismo como parte integrante del patrimonio histórico del pueblo italiano y conforme a Derecho la inclusión de su enseñanza en el marco de la finalidad de la escuela.

La República puede, precisamente por su carácter de Estado laico, garantizar que se imparta la enseñanza de la religión católica en la escuela con base en valoraciones pertenecientes a órdenes distintos: a) El valor formativo de la cultura religiosa bajo el cual se inscribe ya no una sola religión sino el pluralismo religioso de la sociedad civil, y b) La adscripción de los principios del

(49) J. LISTL: *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1971; A. ALBISETTI: *Giurisprudenza costituzionale e Diritto ecclesiastico*, Milán, 1983; S. DOMIANELLO: *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, Milán, 1987; A. C. ALVAREZ CORTINA: *El Derecho eclesiástico español y la Jurisprudencia postconstitucional (1978-1990)*, Madrid, 1991; R. RODRÍGUEZ CHACÓN: *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992.

(50) Sentencia de la Corte Constitucional italiana, de 12 de abril de 1989, relativa a la clase de religión en la escuela, *Giur. Cost.*, 1989, I, fasc. 4, pág. 901. Un estudio sobre esta sentencia, puede verse en L. GUERZONI: «Considerazioni critiche sul "principio supremo" di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea», en *Il Dir. Eccl.*, I, 1992, págs. 86 y sigs.; F. BORDONALI: «Sulla "laicità" dell'ora di religione», en *Diritto di Famiglia*, 1989, págs. 438 y sigs.; N. COLAIANNI: «Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica», en *Il Foro Italiano*, 1989, I, págs. 1333 y sigs., y S. FERRARI: «Ora di religione: per la consulta l'ora alternativa non è obbligatoria», en *Corriere Giuridico*, 1989, págs. 626 y sigs.

catolicismo a los principios del pueblo italiano. El género (valor de la cultura religiosa) y la especie (los principios del catolicismo en el patrimonio histórico del pueblo italiano) contribuyen a describir la actitud laica del Estado-comunidad, que no responde a postulados ideologizados y abstractos de extrañeza, hostilidad o confesionalidad del Estado-persona o de sus grupos dirigentes respecto a la religión o a un particular credo, sino que se pone al servicio de la concreta instancia de la conciencia civil y religiosa de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional Federal alemán en su Decisión, de 16 de mayo de 1995, sobre la presencia de cruces o crucifijos en las escuelas de Baviera (51), ha manifestado que incluso un Estado que garantiza ampliamente la

(51) Anotamos a continuación un resumen de la misma para facilitar la comprensión de lo que se expone en el trabajo. Los padres de tres niños en edad escolar, pertenecientes a la ideología antroposófica, educan a sus hijos de acuerdo con su ideología y se oponen a que sus hijos visiten escuelas en las que haya una imagen con un crucifijo, primero, y, después, también a cualquier clase de cruz, aunque no tenga la imagen del Crucificado. Sostienen que, a través de esta representación, sus hijos reciben la influencia del cristianismo, que se opone a su ideología. Hasta que llegaron a interponer el recurso judicial en el Tribunal de Primera Instancia, las autoridades escolares habían intentado llegar a diversas soluciones de compromiso dentro de las aulas del curso al que asistían los niños (colocar una cruz sin Crucificado, situarla de un lado, sobre la puerta, sin que entrara dentro del campo de visión de la pizarra), pero no en otras dependencias de la escuela. Además, las autoridades escolares no llegaron a comprometerse a que esa solución de compromiso se mantendría siempre que los niños cambiasen de curso.

El Tribunal Administrativo de Primera Instancia (Tribunal Administrativo de Ratisbona, en *BayVBl*, 1991, pág. 345) sostuvo que el marco constitucionalmente permitido de las referencias ideológicas y religiosas en la escuela no había sido sobrepasado. La tensión entre libertad religiosa positiva y negativa debe resolverse atendiendo al deber de tolerancia, según el principio de la concordancia. Según esto, no podrían los demandantes exigir que se reconozca a su libertad negativa una primacía absoluta sobre la libertad positiva de otros alumnos, que se educan en una confesión religiosa y que así quieren manifestarlo. Antes bien, cabe esperar de los demandantes tolerancia y respeto hacia las convicciones religiosas de los demás, cuando se encuentren con prácticas como ésta en la escuela. El Tribunal que conoció el recurso de apelación (*NVwZ*, 1991, pág. 1099), argumentó que los niños acudían ya a la escuela pública desde 1986 y, aunque desde entonces se habían quejado los padres de la presencia de los crucifijos en las aulas, no habían presentado demanda judicial hasta 1991. Además las autoridades escolares se habían mostrado abiertas a adoptar soluciones de compromiso. En estas circunstancias, resulta exigible a los demandantes que continúen buscando con la escuela una solución dentro de una cooperación confiada. El Tribunal consideró que esta carga debía considerarse soportable, atendiendo a que los niños tendrían, en cualquier caso, que enfrentarse con la representación de la cruz en cualquier otro sitio. La libertad religiosa de los padres se encontraba aquí con sus límites: el derecho a la organización escolar, por parte del Estado y el derecho fundamental de aquellos padres y alumnos que adoptan una concepción contraria a la suya. La representación de la cruz como imagen y de la pasión y del reinado de Cristo confrontaría a los demandantes, ciertamente, con una visión religiosa del mundo. Pero la cruz, en este caso, no es expresión de una confesión ni está vinculada a una fe determinada, sino que es un objeto esencial de la tradición cristiana occidental en general

libertad religiosa y para ello se obliga a sí mismo a la neutralidad religiosa e ideológica, no puede desconocer los valores y concepciones difundidos culturalmente y enraizados históricamente; valores sobre los que se apoya el mante-

y un bien común de ese ámbito cultural. Un no cristiano o de cualquier otra orientación ideológica está sometido también al deber de la tolerancia y, por tanto, debe aceptar la cruz como respeto a la ideología de otros.

En el recurso constitucional los padres, además de cuestiones procesales, alegaron la violación de los artículos 4.1, 6.2, 2.1 y 19.4 de la Ley Fundamental.

La instalación de cruces y crucifijos en las aulas viola el deber de neutralidad religiosa e ideológica del Estado. En opinión de los recurrentes, siendo la cruz el signo más significativo del cristianismo y teniendo un contenido específico dentro de la fe cristiana, por el hecho de colgar cruces en recintos estatales, el Estado manifiesta su vinculación con la fe cristiana. Al mismo tiempo el Estado privilegia de este modo, sutilmente, que los alumnos se impregnen de esta concepción, ya que la escuela es obligatoria y durante muchos años, diariamente, los niños se ven confrontados con algo que va en contra de sus convicciones o de las de sus padres. Esta discriminación no se justifica ni por el derecho estatal a organizar la escuela (art. 7.1 de la Ley fundamental), ni por la libertad religiosa positiva de otros alumnos o de sus padres (art. 4.1 de la Ley Fundamental). La opinión contraria sostenida por los tribunales anteriores se fundamenta en una interpretación inconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa. Esta libertad otorga a los ciudadanos un derecho de rechazo o de defensa frente al Estado y sirve precisamente para la protección de las minorías. Ello resulta incompatible con la afirmación de que la colocación de crucifijos en las aulas de la escuela estatal es parte de la libertad religiosa de una mayoría de la población. En la medida en que las decisiones recurridas deducen del artículo 4.º un derecho de la mayoría frente a la minoría, en virtud de la cual la minoría debe respetar y tolerar atributos religiosos en ámbitos estatales como ejercicio religioso de la mayoría, invierten estas decisiones anteriores la protección del artículo en su contrario.

El hecho de que de la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre oración en la escuela se deduzca lo contrario, no puede invocarse en sentido absoluto, ya que en recientes decisiones, sobre el deber de neutralidad religiosa de la escuela, se ha declarado que no está permitido que un profesor concreto vaya vestido durante la clase, de modo que ese vestido haga una referencia inequívoca a sus convicciones religiosas (la prohibición de llevar trajes de «Bhagwan» en las escuelas públicas por parte de los profesores se sigue de las decisiones judiciales siguientes: del Tribunal Administrativo Federal [BVerwG], en *NVwZ*, 1988, pág. 937; del Tribunal Constitucional de Baviera, en *BayVBl*, 1985, pág. 721, y del Tribunal Administrativo Superior de Hamburgo, en *NVwZ*, 1986, pág. 406). El hecho de colocar crucifijos por parte de las autoridades escolares en el conjunto de las estancias de la escuela conduce a un efecto de propaganda mucho más fuerte y efectivo que el anterior, que fue declarado inadmisibles. En el caso controvertido se trata no ya de un ejercicio individual de la religión de una persona concreta, que manifiesta así su pertenencia a una determinada confesión religiosa, sino de una influencia y propaganda ejercida por una autoridad estatal.

Tres de los siete jueces que firmaron el auto formularon un voto particular, expresando su opinión contraria al fallo.

El texto del auto ha sido publicado en *BayVBl*, 1995, págs. 720-724; en las págs. 752-755, aparecen los votos particulares. Los comentarios a esta decisión son abundantísimos en la doctrina alemana, pueden consultarse, entre otros, D. PIRSON: «Anmerkung zum Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5. 1995», en *BayVBl*, 1995, págs. 755-758; M. E. GEIS: «Ge-

nimiento de la sociedad y de cuyo cumplimiento dependen sus propias tareas. La fe cristiana y las Iglesias cristianas han desempeñado en esta materia un destacado papel, con independencia de cómo quiera hoy valorarse su herencia. Las tradiciones del pensamiento que se apoyan en ella, las experiencias orientativas y los modelos de conducta que de ella se derivan no pueden ser indiferentes para el Estado.

Ahora bien, estas declaraciones no son seguidas de un pronunciamiento del fallo en el sentido que quizá cabría esperar, a tenor de los argumentos transcritos. La Corte Constitucional no considera que, precisamente por esa relación entre religión y cultura, los alumnos que no cursen religión en la escuela deban cursar otra disciplina alternativa en su lugar. Igualmente, el Tribunal alemán, después de sus declaraciones acerca de la aportación de las Iglesias a la herencia cultural de Occidente y de afirmar que con la colocación de cruces en las aulas no se produce una identificación o una aproximación a determinadas formas de adoración y, menos aún, se sigue de ahí, que las clases de las materias profanas queden, por ello, impregnadas por el símbolo de la cruz, declara inconstitucional el reglamento (52) que disponía la presencia de crucifijos en las aulas escolares bávaras.

heime Offenbarung oder Offenbarungseid? Anmerkung zum Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgericht», en *Recht der Jugend*, 4, 1995, págs. 373-386; P. BADURA: «Das Kreuz im Schulzimmer. Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5. 1995», en *BayVBl*, 1996, págs. 33-40 y págs. 71-77; J. MÜLLER-VOLBEHR: «Positive und negative Religionsfreiheit», en *JZ*, 1995, págs. 996 y sigs.; J. NEUMANN: «Rechts- oder Glaubensstaat?», en *ZRP*, 1995, págs. 381 y sigs.; H. REIS: «Rechts- oder Glaubensstaat Eine Erwiderung», en *ZRP*, 1996, págs. 56 y sigs.; H. GOERLICH: «Krieg dem Kreuz in der Schule?», en *NVwZ*, 1995, págs. 1184 y sigs.; S. DETTERBECK: «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», en *NJW*, 1996, págs. 426 y sigs.; R. LAMPRECHT: «Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgericht v. 16.5. 1995», en *NJW*, 1996, págs. 97 y sigs.; M. HECKEL: «Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts», en *DVBl*, 1996, págs. 453 y sigs.; M. BRENNER: «Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts», en *Thüringer Verwaltungsblätter*, 7, 1996, págs. 145 y sigs.; S. MUCKEL: «Überkreuz mit dem Kreuz», en *KvR*, 1996, págs. 65 y sigs., y G. CZEMACH: «Der Kruzifix-Beschluss zwischen Neutralität und Glaubensforderung sowie als Spielball der Emotionen», en *ZRP*, 1996, págs. 201 y sigs.

(52) Según el Reglamento, de 21 de junio de 1983, sobre escuelas de grado medio (*Volkschule*) en cada aula debe colocarse una cruz; este Reglamento, del Ministerio para enseñanza y culto del Estado de Baviera, se basa en la Ley bávara sobre educación y enseñanza y en la Ley sobre escuelas de grado medio. El mencionado Reglamento establece en su art. 13.1 lo siguiente: «La escuela colabora con quienes ejercen la patria potestad en la educación religiosa de sus hijos. La oración en la escuela, los actos de culto y las prácticas de adoración son formas posibles de colaborar. En cada aula debe colocarse un crucifijo. Los profesores y los alumnos están obligados a respetar la concepción religiosa de todos.»

¿Cómo ha de valorarse esta especie de «esquizofrenia» entre fundamentos jurídicos y fallo? (53) Se diría que los fundamentos han sido redactados para satisfacer a una parte y el fallo para satisfacer a la otra.

A mi modo de ver, estas decisiones se insertan dentro de una tendencia que, siguiendo a un autor italiano (54), podríamos llamar Derecho manso (*diritto mite*). Sin embargo, el Derecho «manso» en las decisiones judiciales difícilmente podrá ser tal. Puesto que el papel del juez consiste en decir lo que es Derecho al término de un proceso entre dos partes formalmente enfrentadas, la decisión del fallo no resultará «suave» (mansa, dúctil) para aquella parte que vea así denegada su pretensión. A su vez, la parte a cuyo favor se pronuncia, conservará la perplejidad de que con base en unos argumentos que ella no comparte —y que quizá sí asume la parte contraria— se haya dictado a su favor. La parte no satisfecha, por mucho que convida los argumentos, se encontrará con el obstáculo de no poder invocarlos a su favor cuando se repita una situación semejante, pues precisamente ellos contribuyeron a que su pretensión no se viese satisfecha (55).

El distinto resultado al que se puede llegar, según la interpretación que se adopte, no es un problema exclusivo de la interpretación del término laicidad o neutralidad, como es obvio. La cuestión es de índole metodológica y de carácter mucho más amplio y afecta, por un lado, a las teorías sobre la interpreta-

(53) Una valoración de la decisión alemana, dentro de la doctrina española, puede verse en S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: «La polémica “Sentencia del Crucifijo”», en *REDC*, núm. 47, 1996, págs. 355-356.

(54) G. ZAGREBELSKI: *Il Diritto mite*, Turín, 1992. Un interesante comentario, de F. RUBIO LLORENTE, a esta obra puede verse en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40, 1994, págs. 427-435. La traducción española de la obra a cargo de M. Gascón, se titula *El Derecho dúctil*, Madrid, 1995.

(55) Sobre el valor jurídico del fallo y la argumentación de las sentencias del Tribunal Constitucional, F. RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 1988, págs. 9 y sigs.; ahora también en IDEM: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, págs. 495-536, ha escrito: «Si la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales es atributo exclusivo de los fallos anulatorios, es claro, en efecto, que carecen de ella las *rationes dicendi*. (...) El fallo de las sentencias desestimatorias produce sólo efecto *inter partes* y aun esto solo limitadamente, como conclusión del litigio en el que se produce, pero sin que ello implique necesariamente la prohibición de replantearlo, y las razones de la decisión carecen, en principio, de toda fuerza vinculante. La existencia de esta fuerza vinculante es precisamente, sin embargo, la condición de posibilidad de las sentencias interpretativas. Es claro que éstas son, desde el punto de vista del análisis lógico, también sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de interpretaciones determinadas, pero esta declaración no figura en el fallo, sino en el razonamiento que le precede y esto es lo jurídicamente decisivo» (cit., pág. 516).

ción de la Constitución (56) y, por otro lado, al propio papel del juez (57), que dista mucho de ser la *bouche de la loi* (58), en su misión aplicadora e interpretadora de la ley, aún cuando esté sometido a ésta (59).

Pero el tratamiento de estas interesantes cuestiones de método exceden el objeto de nuestro trabajo, que se propone indagar sobre la orientación de los pronunciamientos en materia de laicidad. Pues bien, no en todas las decisiones en las que se apela a la neutralidad del Estado, se observa lo que acabamos de señalar en las sentencias sobre *l'ora de religione* y el *Kruzifix-Beschluss*. Una decisión de obligada referencia es la sentencia sobre la admisibilidad de la oración en la escuela (60). En ella, el Tribunal Constitucional Federal, al declarar

(56) Sobre este problema, veáse, M. KRIELE: *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2.^a ed., Berlín, 1976, en esta obra el autor ofrece una propuesta que, sin ignorar la consideración de los valores —como había propuesto el método racional de Forthoff— intenta someter a una disciplina previsible la ponderación de los valores; C. STARCK: *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994, en esta obra el autor desarrolla con mayor extensión lo que aparece sólo apuntado en su artículo *Die Verfassungsauslegung*, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts, VII. Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, Heidelberg, 1992, págs. 189 y sigs.; R. ALEXI: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. a cargo de M. Atienza y I. Espejo, Madrid, 1989, aborda el tema desde una perspectiva teórica no reducida a la Constitución. Una propuesta de modernización del método de interpretación de la Constitución en lo que se refiere al problema de los valores, de modo sintético, en A. BALDASSARRE: «Constitución y Teoría de los valores», trad. a cargo de E. García, en *Revista de las Cortes Generales*, 32, 1994, págs. 7-34. En nuestra doctrina, E. ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

(57) Una crítica sobre la tendencia actual del Tribunal Constitucional Federal, que a juicio del autor se aparta de su verdadera función, puede verse en J. ISENSEE: «Bundesverfassungsgericht - quo vadis?», en *FAZ*, núm. 225, de 26 de septiembre de 1996, pág. 13.

(58) Consideraciones de carácter histórico sobre el tema, pueden verse en C. STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. a cargo de L. Legaz Lacambra, Madrid, 1979, págs. 205-211.

(59) Sobre este tema en el Derecho alemán, con interesantes aportaciones de teoría general, que pueden trasponerse a nuestro Derecho, cfr. C. STARCK: «Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 34, Berlín, 1976, págs. 43-88; ahora también en IDEM: *Der demokratische Verfassungsstaat...*, págs. 58-96. Una síntesis sobre el problema del poder normativo de la Jurisprudencia de carácter comparado entre distintos Estados europeos ha sido realizada por RIVERO en VV. AA.: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984, págs. 667 y sigs.

(60) La decisión del Tribunal Constitucional Federal (Auto de 16 de octubre de 1979, en *NJW*, 1980, págs. 575-579) había sido precedida de otras controversias en distintas instancias, desde los Tribunales ordinarios, hasta el Tribunal del Estado de Hessen (Sentencia de 27 de octubre de 1965, referencia tomada de los antecedentes de la decisión del TCF), desde el Tribunal Administrativo Superior de Münster hasta el Tribunal Administrativo Federal (Sentencia de 30 de noviembre de 1973, en *NJW*, 1974, pág. 574) y, finalmente, el Constitucional Federal que re-

la legalidad de que se establezca una oración en la escuela, aunque uno o varios alumnos se opongan a ella, ha manifestado de modo inequívoco que la Ley Fundamental en materia de Derecho eclesiástico y libertad religiosa no permite la inclusión de un modelo laicista de separación Iglesia-Estado. Invocando la libertad religiosa negativa, no puede verse coaccionado o recortado el derecho de libertad religiosa positiva. El necesario equilibrio entre las aspiraciones de la libertad religiosa positiva y la negativa, sólo puede obtenerse mediante el acatamiento del deber de tolerancia (61).

Nuestro Tribunal Constitucional (62) ha declarado que «el art. 16.3 de la Constitución proclama que ninguna confesión tendrá carácter estatal e impide, por ende (...), que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales» (63). Y en un pronunciamiento posterior, entre otros argumentos, exponía que de los considerandos de la sentencia recurrida no se deducía que sea la protección específica de la religión católica lo que fundamentó el fallo. Asimismo, añade que «el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección» (64).

solvió definitivamente la cuestión, a favor de la admisibilidad de la oración en la escuela. Un estudio de estas sentencias, desde una perspectiva comparada con el Derecho español, puede verse en M. J. ROCA: *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Santiago de Compostela, 1992, págs. 112 y sigs.

(61) J. LISTL: *Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit*, en J. LISTL y D. PIRSON (eds.): *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2.^a ed., Berlín, 1994, págs. 441-442.

(62) Las sentencias de nuestro Alto Tribunal en materia de enseñanza (la STC 5/1981, de 13 de febrero, que resuelve el segundo recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, en la que se regula el Estatuto de Centros Escolares; la STC 47/1990, de 20 de marzo, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales contra la instrucción del subsecretario de Educación y Ciencia que prohíbe a dichos profesores ser candidatos al cargo de director de su centro educativo e incluso la STC 62/1982, de 15 de octubre, que resuelve los recursos de amparo acumulados interpuestos con ocasión de la controversia suscitada por la publicación de un libro de educación sexual para niños) no tienen, como en los dos países comparados, una construcción doctrinal relativa al principio de laicidad. No obstante, el principio de aconfesionalidad ha sido mencionado en sentencias sobre otras materias; por ejemplo, relativas al reconocimiento de efectos civiles de decisiones canónicas, la STC 1/1981, de 26 de enero, y la STC 66/1982, de 12 de noviembre, o relativas al descanso dominical, la STC 19/1985, de 13 de febrero, donde se menciona que el descanso dominical no tiene en nuestro ordenamiento una fundamentación religiosa.

(63) Cita tomada de la STC 24/1982, de 13 de mayo, Fundamento Jurídico 1.

(64) Auto 180/1986, de 21 de febrero, Fundamento Jurídico 2.

De la Jurisprudencia parece desprenderse un claro límite negativo de la laicidad y un límite no tan claro en su aspecto positivo. Esto es, aparece con nitidez que la aconfesionalidad (65) del Estado impide la identificación del Estado y la religión, pero no la protección de libertad religiosa; no se acierta a entender qué decisiones positivas debe tomar el Estado a consecuencia de su neutralidad. El Tribunal Constitucional español es el más parco en sus manifestaciones; pero, en todo caso, desde el presupuesto de la laicidad, se garantizan aspectos de la libertad religiosa positiva. Tanto la sentencia alemana relativa a los crucifijos en la escuela, como la sentencia italiana sobre la alternativa a la clase de religión consideran que un Estado laico (término italiano) o neutral (término alemán) no puede prescindir de los valores históricamente enraizados en la sociedad (según el Tribunal alemán) ni adoptar una actitud de extrañeza, hostilidad o confesionalidad (siguiendo la sentencia de la Corte italiana). Desde presupuestos teóricos semejantes, en virtud de los cuales la laicidad no puede interpretarse en el sentido de indiferencia del Estado frente al factor religioso, se adopta en la práctica una decisión, en ocasiones, más favorable a la libertad religiosa negativa que a la positiva; mientras que en otros supuestos se decide en sentido inverso. Sin embargo, no parece que la diversidad de trato jurídico se justifique siempre por las diferencias que puedan presentar los hechos probados ante el juez o en las distintas normas aplicables al caso. Si la diferencia de trato jurídico no resulta previsible por los sujetos de Derecho, obligados al mismo tiempo a su cumplimiento, ha de admitirse, pues, que se requiere un mayor esfuerzo por parte de los juristas (legislador, jueces y doctrina) para someter a una mayor disciplina a los argumentos judiciales, especialmente cuando éstos decidan en materias o ámbitos cargados de valores. En otro caso, poco habremos avanzado desde los orígenes de la neutralidad hasta hoy. Si antes el poder absoluto se justificaba por el pacto social —sin referencia a otro límite que no fuera la voluntad propia—, hoy el poder consensuado de los jueces especialmente cuando se trata de pronunciamientos sobre constitucionalidad, parece justificarse sólo por la mayoría de votos alcanzada en el seno del órgano colegiado.

V. CONSIDERACION FINAL

En suma, la democracia laica, por sí sola, no es suficiente para una ade-

(65) Ya anotamos que los términos de laicidad y neutralidad los considerábamos sinónimos; el concepto de aconfesionalidad hace referencia a la neutralidad en ámbito específico de lo religioso.

cuada garantía de los derechos humanos, se requiere una fundamentación metafísica de éstos para obtener su necesaria protección. Es decir, la vigencia de los principios de neutralidad (la no identificación del Estado con los valores de una determinada religión o ideología) y tolerancia (el respeto, dentro de los límites del orden público, de cualquier concepción por minoritaria que sea), no deja de requerir un mínimo de homogeneidad ética para el mantenimiento de un orden jurídico duradero, incluso dentro de una sociedad plural.