

EL RELIEVE CONSTITUCIONAL DE LA IDENTIDAD RELIGIOSA (UN ENSAYO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO)

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón*

Cf. Mc. 9, 38-40

1. SECULARIZACIÓN Y CONFESIONALIZACIÓN

La secularización es concepto harto polémico que ha hecho correr ríos de tinta entre los más afamados especialistas en la materia. A los efectos puramente instrumentales que aquí interesan, puede definirse como un fenómeno social, antes que político y jurídico, consistente en que la sociedad establece sus propios valores autónomamente. Esto es, sin referencia alguna a las doctrinas y autoridades religiosas. Se trata de un proceso de larga duración, al parecer inherente a la modernidad, tal como la caracterizara Weber, y es, sin duda, el rasgo más destacado por la sociología religiosa de nuestro tiempo. La secularización no excluye la religión. Antes al contrario, es terreno fértil para el desarrollo de nuevas formas de religiosidad como la “religión invisible” que teorizara Luckmann¹ e incluso a excluir las religiones clásicas del espacio público, diluyendo su dogmática, relativizando su enseñanza y devaluando la presencia social de sus símbolos y sus ministros. Un texto clásico en la materia, el libro de Wilson, *Religion in Secular Society*² dio, hace ya años, elocuente cuenta de ello.

Por el contrario, la confesionalización es un fenómeno político y jurídico, consistente en una intensa relación e interpenetración de los poderes y las instituciones públicas con las confesiones religiosas, fundamentalmente con una, que, en último término impregna con sus categorías, especialmente las dogmáticas, simbólicas y rituales, las instituciones y los espacios públicos. La *Res Publica* es

* Ponencia no expuesta oralmente. Una primera y más reducida versión de este trabajo se publicó en ALBERTO ALABORT (ed.) *Logos y Vida. Homenaje al Profesor D. Juan José Garrido Zaragoza*, Valencia (Facultad de Teología S. Vicente Ferrer) 2015:407-431.

¹ *The Invisible Religion*, Nueva York (Macmillan) 1967

² *Religion in Secular Society, A Sociological Comment*, Londres, (Watts & Co.) 1966.

así *Res Sacra* y como tal se ha considerado formalmente al Estado prolongación de la Iglesia en el cristianismo oriental³. Pero, a la vez, la religión se convierte en materia eminentemente política y la correspondiente Iglesia en un servicio público, dando nueva vida a la vieja fórmula ciceroniana, *una cuique civitati religio est, nostra nobis (Pro Flaco XXVIII)*, que el evangélico *Cesaris Cesari, Dei Deo (Mc.12,17)* parecía haber cancelado ¿Es la nacionalización, incuso de la religión, como dijera André Hauriou, un retorno a la Ciudad antigua?

La confesionalización de los Estados, su identificación con una confesión religiosa —católica, luterana, anglicana, reformada—, ha sido una constante en la historia europea, cuna y patrón del moderno constitucionalismo. Primero, en España e Inglaterra; después, por doquier desde Westfalia, hasta entrar en crisis con el constitucionalismo liberal⁴. En una u otra medida, todos los Estados europeos siguieron análogo proceso, si bien el tipo de organización religiosa que adoptaron indujo uno u otro resultado. Los afectos a lo que Milton Yinger⁵ denomina religión universal institucionalizada —v.gr. los católicos— no llevaron la simbiosis al extremo de los Estados que, como los protestantes, organizaron sus confesiones como *Ecclesiae* estrictamente nacionales. Los rasgos confesionales del constitucionalismo extraeuropeo siguen las mismas pautas y las formas religiosas que Yinger denomina universales difusas, esto es, no institucionalizadas, v. gr. el Islam, son más proclives a la nacionalización que las institucionalizadas y confunden sus instituciones con las del Estado (v.gr. Malasia, 2010, sec. 3,2 y Brunei, 1959, sec. 3, 2 y 3).

Lógica e históricamente secularización y confesionalización parecen fenómenos antitéticos, de modo que la secularización social debiera excluir la confesionalización de los poderes públicos y así lo afirma como un hecho incontestable una doctrina más prescriptiva que analítica⁶. Y es claro que una opción jurídico-política que pretenda favorecer la secularización adopta posiciones laicistas. Un caso reciente y extremo de ello serían las políticas antirreligiosas de los regímenes comunistas, primero en la URSS, después en las llamadas democracias populares y cuyo máximo ejemplo fue el ateísmo oficial de la Republica Popular de Albania en 1976 (arts. 7 y 55).

³ Esta idea de cuya popularidad da muestra el texto de *Los hermanos Karamazoff*, está avalada por el constitucionalismo histórico rumano (Cf. IORDACE "Church and State in Romania" en Ferrari, Durham, Cole (eds.) *Law and religion in Post Communist Europe*, Lovaina-Paris, 2003).

⁴ Un útil estudio introductorio y ensayos monográficos sobre los diferentes casos europeos de confesionalización y abundante y seleccionada bibliografía en HAUPT y LANGEWIESCHE (eds) *Nación y religión en Europa. Sociedades multiconfesionales en los siglos XIX y XX*, trad, esp. Zaragoza (Inst. Fernando el Católico) 2010.

⁵ *The Scientific Study of Religion*, Londres (Macmillan) 1970:251 ss.

⁶ Un ejemplo bien autorizado de tal posición es interpretar "las tradiciones constitucionales comunes" a las que se remite el derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea, no como el balance de los textos vigentes y de su práctica, sino como la hipotética tendencia de todos ellos, por diversos que sean sus modelos hacia un objetivo común, el "Estado laico", dogmáticamente afirmado (Dionisio Llamazares, "Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI" en *Estado y Religión en la Europa del siglo XXI, Actas de la XIII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid (CEPyC), 2008:18 ss.

Pero atendiendo a lo que el ilustre sociólogo lovaniense Karel Dobbe-laere⁷ denomina macronivel y, sin duda, lo es el análisis de las normas constitucionales hoy vigentes relativas a la religión, muestra lo contrario.

La secularización es evidente en las sociedades europeas, pero también en otros ámbitos culturales. Y, sin embargo, a lo largo y ancho de los cinco continentes, entre las más diferentes culturas, puede comprobarse que los Estados conservan y desarrollan importantes elementos neoconfesionales y así lo hacen constar en sus constituciones. Calificarlos de residuos en vías de superación, como es frecuente que se haga, es, sin paliativos, una enorme frivolidad y pretender forzar su eliminación es confundir las tareas del comparatista con las ilusiones constructivistas de un megalománico legislador universal. Pero tampoco me parece acertado tomarlos como muestra de una antiseccularización en curso. No se trata de una prueba más de lo que Gilles Kepel denominó *La Revancha de Dios*⁸ a través de formas fundamentalistas. Antes bien, como expondré más adelante, salvo en algunos países musulmanes, estas declaraciones constitucionales de neoconfesionalidad van de la mano con el reconocimiento de la más amplia libertad religiosa e, incluso, de la separación entre la Iglesia y el Estado.

El objeto de este breve ensayo no es, claro está, un análisis exhaustivo de tan compleja materia y de las cuestiones con ella conexas. Pretende, simplemente, llamar la atención sobre tales elementos confesionales y esbozar, de manera forzosamente elusiva, su funcionalidad para explicar su compatibilidad con la secularización social.

2. TRABAJO DE CAMPO

Para mostrarlo he analizado al efecto los ciento noventa y un textos constitucionales hoy vigentes en el mundo y muchos de sus precedentes que he conseguido localizar⁹. Entre ellos, hay algunos correspondientes a microestados, apenas veinte entre los más de doscientos tomados en consideración y expresamente citados, pero el comparatista, decía Arminjon, ilustre y fecundo pionero de este tipo de estudios, haría mal en despreciar cualquier anécdota, por pequeña que sea, capaz de ilustrar una categoría.

⁷ *Secularisation. An Analysis at three Levels*, Bruselas (Peter Lang) 2002.

⁸ Paris, du Seuil, 1991.

⁹ He utilizado como guía el repertorio de VEGA GUTIÉRREZ (ed.) *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas. Textos constitucionales*, Granada (Comares) 2003, completando y actualizando los textos con las versiones que figuran en las páginas web de los diferentes Parlamentos nacionales. (Cf. BLAUSTEIN & FLANZ (eds.) *Constitutions of the Countries of the World*, Oceana Publications inc., Nueva York (Ahora en www.worldoceanreview.com) Las constituciones se citan por el nombre del Estado, su fecha entre paréntesis y el número del artículo o sección.

Un conocimiento cabal del tratamiento constitucional de la religión requeriría ir más allá de los textos y atender a su desarrollo legislativo y a su interpretación jurisprudencial. Lo primero solo lo he hecho muy parcialmente y de ello doy cuenta a continuación. Lo segundo excedería con mucho los límites de este ensayo de cuyas carencias soy muy consciente. Solo en contadas ocasiones he recurrido a la jurisprudencia. Sin embargo, creo que los solos textos constitucionales, aun sin desarrollo normativo y administrativo y sin interpretación jurisprudencial, son de sobra elocuentes para ilustrar el relieve constitucional que alcanzan los temas religiosos. Un relieve que muestra una cierta pulsión social, porque el constituyente no es un fantasma, sino, como de todo legislador decía Ph. Heck, la diagonal resultante de los intereses en presencia, incluidos, claro está, los sentimientos. Pero esta innegable pulsión social no tiene que estar directamente vinculada a la “fe y devoción que solo Dios conoce”, como dice la fórmula litúrgica. Pongo entre paréntesis husserlianos lo que los anglicanos o los cingaleses creen y practican y me limito a comprobar que la Iglesia anglicana es, en Inglaterra, una religión de Estado y que los shinaleses han luchado hasta la muerte para preservar la identidad budista de Ceylan.

Las constituciones abordan la religión desde dos perspectivas diferentes. Una, los objetos religiosos, desde el concepto de Dios hasta las instituciones eclesiásticas; y, otra, la libertad religiosa. En cuanto a la primera, más de un centenar de textos constitucionales vigentes contemplan el hecho religioso en sí mismo. Desde la invocación de la divinidad hasta la configuración de Iglesias de Estado o la plena confesionalización de éste y la consiguiente creación de instituciones estatales de función religiosa —por ejemplo los Consejos de expertos islámicos en Malasia o Brunei atrás citados y de Comoras o la jurisdicción del Cadí para la aplicación de la *sharia* de Kenia o Nigeria o la garantía político constitucional de bienes económicos religiosos —por ejemplo en Chipre—.

Respecto de la segunda, la libertad religiosa, sea una norma efectiva, sea una declaración meramente nominal, figura en la mayoría de las constituciones vigentes y se proyecta en campos muy diversos. Desde la no discriminación individual de los creyentes y la colectiva de las religiones, hasta la autonomía de éstas, pasando por la libertad de cultos, de enseñanza o la presencia religiosa en los servicios públicos. Me ocuparé principalmente de la primera de las perspectivas indicadas y solo en relación a ella de la segunda, por las razones que verá el lector.

La distribución geográfica y adscripción dogmática de tales constituciones es significativa. En Europa treinta y una constituciones vigentes prestan atención a aspectos varios del hecho religioso, sin contar las referencias a la libertad religiosa. De ellas, trece (Irlanda, Andorra, España, Portugal, Italia, Hungría, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Malta, Mónaco, Lichtenstein) corresponden a sociedades católicas; seis (Reino Unido, Islandia, Noruega, Suecia, Dinamarca y

Finlandia) a sociedades protestantes; siete a sociedades cristiano-ortodoxas (Ucrania, Bulgaria, Macedonia, Grecia, Georgia, y Chipre), incluyendo entre ellas a Armenia sin desconocer la peculiaridad de su Santa Iglesia Apostólica; tres (Alemania, Países Bajos y Suiza) a sociedades bi o multiconfesionales; y dos (Albania y Bosnia) a sociedades musulmanas en vías de expansión.

El caso de Francia merece un párrafo a parte. Estado prácticamente confesional desde la restauración napoleónica, la IIIª República abre una profunda crisis a partir de la penúltima década del siglo XIX, que culmina con la ley de separación de 1905. Pero ésta, pese a su indiscutible hostilidad laicista, contenía ya, frente al inicial proyecto radical de Cambon en 1904, semillas de pactismo que fructificaron a partir de los años 1920 con la sustitución de las Asociaciones Culturales previstas en dicha ley y rechazadas por la Iglesia Católica, por las asociaciones Diocesanas, presididas por el Obispo local. Los acuerdos Poincaré-Ceretti de 1924 y la asistencia oficial a la canonización de Juana de Arco fueron otros tantos hitos significativos en un proceso que culmina en lo que se ha considerado como paradigma de la laicidad positiva caracterizada por una intensa cooperación de las autoridades civiles y religiosas. Proceso en el que ha desempeñado una función capital la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado, proclive a una interpretación liberal de las normas laicizadoras y siempre atenta al sentir popular, a la cual más adelante haré referencia. Tal es la laicidad de la República, constitucionalizada desde 1946 y que se considera un rasgo de la identidad francesa¹⁰. Se trata de una laicidad sobre un fondo cristiano y, más aún, católico¹¹. Ello convierte, de hecho, la laicidad en un instrumento de defensa de dicha identidad frente a confesiones foráneas, el Islám y las asiáticas.

De las constituciones de los dieciocho Estados americanos, todos menos México y Cuba, abordan el hecho religioso, atendiendo al contexto, desde una perspectiva tácitamente cristiana. Así la vigente Constitución de Colombia, se inicia con una invocación a Dios y rompe con la tradición seguida por sus antecesoras y declara la separación entre la Iglesia y el Estado que presta a la Iglesia Católica grandes facilidades patrimoniales y funcionales y otro tanto hace la de Uruguay. Es original la fórmula nicaragüense de 1987 cuyo Preámbulo rinde tributo a “los cristianos que, desde su fe en Dios se han comprometido e insertado en la lucha por la liberación de los oprimidos”, clara referencia a la “teología de la liberación”.

¹⁰ Cf. La espléndida y aguda síntesis de VÁZQUEZ ALONSO, *Laicidad y constitución*, Madrid (CEPyC) 2012:169 ss). Más adelante abundaré en el tema. Cf. RAMBAND, *Le principe de séparation des cults et de l'Etat en Droit Public Comparé*, París (L.G.D.J.) 2004.

¹¹ Desde Briand, en pleno debate sobre la separación (*Quand on a lutté contre... l'Eglise... on finit pour éprouver une sorte d'affection pur elle et l'on se resout difficilement a s'en séparer*) cit Conseil d'Etat Rapport Public 2004 *Un siecle de laïcité Etudes & Documents* n° 55:254, hasta el Presidente Macron, en plena reconciliación (*Ce qui importe c'est la sève et je suis convaincu que la sève catholique doit contribuer encore et toujours a faire vivre notre Nation*) Discours du Président de la République devant les Evêques de France, 10 de Abril 2018.

En cuanto a los Estados Unidos, sabido es que la primera enmienda a la Constitución prohíbe la oficialización de cualquier confesión (*non establishment clause*). Pero la interpretación mayoritaria de tal fórmula se ha venido inclinando por la versión *non preferential*, que excluye la opción de los poderes públicos por una determinada confesión religiosa, pero no niega la relevancia de la religión y, más aún, de la tradición judeocristiana, en la identidad de la nación. La proliferación de confesiones no cristianas, el auge de los movimientos agnósticos y las denominadas “guerras culturales” entre una modernidad racionalista y libertaria y dogmas y éticas religiosas, ha replanteado la cuestión en los últimos años en diversos campos. Desde la jurisprudencia —a partir del caso *Employment Division vs. Smith* de 1990— al periodismo de opinión —baste pensar en los grandes reportajes sobre la cuestión religiosa en el *New York Times* en los años 2006 y 2007— pasando por la crítica académica radical, en el sentido de desvincular la identidad política americana de cualquier connotación religiosa. Sin embargo, la reacción que puede considerarse hoy mayoritaria, trata de restaurar valores y símbolos religiosos insistiendo en su carácter de tradición cultural, vinculada a la identidad nacional¹².

En el Asia no islámica pueden distinguirse los siguientes tipos de tratamiento constitucional de la religión, excluyendo los Estados aún formalmente comunistas, como es el caso de China, Mongolia y Vietnam.

Primero, el laicismo propio de las dos grandes democracias, Japón y la India, si bien de acuerdo con dos pautas diferentes: la nipona y la hindú.

La constitución japonesa de 1946 secularizó plenamente el Estado, desoficializó el Shinto, hasta entonces religión oficial y desacralizó la figura del Emperador. Sin embargo, la práctica oficial de las instituciones, por ejemplo, la entronización imperial, sigue respondiendo al ceremonial shintoísta y gozan de amplio apoyo en la opinión pública. Como el propio Hiro-Itō explicó sin demasiado éxito al general MacArthur, jefe supremo de las tropas de ocupación en el Japón vencido, la concepción nipona de la divinidad era muy distinta de la judeocristina y, en consecuencia, la desacralización del Emperador tampoco se correspondía con la tradición de los Estados Unidos, expresada en la Primera Enmienda atrás citada y se refería más bien a una expresión simbólica de la identidad nacional (*kokutai*) y eso es lo que hoy, tras la desdivinización del *Tenno*, sus residuos siguen expresando. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la oficialización del shintoísmo como formulación de la identidad nipona, a fines del siglo XIX y la consiguiente marginación del budismo por obra de la restauración Meiji, coincide con el auge nacionalista que presidió dicha empresa.

¹² Cf. NOVAC “Faith and American Founding. Its Religion’s Influence”, *First Principles*, nº 7:1 ss. Cf. HERBERG, *Catholics, Protestants and Jews*, Nueva York, 1955 (trad. esp. México, 1964). Sobre los últimos planteamientos Vd. WITTE & NICHOLS, *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, trad. esp. Pamplona (Thomson-Aranzadi) 2018, en especial caps. X, XI y XII.

En cuanto a la India, los constituyentes optaron por el laicismo de corte occidental y así fue entendido como uno de los pilares estructurales de la Constitución de 1950¹³. Sin embargo, la declaración constitucional del laicismo se ha interpretado en dos sentidos diferentes. Por un lado, fieles a la idea que del laicismo tenía Nehru, intérpretes muy autorizados del texto consideran que “cuando se dice que la India es un Estado laico no significa que rechazemos la idea de un espíritu invisible o la importancia de la religión para la vida ni que exaltemos la falta de la religión o que la laicidad se convierta en una religión positiva, sino que no debe darse una situación preferente a religión alguna... y ese criterio de imparcialidad en materia de religión o de comprensión y abstención tiene que desempeñar una función profética en la vida nacional”¹⁴. Que el Estado no tenga religión, no supone su indiferencia religiosa, sino la estima por igual de todas las religiones. La libertad religiosa y el aprecio de sus diversas instituciones es consecuencia de ello¹⁵.

Sin embargo, tal visión del laicismo, no solo tropezó dese el principio con reticencias prácticas, sino con una importante y docta corriente de opinión que propugna la función identitaria del hinduismo como instrumento de construcción nacional¹⁶ y su primer resultado fue la reforma del citado texto de la constitución en 1976 mediante la Enmienda nº 42, para eliminar el adjetivo “laico” que caracterizaba al Estado en el artículo 1 y pasarlo al Preámbulo, cuyo valor normativo, enfatizado por la doctrina del Tribunal Constitucional, no está, sin embargo, claro al margen del texto articulado.

El segundo tipo es el de la religión de Estado, seguido con relación al budismo en Camboya (art 43), y prácticamente en Tailandia cuyo Rey ha de ser budista y “protector de todas las religiones” (sec. 9).

Un tercer tipo, muy semejante al anterior, pero con importantes matices diferenciales, es el representado por Filipinas cuya Constitución desde 1947 a la vigente de 1984 repite en sus arts. II,6 y III,5 la fórmula estadounidense de la *non establishment clause*, pero en su preámbulo invoca la protección divina

Un cuarto tipo es el de Bután. Este pequeño reino es una creación de los monjes budistas procedentes del vecino Tíbet pero que, muy temprano,

¹³ Cf. KRISHNASWAMY, *Democracy in India. A Study of the Basic Structure Doctrine*, Nueva Delhi (OUP) 2008

¹⁴ RADHAKRISHNAN, *Recovery of Faith*, Londres, 1956:148. Esta misma es la tesis del gran constitucionalista indio BASU (*Constitutional Law of India*, Bombay, 1998), que, sin embargo ya apoya cierto rasgos del identitarismo hindú, v.gr. el respeto a la vaca sobre el art. 48 de la constitución

¹⁵ Vd. art. 14 a 16 , 19 y 21, 25 a 30 Constitución India

¹⁶ Cf. MADAN “Secularism in its Place” en SHAGARI (ed.) *Secularism and its Critics*, Nueva Delhi (OUP) 1998. Una vision global de la cuestión en AMARTYA SEN, *The argumentative Indian Writings on Indian History, Culture and Identity*, New York, 2005.

hacia 1616, estableció una distinción conceptual entre gobierno y religión que, actualizada, ha llegado al presente¹⁷. En él, la Monarquía, aun sacralizada, ha desempeñado una función secularizadora y algún antropólogo ha señalado el paralelismo entre la experiencia de Bután y la no menos sacral y a la vez secularizadora, Monarquía davídica. Primero, sustituyendo la teocracia inicial; después, limitando la intervención monacal en el gobierno, al reformar el poderoso Consejo de los Monjes; últimamente, constitucionalizando el Estado sobre la base de la soberanía nacional, los derechos fundamentales y la división de poderes y todo ello manteniendo las formas de una legitimación religioso-tradicional de la que da abundante testimonio la literalidad del preámbulo de la vigente Constitución de 2008. En él y en otros textos normativos claramente innovadores, se utiliza un lenguaje arcaico y unas fórmulas arcaizantes que sirven para hacer más aceptable una innovación que no rompe la identidad.

El budismo no es la religión oficial de Bután sino su “herencia espiritual” que promueve “los valores de paz, no violencia, compasión y tolerancia” (art.3,1). El Monarca (Druck Gyalpo), él mismo budista, debe ser “el protector de todas las religiones de Bután” (art 3,2). Las instituciones y personalidades religiosas, especificadas en la constitución (art. 3, 3^a 6) que se renuevan por cooptación y son financiadas por el Estado (art.3,7) deben quedar al margen y por encima de la política y promocionar la herencia budista.

Esta función identitaria que la religión ha cumplido y cumple en el sudeste asiático, como muestran los ejemplos citados, no es estática ni siempre pacífica. La pluralidad de creencias, cultos e identidades no ha cesado ni cesa de provocar conflictos y reequilibrios que cabe ilustrar con los casos paradigmáticos de Nepal y Ceilán (Sri Lanka).

El Nepal¹⁸ fue, desde su nacimiento a mediados del siglo XVIII, un Estado hindú y su identificación como tal se intensificó bajo el gobierno Rana (1846-1951) y su Constitución de 1948. La restauración de los poderes del Rey Shah en 1951 y su radicalización desde 1962, tras la breve experiencia constitucional de 1959, vinculó unidad lingüística, monarquía e hinduismo como factores de identificación, situación mantenida en la Constitución de 1990. Pero que no resistió la presión de las minorías y el potencial revolucionario y llevó a la proclamación de la república en el 2008, junto con la organización federal del Estado, el reconocimiento del poliidentitarismo, pluriétnicismo y plurilingüismo de Nepal y la libertad religiosa establecida en la última constitución del 2015. La radicalización de los factores de identificación condujo, así, a la disolución de la identidad buscada.

¹⁷ Cf. WHITECROSS, “Separating Religion and politics? Buddhism and the Buthanese Constitution” en KHILNAN, RAGHAVAN, THIRUVENGADAM (eds.) *Comparative Constitutionalism in South Asia*, Oxford, 2018:116 ss. y las referencias allí dadas.

¹⁸ Cf. KALAGADI, “Constitutional Development in a Himalayan Kingdom. The Experience of Nepal” en KHILNANY *et alii* (eds) *op. cit.*:86 ss.

Ceilán¹⁹ ofrece la experiencia inversa. Las identidades sinalesa (mayoritaria) y tamil (minoritaria), revestidas respectivamente de budismo e hinduismo, convivieron pacíficamente durante el régimen colonial y la Constitución Soulbery²⁰ que presidió los primeros años de independencia (1948-1956). Pero el conflicto llevó a una sangrienta guerra civil y las dos constituciones republicanas de 1972 (Preámbulo y art. 6) y 1978 (art. 9) han consagrado una preeminencia del budismo como factor identitario del Ceilán, al hilo de la supremacía lingüística del sinalés. Es la fórmula anunciada por la Constitución birmana de 1947, que tras establecer la libertad religiosa (art. 20), reconoce la posición especial del budismo como fe profesada por la mayoría de los ciudadanos.

En el Caribe y en el Índico existen numerosos Estados, medios y micro, cuyas constituciones ofrecen un importante muestrario de expresiones religiosas. Algunas constituciones revelan la impronta protestante de las potencias administradoras hasta la independencia. Las fórmulas utilizadas responden a dos o tres modelos que son repetidos a lo largo de toda la zona, mostrando la identidad del redactor de muchas de ellas. La mayoría reconocen, con fórmula filobritánica inaugurada en Canadá, la dependencia de Dios²¹. Otras se constituyen "bajo la mano de Dios que nos guía" (Papua), confían en "la divina providencia de Dios Todopoderoso" (Palau) y reconocen "a Dios como el Señor Todopoderoso y Eterno y el dador de todos los bienes" (Nauru). Fórmulas semejantes cuando no idénticas, se encuentran en las vigentes constituciones de Tuvalu, Tonga, San Cristóbal y Nieves, Barbados, Dominica, Santa Lucía, Granada, San Martín y Granadinas. La constitución de las Seychelles considera a Dios como integrador de su comunidad y la de las Islas Marshall, origen de su identidad. La de Fidji, a la que después haré referencia, es aun más enfática.

Las constituciones de países musulmanes, se proclaman en nombre de Alá "el Clemente el Misericordioso" y algunas, a partir de la pakistaní de 1956 enfatizada en 1972, señalan el carácter vicarial de toda potestad e institución humana, puesto que "a Dios corresponde el dominio directo de todo el universo". Son excepción, por un lado, Indonesia, el Estado con mayor volumen de población musulmana del mundo, cuya Constitución de 1945, reiteradamente enmendada, hace varias invocaciones aconfesionales de Dios (Preámbulo y art. 29), sin identificar nominalmente a un Dios único y omnipotente. Y, por otro, Mali, fiel al laicismo de la República Francesa.

¹⁹ Cf. UDAGAMA "The Democratic State and Religious Pluralism. Comparative Constitutionalism and Constitutional Experience of Sri Lanka" en KHILNANY *et alii* (eds.) *cit.*:145 ss. y JOBSOHN y SHANKAR "Constitutional Borrowing in South Asia. India Sri Lanka and Secular Identity" *Ibid.*:180 ss.

²⁰ Cf. JENNINGS, *The Constitution of Ceylon*, Oxford, 1949, 3ª ed 1953:51 ss.

²¹ Tras una larga experiencia provincial, hoy recogida a la cabeza de la *Constitution Act 1982* "Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law".

Es la total dependencia respecto de Dios, esencia del Islam, lo que constituye la *Umma*, la comunidad musulmana, a la vez social, política y religiosa y, en consecuencia, también su signo de identidad, una identidad colectiva que repercute negativamente sobre la libertad individual. Son las constituciones de los Estados musulmanes las más reacias a reconocer la libertad religiosa. Sea ignorándola (v.gr. Arabia Saudí, Irán), sea escondiéndola bajo la libertad de pensamiento o creencia que, claro está, deja fuera la libertad de culto y de enseñanza (v.gr. Argelia), sea sometiéndola a limitaciones (v.gr. Malasia, sec. 11,4). La Constitución tunecina de 1956 fue una precoz excepción y reconoció la libertad religiosa y la nueva constitución del 2014, menos laicista que su antecesora, ha seguido la misma fórmula y marcado una senda en el constitucionalismo emergente y hartamente ambiguo de la denominada “primavera árabe”.

En Azerbaiyán, Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán, mayoritariamente musulmanes y con importantes minorías ortodoxas, que en su día fueron, por ello, pesadilla para la política antirreligiosa de Moscú²², la herencia soviética ha sido ambivalente. Por una parte, la declarada laicidad del Estado y la no mención constitucional de la divinidad. Por otro lado, el rígido control político de la religión mediante la organización administrativa de sus manifestaciones y actividades como el culto, la predicación, la enseñanza, las asociaciones e instituciones. Solamente se reconocen las confesiones como tales inscritas en el correspondiente registro²³. Ello supuso la administrativización de la vida religiosa que ha evolucionado en la práctica hacia una cuasi neoconfesionalización del Estado. A ello hay que añadir un tercer legado soviético, la creación *ex novo* de estos países mediante la ingeniería político-constitucional impuesta por la tesis leninista del federalismo étnico, desarrollada por Stalin. Ello supuso la emergencia de seis entidades estatales cuya independencia al disolverse la URSS, coincidió con la eclosión islamista gestada de tiempo atrás. Los seis “tanes” fortalecieron su identidad política con la homogeneidad religiosa, si bien la función identitaria del Islam en un marco estatal está siempre debilitada por el carácter transnacional de la *Umma*. En todo caso, es significativo que a la tolerancia hacia las comunidades cristiano-ortodoxas y cualquier otra religión tradicional, se opone la intolerancia hacia confesiones extranjeras, cristianas o no, desde los requisitos para su registro, a la prohibición del proselitismo (v.gr. Uzbekistán, Ley 14 de Junio de 1991).

El caso del Pakistán, tras Indonesia, el país con mayor población musulmana, es ejemplar. Su origen está en la identidad de la comunidad islámica del Indostán que cristalizó en vísperas de la retirada británica, en la teo-

²² Cf. CARRERE D'ENCAUSSE, *L'Empire Éclaté. La Révolte des Nations en URSS*, Paris (Flammarion), 1979:225 ss. y las referencias allí dadas.

²³ Cf. NEWTON, *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States. A Contextual Analysis*. Oxford and Portland, 2017, en especial:284.

ría de las “dos naciones”, musulmana e hindú, que aspiraban independizarse como dos Estados diferentes. El neonacionalismo pakistaní trató de desconfesionalizarse y pese a la importante población hindú que alberga, trató de negar en el interior del nuevo Estado la existencia de las dos naciones. “Todos nosotros, musulmanes y no musulmanes, somos pakistaníes y nada más” declaraba en 1956 el Primer Ministro Suhrawardy²⁴. Pero la Constitución del mismo año, fruto de su primera Asamblea constituyente, donde abundaron los intentos de islamización, estableció una República, “basada en el principio islámico de la justicia social” (Preámbulo), que sin oficializar el Islam como religión del Estado y reconocer la libertad religiosa (art. 18), abundaba en rasgos religiosos identitarios (Preámbulo, y arts. 24, 25, 32 (2), 197 y 198). La siguiente Constitución de 1972 reiteró este carácter (Principios Rectores del Ordenamiento, 1; Principios de política: 1 (modo de vida islámico), 21 (solidaridad islámica) y garantías institucionales (arts 199-206)²⁵.

La identidad religiosa creó el Pakistán, pero no bastó para mantener su unidad, frente a las diferencias de raza y lengua, entre sus dos provincias separadas por miles de kilómetros y, en 1973, lo que era Pakistán Oriental se independizó como Estado de Bangladesh. Su primera constitución, muy influida por la india, declaró la secularidad principio fundamental (art. 8,1), pero la Vª Enmienda restauró la confesionalidad a través de una nueva redacción del Preámbulo y del art.2-A, que, declarada inconstitucional en sede jurisdiccional, fue reafirmada por el Parlamento y mantenida en el actual texto constitucional. Una prueba, entre otras, del progresivo distanciamiento de la jurisprudencia de los jueces y la política popular²⁶.

En las treinta y dos constituciones hoy vigentes en el África subsahariana cabe distinguir dos estirpes. Una de origen francés y portugués y otra filobritánica. La primera, presente en el África francófona, con excepción de Madagascar, que se extiende al Congo, a Guinea Ecuatorial, Angola, Mozambique, Guinea Bissau y Santo Tomé, guarda silencio sobre Dios y proclama, a veces reiteradamente, la laicidad del Estado, aunque, las filolusitanas valorando positivamente las religiones. Paralelamente, Estados que, por recepción del modelo francés, se afirman laicos, dan grandes facilidades a la enseñanza religiosa, so capa de privada (Burkina 27, Burundi 32, Congo 37, Gabón 1, 16º y 19º, Guinea 21, Guinea Ecuatorial 23, Mali 18, Liberia 15, Namibia 20, Senegal 17 y 18 Togo 30).

²⁴ Cit. EMERSON, *From Empire to Nations*, Cambridge, Mss. 1962:349.

²⁵ Sobre las vicisitudes de esa primera constituyente cf. KEITH CALARD, *Pakistan. A Political Study*, Londres, 1957:85-101. Sobre los proyectos de islamización del nuevo Estado *Ibid.*:93 ss. y cf. KEMAL A. FARUKI, *Islamic Constitution*, Karachi, 1952. Más reciente SADAF AZIZ, *The Constitution of Pakistan*, Oxford (Hart), 2018, en especial caps. 2 y 8

²⁶ Cf. HOQUE “Constitutionalism and Judiciary in South Asia” en KIHNLANY, *op.cit.*:303. Al cerrar la redacción no he podido consultar directamente la sentencia en cuestión.

La segunda estirpe menciona a Dios en los preámbulos de Gambia, Nigeria, Sudáfrica y Uganda. En esta segunda estirpe, la libertad religiosa y su proyección en la enseñanza se introducen por recepción de la declaración de derechos nigeriana (sec. 38), a su vez fruto en 1960 de la recepción de la Convención Europea de 1950 y su Segundo Protocolo y de la fórmula pakistani de 1956. En muchos de ellos la invocación a Dios se prescribe, sin alternativa, en las fórmulas constitucionalizadas de juramento. Zambia se proclama “nación cristiana”. Etiopía guarda las huellas de la revolución filomarxista que destruyó el orden monárquico-confesional de su primer constitucionalismo, dependiente del japonés de 1898.

Muchas de las sociedades a las que corresponden estas constituciones se encuentran profundamente secularizadas. Tal es el caso de las de Europa Occidental donde, sin embargo, existen numerosas Iglesias de Estado firmemente insertas en la sociedad y apoyadas por la opinión pública; en la Europa central y oriental el proceso de secularización inherente a su inserción en la sociedad liberal y capitalista va de la mano de una revitalización religiosa que alcanza expresión institucional y normativa; y otro tanto ocurre en países islámicos donde el número de creyentes no practicantes crece en proporción directa al de quienes no solo se confiesan creyentes, sino que utilizan signos externos de identificación como tales. Por otra parte, es evidente que no se trata de textos y declaraciones impuestos a las sociedades respectivas, sino adoptados y apoyados democráticamente, en muchos casos, como reacción a situaciones laicistas a todas luces antidemocráticas e incluso a la herencia secularizadora del colonialismo.

¿Cuál es el significado de tales expresiones? Ello depende, en primer lugar, de los diferentes géneros lingüísticos utilizados.

3. LOS GÉNEROS LINGÜÍSTICOS

Las Constituciones utilizan diferentes géneros lingüísticos al abordar los temas religiosos. No es ésta la ocasión para profundizar en los diferentes géneros lingüísticos del derecho. Básteme repetir lo que vengo señalando hace años²⁷. Existe un lenguaje descriptivo, un lenguaje dinámico y un lenguaje catártico. El primero describe la realidad, el segundo trata de modificarla, el tercero expresa el ánimo de quien habla, ajeno a cualquier descripción o conducta de

²⁷ A partir de los trabajos de HARE (*The language of Morals*, 1952), HIERRO (*Problemas del análisis del lenguaje moral*, 1970.), CAPPELLA (*El derecho como lenguaje*, 1968) y STEVENSON (“El significado emotivo de los términos éticos “en *Mind*, 1937, reproducido en la antología de AYER, *El positivismo lógico*, trad. espa, Mexico, FCE, 1985:269) vengo distinguiendo entre lenguajes descriptivos, lenguajes dinámicos y lenguajes catárticos. A su vez, los lenguajes dinámicos pueden ser axiológico o exhortativo, normativo (que manda, prohíbe u organiza) y emotivo (que conmueve). Cf. mi viejo ensayo “En torno a la aplicación de la Constitución” en VVAA *La constitución española y las fuentes del derecho*. Madrid (Instituto de Estudios Fiscales), 1979.

tercero. El lenguaje dinámico, que es el más propio del derecho, puede ser normativo (ordenando, prohibiendo u organizando), axiológico (al proponer ciertos valores y exhortar su puesta en práctica, como es el caso de la hoy denominada *soft law*), y emotivo, que no ordena ni exhorta, sino que conmueve.

Es claro que no todas las expresiones jurídicas de contenido religioso tienen un alcance equivalente. No es lo mismo invocar a Dios, como hace la Ley Fundamental alemana, que organizar una Iglesia como hace la Constitución noruega; propugnar unos valores, como la constitución samoana, que establecer una religión oficial del Estado, como hace la camboyana.

Lo primero —la mención de la divinidad— utiliza formas vocativas, de finalidad catártica o dinámico-emotivas que no afectan al objeto invocado, pero sí expresan la actitud del constituyente invocante, cuando no suplicante, y lo identifican. Poco, cuando simplemente se alude a Dios. Más, si la referencia es a una determinada divinidad, como es el caso de la mención de “Alá, el Clemente, el Misericordioso” en las Constituciones islámicas o de las invocaciones a la Santísima Trinidad de las constituciones griega e irlandesa.

Es importante señalar que las menciones de la divinidad son siempre monoteístas y las restantes referencias religiosas son a ritos, instituciones o normas de conducta.

Lo último —la institucionalización, directa o por remisión a la ley, de una confesión—, no afirma una hipótesis de fe, sino que establece unas normas de conducta u organiza una realidad institucional al declarar una confesión del Estado (v.gr. Dinamarca art.4) o proscribirla (v.gr. España art 16); es decir, un lenguaje prescriptivo. Se trata de un lenguaje axiológico si promueve unos valores, v.gr. la sumisión a Dios “a quien han de referirse los actos de los hombres y de los Estados” (Irlanda) o los principios del cristianismo (Kiribati).

En las constituciones islámicas, la referencia a la *sharia* como principal fuente de derecho, pese a la rotundidad normativa de las formulas utilizadas se corresponde mas al género axiológico exhortativo, porque su aplicación práctica suele exigir una mediación normativa o jurisprudencial y su alcance varía según la materia. Mucho más limitada en temas económicos que en lo referente a la libertad religiosa²⁸.

Esclarecer por qué se utilizan tales géneros exige explicitar el significado de la Constitución.

²⁸ Así, algo tan importante como la autorización de préstamos bancarios con interés, algo prohibido por el Islam. Igualmente en el derecho de familia, se emancipa, tímida pero eficazmente a la mujer y se autoriza la adopción plena frente a la única autorizada por la *sharia*, la *kafala*. Tales son, entre otras, las “aperturas” a las que se refiere el preámbulo de la vigente constitución tunecina.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO INTEGRACIÓN: EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA IDENTIDAD

Las vías que se han seguido para definir la constitución política son fundamentalmente tres: normativismo, decisionismo e integracionismo²⁹.

De acuerdo con la primera, protagonizada por Hans Kelsen y su escuela, la Constitución es una norma, norma suprema de la que se deriva lógicamente todo el ordenamiento jurídico y que como, a juicio de la teoría pura, es propio de todo derecho, predica un “deber ser”.

De acuerdo con la segunda, cuyo principal formulador y defensor fue Carl Schmitt, la constitución es una decisión sobre la forma de la existencia política de la comunidad. Y si plasma en una o varias normas, no es por deducción lógica, sino por la fuerza de esta decisión. Decisionismo y normativismo, en la historia de las ideas jurídicas acérrimos rivales, son en realidad, faz y envés de la misma posición. La decisión produce la norma, la norma existe en virtud de una decisión, porque como dice el mismo Kelsen, tras la hipotética norma suprema existe la, a su juicio, metajurídica realidad del poder. La decisión opta por un “deber ser”; la norma lo proclama e impone. La constitución es así un instrumento de innovación. Un programa de acción política.

Pero la Constitución puede también entenderse, no como un “deber ser”, sino como un “ser”. Esto es, como instrumento de conservación. Tal fue el sentido de lo que Fioravanti³⁰, en su magistral síntesis histórica del constitucionalismo, denomina “constitucionalismo primigenio”, “constitucionalismo liberal” y, en gran medida, al constitucionalizar los móviles y procedimientos de cambio, del “constitucionalismo democrático”.

La constitución no es sólo norma ni sólo decisión, sino un orden concreto que condiciona las decisiones y da sentido a las normas. Un orden concreto fruto de la concurrencia de valores, de normas y de prácticas, de relaciones y afecciones. Un orden concreto en el que participan una pluralidad de sujetos. Lo que Lasalle denominó, en su famosa conferencia berlinesa de 1862, “fragmentos de constitución”³¹, en cuyo equilibrio dinámico consiste la integración que Rudolf Smend³² consideraba esencia de la Constitución y que ha de

²⁹ *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkes*, Hamburgo, 1934.

³⁰ FIORAVANTI, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. esp. Madrid (Trotta), 2014.

³¹ *Verfassungswesen* (ed. Bernstein).I:425 ss. (versión española de W. Roces con introducción de E. Aja, Barcelona, Ariel, 1984) Vd. mi ensayo “La Constitución como Pacto” en *Revista de Derecho Político* (UNED) 1988, nº 44:17 ss.

³² *Verfassung und Vefassungsrecht*, Munich, 1928 (trad. esp en IEPyC) y, como última versión, en *Evangelische Staatslexikon*, 1966:803 ss.

ser capaz de unir la pluralidad sin destruirla. En ello consiste la “constitucionalización” de la cosa pública frente a su “totalización”, como vías alternativas de acceso a la integración política a la altura que nuestro tiempo exige³³.

Es claro que el orden concreto, para integrar una pluralidad de partícipes, necesita identificarse. De ahí que la doctrina constitucionalista más reciente y autorizada ha destacado el valor de la identidad, hasta el punto de hacerlo condición del gobierno democrático y de la vigencia del ordenamiento jurídico y es en función de la identidad como ha de entenderse la soberanía³⁴. Desde Herder al moderno liberalismo identitarista —sirva de ejemplo el nombre de Kymlicka³⁵— la identidad del individuo, condicionante de sus derechos más fundamentales, se da en un horizonte de intersubjetividad. Hegel lo expresó rotundamente en la *Fenomenología del Espíritu*, “el yo que es nosotros y el nosotros que es yo”. Por ello, la identidad de ese orden concreto, que para identificar de verdad ha de ser singularizadora, es algo que la Constitución debe expresar.

Ahora bien, la identidad constitucional puede concebirse de dos maneras que cabe vincular a dos categorías reiteradamente popularizadas por Habermas en su profusa obra y que expresan dos diferentes y opuestas concepciones de la cosa pública: el *demos* y el *ethnos*.

De acuerdo con la primera, el *demos*, la identidad constitucional, consiste en una serie de valores éticos y de las instituciones de democracia procedimental que se corresponden con ellos. La conquista civilizadora en general de una conducta conforme al derecho y procedimientos eficientes para la producción y control de la voluntad del poder público³⁶. Se trata de las instituciones del Estado de derecho democrático y de los derechos y libertades fundamentales, tal como se acuñaron en 1789 y han sido desarrollados en los más importantes textos constitucionales e internacionales. Son las “prácticas constitucionales comunes a los Estados europeos” a que se refieren los textos del derecho comunitario que, precisamente por ser comunes y cada vez más compartidas a lo largo de todo el Planeta, al menos en el nivel de la retórica propio de las constituciones que Löwenstein califica de “nominales”, pierden su capacidad identificatoria. Es significativo que muchas de las nuevas constituciones, especialmente las del África subsahariana, invocan como fundamento en los respectivos Preámbulos la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³³ Cf. CONDE, *Escritos y fragmentos políticos*, Madrid (IEP), 1974 II:329 ss.

³⁴ Así lo muestran las diversas aportaciones a *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslerer*, t. 62 (2003)

³⁵ KYMLICKA, *Ciudadanía Multicultural*, trad. esp., Barcelona, 1996.

³⁶ Ejemplo en VON BOGDANDY, “Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de lege lata y de lege ferenda” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 75 (2005) 2005-I, LVII:89 ss.p. 21. Sobre bases tan sólidas, el autor propone la erección de una identidad europea cf. por el mismo autor en dicha *Revista* nº 72 (2004):25.

Es claro que dada la situación económica, política y social de tales países, se trata de declaraciones más nominales que normativas, pero que, además, por la pretendida universalidad de su alcance —derechos de todos en todo lugar— y ser comunes a muchos de ellos, carecen de capacidad identificadora. Un caso más cercano y no menos elocuente se encuentra en el Reino Unido donde la identidad común a la diversidad racial, cultural y religiosa, esto es *étnica*, en el sentido que Habermas da al término, se busca en el mutuo respeto, la tolerancia recíproca, la igualdad y la participación, esto es en valores procedimentales insuficientes para identificar un orden concreto. Es lo que se ha denominado “paradoja del universalismo”³⁷.

Se trata de un orden puramente normativo, un “deber ser”, determinado por valores universales o, al menos, con aspiración de universalidad, que, por ello, no es un orden concreto integrador e identificador, es decir un “ser”.

De acuerdo con la segunda, la identidad se refiere a la realidad prepolítica de un cuerpo social determinado, de su historia, su composición y estructura, sus sentimientos y sus símbolos. Es decir un “ser”. Esta realidad prepolítica, el *ethnos*, que no depende de una decisión constituyente ideal como el *demos*, sino que hace posible tal decisión, es lo que la Constitución, como orden verdaderamente concreto, tiene que reflejar y que da sentido a sus declaraciones dogmáticas y estabilidad a las instituciones reguladas en su parte orgánica.

Las constituciones de primera generación al enunciar valores, después universalizados, pero en su día novedosos y singulares, se identificaron con ellos y por ellos y los respectivos Estados los han conservado como señas de identidad en sucesivas constituciones. Así Francia con los derechos proclamados en 1789, reiterados en 1946 y 1958. Otras posteriores como la alemana de Weimar se autoidentificaron mediante la actualización de un poder constituyente democrático. “El Pueblo Alemán, unido en sus stirpes, y con la voluntad de renovar y consolidar su Reich...”, inicia el texto de 1919 y análogamente, la Ley Fundamental de 1948 se identifica como obra del “pueblo alemán en los Países de...”.

Para Francia los Derechos del Hombre tanto directamente como encarnados en las leyes de la República forman parte de su identidad constitucional y así se han considerado por el Consejo de Estado y por el Consejo Constitucional. “El pueblo alemán” que encabezaba la Constitución de Weimar y la vigente Ley Fundamental, ha sido reiteradamente invocado por el Tribunal Constitucional de la República Federal. Ambos son muy concretos órdenes que una y otra jurisdicción francesa y alemana han esgrimido para defender la inde-

³⁷ Vd. los datos reunidos por Innerarity en *Revista de Estudios Políticos* nº 162:149 ss es especial:165 ss.

rogabilidad de su respectivo Estado y la infungibilidad del correspondiente ordenamiento jurídico frente a los excesos de la supranacionalidad³⁸.

Los textos de última generación aparecidos en la Europa central y oriental a raíz de la disolución de bloque soviético y de Yugoslavia, sin perjuicio de reflejar valores universales, sin duda eficaces, pero no identificadores, optan claramente por esta segunda concepción de la identidad constitucional que puede orientarse en dos direcciones diferentes aunque compatibles: la transcendencia histórica y las trascendencia religiosa³⁹. Tal es el tenor de los Preámbulos, cuya creciente valoración normativa y axiológica es constante en el reciente constitucionalismo, y de artículos fundamentales de numerosas constituciones. La jurisprudencia constitucional de Tribunales tan diferentes y significativos como los de la República Federal Alemana, la Unión India y España han insistido en ello⁴⁰.

En el primer caso, la Constitución identifica a la comunidad política, la nación, rememorando su pasado, sea de gloria, de opresión o de liberación, es decir, con un ayer más o menos mitificado que da sentido al presente y permite orientar el futuro. Tal es el caso paradigmático de la Constitución croata de 1990 que se autofundamenta en “los principados croatas del siglo VII, en el Estado fundado en el siglo IX, en el Reino creado en el siglo X, en su continuidad en la unión personal croato-húngara, en la decisión de la Dieta de 1527 de elegir Rey en la dinastía de los Habsburgo, en la Pragmática Sanción de 1712, en la renovación en 1848 sobre la base del derecho histórico del Reino unitrino, en los acuerdos croato-húngaros de 1868, en la decisión de la Dieta de 1919, en la constitución del Banato de 1939, en la resistencia antifascista durante la IIª G.M., en el rechazo del sistema comunista...”. En análogo sentido pueden citarse las referencias del Preámbulo de la Constitución polaca de 1991 a “los antepasados por su combate en pro de la independencia alcanzada a cambio de grandes sacrificios... y recordando los mejores valores de la Primera y Segunda Repúblicas”, o las del Preámbulo de la constitución checa a “las mejores tradiciones de la Corona de Bohemia y del Estado checoslovaco”. Menciones análogas más o menos elaboradas se encuentran en otras muchas constituciones, ya se trate de reafirmar una identidad plural como la del “pueblo plurinacional” de Rusia en el texto de 1993, ya de restaurar una estatalidad antaño perdida, por ejemplo Armenia, ya se invoque una identidad de antiguo imaginada como en Eslovenia, Ucrania o

³⁸ Vd. lo datos concretos en mi ensayo en *Revista Española Derecho Internacional* 2005-I, LVII:89 ss.

³⁹ La distinción es de WAHL, *Trascendence et condition humaine*, Paris, 1942

⁴⁰ Cf. mi estudio sobre el preámbulo de la Constitución en CASAS y RODRÍGUEZ PIÑERO (eds.) *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*, Barcelona (Fundación Wolters Flúwer), 2009, 2ª ed. 2018:3 ss. La constitución tunecina, como la turca a que hice referencia en el texto citado, concede al preámbulo el mismo valor normativo que al texto. La cuestión se ha planteado con gran relieve doctrinal y jurisprudencial con relación a la constitución india, como antes hice referencia. Pero está por ver si el Preámbulo se aplica al margen del texto articulado o no, extremo que señalé como fundamental en mi estudio citado.

Moldavia. Una abundante literatura científica de la que es buen epítome la obra de Benedict Anderson, sobre las *Comunidades imaginadas*⁴¹, muestra que menospreciar el relieve político y, en consecuencia constitucional de tales invenciones es un error hermenéutico fatal.

Pero no es infrecuente que dicha identidad histórica vaya de la mano de una identidad religiosa. Tal es el caso de Irlanda cuya Constitución, tras invocar a la “Santísima Trinidad de quien procede toda autoridad y a quien como destino último deben referirse todas las acciones, tanto de los hombres como de los Estados”, afirma: “Nosotros el Pueblo de Irlanda, en reconocimiento humilde de todas nuestras obligaciones con N. S, Jesucristo. Quien mantuvo a nuestros padres durante siglos de pruebas” y continúa “en recuerdo agradecido de su heroica e incesante lucha por recobrar la legítima independencia de nuestra nación”. El valor identitario de esta declaración se pone en evidencia cuando se mantiene idéntico a la vez que, a iniciativa del nacionalista De Valera, se reformó la redacción inicial del artículo 44,1 para eliminar la posición preponderante de la Iglesia Católica.

En el mismo sentido, el Preámbulo de la Constitución de Polonia, enraíza la cultura “en la herencia cristiana de la nación” y la eslovaca, junto con “la herencia de la Gran Moravia” en el “legado espiritual de los Santos Cirilo y Metodio”.

La vigente constitución húngara del 2013, que tanto escándalo ha causado más allá de sus fronteras, enfatiza la religión cristiana como factor material de identificación histórica de la nación: “Nos enorgullecemos de que nuestro Rey San Esteban fundó el Estado húngaro... e hizo de nuestro país parte de la Europa cristiana... reconocemos la función del cristianismo en la preservación de nuestra nacionalidad y valoramos las diversas tradiciones religiosas de nuestro país... honramos los éxitos de nuestra constitución histórica y la Santa Corona que encarna la continuidad histórica de la estatalidad de Hungría y la unidad de la nación”, dice el Preámbulo y la Constitución termina reconociendo la responsabilidad de los constituyentes ante Dios.

Un paso significativo, incluso mayor que el de las Constituciones que establecen una confesionalidad de Estado como las escandinavas, dan aquellas que, declarando la separación entre la Iglesia y el Estado, afirman la capital función identificadora que respecto de la nación tiene la Iglesia nacional. Tal es el caso de Georgia (art.9) y de Armenia. Así dice ésta última: “la República de Armenia reconoce la insustituible misión histórica de la Santa Iglesia Apostólica de Armenia como Iglesia nacional en la vida espiritual, el desarrollo de la cultura nacional y la permanencia de la identidad nacional del pueblo armenio”.

⁴¹ Trad. esp. México (FCE), 2003.

nio” (art. 8,2). Las propuestas parlamentarias suecas de 1994 que dieron lugar a la nueva situación de la Iglesia Evangélica de Suecia, regulada en la ley sobre la Iglesia de Suecia de 1998 y que algunos han interpretado como desestablecimiento, insisten en términos paralelos en la función de dicha Iglesia en la sociedad y el Estado sueco. Otro tanto y aún más, puede decirse de la ley noruega del 2017 que regula la posición de la Iglesia luterana de Noruega⁴².

En el mismo sentido pueden citarse los textos constitucionales de pequeños Estados del Pacífico. Así dice la constitución de Kiribati, “reconociendo a Dios como Padre Todopoderoso en quien depositamos nuestra confianza y con fe en los valores duraderos de nuestro patrimonio y tradiciones”. La de Fidji comienza “rememorando los sucesos de nuestra historia que ha hecho que seamos lo que somos... la conversión de los habitantes indígenas del paganismo al cristianismo por el poder del nombre de Cristo, la permanente influencia del cristianismo en estas islas y su contribución, junto con otras confesiones a la vida religiosa de Fidji...”. Y la de Samoa, “como quiera que el dominio sobre el Universo pertenece Dios Omnipotente y la autoridad que ha de ejercerse por el pueblo de Samoa dentro de los límites establecidos en sus mandamientos es una herencia sagrada... Samoa será un Estado basado en los principios cristianos y en las costumbres y tradiciones de nuestro pueblo...”

Ahora bien, es significativo y los textos constitucionales traídos a colación así lo prueban, que mientras las referencias históricas pueden darse sin conexión religiosa alguna, las referencias religiosas lo son junto a la expresa mención de una herencia y unos valores culturales que se consideran identificadores de la nación. La identidad religiosa, incluso cuando es determinante, no es suficiente según demuestra el caso pakistaní atrás citado. Es decir, la religión aparece en los Preámbulos y artículos iniciales de los textos constitucionales como uno, el principal, pero no único, factor material de identificación integradora y es en calidad de tal como es estimada por el constituyente. En este sentido es significativo que son las constituciones autóctonas⁴³, es decir, las que afirman la identidad soberana del Estado, las que hacen tales afirmaciones religiosas. Frente al silencio de la Constitución provisional heredada de los británicos en 1947 (*Pakistan-Provisional Constitution Order in Council* que adapta la *Government of India Act 1935*), la primera Asamblea Constituyente de 1951 hizo del islamismo del Estado el símbolo de la autoctonía y la primera Constitución pakis-

⁴² Cf. respecto de Suecia *Staten och trossamfundnen, Slutneyänkande av Kyrkoberedningenn*, SOU, 1994. En cuanto a Noruega la reciente *Lov om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til te rettssubjekt m.m.)* que modifica la *Lov om Den norske kirke (kirkeloen)*, no afecta al texto constitucional que además declara como básicos los “principios cristianos” (art.2) y declara la oficialidad de la Iglesia luterana de Noruega. La citada ley acentúa el carácter identitario de la Iglesia al restringir su feligresía, salvo declaración en contra o pertenencia a otra confesión, a los nacionales noruegos, incluso si habitan en el extranjero, y a los residentes en Noruega y extendería a los hijos menores de 15 años (art.3).

⁴³ Vd. mi estudio “Autoctonía Constitucional y Poder Constituyente” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 169-170 (1970):79 ss.

taní autóctona de 1956 calificó de “islámica” la República. Frente al texto inicial de 1964, fue la constitución autóctona de 1991 la que hizo de Zambia una “nación cristiana”. Análoga experiencia es la de Gambia y Malawi. Y en Fidji, fue la Constitución de 1999, derogatoria de los textos inaugurados en la Conferencia constitucional de 1970⁴⁴, la que introdujo las fórmulas atrás citadas.

Otro tanto ocurre entre los Estados musulmanes. Con escasas excepciones, sus constituciones se inician usualmente con invocaciones a Alá, “el Clemente, el misericordioso”, pero, a continuación se califica al Estado de islámico en pie de igualdad con su condición de miembros de “la nación árabe”. Así, por ejemplo, las constituciones marroquíes y la del Sultanato de Omán de 1996 invoca “la herencia nacional, sus valores y su Sharia islámica y orgullo de su historia” (art. 10). Y la reciente Constitución egipcia de julio del 2014 se inicia con un muy largo Preámbulo —tanto que es difícil de reproducir—, en el cual se sintetiza lo que el texto de la propia Constitución denomina “sus distintos afluentes de civilización” (art. 47), como corresponde a la cuna de “las tres religiones divinas”, desde la revelación mosaica y “la buena acogida a la Virgen María y su Niño”, hasta las revoluciones de 1919 al 2014, culminando en “Mahoma, Sello de los Profetas” que abrió “a la luz del Islám nuestros corazones e inteligencias y fuimos calificados como los mejores soldados de la tierra por nuestra lucha en defensa de la religión musulmana y la difusión de la verdad y las ciencias de la religión musulmana en el mundo”.

Esta función identificadora de la religión se muestra en el régimen constitucional de minorías gestado a partir de la IIª G.M. ante el fracaso del régimen internacional de protección de las mismas establecido en los tratados de paz elaborados en la primera postguerra y que ha desarrollado el más reciente constitucionalismo⁴⁵. La religión identifica a la minoría tanto como la lengua o la raza y se protege como característica esencial de la misma y el último constitucionalismo islámico surgido de la malograda primavera árabe también coincide con ello.

Prolongando esta tendencia se llega a la organización comunitarista del Estado, basada en la religión más que en otros criterios vinculados como accesorios a la misma. Tal fue, en la práctica paraconstitucional, el caso libanés a partir de su peculiar proceso de modernización que sectorializó al pueblo sobre bases confesionales en sustitución de las identidades tradicionales⁴⁶ y después, en el texto constitucional de Chipre de 1960 en el que la identidad

⁴⁴ Cmnd. 4389.

⁴⁵ Mi primera aproximación a la cuestión en mi vieja tesis doctoral de 1965 (*Nacionalismo y Constitucionalismo, El Derecho Constitucional de los Nuevos Estados*, Madrid, Tecnos 1971:241 ss). Después he insistido en la cuestión en “Protección de minorías e identidades históricas en la práctica constitucional europea” en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Madrid (UAM-Eurolex) 2005, II:1919 ss.

⁴⁶ TAMARA EL KHOURY, *Constitución Mixta y modernización en el Líbano*, Madrid (Dikynson), 2013.

comunitaria se basa en la religión, pero es la identidad la que llega a determinar la adscripción confesional (at 2).

5. LIBERTAD RELIGIOSA Y ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL

Es lógico que una función identificadora como la descrita suponga un tratamiento especial para la confesión que la desempeña. Así ocurre, al margen de previsión constitucional alguna, allí donde hay una confesión dominante o incluso, una tradición religiosa dominante ya secularizada y que tiene su reflejo en la correspondiente normativa de rango legal o, incluso, inferior. Por ejemplo en Irlanda o Rumanía, por citar dos casos, católico uno y ortodoxo el otro. O, como ocurre en algunos *Länder* alemanes que, mediante una prohibición selectiva, excluyen del espacio público los símbolos religiosos no cristianos y aceptan los que expresan la base cristiana de la propia sociedad, esto es, su identidad⁴⁷. Pero abundan los supuestos en que dicho tratamiento especial alcanza relieve constitucional de acuerdo con uno de estos modelos.

Primero, la previsión de la vía pacticia entre el Estado y las confesiones religiosas que tiene, a su vez dos niveles. El concordatario, que con fórmulas diferentes prevén las Constituciones italiana, española, polaca y, de hecho, lituana, reconociendo expresamente su naturaleza jurídico internacional. Y el de los acuerdos de naturaleza interna con las diferentes confesiones, incluso con la que se considera nacionalmente identificadora, como es usual en los Estados de Europa oriental y confesión ortodoxa dominante, reconozcan constitucionalmente la Iglesia nacional o no⁴⁸.

Segundo, la referencia constitucional a una confesión religiosa como dominante (Grecia) o tradicional (Bulgaria) o destacando su implantación social (España).

Tercero, destacando el carácter “nacional” de una confesión, aun manteniendo el principio de separación con el Estado. Tal es el caso de las mencionadas constituciones de Armenia y Georgia.

Cuarto, la constitucionalización de Iglesias de Estado, en el Reino Unido y los países escandinavos.

⁴⁷ Cf. *Innerarity*, *loc. cit.*

⁴⁸ Cf. HOLLERBACH “El sistema de concordato y convenios eclesiásticos” en *VVA*, *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la Actualidad*, Salamanca, (Bibliotheca Salmanticense, Estudios 24), 1978:179, cuyas tesis generales siguen teniendo utilidad. Cf. SANTOS “El factor religioso en Bulgaria y Rumanía, Nuevos miembros de la Unión Europea”, *UNISCI Discussion Papers* nº 14 (mayo/May, 2007):132 y 139 ss.

La trascendencia de esta tipología en el tratamiento de las distintas confesiones sólo puede aclararse a la luz de los diferentes bloques normativos internos. He examinado la legislación eslovaca del 1991, la búlgara de 1996, la rusa de 1997, la sueca de 1998, la checa y la rumana de 2002, por ser casos especialmente significativos para ilustrar este punto y estimo que la posición constitucional de las confesiones tiene un alto valor simbólico a la hora de destacar su función identificadora, pero esta función desborda su reconocimiento en el texto constitucional y emerge en normas de rango inferior y en prácticas, en muchos casos calificables de mutaciones constitucionales, consuetudinarias o convencionales⁴⁹. Bélgica y los Países Bajos, prototipos del laicismo, financian los cultos. Una confesión “dominante”, como la Iglesia ortodoxa en Grecia es íntegramente financiada por el Estado, mientras que la confesión luterana es la Iglesia nacional de Noruega y se autofinancia plenamente. La Iglesia nacional de Armenia está separada del Estado, pero accede en exclusiva al sistema de enseñanza pública, mientras que en el Reino Unido, donde la Iglesia de Inglaterra es el prototipo de la Iglesia de Estado, “todas las confesiones están presente en la escuela”.

Eso muestra, de una parte, que la confesionalidad del Estado es plenamente compatible con la libertad religiosa y, de otro lado, que el peso de la identidad social —el *ethnos*— va más allá de la declaración constitucional y se manifiesta en los más diversos campos, desde las relaciones laborales, a la policía del espacio público, sin olvidar las inevitables y permanentes tensiones entre la libertad religiosa de individuos y grupos y las libertades de terceros. Pasaré breve revista a estos tres extremos y a su incidencia en la cuestión de la identidad.

Las relaciones laborales son un sector profusamente regulado y lo que, a partir de 1917 se denominó constitucionalismo social, da abundante fundamento para ello. Hoy la doctrina señala que dicha regulación ha evolucionado desde la protección al trabajador a la protección a la empresa de cuyo equilibrio pende la calidad y estabilidad del puesto de trabajo. Pero cabe también señalar una creciente atención a la identidad religiosa tanto de la empresa como del trabajador. Así, en los países socialmente más avanzados, temas tan sensibles como el atuendo de los trabajadores o las fiestas laborales, se remiten a la autonomía de la voluntad, a su vez condicionada por factor tan objetivo como el “carácter propio” de la empresa o la confesión del trabajador. Pero, lo que es más significativo, la costumbre local tiene carácter supletorio en caso de silencio de las partes. En algún país, por ejemplo Alemania, se constitucionaliza la festividad dominical⁵⁰.

⁴⁹ Sobre estas categorías Vd. mi ensayo “El fundamento y el futuro convencional del Estado Autonomómico” en *Los retos del Estado de Derecho Homenaje al Profesor Cuadra Salcedo*, Madrid (U. Carlos III-Pons) 2016, II:1820 ss. y las referencias bibliográficas y de la práctica comparada allí dadas.

⁵⁰ Art. 139 de la Constitución de 1919 declarado en vigor por el art.140 de Ley Fundamental de la República Federal. Como fundamento de lo dicho en el texto cf AUVERGNON y CAMAS RODA (eds.) *El ejercicio del derecho de la libertad religiosa en el trabajo en el ámbito internacional y europeo: estudio comparado del Reino*

La libertad religiosa es un derecho fundamental proclamado prácticamente en todas las Constituciones que se proyecta en los más diversos campos. Como tal derecho, es tan inderogable al menos en su contenido esencial como coordinable con otros derechos fundamentales y valores constitucionales y, en consecuencia, relativizable y limitable. Así, por ejemplo, la práctica jurisprudencial ha puesto de manifiesto los potenciales conflictos y tensiones entre la libertad religiosa y la libertad de expresión⁵¹ y, en análogo sentido, determinados valores constitucionales como puede ser la laicidad “en una sociedad democrática” —caso de Francia y Turquía— y los “sagrados principios del Islám” en un sociedad musulmana – desde una tan liberal como Malasia a la autocracia iraní, pasando por las islas Maldivas– han llevado a limitar dimensiones tenidas por esenciales de la libertad religiosa como es la de cultos o la de proselitismo. Así, en el sudeste asiático, mosaico de religiones, es frecuente la prohibición jurisprudencial de las conversiones tachadas de “deshonestas”, esto es las que surgen al hilo de gozar de ciertas atenciones sanitarias y educacionales proporcionadas por la confesión proselitista y que suele ser una confesión extranjera que se estima erosiona la identidad comunitaria⁵².

En su formulación clásica, la libertad religiosa tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa. La libertad religiosa positiva supone el derecho al ejercicio individual y colectivo, público y privado de una religión y a cambiar de religión y a no tener ninguna. La libertad negativa supone el derecho a no ser obligado a tener una religión y a no practicar su culto. Ahora bien, es frecuente interpretar esta libertad negativa como el derecho a no ser importunado por el público ejercicio de una religión distinta de la propia creencia o increencia y ello supone la neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, de manera que no manifiesten preferencia por ninguna confesión y, más aun, la neutralización del espacio público eliminando del mismo toda actividad religiosa.

Esta interpretación de la libertad religiosa incide en dos importantes aspectos de la función identitaria de la religión. Por un lado la pretendida simetría confesional en una sociedad multirreligiosa; por otro en la presencia religiosa en el espacio público.

En cuanto a lo primero, una importante corriente doctrinal entiende que el tratamiento diferencial de las confesiones afecta al ingrediente igualitario de la libertad porque, en la senda de Rousseau, se estima que la desigual-

Unido, Francia, Bélgica y España, Barcelona (Huygens) 2016, avalado por MONTILLA (ed.) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Granada, 2016. Visión contraria desde una perspectiva más dogmática da K. APARICIO ALDANA, *Derechos a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones jurídico-laborales*, Madrid (Thomson). 2016.

⁵¹ Cf. MARTÍNEZ TORRÓN y CAÑAMARES ARRIBAS (eds.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Valencia (Tirant lo Blanc) 2014.

⁵² Por ejemplo en Sri Lanka y Pakistán e incluso India, cf. KHILNANY *et alii* (eds.) cit.:171 ss. y 247 ss, de donde se extiende a otros Estados musulmanes, v.gr. Malasia.

dad oprime. La lógica consecuencia de tal planteamiento y así se ha propugnado por sus defensores, es la exigencia de una absoluta neutralidad estatal ante el hecho religioso que, en la práctica, conduce al desconocimiento del mismo y a su eliminación de los servicios y espacios públicos.

Sin embargo, la práctica es otra. Los poderes públicos que no interfieren en la libertad religiosa individual, establecen criterios para determinar lo que es una confesión religiosa y valoran su arraigo histórico y social o, alternativamente, exigen un trámite registral, nominalmente declarativo pero de efectos prácticos constitutivos y, en función de todo ello, prevén un tratamiento diferente de lo que es diferente. La jurisprudencia, tanto internacional como comparada, ha avalado tal planteamiento.

Así en los países ortodoxos, formalmente laicos, la primacía de la otrora Iglesia nacional se reconoce expresamente por ley, aunque no se mencione en la constitución (v.gr. Rumanía y Serbia) y, las “confesiones tradicionales” (católica, evangélica, evangélica eslovaca, reformada, musulmana y hebrea), gozan en Hungría y Serbia de un trato diferente del dispensado a las demás. Por ejemplo, no requieren registrarse. Lituania y Bielorrusia también distinguen entre confesiones tradicionales o arraigadas y otras.

En cuanto a la presencia religiosa en el espacio público físico, esto es en plazas, calles y romerías, ha dado lugar a viejas polémicas. Baste pensar en la autorización de templos protestantes en 1781 por la *Toleranzpatent* de José II, siempre que no tuvieran campanario y la entrada fuera lateral. El referéndum suizo del 2009 que limitó la construcción de minaretes cuya proliferación amenazaba la identidad del paisaje helvético “bien entrañable de su comunidad nacional”, muestra la permanencia de la cuestión.

El problema se agudizó en Francia tras la ley de separación de la Iglesia y el Estado de 1905 y su evolución legal, jurisprudencial y doctrinal ha hecho de la laicidad francesa, formalmente constitucionalizada desde 1946, un paradigma de su alcance identitario. Conocidos son los antecedentes de la mencionada ley de 1905, especialmente la secularización de la escuela por la legislación Ferry de 1885, así como su carácter virtualmente pactista, como demuestra la evolución marcada por las leyes de 1907 y 1908 y los acuerdos Poincaré-Briand-Ceretti de 1924, hasta llegar a la ley Debre de 1959. Pero aquí interesa destacar la función moderadora desempeñada por la doctrina del Consejo de Estado⁵³ al dar una interpretación liberal de la normativa laicista en atención al carácter identitario de los elementos religiosos en el espacio público. Tal inter-

⁵³ Cf. *Conseil d'Etat, Un Siècle de laïcité – Rapport public 2004 Études et Documents* nº 55:245 ss. La decisión del Conseil d'État del 2017 sobre la Cruz que coronaba el monumento a Juan Pablo II en Ploërmal, contraria al deseo expreso de la población y del alcalde favorables al monumento, parece marcar una dirección opuesta.

pretación, ya apuntada en cuanto a las procesiones y tañido de campanas en el asunto *Morel et autres* de 1908, se formalizó en el asunto *abbé Olivier* de 9 de Febrero de 1909, base de ulterior jurisprudencia relativa a los cortejos fúnebres, cuyos elementos religiosos se habían excluido del espacio público. En este caso, el Alto Tribunal dijo que “en materia de pompas fúnebres la intención manifiesta del legislador no era otra que garantizar en lo posible el respeto de las costumbres y tradiciones locales evitando todo menoscabo de las mismas salvo cuando sea manifiestamente necesario para mantener el orden público”. El respeto a “las costumbres ancestrales”, categoría claramente identitaria, llevó a la anulación de numerosos reglamentos municipales de tinte laicista (*Sens* 1906 y *Prothée* 1934).

Si la laicidad se cifra en la neutralidad, pero no en el desconocimiento del hecho religioso, esto es en el pluralismo religioso propio de una sociedad moderna, es preciso reconocer y tutelar la libertad religiosa y eso requiere aceptar su expresión pública, sin otro límite que el orden público.

Especial interés y actualidad tiene la utilización en dicho espacio de indumentaria religiosa. La cuestión fue caballo de batalla en la reforma kemalista de Turquía, que pretendía construir una nación laica y el *revival* islámico de los años setenta provocó una normativa prohibitiva de atuendos de significado religioso impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como contrarios a la libertad religiosa proclamada en el art. 9 de la Convención.

La cuestión era manifiestamente identitaria, pero ni en el propio recurso ni menos en la Sentencia del Tribunal se planteó en tales términos. Por el contrario, en el recurso S 1/A/o14, que impugnaba la ley francesa que prohibía de los atuendos religiosos en el espacio público, el único motivo que el Tribunal estimó en las alegaciones del Gobierno francés fue que los atuendos religiosos erosionaban la “comunidad de vida”, noción claramente referente a una determinada identidad nacional. Así lo demuestra la paralela polémica surgida en el Reino Unido en torno al velo integral de las mujeres islámicas en relación con la identidad británica (*Britishness*)⁵⁴.

Así, lo que puede aparecer como un conflicto entre libertad e identidad, es en realidad un conflicto entre identidades. El docto libro de Areces Piñol sobre *La Prohibición del Burka en Europa y en España*⁵⁵, donde se muestra la superposición de un significado religioso con otro de cohesión social, interpretación avalada por posteriores normas de Estados europeos, Austria el más reciente de ellos, obliga a dar esta interpretación.

⁵⁴ Vd. los datos reunidos por *Innerarity*, *loc cit.*:165 ss.

⁵⁵ Pamplona, 2014.

Otro tanto cabe decir de los monumentos religiosos en el espacio público. Es evidente que en la erección y demolición cuando no profanación de numerosas estatuas y monumentos religiosos ha predominado el carácter político-religioso sobre cualquier referencia identitaria. Sirvan de ejemplo, entre otros muchos, los avatares del Cerro de los Ángeles en España en uno y otro sentido, ya fuera la consagración a la imagen en 1929, como su profanación en 1936. Pero en otros muchos casos, la referencia identitaria es clara y prima sobre la religiosa y ejemplo de ello es la *damnatio memoriae* del dominio habsbúrgico mediante la destrucción de la columna mariana erigida en la Plaza principal de Praga y sustituida en 1920 por la estatua de Juan Huss, convertido en héroe nacional checo⁵⁶. Que fuera durante la laica y laicista IIIª República cuando más estatuas a Juana de Arco se elevaran en Francia, tras su canonización en 1920 con honores públicos, muestra cómo, en otros casos, lo identitario llega a eclipsar lo religioso.

Recientemente la polémica se ha reavivado en Europa en cuanto a la presencia de símbolos religiosos, especialmente crucifijos, dentro de espacios físicos adscritos a funciones públicas, como escuelas, hospitales y locales administrativos y judiciales. A la radicalización de la libertad religiosa negativa atrás señalada debe añadirse el derecho de los padres y tutores a educar a sus hijos y pupilos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas cuando esas repelen a los símbolos cristianos y el hipotético impacto negativo de la torturada imagen del Crucificado en la sensibilidad infantil, al parecer, no curada de espanto por los sangrientos videojuegos al uso.

La cuestión adquirió nueva actualidad y polemicidad a raíz del caso *Lautsi vs. Italia*⁵⁷ en el cual, en 2009 la primera instancia del TEDH, frente a la reiterada jurisprudencia nacional italiana, resolvió en pro de la remoción de los crucifijos de las escuelas públicas, tanto para afirmar la neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, como para no ofender la libertad negativa de los alumnos no creyentes. La *Grande Chambre* del mismo Tribunal Europeo resolvió en sentido contrario la cuestión en el 2011 señalando la polisemia de la Cruz que, a la altura de nuestro tiempo tiene un significado no solo religioso para los cristianos, sino cultural e identitario. La primera sentencia provocó en Italia una durísima polémica social, mayoritaria pero no unánime, contra la retirada del crucifijo que llevó a provocar reacciones antierutopeistas y propuestas de revisión del Concordato.

⁵⁶ M. SCHULZE WESSEL, "La confesionalización de la nación checa" en HAUPT & LANGEWESCHE, *Nación y Religión en Europa*, cit.:161 ss.

⁵⁷ Un planteamiento general de la cuestión en J. TEMPERMAN, *Tb Lautsi Papers: Multidisciplinairy Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, La Haya, 2012. Cf. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 27:28, 34

En el resto de Europa, a la vez que hubo un movimiento de solidaridad contra la eliminación de la cruz y diez Estados, la mayor parte de ellos cristiano-orientales, Rusia entre ellos, comparecieron ante el Tribunal Europeo como *amicii curiae* para apoyar la tesis del gobierno italiano recurrente, la jurisprudencia influyó en otros muchos Tribunales desde Grecia a Lituania, y la jurisprudencia inferior española.

La polémica en torno a la presencia de los crucifijos en los espacios públicos se ha extendido por toda Europa y ha descubierto lo que Genoveva Zubrycky⁵⁸ denominó la apertura semiótica del símbolo de la Cruz que puede cobijar significados muy diversos. Los estrictamente religiosos para los cristianos, los valores puramente humanísticos que ya Kant señalara en el Crucificado y se estiman inherentes a la civilización occidental y base del Estado democrático de derecho, y la tradición constitutiva de la propia identidad nacional. Los estudios reunidos por Stanisiz, Zawislak y Ordon⁵⁹, relativos a esta cuestión en la actualidad de Inglaterra, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Polonia, Italia, Lituania, Rumanía, España y Suiza, muestran que la jurisprudencia constitucional y la práctica administrativa han rechazado por doquier la pretendida exclusión de los símbolos religiosos de los espacios públicos destacando su valor identitario de la comunidad nacional respectiva.

La laicidad tiene así una doble acepción: la de la jurisprudencia conceptual de los juristas y la de la práctica administrativa popular. La primera, tanto más manifiesta cuanto más alta y, consecuentemente lejana, es la instancia jurisdiccional, como es el caso de los Tribunales internacionales, pone el acento en la neutralidad ante el pluralismo religioso e, incluso, en el desconocimiento del hecho religioso. La segunda, al margen de toda lucubración y más pegada al terreno, es inconscientemente fiel a la etimología de “laico”, del griego “*laiós*”, pueblo. Laico no equivale a irreligioso, sino “popular” y lo que en cada caso ello supone⁶⁰.

6 “LAS DOS FUENTES DE LA RELIGIÓN”

De todo lo expuesto resulta, como señalé al comienzo de estas líneas, que las Constituciones tratan lo religioso desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, garantizan la libertad tanto individual como colectiva de los creyentes. Por otro, abordan la función identificadora de una determinada religión como factor de integración material de la comunidad, dada su contribución a la identidad

⁵⁸ ZUBRYCKY. *The Crosses of Auschwitz. Nationalism and Religion in Postcommunist Poland*, Chicago University Press, 2006

⁵⁹ STANISIZ, ZAWISLAK, ORDON (eds.), *Presence of the Cross in Public Spaces Experience of Selected European Countries*, Cambridge Scholars Publishing, 2016

⁶⁰ SETIÉN, *Laicidad del Estado e Iglesia*, Madrid, 205. Cf. MURGOITTO, *Igualdad religiosa y diversidad de título de la Iglesia Católica*, Pamplona (EUNSA) 2008.

social de la misma. Mientras la primera perspectiva conduce al reconocimiento y tutela de un derecho, la segunda afecta a la autoconciencia de la comunidad política y a la identificación del Estado. Una y otra se proyectan en el espacio público. La garantía de un derecho en múltiples y muy variadas dimensiones, desde la presencia en los servicios públicos a las relaciones laborales. La afirmación de una identidad, además, en la estructura del Estado y su simbología.

La primera de estas perspectivas supone una apertura a lo universal; la segunda, como toda identificación, el acotamiento de una particularidad. Es evidente su correspondencia con las grandes categorías decantadas por Bergson en *Les deux sources de la moral et de la religion* (1932): la religión estática y la religión dinámica y su doble consecuencia que Bergson calificaba respectivamente de mecánica y mística. Los dos valores en juego, la libertad y la identidad, aparecen en la realidad entreverados y, por lo tanto, son compatibles; pero el identitario, el vinculado a la sociedad natural —cerrada— y a la religión natural —estática— es el más relevante, porque sirve de inexcusable matriz de la dinámica de la libertad, como la comunidad lo es del individuo. El mismo Bergson reconoce que toda religión es una religión situada y, como tal, circunscrita y no podía ser de otro modo en un pensador judío proclive al catolicismo. Esto es, transitante desde la conciencia de elección colectiva, a la fe, por excelencia, encarnada. Solamente cuando la función identificadora de la religión es omnicomprendensiva, como fue el caso de las versiones preliberales de la confesionalización estatal y hoy lo es de algunas variantes del Islám, el cierre religioso excluye la libertad y atrás hay sobradas muestras de la expresión constitucional de este fenómeno.

Los datos atrás expuestos no demuestran una tendencia hacia la eliminación de la religión de la esfera pública para asegurar la plena asepsia de los poderes públicos y la total igualdad de todas las creencias. Por ello, los partidarios de dicha tendencia, al dar cuenta del derecho positivo de nuestros días, se declaran “no resignados” ante la relevancia alcanzada por el hecho religioso en las normas y en la práctica constitucional⁶¹.

Las razones de dicha relevancia son fundamentalmente tres: Primero, la dimensión colectiva de la libertad religiosa que fuerza al poder público a condicionar lo que se entiende por confesión religiosa y tener en cuenta su entidad cuantitativa —número de fieles— y cualitativa —presencia histórica y cultural— a la hora de reconocer derechos y establecer relaciones, incluso de cooperación, con diferentes confesiones.

Segundo, la valoración positiva del hecho religioso, tanto desde un punto de vista ético como cultural y que lleva a los poderes públicos, sin dejar

⁶¹ POLO SABAU, *El estatuto de las confesiones religiosas en el derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, Madrid, 014:19 y 97.

de reconocer la libertad de creencias, a acotar la licitud de su manifestación pública “en el respeto a la moral y las buenas costumbres”, una expresión clásica que las constituciones de nuevas democracias tienden, dada su experiencia histórica, a dramatizar (v.gr. Rusia, sec. 29,2: “no admite la propaganda que incite al odio o la hostilidad”, Moldavia se. 31, 3; “...está prohibido incitar al odio o la enemistad”).

Tercero y, a mi juicio, fundamental, el valor identitario de la confesión religiosa que demuestra la literalidad de los textos traídos a colación.

Mientras las dos primeras razones son generalizables y refuerzan el principio de libertad religiosa que, como todo derecho, no solo debe ser reconocido sino promovido por el Estado Social de nuestros días, la segunda es particularizadora y remite a identidades determinadas donde se refractan, como ocurre en todos los órdenes concretos, los principios generales, incluidos los derechos fundamentales.

Con razón se ha señalado la permanente tensión entre universalismo y particularismo de estas declaraciones, tanto nacionales como internacionales⁶² y el caso de la libertad religiosa proclamada en ambos es paradigmático.

Es bien sabido que la Declaración Universal de 1948, al llevarse a la práctica, ha mostrado una tendencia a la particularización en dos ámbitos diferentes y coincidentes. Por un lado, en las propias Naciones Unidas, desde los Pactos de 1965 hasta la Conferencia de Viena de 1993 y, más aun la Conferencia sobre Población celebrada en El Cairo en 1995 que concluyeron supeditando la aplicación de la Declaración Universal al “pleno respecto a los valores éticos y religiosos y las diferentes tradiciones culturales de las naciones”. Con sobrada razón la doctrina más inclinada al universalismo ha visto en esta evolución un triunfo del particularismo identitario.

De otro lado, las Declaraciones de Derechos de ámbito regional muestran la misma tendencia. En Europa, desde la Convención de 1950 a la Carta de Niza, incorporada al Tratado de Lisboa; en el americano, desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 al Protocolo de El Salvador de 1988; en el africano con la Carta de 1980, con sus protocolos adicionales y la Carta sobre los derechos de los niños; y en el árabe con la Carta de 1994⁶³. A ello debe añadirse el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes que inaugura un frondoso

⁶² Cf. ARENAL, “Homogeneidad y heterogeneidad en la sociedad internacional como base de las tendencias hacia la integración y la desintegración” en RODRIGO Y GARCÍA (eds.) *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Madrid, 211:64.

⁶³ Cf. Mi ensayo “Seis décadas después” en *LX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid (Instituto de España):200.

grupo normativo sobre el reconocimiento de los derechos indígenas que tiene un amplio eco constitucional, especialmente en Hispanoamérica. A lo largo de todo este proceso, lo religioso acentúa su valor identitario⁶⁴.

Un exponente muy significativo de esta tendencia es el tratamiento de la libertad religiosa en Europa e incluso en la Unión Europea, donde el particularismo religioso frena su tendencia homogeneizadora. En efecto, el paradigmático artículo 18 de la Declaración Universal ya fue matizado en el artículo 9 del Convenio Europeo de 1950 cuyo texto pasó al art. 18 del Pacto de Derechos Civiles de 1966. Dicho art. 9 añadió a la fórmula incondicionada de 1948, un segundo párrafo según el cual “la libertad de manifestar su religión, no puede ser objeto de más restricciones que las previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática... para la protección de los derechos y libertades de los demás”. La fórmula se reitera en el art. 10 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Ahora bien, la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, a su rastro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han hecho de los citados idénticos artículos, responde a los siguientes tres rasgos⁶⁵:

Primero, una versión liberal de la libertad religiosa que se centra solo en el individuo y únicamente a partir del mismo considera los derechos de las confesiones en cuanto asociaciones voluntarias y nunca coactivas.

Segundo, una interpretación de la igualdad como el tratamiento diferente de lo que es diferente.

Tercero, un amplio margen de discrecionalidad del Estado nacional a la hora de adecuar el principio de libertad religiosa.

Un paso más en la misma dirección se da en el derecho primario de la UE. A partir del tratado de Ámsterdam de 1997 —Declaración nº 11— y ahora en el Tratado de Funcionamiento de la Unión que dispone “La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros a las Iglesias y asociaciones o comunidades religiosas” (art. 17,1).

Esto es, frente la tendencia homogeneizadora del derecho de la Unión y frente a la tendencia universalizadora de los derechos humanos, el factor religioso introduce una excepción en pro de un ámbito de discrecionalidad esta-

⁶⁴ BARTOLOMÉ CLAVERO (*Derechos de los Pueblos Indígenas*, Vitoria-Gasteiz, 1998) y APARICIO (*Los Pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2001 “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos y debilidades subjetivas” en *Revista de Antropología Social* 2015, 24:127 ss) iniciaron sabiamente el desbroce de tan frondosa mata.

⁶⁵ Cf. ARLETTAZ, *Religión libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona (Icaria), 2014:193.

tal que se justifica para tutelar lo que se estima inherente a la identidad de su respectiva sociedad, de su propio pueblo. Los antecedentes del citado art. 17 TFUE demuestran esta vinculación entre el margen de discrecionalidad estatal y la salvaguarda de la propia identidad.

7. LA RELIGIÓN COMO FACTOR MATERIAL DE INTEGRACIÓN POLÍTICA

La religión es, sin mengua de sus otras dimensiones, especialmente la sobrenatural, en expresión de Harnack, “la relación del alma con Dios”, un fenómeno social —“Sobre lo social en la religión”, titula su cuarto famoso discurso Schleiermacher, teólogo de filiación individualista—. Tan social que ha podido explicarse como una proyección de la propia sociedad.

Tal es la visión funcionalista cuya más señera manifestación fue la obra de Émile Durkheim sobre *Les formes elementaires de la vie religieuse* (1912), donde formula la tesis de que la religión, cada religión, es la expresión simbólica de la integración social, de cada sociedad. El fiel, afirma Durkheim, vive la religión como una superación de su debilidad individual, algo, añado yo, que puede afirmarse de la identidad. Y considera que la causa universal de ese sentimiento se encuentra en su inserción social ¿De qué sociedad? No de una sociedad “ideal”, sino de su propia sociedad “real”, pero “idealizada”. “Los dioses—afirma Durkheim no son sino la expresión simbólica de la sociedad”; “los ritos—continúa— son ante todo los medios por los cuales la sociedad se reafirma periódicamente”, algo evidente en el significado de las coronaciones regias allí donde se han mantenido (v.gr. en Hungría hasta 1918; en Japón y el Reino Unido hasta la actualidad). “No es que la sociedad cree la religión, sino que la experiencia religiosa le permite tomar conciencia de sí misma”. Los textos de la tesis sobradamente conocida podrían reiterarse. En síntesis, la religión, sus dogmas y más aun, sus ritos, serían así la expresión simbólica de la sociedad tenida como propia, la que proporciona identidad social. Ésta es la función que Bergson, buen conocedor de la obra de Durkheim, atribuye a la religión que él califica de “natural”, la religión estática propia la sociedad cerrada.

La contestación de las tesis de Durkheim ha sido abundante. Pero no es menos cierto que su fecundidad se ha comprobado por otros análisis funcionalistas tanto de las religiones primitivas como por el microestudio de concretas formas religiosas en que la función de integración social es manifiesta. De las formas elementales se ha llegado así a analizar *Las formas complejas de la vida religiosa*, v. gr. Caro Baroja.

Ahora bien, igual función de integración o confirmación social de la religión encontramos en el análisis de lo que, con terminología de Dobbelaere, denominamos macronivel. El tratamiento actual de lo religioso en las vigentes

constituciones políticas de unos Estados constitutivamente seculares y que, en muchos casos, corresponden a sociedades eminentemente seculares o en trance de acelerada secularización. La identidad a la que la religión ha contribuido y contribuye decisivamente es lo que más interesa, consciente o inconscientemente, al constituyente. Y esta explicación funcionalista remite a una sociología genética que da cuenta de los procesos históricos de confesionalización atrás mencionados. La identidad no se inventa ni su ingrediente religioso puede, ni improvisarse ni amortizarse. En esta materia, como del bosque dice el poeta, “reina el antecedente”.

En un texto famoso de *Über Judenfrage*, Marx acierta y se equivoca por mitad al decir: “La religión ha dejado de ser la esencia del Estado, para ser la esencia de la diferencia”. Porque lo que constituye al Estado, hoy a un número creciente, lo que los integra, es la diferencia a la que la confesión tenida como propia contribuye en gran medida.