

SOBRE EL DRET A LA LAÏCITAT (LLIBERTAT RELIGIOSA I INTERVENCIÓ DELS PODERS PÚBLICS)

Pablo Santolaya Machetti*

Sumari

1. Punt de partida: el dret a la laïcitat
2. Un panorama de dret comparat sobre les relacions esglésies-Estat a la Unió Europea
 - 2.1. El model confessional
 - 2.2. El model de separació o laïcitat
 - 2.3. El model aconfessionalitat-cooperació. Referència particular al cas espanyol
3. La llibertat religiosa en el Conveni europeu de drets humans
4. La llibertat religiosa en el marc de la Unió Europea. El sorgiment d'un dret fonamental a la llibertat religiosa d'abast europeu

* Catedràtic de dret constitucional de la Universitat d'Alcalá.
pablo.santolaya@uah.es
Article rebut el 12.6.2006.

1. Punt de partida: el dret a la laïcitat

L'objectiu d'aquest treball¹ és analitzar el grau d'intervenció dels poders públics que podem considerar compatible amb l'exercici, en condicions d'igualtat, del dret fonamental a la llibertat religiosa.

He de començar aclarint que les intervencions a què farem referència no són de signe negatiu enfront de determinades creences, de persecucions religioses —un problema que afortunadament podem considerar marginal en el panorama europeu—, sinó que del que es tracta és de dilucidar si determinades actuacions públiques a favor de certes religions, més o menys oficialitzades, poden implicar desigualtat per als qui no les comparteixen, pel fet de practicar altres creences o simplement no professar-ne cap, o, des d'un altre punt de vista, determinar fins a quin punt es poden considerar legítimes i proporcionals les intervencions positives solament a favor d'una de les creences presents a la societat, fins i tot encara que aquesta sigui majoritària. Es tracta d'afirmar l'existència d'un dret a la laïcitat entès com a tracte no discriminatori dels poders públics en relació amb les creences religioses o l'absència d'aquestes creences en els seus ciutadans i, consegüentment, al fet que cap d'elles no rebi, en detriment de les altres, un suport públic desproporcionat.

I és que considero, amb Ibán i Ferreri,² que és ingenu pensar que la llibertat religiosa és un problema resolt a Europa pel fet que puguem, en general, practicar la religió que considerem oportuna o no practicar-ne cap, i que actualment llibertat religiosa significa també igualtat essencial de tracte, distribució equitativa d'avantatges per part dels poders públics i, en definitiva, que quan les intervencions promocionals a favor d'una creença superen un determinat llindar de racionalitat derivat de les circumstàncies socials en què s'adopten, s'està vulnerant la llibertat religiosa dels altres.

Aquest plantejament ha de tenir en compte, a més, que la nostra societat és al mateix temps progressivament més laica i més plural en les seves creences religioses i, d'una altra banda, que la llibertat religiosa està en vies de ser elevada a dret fonamental europeu, la qual cosa significa que ha de ser capaç de superar els condicionaments històrics i culturals del seu exercici a cadascun dels països d'Europa. I és que, com afirma Roberts,³ probablement no hi ha cap àmbit en què les experiències històriques tenen una eficàcia jurídica tan immediata, de manera que ens trobem davant una pluralitat de sistemes que reflecteixen la pluralitat d'identitats i cultures nacionals.

Efectivament, el mapa d'Europa és, en bona mesura, el resultat de la divisió religiosa, i les identitats nacionals sorgeixen unides a la pràctica de determinades religions. Històricament les esglésies han format part del poder polític i encara avui aquesta dada es reflecteix en molts textos constitucionals, de manera que, tot i que el nostre continent constitueix un espai privilegiat d'exercici de la llibertat religiosa, són moltes les constitucions en les quals d'una o una altra manera s'afavoreix jurídicament o es reconeix la importància social d'una determinada creença i, en sentit contrari, excepcional, la configuració d'un model d'Estat laic de separació església-Estat en el qual la neutralitat dels poders públics assegurí plenament el dret a la laïcitat.

¹ Vaig exposar una primera versió d'aquest treball al Congrés anual de l'European Group of Public Law, organitzat entre el 17 i el 19 de setembre de 2004 a Legranía (Grècia) sobre «Religions and Public Law». Els textos del Congrés han estat publicats per l'*European Review of Public Law* en el volum 17, núm. 1, primavera de 2005. La meua contribució s'anomena «Religion and Liberties», pàg. 175-200.

² Ibán, Ivan C. i Ferreri, Silvio, *Derecho y religión en Europa occidental*. McGraw Hill, Madrid, 1998.

³ Roberts, Gerhard, *Estado e Iglesia en la Unión Europea*. Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Nomos Verlagsgesellschaft, Madrid - Baden Baden, 1996.

Tot això es veurà afectat per la configuració de la llibertat religiosa com un dret dels europeus, en el sentit que el grau de proximitat existent en algun dels estats membres entre els poders públics i determinades confessions oficialitzades, solament explicable per raons històriques concretes, serà incompatible amb la construcció d'un espai europeu de drets fonamentals.

I per tractar de posar de manifest aquesta excessiva proximitat entre l'Estat i les confessions religioses partim de l'exposició d'un cas igualment proper: el que va haver de dilucidar el nostre Tribunal Constitucional en la Sentència 101/2004, de 2 de juliol.

Es tracta d'un recurs d'empara presentat per un inspector de policia al qual s'obliga a acompanyar una processó religiosa amb la doble argumentació que es tracta d'assegurar el desenvolupament normal de l'acte, se li demana que compleixi un servei policíac i no que assisteixi a un acte religiós, i que la policia, com a tal, és germana major de la confraria.

Per al Tribunal resulta evident que no es tracta d'un acte de protecció de l'ordre públic —entre d'altres bones raons, perquè es realitza a cavall i armats amb llances i espases, que no semblen certament les més adequades per a aquesta finalitat—, sinó que és un «servei especial» la finalitat del qual és contribuir a realçar la solemnitat d'un acte religiós de la religió catòlica, al qual no es pot obligar a participar a qui no comparteix aquesta creença, i per això es reconeix que s'ha vulnerat la seva llibertat religiosa.

No obstant això, opta per una sortida en fals en relació amb el principal dels problemes presents en el cas, que és, sens dubte, la compatibilitat del caràcter aconfessional de l'Estat espanyol amb el fet que la Policia Nacional, com a institució indiscutiblement estatal, sigui germana major d'una germandat religiosa. El Tribunal defuig aquest problema amb l'argumentació, absolutament discutible, si no directament peregrina, que la condició de germà major no és conseqüència de cap norma pública, sinó que deriva dels seus estatuts aprovats pel bisbat, i que per tant la lesió, si n'hi ha, no seria imputable a un poder públic, cosa que constitueix un requisit del recurs d'empara.

També crida l'atenció el fet que la sentència contingui un sol vot particular —de signe, diguem-ne, conservador—, destinat a afirmar expressament que els poders públics poden fer aquest tipus de coses, en virtut del principi de cooperació «amb l'Església catòlica i les altres confessions» previst igualment en l'article 16.3 de la Constitució, sempre que es garanteixi, això sí, el caràcter voluntari de l'assistència.

La sentència és només un exemple, desgraciadament molt estès, de la pervivència de relacions especialment qualificades dels poders públics amb determinades confessions religioses, que adquireixen, ja sigui per la via de la seva consideració com a religió d'Estat, o bé per la d'articular una col·laboració especial amb elles, un estatus privilegiat jurídicament i socialment, que pot originar situacions d'autèntica discriminació en l'exercici de la llibertat religiosa dels qui practiquen una religió minoritària.

Aquest problema es presenta també, de vegades, en la forma del que la jurisprudència americana, i últimament també la del Tribunal Europeu de Drets Humans, ha anomenat *facially neutral laws* (lleis aparentment neutrals),⁴ és a dir, aquelles que no es dirigeixen directament a regular una pràctica religiosa però que poden tenir conseqüències restrictives en l'exercici de

⁴ Employment Division, Department of Human Resources v. Smith, 494 US 872 (1990); United States v. Lee, 455 US 252 (1982); Braunfeld v. Brown, 366 US 599 (1961). La categoria es pot trobar també en la jurisprudència del TEDH, per exemple, a Vegros contra Grècia, de 24 de juny de 2004.

religions minoritàries, en la mesura que exigeixen un comportament incompatible amb una pràctica religiosa o, en sentit contrari, impliquen la prohibició de ritus d'una religió.

2. Un panorama de dret comparat sobre les relacions esglésies-Estat a la Unió Europea

Un repassada ràpida al panorama europeu de relacions entre poders públics i religió ens permet afirmar l'existència d'un nombre important de països en els quals es reconeix una església estatal (per exemple, Dinamarca o Grècia), un cas de separació o de laïcitat de l'Estat (França) i models d'estat aconfessional amb relacions especials de cooperació amb algunes religions majoritàries (Itàlia, Portugal, Alemanya i per descomptat Espanya, que prendrem com a model).

2.1 El model confessional

Entre els països *amb església estatal* es pot citar el cas danès, on la Constitució de 1953 estableix que l'Església luterana és la religió oficial de Dinamarca i com a tal serà mantinguda per l'Estat, si bé es proclama la llibertat de creences i s'afirma que ningú no serà obligat a efectuar contribucions a una església a la qual no pertany ni discriminat de cap manera per raons religioses. En conjunt significa un considerable pas endavant en relació amb l'obligació històrica de tots els danesos de ser membres de l'Església de l'Estat, però implica encara una situació clara de privilegi de l'Església Nacional Danesa respecte a qualsevol altra confessió, en la mesura que és l'única mantinguda per l'Estat, mentre que les altres solament gaudeixen d'ajudes estatals per a la realització d'activitats concretes que es consideren d'interès públic.⁵ Al contrari, la resta de països nòrdics de la Unió han reformat recentment les seves constitucions per suprimir la religió estatal i establir la separació entre Església i Estat. Aquest és el sentit de la nova Constitució de Finlàndia d'11 de juny de 1999 i de la reforma sueca d'1 de gener de 2000.

Al marge d'aquests països, i de la situació peculiar de l'Església estatal a Anglaterra, país en el qual la confessionalitat és sobretot simbòlica, de manera que, per exemple, l'església nacional ni tan sols no es finançada per l'Estat, excepte per al manteniment del patrimoni cultural, sens dubte el cas més conflictiu, per les seves repercussions pràctiques en la llibertat religiosa, és la regulació que conté la Constitució grega, la qual aporta diversos elements certament cridaners i que en conjunt significa l'existència d'una religió oficial de l'Estat, amb estatus jurídic propi situada en clara situació d'avantatge en relació amb qualsevol altra confessió,⁶ cosa que només pot ser comprensible tenint en compte l'especial relació històrica entre església ortodoxa i Estat grec, entre hel·lenisme i fe ortodoxa.

Aquesta identificació es plasma, per exemple, en la declaració expressa de la religió ortodoxa com a prevalent, el règim de la qual el fixa la Constitució i que inclou la insòlita declaració que el text de la sagrada escriptura és inalterable i se'n prohibeix la traducció sense autorització de l'Església. Com a conseqüència pràctica d'aquest caràcter estatal de la religió, l'Estat cobreix gairebé completament les seves necessitats en els camps de formació i retribució del clergat, i gaudeix igualment d'una exempció pràcticament total d'impostos i el seu patrimoni té la condició de no expropiable.

⁵ Dübeck, Inger, «Estado e Iglesia en Dinamarca», a Roberts, Gerhard (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, cit., pàg. 37 i seg.

⁶ Per al cas grec, *vid.* Pastathis, Charalambos, «Estado e Iglesia en Grecia», a Roberts, Gerhard (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, cit., pàg. 73 i seg.

Des d'un altre punt de vista, aquest règim implica una forta intervenció estatal en l'organització interna de l'Església ortodoxa, de manera que, per exemple, els nomenaments dels arquebisbes metropolitans es fan per decret de la presidència i han de sol·licitar-ne la confirmació al president de la República abans d'assumir les seves funcions.

O també en les clàusules constitucionals de jurament religiós presents en la Constitució tant per al president de la República com per als membres del Parlament, si bé aquests últims poden emprar fórmules religioses alternatives, la qual cosa se sol interpretar en el sentit que és possible el pluralisme religiós entre els membres del Parlament però es reserva la presidència de la República a un practicant de la religió ortodoxa.⁷

O en la prohibició de proselitisme que conté l'article 13.2, l'origen històric del qual remunta a la primera Constitució grega que va introduir una clàusula, mantinguda fins al 1975, que només el prohibia «contra la religió dominant», cosa que, per cert, ha estat salvada pel TEDH quant a la seva «convencionalitat» sobre la distinció més que discutible entre proselitisme propi i impropí.⁸

També crida poderosament l'atenció el sistema d'autorització dels temples i llocs de culte sotmesos a un procediment administratiu que inclou la intervenció necessària de l'Església ortodoxa i que converteix en infracció penal l'obertura d'un lloc de culte sense el seu permís. Això, d'acord amb la STEDH Manoussakias contra Grècia, de 26 de setembre de 1996, es manifesta «en una clara tendència de les autoritats administratives i eclesiàstiques a utilitzar aquesta norma amb l'objectiu de limitar les activitats de les confessions no ortodoxes».⁹

En fi, hi ha molts altres aspectes com a mínim discutibles des del punt de vista de la llibertat religiosa en el règim jurídic grec; per exemple, el fet que consideri com a objectiu de l'educació en l'article 16 de la Constitució el desenvolupament de la consciència religiosa que fa que les classes de religió «d'acord amb la religió dominant» siguin obligatòries a les escoles.

Com també ho és, seguint l'empremta de la Constitució grega, però fent un pas més, a causa de la divisió del país, la posició, sens dubte insòlita en el context europeu, que adopta la Constitució xipriota, que defineix les dues comunitats nacionals —entre d'altres factors— per la pertinença a una determinada religió en referir-se (art. 2) a una comunitat grega, que comprèn tots els ciutadans de la República que són d'origen grec, la llengua materna dels quals és el grec o que comparteixen les tradicions culturals gregues o que *són membres de l'Església ortodoxa grega*, i una comunitat turca formada pels ciutadans d'origen turc... o que *són musulmans*.

2.2. El model de separació o laïcitat

En l'àmbit de la Unió Europea el país més proper al model de *separació o de laïcitat* de l'Estat és França,¹⁰ on la definició com a estat laic i la declaració d'igualtat per motius religiosos són

⁷ En relació amb aquest tema convé recordar la doctrina establerta pel TEDH a Buscarini i altres contra Sant Marí, de 18 de febrer de 2003, en què declara contrari a l'article 9 del Conveni condicionar l'accés al càrrec públic a la prestació d'aquesta mena de juraments.

⁸ STEDH Kokkinakis contra Grècia, de 25 de maig de 1993.

⁹ Per la qual cosa, en definitiva, considera que la condemna als testimonis de Jehovà per obrir el temple sense autorització no és proporcionada a la finalitat legítima perseguida ni necessària en una societat democràtica. A Vergos contra Grècia, de 24 de juny de 2004, el Tribunal no aplica aquesta doctrina, ja que assenyala que la llibertat religiosa no implica el dret perquè es modifiquin els plans d'urbanisme amb vista a la construcció de llocs de culte.

¹⁰ Potser també es pot incloure dins d'aquest model els Països Baixos, que, a partir de 1983, han modificat la seva Constitució, fent desaparèixer tota referència a l'Església i acabant amb el seu finançament públic. Vegeu *Le financement des communautés religieuses*, dins Les Documents de Travail du Sénat, LC93, 2001, p. 45 i seg. Un cas encara més particular és l'irlandès, que estableix una neutralitat estricta dels poders públics, la qual cosa sembla que

clarament presents en la seva Constitució, com a fruit històric d'un procés de emancipació dels poders públics de la religió catòlica i que es basa en dues idees: la religió com a assumpte privat, que només interessa en la seva dimensió personal, i que els poders públics no han d'envair l'esfera del privat, han de romandre absolutament al marge de les creences religioses dels seus ciutadans, mantenir-se estrictament neutrals entre totes elles.¹¹

Sobre aquestes premisses es va aprovar la centenària Llei de 9 de desembre de 1905, encara vigent, hereva de la tradició que remunta a la Revolució francesa, la Declaració dels drets de l'home i els decrets de 1789 i de 1795, que nacionalitzen els béns del clergat i estableixen el règim de separació de les esglésies de l'Estat, respectivament.

La consideració de la religió com un assumpte privat que ha de ser respectat pels poders públics fonamentalment abstenint-se d'actuar i tractada en condicions estrictes d'igualtat té una sèrie de conseqüències organitzatives importants que abasten des de la impossibilitat de constituir cap religió com a religió estatal o de mantenir-hi relacions privilegiades —per exemple, per la seva condició de religió més practicada—, fins a la impossibilitat de subvencionar amb fons públics les activitats religioses.

És cert que aquesta laïcitat té un aspecte positiu, però únicament quan l'Estat actua per crear un marc de lliure expressió religiosa dels ciutadans dins una societat cada cop més multireligiosa que, com a tal, ha de ser capaç de respectar la neutralitat de les seves institucions en un fenomen fonamentalment intern, privat.

Fins ara, aquesta manera de concebre l'Estat per garantir la llibertat religiosa dels ciutadans sembla haver donat un resultat positiu, com a mínim si ho jutgem a través del test que implica el control del Conveni europeu de drets humans, ja que l'únic assumpte en el qual s'ha al·legat una intervenció dels poders públics contrària a la llibertat religiosa, el cas *Cha'llauri Shalom v. Tsedek contra França*, de 27 de juny, se salda amb la declaració que no hi ha hagut vulneració.

No obstant això, la laïcitat francesa està sent sotmesa a una prova de foc en un dels seus aspectes més sensibles, l'educació laica i la possibilitat de participar en el procés educatiu, però també en general a l'Administració pública, amb signes religiosos ostensibles, eufemisme que oculta el fet que hi ha un nombre important de musulmanes franceses que estan fent del vel un signe d'identificació a través de la seva religió. Tot això en el context d'una comunitat musulmana establerta a França de més de 4 milions de persones.¹²

l'apropa al model francès, però que fa compatible la referència a un considerable nombre de valors cristians al seu text. *Vid.* Llamazares Fernández, Dionisio, *Derecho a la libertad religiosa*. Civitas, Madrid, 2002 (2a ed.), pàg. 200.

¹¹ *Vid.* Messner, François *et alii*, *Traité de droit français des religions*. Juris Classeur, París, 2003, pàg. 393 i seg. Basdevant-Gaudement, Brigitte, «Estado e Iglesia en Francia», a Roberts, Gerhard (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, cit., pàg. 119 i seg.

¹² El TEDH s'ha enfrontat ja parcialment a aquest problema, declarant inadmissible un recurs presentat per una professora d'un centre públic convertida a l'islam, a la qual les autoritats impedièren ensenyar amb vel. *Vegeu* Dahlab contra Suïssa, de 15 de febrer de 2001. Més recentment ha dictat la importantíssima *Leyla Sahin contra Turquia*, de 10 de novembre de 2005, en la qual considera que no vulnera la llibertat religiosa ni el dret a l'educació una circular del rector de la Universitat d'Istanbul que impedia l'accés a classes i exàmens d'estudiants amb vel islàmic o amb barba.

2.3. El model aconfessionalitat-cooperació. Referència particular al cas espanyol

El tercer dels grans models europeus, present a Espanya i altres països europeus,¹³ és el que pretén fer compatibles el caràcter aconfessional de l'Estat amb el manteniment de relacions especials de cooperació amb determinades religions que compten amb un important substrat sociològic, de manera que es reconeixen avantatges jurídics que impliquen un règim diferenciat a les confessions religioses més practicades pels seus ciutadans.

En el cas espanyol aquesta realitat es reflecteix en la redacció de l'article 16.3 de la Constitució, que estableix: «cap confessió no tindrà caràcter estatal. Els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions», tenint en compte, a més, que el dret a la llibertat religiosa és predicat en el text constitucional (16.1) «dels individus i les comunitats».

Aquest precepte ha estat interpretat jurídicament pel Tribunal Constitucional en el sentit de partir de la neutralitat dels poders públics, connatural a la aconfessionalitat de l'Estat, com a dimensió objectiva de la llibertat religiosa, de manera que després de formular aquesta declaració de neutralitat (STC 340/1993 i 177/1996) considera el component religiós perceptible en la societat espanyola i ordena als poders públics mantenir les conseqüents relacions de cooperació, introduint una idea d'aconfessionalitat o laïcitat positiva que no obstant això «veda qualsevol tipus de confusió entre funcions religioses i estatals».

Els elements que hem de tenir en compte per valorar aquesta realitat complexa són els següents.

El punt de partida és la aconfessionalitat de l'Estat, segons el qual no hi ha d'haver confusions entre fins religiosos i fins estatals (STC 46/2001). Aquest és el principi bàsic que opera en virtut de la Constitució i límit de qualsevol relació de cooperació.¹⁴

Existeix una cooperació obligatòria amb l'Església catòlica que s'ha estructurat mitjançant quatre acords internacionals entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, tots ells de 3 de gener de 1979. Encara que posteriors a la Constitució pel que fa a la seva aprovació, han estat qualificats, pel seu contingut, com a materialment preconstitucionals,¹⁵ expressió amb la qual es vol reflectir no només la conflictivitat d'alguns dels seus aspectes des del punt de vista constitucional, sinó també que es van redactar adoptant aparentment el punt de vista que el que la Constitució digués, com a norma de dret espanyol, no tenia per què condicionar aquestes relacions basades en el dret internacional, de manera que els acords ni tan sols fan cap referència a la Constitució, cosa que resulta particularment significativa en algun dels seus aspectes, per exemple en matèria d'ensenyament religiós, un dels preceptes alhora més discutit i

¹³ Entre ells com a mínim Itàlia, molt similar a l'espanyol, que manté un pacte internacional amb l'Església i una remissió a aquests pactes en la Constitució i ha subscrit acords de cooperació —de caràcter legal— amb jueus i evangèlics. Sobre el model italià *vid.*: Ferrari, Silvio, «Estado e Iglesia en Italia», a Roberts, Gerhard (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, cit., pàg. 173 i seg. També Portugal, el règim concordatori del qual s'aplica en la pràctica exclusivament a l'Església catòlica, i, amb matisos importants, Alemanya. En relació amb aquest últim model vegeu Rossell, Jaime, *Los acuerdos del Estado con las Iglesias en Alemania*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

¹⁴ Sobre aquest plantejament, Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas, 2003, pàg. 209 i seg.

¹⁵ Ibán, Iván C., «Estado e Iglesia en España», a Roberts, Gerhard (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, cit., pàg. 93 i seg.

més complex del nostre text constitucional, en què el principal problema per resoldre va ser precisament aquest.¹⁶

Ara bé, la Constitució imposa també l'existència d'aquesta cooperació estatal amb totes aquelles comunitats religioses que acreditin arrelament en la societat espanyola. En aplicació d'aquest principi s'han subscrit acords de cooperació amb la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques, la Federació de Comunitats Israelites i la Comissió Islàmica, que van ser formalitzats en les lleis 24, 25 i 26 de 10 de novembre de 1992.

En definitiva, l'article 16 de la Constitució espanyola estableix la aconfessionalitat de l'Estat i, al mateix temps, el principi de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions tenint en compte les creences religioses de la societat espanyola. Això significa que les relacions entre Església i Estat en el nostre marc constitucional han de respectar els principis següents:

1. La llibertat religiosa entesa com un dret subjectiu de caràcter fonamental que es concreta en un àmbit de llibertat de l'individu i de les comunitats en què aquestes creences s'estructuren, tant en la seva dimensió interna com externa. Aquesta llibertat s'exerceix en una Espanya progressivament més plural també des del punt de vista de les creences religioses, o la manca de creences, dels seus ciutadans.

2. Reconeixement de les necessitats derivades de les creences majoritàries de la societat espanyola, que poden justificar certament un tracte diferenciat en alguns aspectes per a l'Església catòlica i altres confessions assentades a la nostra societat, en aplicació del principi constitucional de cooperació.

3. Límit de la igualtat. Qualsevol diferenciació de tracte a favor d'una creença majoritària no resulta acceptable constitucionalment. El caràcter aconfessional de l'Estat continua sent el punt de partida, i aconfessionalitat significa «com a mínim inexistència de situacions de privilegi o preferència a favor de cap creença».¹⁷

De manera que podem dir, amb la STC 24/1982, que:

«Hay dos principios básicos en nuestro sistema político, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa [...] el segundo es el de igualdad [...] el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico.»

Així, en el camp de la llibertat religiosa, com en el conjunt dels drets fonamentals d'una constitució que prohibeix qualsevol diferència de tracte entre d'altres causes per motius religiosos, el principi constitucional és la igualtat, de manera que qualsevol diferència de tracte entre ciutadans —considerats tant individualment com col·lectivament— per raó de la seva

¹⁶ Celador Angón, Óscar, «Laicidad y estatuto jurídico de los profesores de religión católica en la escuela pública», a *Boletín de la sociedad española de ciencias de las religiones*, núm. 15/2001, pàg. 71 i seg.

¹⁷ López Guerra, Luis, «Derecho y religión», a *Cuestiones vivas de derecho matrimonial, procesal y canónico*. XXV Jornades de l'Associació Espanyola de Canonistes. Universitat Pontificia de Salamanca, 2005, pàg. 428.

creença religiosa concreta, o quan manqui aquesta, ha d'estar en condicions de superar un doble test.

En primer lloc, que la diferència respongui efectivament a una necessitat autèntica derivada de la realitat social de les creences dels ciutadans. D'aquesta manera, per exemple, el pagament per part de l'Estat d'un professor d'una determinada religió està justificat únicament si hi ha, en l'espai educatiu de què es tracti, el nombre suficient d'alumnes que la professen. En cas contrari seria una manera arbitrària de subvencionar-la, incompatible amb el caràcter no confessional de l'Estat.

I en aquest punt cal constatar l'evolució sociològica enfront del fet religiós que ha tingut lloc a Espanya des de l'aprovació de la Constitució,¹⁸ de manera que el 1978 es declarava catòlic practicant el 61,2 % de la població i catòlic no practicant el 29,4 %, i solament el 7,9 % es considerava «agnòstic, indiferent, ateu o no creient». En contrast amb aquestes xifres, l'any 2005 es consideren catòlics practicants el 23,9 %, no practicants el 54,2 % i no creients el 17,4 %. Per tant, podem assenyalar que en aquests moments la majoria de la població se situa en la categoria de catòlic «no practicant», cosa que s'ha interpretat com a pervivència d'un cert catolicisme cultural. Cal destacar que el sector no creient ha pujat, entre 1994 i 2005, 7,2 punts percentuals, fins a arribar al 17,4 %, i es calcula, com a projecció matemàtica, que l'any 2010 superarà el dels catòlics practicants. També és interessant ressaltar que la xifra dels qui opten per altres «religions» s'ha estabilitzat per sota del 2 %, i això malgrat el creixement del nombre d'immigrants ja que molts d'ells provenen de països catòlics amb índexs de pràctica religiosa superior al nostre (per exemple, Polònia, Equador o Colòmbia) i que en realitat han contribuït a l'enfortiment de l'Església catòlica en el conjunt de la població.

El segon és que la desigualtat sigui en si mateixa justificable dins una societat progressivament més plural des del punt de vista religiós, incloent-hi un nombre cada vegada més elevat de persones que no en tenen cap. I és que en un context ideològic plural determinades actuacions públiques a favor de creences més o menys oficials poden implicar un tractament desigual per a tots aquells que no la practiquen.

Per tant, es pot afirmar que quan les intervencions promocionals a favor d'una creença superen un determinat llindar de racionalitat derivat de les circumstàncies socials en què aquestes mesures s'adopten s'està vulnerant la llibertat religiosa de tots aquells que no se'n beneficien.

En definitiva, el punt de partida que es proposa per comprendre el marc de la llibertat religiosa dins la Constitució espanyola de 1978 és el principi de la neutralitat dels poders públics, de manera que es pot dir, parafrasejant el Tribunal Constitucional alemany (BVerfGE 108, 282/299), que l'Estat espanyol és neutral des del punt de vista religiós, neutralitat que ha de ser compatible, però, amb el fet que adopti una actitud positiva envers les manifestacions religioses dels seus ciutadans i un tracte especialment qualificat envers aquelles socialment més esteses.

És veritat que l'existència d'una realitat social en la qual existeix una religió clarament majoritària pot provocar un tractament diferent, però aquesta diferència només és possible constitucionalment si exclou qualsevol discrecionalitat i es basa en una valoració acurada de la

¹⁸ Comas Arnau, Domingo, «La evolución del pluralismo moral y religioso en la sociedad española», a *Letra Internacional de la Fundación Pablo Iglesias*, primavera de 2006, pàg. 1 i seg. La taula de la qual s'obtenen aquestes dades és la número 1, anomenada «Evolución de las categorías de ubicación religiosa» i es troba a la pàg. 9. La referència a la pervivència d'un cert catolicisme cultural es troba a la pàg. 10. La previsió de creixement dels no practicants, a la pàg. 11. Les referències a la població estrangera i les seves opcions religioses, a les pàg. 14-15.

situació social; altrament, constituirà un tractament privilegiat, discriminatori per als qui practiquen altres creences o no en tenen, tenint en compte, a més, com assenyala López Guerra, que la cooperació s'haurà de dur a terme dins dels mandats constitucionals de neutralitat estatal, llibertat de consciència i igualtat, i no com a excepció a aquests principis.¹⁹

I no estic segur en absolut que la situació pràctica de les relacions entre Església i Estat a Espanya superi en aquests moments aquestes exigències teòriques de la igualtat en l'exercici de la llibertat religiosa o del que hem anomenat dret a la laïcitat.

D'una banda, és evident que els acords no situen en pla d'igualtat les altres confessions amb la religió catòlica. Al contrari, aspectes que van des del manteniment del clergat a costa dels pressupostos públics,²⁰ la inclusió de la religió a tots els centres d'estudi, el reconeixement de la forma canònica de matrimoni, l'assistència religiosa a les forces armades... fins a l'obligatorietat de l'ensenyament del dret canònic en els programes de les facultats de dret (Acte del Tribunal Constitucional 395/1985) apareixen, de fet o de dret, reservats a l'Església catòlica.

En aquest punt pot ser particularment significatiu que els acords amb les confessions no catòliques no hagin estat desenvolupats pel que fa a les classes de religió als centres educatius, i que el projecte d'iniciar aquestes activitats amb la confessió islàmica va ser contestat per part del secretari general de Partit Popular amb l'argument que «no és partidari de finançar l'ensenyament de les religions que no estiguin en la nostra cultura».²¹

D'altra banda, hi ha problemes jurídics en la mesura que la regulació actual dels acords concordataris sembla que xoca amb el text constitucional. Això passa, per exemple, amb l'aplicació de la clàusula III dels acords en matèria educativa, que regula el nomenament dels professors de religió, interpretada per diversos bisbes en el sentit que els permet excloure de l'ensenyament els qui han contret matrimoni civil. Aquesta qüestió es troba plantejada i pendent de resolució pel Tribunal Constitucional, que haurà d'enfrontar-se a la situació, certament atípica, que l'accés i la permanència en l'exercici de la funció pública docent siguin decidits per motius ideològics per una autoritat eclesiàstica i que, en el supòsit de decidir que tal situació és contrària a la Constitució, declarar la inaplicabilitat per inconstitucionalitat d'aquest aspecte del Concordat.

Però sobretot perquè molt sovint, en la pràctica, la rellevància pública que adquireixen els ritus catòlics i com s'hi impliquen els poders públics resulta difícilment compatible amb la aconfessionalitat de l'Estat.

A vegades es tracta d'aspectes purament simbòlics, però tan extremadament significatius com ara que després de la matança terrorista de l'11 de març es va organitzar un suposat funeral d'Estat per les 192 víctimes, de les quals un apreciable tant per cent professava altres religions, en particular la musulmana. Doncs bé, no es tracta només que aquesta cerimònia d'Estat consistís en una missa solemne de difunts catòlica celebrada a la catedral de Madrid pel seu bisbe cardenal, sinó que, pel que sembla, l'Església va impedir, almenys amb la passivitat de les autoritats públiques, qualsevol tipus d'intervenció en aquesta cerimònia d'Estat dels representants d'altres confessions religioses que pretenien homenatjar les seves víctimes.

El mateix abast simbòlic, encara que en un aspecte certament més festiu, presenta el fet que les noces d'Estat de l'hereu al tron fos una cerimònia catòlica, amb l'absència absoluta de

¹⁹ López Guerra, Luis, «Derecho y religión», cit., pàg. 426.

²⁰ Vid. sobre aquest aspecte Torres Gutiérrez, Alejandro, *La financiación de las confesiones religiosas en España*. Estudios de la Fundación Alternativas, Madrid, s. d.

²¹ Diari *El País* de 25 d'agost de 2004.

qualsevol tret no sols de pluralisme religiós, sinó de la separació més elemental entre Església i Estat, o que recentment ens hàgim assabentat de l'existència de piles baptismals per a hereus de la corona d'Espanya, als quals es dona per fet no només que cal batejar-los, sinó que cal utilitzar aigua del riu Jordà, segons una tradició inveterada.

3. La llibertat religiosa en el Conveni europeu de drets humans

Existeix, per tant, una pluralitat de règims politicoconstitucionals d'exercici de la llibertat religiosa a Europa. El pas següent és analitzar si és possible afirmar, a partir de la interpretació que el Tribunal Europeu de Drets Humans ha realitzat de l'article 9 del Conveni de Roma, que en aquest camp hi ha un estàndard mínim europeu que garanteixi, almenys, que la intervenció dels poders públics s'exerceixi dins uns determinats límits raonables i proporcionals, de manera que al marge de la importància històrica i sociològica que pugui tenir una determinada creença en un país concret es respecti la llibertat religiosa dels membres de les altres confessions i la igualtat essencial entre totes elles.

I la resposta és més aviat de signe negatiu, a conseqüència que el TEDH ha admès marges d'apreciació summament amplis de les intervencions estatals,²² de manera que ha legitimat, tant des del punt de vista de la llibertat religiosa com del principi d'igualtat, un tracte diferenciat per a les diferents religions sempre que no impliqui un obstacle per professar la religió pròpia o no derivi en discriminació.²³

La línia doctrinal dominant es pot descriure afirmant que si bé l'Estat ha de ser imparcial des del punt de vista religiós en relació amb els individus, no té per què ser-ho amb les confessions religioses, que molt sovint estan sotmeses a règims jurídics diferenciats.²⁴

Fins a tal punt això és així que, inicialment, la Comissió va entendre que la llibertat religiosa era un dret de caràcter estrictament personal, sense que en poguessin ser titulars les persones jurídiques, les confessions o les esglésies (Església d'X contra el Regne Unit, 379/668), i encara que aquesta doctrina va ser superada posteriorment (Església de la Cienciologia contra Suècia 780/577), admetent la seva legitimació en representació dels seus membres, tot i això no ha faltat qui, des de la doctrina, ha considerat que en realitat les diferències admeses entre confessions religioses en el si dels estats signifiquen que el principi d'igualtat en el dret a la llibertat religiosa és aplicable únicament a les persones físiques, però no a les confessions.²⁵

D'aquesta manera, ha considerat compatibles amb la llibertat religiosa intervencions positives estatals tendents a afavorir determinades religions, en matèria fiscal, per exemple, en el cas Darby contra Suècia, de 23 d'octubre de 1990, que consagra, indirectament, la pervivència d'una Església d'Estat a Suècia i la facultat de l'Estat per imposar un tribut religiós a tots els residents a Suècia sempre que puguin quedar exonerats d'aquest impost en condicions d'igualtat.

²² Vegeu, en aquest sentit, Martínez-Torrón, Javier, «The permissible scope of legal limitations on the freedom of religion of Belief: The European Convention on Human Rights», a *Global Jurist Advances*, vol. 3/2003. Martín Sánchez, Isidoro, *La recepción por el Tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el CEDH respecto a las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Comares, Granada, 2002.

²³ Fernández Coronado, Ana i altres, *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*. Colex, Madrid, 2002.

²⁴ Ibán, Iván i Ferrari, Silvio, *Derecho y religión en Europa occidental*. McGraw Hill, Madrid, 1998.

²⁵ Martín Sánchez, Isidoro, *La recepción...*, cit., pàg. 23.

Potser encara és més significativa la inadmissió a tràmit per la Comissió del recurs presentat per l'Església Bautista «El Salvador» contra Espanya d'11 de gener de 1992, en el qual es denunciava el fet que les esglésies evangèliques no tenien l'exempció d'impostos dels llocs de culte catòlics. La Comissió afirma que l'article 9 no implica la necessitat d'un estatus fiscal diferent per a les esglésies, i en relació amb l'article 14 que la diferència de tracte és conseqüència de l'existència d'un acord amb l'Església catòlica que imposa també contraprestacions —per exemple, posar al servei de la societat el seu patrimoni històric— i que no obstant això no hi ha un acord similar amb els evangèlics, per la qual cosa, conclou, el recurs es troba manifestament mal fundat. Per tant, consagra la possibilitat de tractament diferenciat entre les esglésies en un aspecte tan essencial com el tractament fiscal.

Un altre exemple de l'escassa predisposició de la Cort a construir un estàndard mínim del dret a la llibertat religiosa, o —si es vol, en sentit contrari— a afirmar un marge d'apreciació tan ampli als estats que difícilment podem construir un contingut mínim de llibertat religiosa en el Conveni, és el cas *Murphy contra Irlanda*, de 10 de juliol de 2003.

Es tracta d'un pastor evangèlic que al·lega que la prohibició, basada en la Llei irlandesa de radiotelevisió, de difondre un anunci purament informatiu convocant un acte religiós és contrària a la llibertat religiosa i al dret a la informació. El Govern, per la seva banda, defensa la legitimitat de la norma per les especials circumstàncies religioses que concorren en aquest país, particularment sensible a les qüestions religioses, perquè és la divisió religiosa la que ha caracteritzat la seva història i perquè es tracta d'un límit que, afirma, s'aplica, en condicions d'igualtat, a totes les religions.

La Cort comença situant la disputa no el camp de la llibertat religiosa, sinó de la llibertat d'expressió (art. 10) i tot seguit estableix una divisió essencial entre l'estret marge d'apreciació que tenen les autoritats nacionals en qüestions polítiques o d'interès públic i, al contrari, el seu ampli marge d'apreciació en relació amb la religió, per acabar afirmant per unanimitat que no hi ha vulneració de la Convenció.

O, en una altra qüestió, la legitimació que ha atorgat a les actuacions de les autoritats nacionals per protegir els sentiments religiosos de la majoria de la Comunitat, present per exemple en els casos *Otto-Preminger-Institut contra Àustria*, de 20 de setembre de 1994, i *Wingrove contra el Regne Unit*, de 25 de novembre de 1996.

El primer d'ells es refereix a la prohibició de projectar per als socis d'un club una pel·lícula anomenada *El concili de l'amor* a instàncies de la diòcesi d'Innsbruck per constituir un delictes de denigració «de doctrines religioses». La Cort realitza una afirmació summament important per entendre el paper que ha assumit voluntàriament en relació amb aquest dret: la impossibilitat de discernir a Europa una concepció uniforme del significat de la religió dins la societat... per la qual cosa no és possible tampoc arribar a una definició exhaustiva del que constitueix un atemptat admissible contra el dret a la llibertat d'expressió quan aquesta s'exerceix contra els sentiments religiosos dels altres... i a continuació, i tenint en compte que la proporció de catòlics al Tirol és del 87 %,... considerar que les autoritats nacionals no han excedit el seu marge d'apreciació.

Per la seva banda, l'afer *Wingrove* analitza la no obtenció de llicència de comercialització d'un vídeo anomenat «Visions d'èxtasi», i té la peculiaritat que el Tribunal consideri irrellevant que la blasfèmia en dret anglès solament protegeixi el cristianisme, per constatar a continuació que «no hi ha encara un camp legal i social comú suficient entre els estats del Consell d'Europa per concloure que un sistema en el qual l'Estat pot imposar restriccions a la difusió de material per considerar-ho blasfem sigui, per ell mateix, innecessari en una societat democràtica i per tant incompatible amb la Convenció».

4. La llibertat religiosa en el marc de la Unió Europea. El sorgiment d'un dret fonamental a la llibertat religiosa d'abast europeu

La primera vegada que el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees va considerar que la llibertat religiosa era un interès digne de ser protegit en el dret comunitari és en l'afer Prais contra el Consell, de 1976, i ho fa en un supòsit d'una persona de religió israelita que és convocada a la celebració d'una prova per accedir a la funció pública europea un dia de festa de la seva religió, en conseqüència un *Sabbatian case*.²⁶ Per tant, la religió accedeix al dret europeu com a no discriminació en l'accés a la funció pública per motius religiosos, i ho fa remetent-se a les «tradicions constitucionals comunes dels estats membres», és a dir, aplicant l'estàndard més elevat del dret a partir d'unes línies de tendències comunes, cosa que, atesa la varietat de situacions descrites, resulta extremadament complexa en el cas de la llibertat religiosa, tenint en compte a més que un altre dels principis de la Unió és el de respecte a la identitat nacional dels estats membres, i és clar que el tractament de la qüestió religiosa, per tal com ha estat determinant de bona part del mapa d'Europa actual, afecta, de manera essencial, aquesta identitat nacional.²⁷

Els drets fonamentals en general i la llibertat religiosa en particular tenen en l'ordenament europeu un origen jurisprudencial, però en la mesura que van apareixent en les decisions judicials com a principis generals del dret comunitari (cas Stauder, d'11 de novembre de 1969, cas Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de desembre de 1970, i cas Rutili, de 28 d'octubre de 1985, amb referència al Conveni europeu de drets humans) es va anar fent necessària una definició normativa als tractats, i, en aquest sentit, el Tractat d'Amsterdam ofereix un doble aspecte que val la pena tenir en consideració.

D'una banda, l'article 6.2, «la Unió ha de respectar els drets fonamentals tal com es garanteixen en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals signat a Roma el 4 de novembre de 1950, i tal com resulten de les tradicions constitucionals comunes als estats membres com a principis generals del dret comunitari».

Però, d'una altra, l'article 6.3, «la Unió respecta la identitat nacional dels seus estats membres», i també la Declaració 11, rebutjada com a part del text, però introduïda sense valor jurídic vinculant, sobre l'Estatut de les esglésies i de les organitzacions no confessionals, que afirma: «la Unió Europea respecta i no prejudja l'estatut reconegut, en virtut del dret nacional, a les esglésies i les associacions o comunitats religioses als estats membres».

Un joc de preceptes que ha donat lloc a dues interpretacions divergents. La primera d'elles, defensar que suposa la renúncia de la Unió a regular aquest tipus de matèries²⁸ o un intent d'interrompre l'evolució històrica a la laïcitat com a únic model que garanteix de manera efectiva la llibertat de consciència.²⁹ Però també és possible adoptar un altre punt de vista

²⁶ Vid. sobre aquesta matèria el meu treball «De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)», a *La libertad ideológica*. Actes de les VI Jornades de l'Associació de Lletrats del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, especialment pàg. 110 i seg.

²⁷ Vegeu, sobre aquest plantejament, Roberts, Gerhard, *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, cit., pàg. 337. Per a una visió històrica del que signifiquen en el camp de la llibertat de consciència o religiosa les tradicions «constitucionals comunes» vid. Celador Angón, Óscar, «Notas para una interpretación sistemática del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en materia de libertad de conciencia», a *Derechos y libertades*, vol. 12/2004, pàg. 141-178.

²⁸ Roberts, Gerhard, *Religion et société en Europe*. Seuil, París, 1998, pàg. 292.

²⁹ Sobre aquest plantejament, Fernández Coronado, Ana, *El derecho a la libertad de conciencia*, cit., pàg. 123.

consistent a afirmar que totes les actuacions estatals en aquesta matèria han de respectar com a contingut mínim el punt superior de la tendència comuna europea, i que aquelles que no ho facin podran ser declarades contràries al dret europeu.

Com pot influir en aquesta dualitat la futura i eventual aprovació d'una Constitució europea i, en conseqüència, el sorgiment d'autèntics drets fonamentals europeus?

L'article II-10 del Projecte estableix la llibertat de pensament, de consciència i de religió, i ho fa, literalment, en els mateixos termes que l'art. 9.1 del Conveni europeu de drets humans, és a dir que el seu sentit i abast seran els mateixos que els confereix aquest Conveni, tot i que això no impedeix que el dret de la Unió concedeixi una protecció més extensa, però en cap cas menor. A més, l'article I-7.2 estableix que la Unió, com a tal, s'adherirà al Conveni, i l'1-7.3 assenyala que els drets fonamentals que garanteix i que són fruit de les tradicions constitucionals comunes als estats membres formen part del dret de la Unió com a principis generals.

Hi ha, per tant, i entenc que aquest ha de ser el punt de partida, un reconeixement clar i exprés de les competències de la Unió en matèria de llibertat religiosa, àmbit al qual serà aplicable la norma de primacia que preveu l'article 1.5 *bis*, és a dir que «la Constitució i el dret adoptat per les institucions de la Unió en l'exercici de les competències que se li atribueixen prevaldran sobre el dret dels estats membres».

Cal fer, però, una precisió important. La norma de primacia que acabem d'apuntar ha d'actuar sempre de manera complementària a les tradicions constitucionals comunes dels estats membres. La importància d'aquesta matisació deriva del fet que, entès d'aquesta manera, la definició europea d'un dret fonamental només podrà actuar en sentit ampliador, servirà per garantir un estàndard o un contingut dels drets a tot Europa, però no per impedir els avenços en aquest camp d'un determinat ordenament jurídic, que actuaria com a punt més elevat d'evolució, com a horitzó per assolir aquesta tradició constitucional comuna. La Constitució europea actuarà en matèria de drets fonamentals com ho fan els grans tractats internacionals, definint un mínim estàndard d'aplicació, marcant unes línies que impedeixin regulacions inferiors, però no superiors, als diferents estats.³⁰

Al contrari, l'article II-52 ens diu: qualsevol limitació de l'exercici dels drets i les llibertats haurà de ser establerta per la llei i respectar el contingut essencial d'aquests drets i llibertats. D'acord amb el principi de proporcionalitat, només es podran introduir limitacions quan siguin necessàries i responguin efectivament a objectius d'interès general reconeguts per la Unió o bé a la necessitat de protecció dels drets i les llibertats dels altres.

Respecte al contingut essencial i proporcionalitat esdevindran en definitiva el test aplicable a la regulació dels drets fonamentals en general i de la llibertat religiosa en particular, tant per part de les normes europees com de les regulacions estatals.

El segon dels factors que cal considerar és el tractament de la igualtat de les confessions religioses previst en el text de la Constitució, que es reflecteix en la prohibició de discriminació per raó de religió establerta en l'art. II-21, i en el respecte a la diversitat religiosa de l'art. II-22, concepció pluralista que ha fet aconsellable que si bé el preàmbul de la Constitució es refereixi a l'herència cultural, religiosa i humanista d'Europa, s'hagi evitat —fonamentalment a causa de la posició francesa— que es fes una referència expressa al cristianisme com a font d'aquesta herència cultural, la qual cosa ha estat interpretada pel Vaticà, potser de manera una mica

³⁰ Sobre aquest plantejament, el meu treball *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo Blanch, València, 2004.

incompatible amb la Constitució europea, com a «desconeixement de l'evidència històrica i de la identitat cristiana de les poblacions europees».³¹

No obstant això, i en contra del que s'ha assenyalat fins aquí, no es pot obviar que la Declaració 11 d'Amsterdam sobre l'Estatut de les esglésies, llavors sense valor jurídic vinculant, s'ha convertit dins el text de la Constitució en una norma (art. I-51) que afirma que la Unió ha de respectar i no prejudicar l'estatut reconegut, en virtut del dret nacional, a les esglésies en els Estats membres.

Com hem d'interpretar aquesta clàusula? Significa, per exemple, que la declaració de drets serà ineficaz si el dret nacional dissenya una posició clarament dominant a favor d'una confessió determinada?

Si, parafrasejant Dworkin, ens hem de prendre seriosament que els europeus estem a punt de tenir drets fonamentals com a tals, hem de poder afirmar que la Carta continguda en la Constitució és un conjunt de normes que es poden presentar com a raons per a drets individuals,³² de manera que, per exemple, el ciutadà ha de continuar tenint la seva plenitud de dret de llibertat religiosa com a europeu per més propera i ancestral que sigui la relació entre l'Estat i l'Església oficial al seu país, i per descomptat, digui el que digui l'article I-51.

I potser és el moment de plantejar-nos una altra vegada, ara en el context del dret europeu, la pregunta clau: de què estem parlant quan parlem de drets fonamentals?³³

I la resposta correcta és, segons la meua opinió, que, igual que en l'àmbit estatal, allò fonamental consisteix en l'alt grau de vinculació que provoquen en el legislador.³⁴ D'aquesta manera, els drets fonamentals dels europeus són aquells especialment protegits enfront de les limitacions que del seu contingut podrien fer els estats membres, actuant com a límits dels límits en el sentit que assenyala l'article II-52, que qualsevol limitació als drets de la Carta ha de respectar el contingut essencial d'aquests drets, el principi de proporcionalitat, ha de ser necessària i respondre efectivament a objectius d'interès general reconeguts per la Unió o a la necessitat de protecció dels drets i les llibertats dels altres.

Però si admetem que això és així, qualsevol diferència d'estatus entre confessions religioses ha d'estar en condicions de superar aquest test, i probablement moltes de les coses que avui hem vist que es consideren dins del marge nacional d'apreciació no podran continuar sent-ho en el futur. Només així serà possible parlar de la llibertat religiosa com a dret fonamental dels europeus. Per tant, sembla que es pot apuntar una tendència a la construcció progressiva d'un concepte unitari de la llibertat religiosa a Europa, que necessàriament anirà plegat a l'expansió del dret a la laïcitat. Si això succeeix, no solament podrem parlar amb propietat de drets fonamentals dels europeus, sinó que serà la constatació que l'ordre, polític i religiós nascut a Westfàlia ha estat substituït per una Unió Europea que respecta el dret a la laïcitat dels seus ciutadans.

³¹ Vid. sobre el problema del preàmbulo Martín Sánchez, Isidoro i García García, Ricardo, *El derecho eclesiástico en la Unión Europea*. Colex, de publicació imminent. Agraïxo als autors, i en particular a Ricardo García, que m'hagin facilitat un exemplar mecanografiat.

³² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2002 (5a reimpressió).

³³ Així la planteja, en relació amb el dret constitucional espanyol, Cruz Villalón, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25/1989, pàg. 35 i seg.

³⁴ Vegeu en aquest sentit Cruz Villalón, Pedro, «Formación y evolución...», cit. Ros Llorente, Francisco. «Los derechos fundamentales», a *Claves de Razón Práctica*, núm. 75/1997, pàg. 3. Ja citats: Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw Hill, Madrid 1986; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Trotta, Madrid, 1999.