

NÚMERO 51

2025

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 51

2025-I

Director: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Subdirectora: Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)

Secretaria académica: Dña. Diana Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)

Secretaria de asuntos económicos: Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)

Redactores:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política y relaciones internacionales - Universidad de Burgos)

Dña. Andrea Bravo Bolado (Derecho penal - UAM)

D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Dña. Mar Cuartero Cobo (Filosofía del Derecho - UAM)

D. Francisco Javier Díaz Majano (Historia del Derecho - UCLM)

Dña. Boliá Doubai Sánchez (Historia del derecho - UAM)

D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz (Derecho administrativo - UCM)

D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil - UAM)

Dña. Ángela Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)

D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)

D. Juan Andrés Gascón Maldonado (Ciencia política y relaciones internacionales - UAM)

Dña. Laura Concepción González Calvache (Derecho financiero y tributario - UAM)

Dña. Guiomar Jiménez de Cisneros Paz (Derecho mercantil - UAM)

Dña. Diana Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)

D. Jesús Martín Muñoz (Derecho penal - UCM)

Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario - UAM)

Dña. Elena Martínez-Moya Ruiz (Derecho mercantil - UAM)

D. Sergio Medina Bernabé (Ciencia política y relaciones internacionales - UAM)

D. Francisco Pérez del Amo (Derecho civil - ULE)

D. Christian Pérez Merino (Derecho financiero y tributario - UAH)

Dña. Claudia Pérez Zapico (Derecho internacional público - UAM)

Dña. Ane Rodríguez Barrueta (Derecho penal - UC3M)

Dña. Ailén Agustina Rubio Arrieta (Derecho penal - UAM)

D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano - UAM)

Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)

Dña. Marta Solari (Derecho civil - Università del Piemonte Orientale)

D. Jaime Vázquez García (Derecho internacional privado - UAM)

Dña. Amine Vega Pirasteh (Derecho del trabajo - ULL)

Dña. Ana María Vicario Pérez (Derecho procesal - UBU)

Dña. Lorena Von Aguilar (Derecho administrativo - UAM)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)

D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)

Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)

D. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)

D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)

D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:


Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid


Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 51 (2025-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51>

IN MEMORIAM

Diego-M. LUZÓN PEÑA, «Agustín Jorge Barreiro. El universitario, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo»9

CRÓNICA

Pascual MARTÍN GALLARDO, «El estado autonómico y su financiación: a propósito del curso sobre el derecho autonómico de 2024 en Miraflores de la Sierra (Madrid)» 17

ARTÍCULOS

Ricardo ALONSO SOTO, «Ampliación del control de las operaciones de concentración económica en la Unión Europea»39

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA, «El pluralismo cultural en el ámbito de la libertad religiosa a la luz del Art. 44 CE»67

Manuel CASADO GARCÍA, «La regulación de las neurotecnologías: las “sandboxes” para la innovación»95

Pablo FERNÁNDEZ GARAY, «El padre Mariana en los debates sobre licitud del tiranicidio: entre tradición y radicalidad» 121

Mar JIMÉNEZ COMPANYY, «Más penas, menos garantías: el riesgo de legislar bajo la presión del populismo punitivo. Un ejemplo a través de la LO 10/2022 y el principio de legalidad» 147

Miriam MARTÍN PACIENTE, «La persona jurídica y su legitimación como titular de Derechos Fundamentales: un análisis teórico» 175

Guillermo MOYA BARBA, «La situación del caso Rohingya en los sistemas de justicia internacional. ¿Hay nuevas alternativas?»	205
Pablo NICOLÁS SÁNCHEZ, «Cicerón y la influencia helénica en la jurisprudencia romana»	251
Emma SEGELKE, «Life or death? Having the Will to terminate life: recognising and building the right to die with dignity in international human rights law»	269
Ignacio TORNEL TRELLES, «Valores democráticos versus autoritarios: ¿existe un conflicto intergeneracional? Un análisis de la <i>world values survey</i> »	305

EL PLURALISMO CULTURAL EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA A LA LUZ DEL ART. 44 CE*

CULTURAL PLURALISM UNDER RELIGIOUS FREEDOM IN THE TERMS OF ART. 44 SC

MAR ANTONINO DE LA CÁMARA**

Resumen: Este trabajo examina la protección del pluralismo cultural que se deriva de la configuración de la libertad religiosa (art. 16 CE). Para ello se prestará especial atención a varios pronunciamientos judiciales que, en contra de lo que cabría esperar, se han apoyado en la noción «cultura» para desactivar la protección de las minorías religiosas en favor de la cultura mayoritaria. En el trabajo se propone la articulación del principio de pluralismo cultural a partir del art. 44.1 CE para aplicarlo en los conflictos constitucionales relativos a la libertad religiosa. De este modo, se revertirían los efectos de una interpretación constitucionalmente inadecuada del elemento cultural en favor del principio democrático de pluralismo cultural.

Palabras clave: libertad religiosa, pluralismo cultural, principio de neutralidad, aconfesionalidad, derecho a participar en la vida cultural.

Abstract: The aim of this paper is to examine the level of protection of cultural diversity derived from religious freedom (art. 16 SC) in Spain. To this end, this paper focuses on several judgements which, contrary to what one might expect, the protection of religious minorities has been deactivated in favour of the majority culture. The paper proposes the application of the right to culture (art. 44.1 SC) in constitutional conflicts involving religious freedom in order to revert the effects of an inadequate interpretation of the cultural element in favor of the democratic principle of cultural pluralism.

Key words: religious freedom, cultural pluralism, principle of neutrality, non-denominationalism, right to participate in cultural life.

SUMARIO: I. LIBERTAD RELIGIOSA, PLURALISMO CULTURAL Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN; II. LA PROTECCIÓN DEL PLURALISMO CULTURAL DERIVADA DEL ART. 16 CE; III. EL PAPEL DE LA CULTURA EN LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA; 1. Respecto de la dimensión subjetiva del derecho; 2. Respecto de la dimensión objetiva del derecho; IV. LA PROYECCIÓN DEL ART. 44.1 CE: EL PLURALISMO CULTURAL COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL; 1. Determinación del sentido del pluralismo cultural; 2. Determinación de la eficacia del precepto; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.002>

Fecha de recepción: 11/06/2024

Fecha de aceptación: 11/09/2024

** Profesora ayudante doctora de Derecho constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: mantonin@der-pu.uc3m.es.

I. LIBERTAD RELIGIOSA, PLURALISMO CULTURAL Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

El pluralismo cultural en los Estados constitucionales está estrechamente ligado a la religión, dado que esta constituye una manifestación especialmente intensa de la cultura¹, y una de las pocas, además, protegida por la Constitución como un derecho fundamental. La defensa de la libertad religiosa ha servido, incluso antes de formar parte de los ordenamientos nacionales, como instrumento de convivencia entre comunidades diferenciadas tanto en lo relativo a sus creencias internas, como respecto de los usos y costumbres derivados de estas. La consolidación de la libertad religiosa en los textos fundacionales europeos es la máxima expresión constitucional de la tolerancia entre culturas, lo que justifica que haya sido descrita como la antesala de los derechos culturales por autores como Jürgen Habermas². En palabras del autor, en las sociedades multiculturales «el reconocimiento del pluralismo religioso puede adoptar esta función de modelo, porque recuerda de manera ejemplar el derecho de las minorías a la inclusión»³. En el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Naciones Unidas han reconocido este vínculo íntimo entre el derecho a la cultura y la libertad religiosa. Así, la Observación General núm. 21 relativa al derecho a tomar parte en la vida cultural, reconoce la conexión entre el derecho a la cultura y «los derechos de las personas pertenecientes a minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión»⁴.

Por todo lo anterior, no es sorprendente que en la actualidad la configuración de la libertad religiosa sea un elemento clave para definir la postura de un Estado respecto del multiculturalismo. Si tomamos como ejemplo el ordenamiento jurídico español, el hecho religioso goza de un reconocimiento constitucional que no dispensa a otros elementos y prácticas culturales. A diferencia de algunas Constituciones latinoamericanas, aprobadas en un contexto social e intelectual multicultural de la primera década del nuevo milenio⁵, las constituciones europeas aprobadas a lo largo del siglo XX no recogen un derecho a la

¹ HASANAJ, S., *Diritti delle minoranze*. Napoli (Editoriale scientifica), 2020, p. 67.

² El autor apuesta por incorporar mecanismos para la protección y el reconocimiento de las identidades culturales, pero no desde un derecho a la excepción, sino desde el diseño jurídico y la normatividad de nuestros sistemas constitucionales. HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», *Claves de razón práctica*, núm. 129, 2003, pp. 11-12.

³ HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», cit. p.11.

⁴ Observación General núm. 21: «Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», epígrafe 1.2.

⁵ Por ejemplo, el art. 1 de la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009, declara que es «un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, *intercultural*, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la *pluralidad* y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país». Bolivia recoge, además, el derecho «a la autoidentificación cultural» (art. 21). También la Constitución de la República del Ecuador de 2008 se define como un Estado *intercultural* (art. 1) y reconoce en el art. 21 el derecho «a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder

identidad cultural⁶. Esta ausencia acentúa la importancia que para las comunidades minoritarias o diferenciadas tiene la libertad religiosa. Así lo ha señalado Abraham Barrero, que sostiene que se trata del «derecho fundamental al que los inmigrantes se acogen a menudo para formular reivindicaciones de conservación de su ámbito cultural»⁷.

Sin embargo, aunque en teoría la libertad religiosa (art. 16 CE) garantiza las prácticas de las minorías, en la práctica ha evolucionado de conformidad con la religión mayoritaria, desdibujando la protección que supone para las comunidades minoritarias, como mostraré en el segundo apartado del presente trabajo. Esto se explica porque el problema principal al que se enfrentaba el constitucionalismo en los primeros años de democracia consistía en definir la posición de la religión católica en el Estado español⁸. Tengamos en cuenta que la definición del contenido del art. 16 CE se produjo en un contexto cultural donde la gran mayoría de los españoles profesaban la misma fe: el 88% de la sociedad española se definía como católica⁹. La Iglesia había actuado como uno de los pilares del régimen franquista y se trataba, entonces, de conciliar los intereses religiosos de la población, mayoritariamente

a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas».

⁶ Aunque algunas recogen el mandato a los poderes públicos de promoción de la cultura, tradicionalmente interpretado en términos prestacionales, no se ha producido la incorporación de un derecho a la propia cultura o a la identidad cultural. Así, por ejemplo, el caso de la Constitución de la República Italiana de 1947, cuyo artículo 9 afirma que «la República promueve el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguarda el entorno natural y el patrimonio histórico y artístico de la Nación». Un estudio comparado de la protección constitucional a los bienes y a la participación en la vida cultural puede encontrarse en HÄBERLE, P., «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 1998, pp. 11-38.

⁷ BARRERO ORTEGA, A., «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2011, p. 26. El autor lleva a cabo un brillante análisis sobre la afectación de la diversidad cultural en el modelo de libertad religiosa español. El trabajo constituye uno de los pocos que incorporan la perspectiva cultural de manera explícita al art. 16 CE.

⁸ Esta tendencia comienza en la primera década de los años 2000. Como botón de muestra: BARRERO ORTEGA, A., «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2011; MACÍAS JARA, M., «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO RUIZ, G., RUIZ RUIZ, J. J. y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2011; CARMONA CUENCA, E., «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género», REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO RUIZ, G., RUIZ RUIZ, J. J. y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2011; GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «A propósito del velo islámico ¿es posible una solución multicultural o intercultural?», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Navarra (Thomson Civitas), 2007; GARCIMARTÍN MONTERO, M. C., *La religión en el espacio público*, Navarra (Thomson Reuters), 2016; GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid (Civitas), 2003. Aunque no ha dejado de ser un tema polémico ha de subrayarse que las publicaciones en Derecho constitucional han disminuido en los últimos diez años sin que, sin embargo, se haya consolidado la jurisprudencia o la doctrina al respecto.

⁹ Dato extraído del trabajo de investigación de GONZÁLEZ BLASCO, P., *Religión y sociedad en la España de los 90* «Evolución de la religiosidad española (1970-1990)», Madrid (Fundación Santamaría), 1992,

católica, con el laicismo como un principio constitucional en los términos que propone Manuel Salguero: «los creyentes tienen derecho a defender su verdad peculiar, pero sin reclamar privilegio alguno para su actividad proselitista y sin invadir el espacio público»¹⁰. Esta idea se corresponde con el sentido estricto de laicismo que, finalmente no ha terminado de arraigar en España, donde se ha impuesto el modelo de la laicidad positiva que promueve una actitud de colaboración entre el Estado y las distintas confesiones, tomando en consideración el respaldo social con el que cuenta cada una de ellas.

Es cierto que, junto a la libertad religiosa, las minorías culturales contarían en el ámbito que nos ocupa con la protección derivada de la prohibición de discriminación. Esta vía conduciría, en principio, a aumentar la protección que el art. 16 CE brinda a las minorías. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE») han desarrollado en los últimos años una jurisprudencia sobre la libertad religiosa que tiene en cuenta el contexto de la inmigración, interpretando este derecho a la luz de la prohibición de discriminación directa o indirecta. Estas técnicas de protección, herederas de la tradición norteamericana del derecho discriminatorio han sido progresivamente incorporadas en el Derecho europeo. De hecho, el único caso en que se ha llegado a aplicar la doctrina de la discriminación por indiferenciación¹¹ en el TEDH fue en el caso *Thlimmenos contra Grecia*, que, precisamente, es un asunto relativo a la libertad religiosa del demandante, que era testigo de Jehová¹². En cuanto al TJUE, en los últimos años ha adquirido un papel cada vez más importante, especialmente en la resolución de conflictos religiosos en el ámbito laboral. El TJUE no ha adoptado una posición unívoca, sino que, sirviéndose de la noción de discriminación (directa e indirecta) ha afirmado la obligación del acomodo razonable, remitiendo la solución a las características del caso concreto¹³, de manera que son los jueces nacionales quienes deben valorar las particularidades de cada

p. 24. El autor utiliza como fuente principal de estos datos el Informe sociológico sobre la situación social de España publicado por la fundación Foessa.

¹⁰ SALGUERO SALGUERO, M., «El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Lete (Navarra), 2004, p. 32.

¹¹ Además, parte del derecho discriminatorio queda fuera del ámbito de aplicación, como la discriminación por indiferenciación que el Tribunal Constitucional se obstina en excluir del ámbito del art. 14 CE, pues «en el presente caso debe aplicarse la doctrina contenida en la STC 69/2007, de 16 de abril, según la cual el art. 14 CE no alcanza a dar cobertura a la llamada discriminación por indiferenciación, al no consagrar ese derecho fundamental un derecho subjetivo al trato normativo desigual (STC 1/2021, de 25 de enero, FJ 4). En síntesis, no amparando el art. 14 CE lo que se ha denominado “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar aquella previsión constitucional un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), y al no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos, no puede prosperar la denuncia formulada desde el prisma de la discriminación directa (art. 14 CE)».

¹² TEDH (Gran Cámara), sentencia de 6 de abril de 2000.

¹³ Un estudio comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE puede encontrarse en FAGGIANA, V., *La controvertida cuestión del velo islámico. Una perspectiva de género desde el espacio europeo*. Valencia (Tirant Lo Blanch), 2020.

caso para resolver el conflicto. Por este motivo, a pesar de la importancia que el derecho a la igualdad de trato pueda tener para avanzar en estas cuestiones concretas, cuenta con limitaciones. Como ha señalado Valentina Faggiana en su análisis sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad religiosa, «el binomio discriminación directa-indirecta, a pesar de que en algunos supuestos permita resolver tales problemas [...] puede crear un panorama diferenciado y contradictorio», pues «los conceptos [...] si bien útiles no siempre se pueden distinguir de forma clara y además pueden ser instrumentalizados para disfrazar y encubrir determinadas discriminaciones»¹⁴.

Siguiendo con la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito protegido por la libertad religiosa, según María Luisa Balaguer, en España el Tribunal Constitucional ha sido «poco sensible a la relación entre los arts. 16 y 14 CE y el ideario católico»¹⁵. A este respecto, Fernando Rey ha sostenido que la religión apenas se esgrime ante los tribunales desde el art. 14 CE «sino desde su disposición constitucional específica, en el artículo 16 CE; y, por tanto, más desde un enfoque de “libertad” que de “igualdad” o comparación con otras situaciones»¹⁶. Ello seguramente obedezca a que, desde la óptica europea, la igualdad se toma en un «sentido redistributivo de bienes sociales (trabajo, educación, servicios sociales, etc.) entre los diferentes grupos dentro de una misma sociedad»¹⁷. Esta última noción se dirige a ser desarrollada por el legislador mediante medidas de acción y discriminación positiva, pero goza de menor virtualidad para resolver conflictos jurisdiccionales. En España la igualdad entendida como derecho antidiscriminatorio ha florecido a partir del nuevo milenio y se ha incorporado en nuestro sistema constitucional en el ámbito de la igualdad de género¹⁸, no de las minorías culturales.

Las dificultades y resistencias para materializar la prohibición de discriminación en el ámbito de la libertad religiosa animan a explorar vías complementarias que sirvan como garantía del pluralismo cultural en el ámbito religioso. Así, en este trabajo se adopta otra perspectiva: la «democrático-pluralista» en términos de Agustín Motilla¹⁹. Aunque la prohibición de discriminación en el ámbito jurisdiccional y el pluralismo democrático convergen en muchas ocasiones, difieren en el interés jurídicamente protegido. La prohibición de discriminación atribuye un derecho a un individuo en función de su grupo de pertenencia para

¹⁴ FAGGIANA, V., *La controvertida cuestión del velo islámico. Una perspectiva de género desde el espacio europeo*, cit., p. 204.

¹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Madrid (Tecnos), 2010, p. 112.

¹⁶ REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 138.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, F., «La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos», *IgualdadES*, 9, 2023, p. 21.

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha entendido que «constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo» (STC 153/2021, de 13 de septiembre).

¹⁹ MOTILLA DE LA CALLE, A., «Consideraciones previas», en MOTILLA DE LA CALLE, A. (ed.) *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid (Trotta), 2004, p. 19.

garantizar el efectivo disfrute de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos no pertenecientes al mismo. En cambio, el pluralismo cultural es un principio objetivo que persigue un fin distinto: componer un espacio público en el que participen las personas manifestando, resignificando o impugnando los significados de distintas tradiciones, símbolos o recursos culturales, con independencia de su grupo de pertenencia.

Esta noción de pluralismo cultural no debe confundirse con la postura del multiculturalismo²⁰ que tiende a desembocar en un esencialismo cultural: no se trataría del derecho de los grupos a defender su identidad²¹, sino de las posibilidades de los individuos que componen los grupos para redefinir los patrones culturales que les son asignados²². Como ha explicado Seyla Benhabib, la óptica de la democracia no responde al interés de preservar las diferentes culturas y tradiciones, sino que persigue «la expresión pública de las identidades culturales en espacios cívicos»²³. También Eduardo Vieyitez y José Ramón Intxaurre han señalado la existencia de métodos alternativos al derecho a la igualdad que apuntan en esta dirección de pluralismo democrático para crear un marco de tolerancia en cuanto a la diversidad religiosa, como la apertura hacia una idea de «ciudadanía inclusiva [que] implicaría crear

²⁰ El pensamiento de Charles Taylor expresa la preocupación multicultural. Un punto de discrepancia entre los dos autores es la importancia que este concede a las reivindicaciones colectivas en detrimento, en ocasiones, de los individuos. Vid. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México D. F. (Fondo de Cultura Económica), 2011.

²¹ Esta sería, por ejemplo, la perspectiva de Kymlicka a partir de las reivindicaciones de las culturas que denomina «societales». Aunque el planteamiento de Kymlicka sí adopta una perspectiva desde el derecho del individuo y no el de la supervivencia de las culturas como fin último, termina por atribuir derechos diferenciados a determinados grupos culturales (minorías nacionales), dejando fuera a otras colectividades culturales (como los que se pueden formar como consecuencia de la migración). En este sentido, no tiene en cuenta la agencia del individuo para provocar cambios en los grupos culturales, sino que observa estos como si fueran estables y permanentes. Los derechos son, por tanto, atribuidos en virtud de la pertenencia a uno de los grupos previamente estipulados y no a los individuos *per se*. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona (Paidós), 1996.

²² Esta posición ha sido defendida por Nancy Fraser en «Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento», *New left review*, núm. 4, 2000. La autora advierte del peligro de reificar la cultura, de manera que «la disidencia cultural y la experimentación son desalentadas, cuando no sencillamente equiparadas, con la deslealtad», las diferencias intragrupal se opacan, enmascarando «el poder de las fracciones dominantes [que] refuerza la dominación intragrupal. El modelo de la identidad, por lo tanto, se inclina con demasiada facilidad hacia formas represivas de comunitarismo», p. 60.

²³ BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura*, Buenos Aires (Katz), 2006, p. 50. La autora añade que solo comprendemos los límites fundamentales de todas las reivindicaciones de derechos dentro de una tradición constitucional, así como la validez de esa reivindicación más allá del contexto, cuando los nuevos grupos reivindican un derecho del que inicialmente estaban excluidos. El diálogo democrático, así como el hermenéutico jurídico, se mejoran con el reposicionamiento y la rearticulación de reivindicaciones de derechos en las esferas públicas de las democracias liberales y continúa la autora diciendo que «en una democracia multicultural vibrante, las maniobras jurídicas no deberían reprimir el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través del conflicto», p. 215.

un sistema abierto de pertenencia»²⁴, obligando al Estado a «negociar constantemente el diseño del espacio público entre todas las sensibilidades que configuran la sociedad». En este sentido, la tutela jurisdiccional de la libertad religiosa debería enfocarse no solo desde el prisma de la igualdad o de la libertad, sino también del pluralismo cultural en el espacio público. Lo que ocurre es que, hasta ahora, la noción de pluralismo cultural entendido en clave democrática pertenece al ámbito de la teoría política, pero ha experimentado un escaso desarrollo como principio jurídico realmente operativo. Como se expone en la tercera parte de este trabajo, esta ausencia es notable en los conflictos constitucionales sobre libertad religiosa. Así, en la última parte de este trabajo se propone la articulación de este principio constitucional *ex art. 44.1 CE* y su aplicación en este ámbito.

II. LA PROTECCIÓN DEL PLURALISMO CULTURAL DERIVADO DEL ART. 16 CE

La configuración de la libertad religiosa en España matiza los aspectos individualistas y liberales de este derecho, en el sentido de que en la actualidad no se configura tanto como un derecho defensivo frente a las eventuales intromisiones del Estado, sino también como un derecho que habilita la intervención del Estado en favor de la religión mayoritaria.

El precepto configura en el apartado uno la libertad de conciencia como un derecho de libertad que confiere una potestad de *agere licere* a su titular, es decir, que impone determinados límites a la actuación del Estado. El contenido esencial de la libertad religiosa incluye dos vertientes. Por un lado, la vertiente interna, que el Tribunal Constitucional ha definido como la garantía de «la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual» (STC 177/1996, de 11 de noviembre FJ 9). Por otro lado, además de esta vertiente interna, el derecho goza de «una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros». El apartado 2 del art. 16 CE completa la vertiente externa con la prohibición de obligar a declarar sobre su ideología, religión o creencias (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

El legislador ha desarrollado tanto la vertiente interna como la externa en la Ley Orgánica, 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa (en adelante, «LOLR»), una norma de carácter muy breve que define el contenido del derecho en el art. 2, en cuyo primer apartado recoge el contenido de abstención del derecho en ambas vertientes. Así, el literal a) reconoce el derecho de toda persona a «profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente

²⁴ INTXAURBE VITORICA, J. R., RUIZ VIEYTEZ, J., «Marco jurídico interno sobre la gestión de la diversidad religiosa: el orden normativo como instrumento para la armonización», en MORONDO TARAMUNDI, D y RUIZ VIEYTEZ, J. (eds.). *Diversidad religiosa, integración social y acomodos. Un análisis desde la realidad local en el caso vasco*, Bélgica (Peter Lang), 2014, pp. 49 y 50.

sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas». Los literales b, c y d detallan las facetas de la vertiente externa y colectiva del derecho que podrían resumirse respectivamente en la práctica de los actos de culto y la participación en conmemoraciones religiosas, el derecho a la enseñanza e información religiosa y el derecho a reunirse o manifestarse con fines religiosos.

De la vertiente externa, vinculada a la práctica religiosa en comunidad, se desprende no solo el mandato de abstención del Estado, sino también algunas obligaciones positivas, pues como el Tribunal Constitucional ha señalado:

«La posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades [...] y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4).

Efectivamente, el art. 2 de la LOLR reconoce en el apartado tercero que los poderes públicos «adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

Junto al contenido subjetivo del derecho, la dimensión objetiva de la libertad religiosa, en cuanto a sus aspectos organizativos, se traduce en el modelo de aconfesionalidad que adopta el Estado, recogido en el apartado 3 del art. 16 CE. La aconfesionalidad no deja de ser una modalidad del laicismo, en tanto que impone la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, pero como es bien sabido no existe un modelo único de laicismo, sino que se trata de un principio que opera de manera muy diferente en cada ordenamiento jurídico. Como ha sostenido Víctor Vázquez «la regla de la separación nos informa de que no cabe una confusión institucional o funcional entre lo estatal y lo confesional, pero no de cuál ha de ser la actitud que el Estado ha de mantener con respecto del fenómeno religioso»²⁵.

El art. 3 proporciona, en parte, esta información, pues recoge las dos notas esenciales de la aconfesionalidad²⁶ en España: la separación de los poderes públicos y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas confesiones²⁷. Es

²⁵ VÁZQUEZ ALONSO, V., «Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado», en ARAGÓN REYES, M., VALADÉS, D. (coords.). *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico), 2023, p. 613.

²⁶ También denominada «neutralidad religiosa» (STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9) y «no confesionalidad» (STC 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 5).

²⁷ El Tribunal Constitucional lo ha declarado en los siguientes términos: «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad, considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia

decir que, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el modelo de aconfesionalidad debe entenderse como un tipo de laicidad positiva. Laicidad, por cuanto «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 46/2001, de 15 de febrero) y positiva, en contraposición al modelo de laicismo negativo típicamente francés²⁸, puesto que incluye obligaciones positivas de los poderes públicos y, especialmente, por la obligación de cooperar con las confesiones que existan. Por tanto, el modelo español no supone la mera indiferencia del Estado frente al hecho religioso, sino que garantiza la protección de las prácticas religiosas a través de medidas positivas. De esta protección activa no solo se han beneficiado las religiones con gran respaldo popular, sino también otras confesiones sorprendentes, como la Iglesia de la Unificación (también denominada secta Moon)²⁹. Dicho lo anterior, debe reconocerse que la cooperación del Estado con distintas confesiones garantiza cierto nivel de pluralismo deducido del art. 16 CE. Ahora bien, ¿hasta qué punto la noción de neutralidad garantiza el pluralismo?

La terminología utilizada por el Tribunal Constitucional se presta a confusión, pues ha identificado la neutralidad con la separación entre el Estado y las confesiones religiosas³⁰.

Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 46/2001, FJ 4). También, las SSTC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, 154/2002, de 18 de julio, FJ 6, STC 101/2004, FJ 3 y STC 34/2011.

²⁸ Esta neutralidad negativa propia del laicismo «a la francesa» ha sido objeto de múltiples debates. Uno de sus críticos más acerbados ha sido Joseph Weiler en, por ejemplo, WEILER, J. *Una Europa Cristiana. Ensayo exploratorio*. Madrid (Ediciones Encuentro), 2003. Este debate ha aterrizado también en España. Al respecto es indispensable la obra de VÁZQUEZ ALONSO, V. *Laicidad y Constitución*. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2012. En la obra ya citada del mismo autor, «Cinco tesis sobre la neutralidad», cit. sostiene que la laicidad a la francesa es, en realidad, «un mito jurídico», pues, por un lado, considera la financiación de la escuela religiosa (católicas, por lo general) como un mandato constitucional, con la prohibición del velo no ya en las instituciones públicas, sino en sus usuarios, p. 615. Por su parte, Fernando Rey, ha sostenido la inconveniencia de imitar el modelo francés, pues este no deja de ser el resultado de sus particulares características históricas. REY MARTÍNEZ, F. La laicidad «a la francesa», ¿modelo o excepción? *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005.

²⁹ El Tribunal Constitucional recordó en este caso el deber de cooperación del Estado con las distintas religiones, manteniendo «una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional [...] respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas» (STC 128/2011, de 4 de junio, FJ 4).

³⁰ Sobre este extremo llama la atención María José Parejo: «Paradigmático de este uso indistinto por parte del TC es la siguiente cita: STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 6 “En su dimensión objetiva la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 de la CE; por un lado, la neutralidad de los poderes públicos que deriva de la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero FJ 4, que el art. 16. 3 de la Constitución tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre y 177/1996, de 11 de noviembre), considera al componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones introduciéndose de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales (STC 177/1996)”, En PAREJO GUZMÁN, M. J., «Laicidad y ejercicio de la libertad religiosa en un Estado religioso», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2020, p. 860, nota a pie de página 1.

Sin embargo, la neutralidad en España solo puede ser resultado de la combinación entre la separación y la cooperación entre el Estado y las diferentes confesiones. Una vez que el modelo de aconfesionalidad impone no sólo la separación, sino también la cooperación, la neutralidad no puede consistir solo en la abstención del Estado, sino que también apela a la imparcialidad. En tanto que existe un mandato de cooperación, la neutralidad debería asegurar un trato no discriminatorio por parte de los poderes públicos, evitando la preferencia de unas confesiones sobre otras, para poder dar cumplimiento a la libertad religiosa.

La determinación de la cooperación entre Iglesia y Estado queda a disposición del legislador. La LOLR ha estipulado unas líneas muy generales de los términos en los que se tiene que producir esta cooperación. El art. 7 de la LOLR recoge el principio de igualdad entre confesiones en cuanto al establecimiento de un régimen fiscal favorable. Pero también permite la introducción de diferencias en los acuerdos con base en el criterio del «arraigo en la sociedad española» y del «número de creyentes». Esta cooperación ha tomado forma a través de los Acuerdos con la Santa Sede, celebrados paralelamente a la elaboración de la Constitución y dotando a la religión católica de un estatus especial frente a otras religiones que se practiquen en el país. Además, otras tres normas regulan las relaciones entre el Estado y las diferentes religiones: la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Estas normas se han elaborado a imagen y semejanza de los Acuerdos con la Santa Sede, pero han sido denominadas acuerdos «menores», pues no gozan de las ventajas (fiscales, especialmente), que se reconoce a la religión católica³¹. En la práctica no se puede afirmar «la existencia de una auténtica situación de igualdad, pues la diferencia de trato sigue siendo considerable»³².

Es cierto que debe afirmarse la razonabilidad de tratar las religiones de manera diferente, puesto que, como ha sostenido Fernando Rey, «son muy distintas en arraigo social e histórico, en aportación social, en tradiciones culturales, en patrimonio, etc. En ningún lugar del mundo se trata de modo idéntico a las religiones, salvo allí donde se prohíben en la escena pública o se confina a todas en el ámbito privado»³³. Desde este punto de vista, que el legislador dispense mayor protección a los requerimientos de la identidad cultural mayoritaria, no puede comprenderse como discriminatorio, pues se trataría de «una dis-

³¹ En BARRERO ORTEGA, A., «Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de cooperación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 33, 2008, pp. 139-135, procede a un análisis muy completo del modelo de cooperación español, del que estima que, a pesar de suponer un gran avance respecto de la normativa previa, no consigue alcanzar un equilibrio entre libertad e igualdad.

³² BARRERO ORTEGA, A., «Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española», p. 184, *Revista Española de Derecho constitucional*, 21, núm. 61, 2001.

³³ REY MARTÍNEZ, F., (2012). «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?» *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, p. 10.

paridad de trato derivada de la igualdad consiguiente al tener en cuenta las creencias de la sociedad española; nada distinta a la experimentada en otros ámbitos, como el político, el sindical o el deportivo»³⁴.

Ahora bien, este tratamiento diferenciado tiene límites. En este sentido, Suárez Per tierra ha señalado que «los poderes públicos no pueden cooperar de cualquier modo en cumplimiento del mandato constitucional, porque hay fórmulas de cooperación que pueden devenir inconstitucionales por ser incompatibles con el núcleo duro del sistema»³⁵. Estas incompatibilidades afectan tanto al contenido subjetivo como objetivo del derecho. Respecto de los primeros, Benito Aláez ha sostenido que:

«Aunque en los ordenamientos de neutralidad cooperativa la mayoría social y parlamentaria puede orientarse en favor de las preferencias religiosas, ideológicas o culturales mayoritarias a través de las políticas de derechos fundamentales, expresión de su dimensión objetiva, en materia de limitaciones a los derechos fundamentales no es posible esta parcialidad, pues aquéllas operan sobre el contenido»³⁶.

En cuanto a los límites objetivos que puede adoptar el legislador no son absolutamente nítidos, pues, el Tribunal Constitucional ha afirmado que debe entenderse cumplido el deber de cooperación cuando no se ha «restringido, condicionado u obstaculizado» el ejercicio de la libertad religiosa, si el individuo «ha podido en todo momento desarrollar cualesquiera de las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 128/2001, de 4 de junio, FJ 3). La concepción de mínimos que maneja el Tribunal Constitucional del concepto «cooperación» confiere un amplio margen al legislador para configurarla y para decidir en qué términos se va a desarrollar esta cooperación con cada una de las religiones. Asimismo, no determina cuál es el límite superior que el Estado debe respetar en su labor de cooperación, si no quiere transgredir la separación impuesta por la aconfesionalidad.

En conclusión, y respondiendo a la pregunta que nos planteamos en este epígrafe, el modelo de pluralismo cultural que se deduce del art. 16 CE se caracteriza por la relevancia

³⁴ OLLERO TASSARA, A., «Laicidad positiva, igualdad consiguiente», *La Toga*, 196, 2018, p. 223.

³⁵ SUÁREZ PERTIERRA, G., «Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, p. 62. Respecto de las obligaciones positivas del Estado, Abraham Barrero estima posible que una confesión religiosa pueda solicitar una prestación que haya sido reconocida previamente de manera exclusiva a otra confesión. El autor desarrolla en profundidad esta idea en su artículo: En este contexto, podría plantearse si no es conveniente optar, desde la laicidad positiva, por una regulación legal amplia, objetiva y generosa, que se completaría después, si se quiere, con acuerdos bilaterales para concretar o puntualizar si se dan los requisitos exigidos, pero no para privilegiar a unas en detrimento de otras en «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2015, pp. 21-38.

³⁶ ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, p. 246.

pública que la Constitución atribuye a las religiones y de la que se deriva un mandato a los poderes públicos de cooperación. Así pues, el diseño constitucional del pluralismo cultural derivado del art. 16 CE es tendencialmente multiculturalista, en dos sentidos: desde el punto de vista subjetivo, la libertad religiosa protegida como derecho fundamental garantiza que cualquier persona perteneciente a una minoría pueda profesar y manifestar públicamente sus creencias. Desde el punto de vista objetivo, el Estado asume un compromiso positivo con las religiones a través del mandato constitucional. Un Estado laico, en sentido estricto, tiene como principio general la exclusión de los símbolos religiosos en el espacio público, de manera que no se compromete con la plena manifestación de las diferencias. En cambio, un Estado que permite la manifestación de diferentes confesiones en el espacio público, está dando cabida a la expresión del pluralismo cultural. Desde la óptica del pluralismo cultural lo relevante no es la protección ni la preservación de las distintas religiones o identidades religiosas *per se*, sino que las personas puedan participar en la esfera pública de acuerdo con los rasgos culturales con los que se identifican.

Sin embargo, en las últimas décadas y como producto de los flujos migratorios ha aumentado la exposición de símbolos religiosos en el espacio público que han puesto a prueba el supuesto modelo pluralista que se deriva del art. 16 CE. La laicidad positiva no ha favorecido necesariamente a las religiones minoritarias ni, como ha sostenido Alfonso Ruiz Miguel, a quienes son ateos o agnósticos³⁷. Al revés, la expresa mención de la Constitución a la Iglesia católica, la doctrina constitucional desarrollada en favor de la religión mayoritaria y el margen de actuación sobre los límites del art. 16 CE ha permitido que el Estado resuelva estos conflictos dispensando un tratamiento desequilibrado a las diferentes opciones religiosas, lo que no se compadece con el principio de pluralismo cultural.

III. EL PAPEL DE LA CULTURA EN LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

1. Respeto de la dimensión subjetiva del derecho

El legislador ha desatendido la nueva realidad religiosa, dejando sin desarrollo legislativo cuestiones polémicas como la presencia del crucifijo u otros símbolos religiosos y la prohibición de portar vestimentas religiosas en lugares públicos y, muy especialmente, en las aulas escolares. Esto ha generado un aumento de la conflictividad jurisdiccional en

³⁷ En las últimas décadas Alfonso Ruiz Miguel ha criticado la falta de neutralidad del laicismo positivo respecto de aquellas personas que no tienen creencias religiosas, proponiendo una tercera alternativa frente al binomio laicismo negativo-laicidad positiva y abogando por una tercera postura que denomina de laicidad liberal. Giovanni Blando ha sostenido la misma postura, frente a los partidarios del laicismo negativo a la francesa, como Manuel Atienza. Un seguimiento del debate entre estos dos autores y Manuel Atienza puede consultarse en RUIZ MIGUEL, A., «Laicidad liberal y laicismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 2021, pp. 475-482, y en BLANDO, G. «La concepción positiva de la laicidad como negación del propio concepto de laicidad», *Derechos y libertades*, 48, 2023, pp. 91-101.

la materia sin que los jueces o tribunales puedan aplicar la ley para resolver el conflicto, por lo que han tenido que completar esta laguna recurriendo a la interpretación del art. 16 CE. En este apartado se examinará cómo los tribunales resuelven este tipo de conflictos y se mostrará que se valen de la noción de «cultura» para fundamentar resoluciones que favorecen a la religión mayoritaria en detrimento del pluralismo cultural.

En lo que atañe a la dimensión subjetiva del derecho, el uso del velo ha sido uno de los conflictos más repetidos³⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») ha enjuiciado en diferentes ocasiones la prohibición del velo islámico. En España también se han producido varios conflictos, aunque no hay en estos momentos jurisprudencia constitucional al respecto. La sentencia que ha abordado con mayor claridad este tema proviene de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo³⁹. La sentencia enjuiciaba una ordenanza municipal de Lérida⁴⁰ que permitía «limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas» en distintos lugares públicos. El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto en contra de la ordenanza por vulneración del derecho a la libertad religiosa del art. 16 CE.

El escrito de defensa alegaba que el uso del velo provocaba «la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas». La sentencia reconoció el potencial cultural del conflicto que «suscita en un mundo cada vez más globalizado el fenómeno de la inmigración y con él de las tensiones provocadas por el pluralismo cultural ideológico y religioso y la necesidad de la adecuada conciliación de las diferencias en armonía cívica» (FD 2), pero el Tribunal Supremo estimó que esta colisión no justificaba la restricción en el derecho

³⁸ Aunque ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha resuelto múltiples casos sobre el velo islámico procedente de distintos países europeos. Por ejemplo, en *Leyla Sahin contra Turquía*, sentencia de 29 de junio de 2004, aunque posteriormente se pronunció respecto del velo integral en *S.A.S. contra Francia*, sentencia de 1 de julio de 2014, declarando conforme al Convenio esta prohibición. Por otro lado, también el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 se pronunció respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, debido a la entrada en vigor de una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanas uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos: «El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación de párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión. El Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás».

³⁹ STS 693/2013, de 14 de febrero de 2013, FD 10. Sala de lo Contencioso, Sección 7.

⁴⁰ Adoptada en acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010.

fundamental⁴¹. Según la sentencia, incluso si se entendiera efectivamente perturbada la tranquilidad de la mayoría cultural predominante, el papel del poder público no debería ser la negación de la primera hasta su supresión, en la medida en que molesta, sino, al revés, la conciliación de los intereses de los distintos grupos y el respeto a todas las creencias, como ya sostuvo el TEDH. Y así, la sentencia declaró que:

«Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida» (FD 10).

Debe subrayarse asimismo la relevancia que el Tribunal Supremo concedió a la interpretación de los participantes sobre su propia cultura religiosa, por encima del significado que le atribuyan agentes externos. Así, frente a las lecturas que sostienen que el uso del velo islámico es incompatible *per se* con la igualdad y, por tanto, un límite necesario a la libertad religiosa, el Tribunal introduce la posibilidad de que una interpretación basada exclusivamente en parámetros occidentales puede estar equivocada, en la medida en que se trata, precisamente, de una práctica cultural ajena a nuestra tradición y reivindica la importancia de que la decisión haya sido adoptada libremente por las mujeres. También se tomaron en consideración las consecuencias en la integración para el grupo concreto sobre el que recaía la prohibición:

«En los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios» (FD 19).

Cabe apuntar, sin detenernos en ello, pues a este respecto existe abundante bibliografía, que la polémica sobre el uso de las vestimentas religiosas se despliega con mayor fuerza en las escuelas públicas⁴². Tras la sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció en

⁴¹ Aunque el Tribunal Constitucional ha limitado la libertad religiosa de una religión minoritaria con base en el orden público en la STC 141/2000, de 29 de mayo. Se trataba del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal y el Tribunal estimó constitucional la restricción, que se amparaba en la protección del orden público.

⁴² Para un estudio completo sobre esta temática consultar ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520.

2013 sobre la legalidad de la prohibición del hiyab en un instituto de Pozuelo de Alarcón la polémica quedó aparcada hasta 2022, año en el que ha tenido lugar una situación similar en un instituto de Málaga⁴³. Los tribunales no se han pronunciado sobre este asunto en el momento en que se escriben estas páginas⁴⁴.

2. Respeto de la dimensión objetiva del derecho

Atendiendo ahora a la dimensión objetiva del derecho, la cultura también ha sido invocada para restringir el alcance del principio de neutralidad. Así, en la STC 34/2011, de 28 de marzo, se confirmó la constitucionalidad del patronazgo de la Virgen de la Inmaculada Concepción del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. A juicio del Tribunal, la libertad religiosa, el pluralismo y la aconfesionalidad del Estado exigen la neutralidad de todas las instituciones públicas. Ahora bien, la virtualidad de la Virgen excede su significado religioso, puesto que se ha estimado que muchos de los símbolos religiosos han pasado a ser «predominantemente culturales», por lo que «no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE»⁴⁵. Este fue el caso del Colegio de Abogados que en sus estatutos se define como aconfesional. El Tribunal tuvo en cuenta que «la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa». No se trataría, entonces, de un símbolo religioso, sino de un elemento cultural, aunque, como reconoce el propio Tribunal, este encuentra su cauce en los símbolos religiosos secularizados⁴⁶. Este tratamiento del predominio del factor cultural no solo supone una excepción a la neutralidad religiosa, sino que beneficia a las religiones extendidas culturalmente y, por tanto, a las religiones mayoritarias⁴⁷.

⁴³ MORILLO, I. (2022), «El vacío legal sobre el uso del velo pone a las escuelas en una encrucijada», *El Confidencial*. 12/03/2022. Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-03-12/vacio-legal-velo-pone-escuelas-encrucijada_3390576/>. [Consultado el 13/11/2014].

⁴⁴ Puede consultarse la información relativa a los conflictos de Shaima Saidani, Zoubida Barik y Fátima Elidrisi, que tuvieron lugar en 2007, 2005 y 2002, respectivamente, en el apartado «La polémica del velo en España», de CEMBRERO, I., publicado en TORRES BENAYAS, V. (2012). La justicia da la razón al instituto de Pozuelo vetó a una alumna con velo. *El País*. 3/02/2012. Disponible en: <https://elpais.com/ccaa/2012/02/03/madrid/1328287815_220287.html>. [Consultado el 13/11/2014].

⁴⁵ STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

⁴⁶ Como ya mencionó la STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 5 respecto del descanso dominical o el ATC 359/1985, de 29 de mayo, FJ 3, respecto de la enseñanza de Derecho eclesiástico en las Universidades públicas.

⁴⁷ Como se puede leer en el caso *Lautsi c. Italia*, sentencia de 18 de marzo de 2011, el Tribunal de casación italiano competente para enjuiciar el caso sostuvo que se trataba de un símbolo expresivo de «toda una civilización o de la conciencia ética colectiva [...], un valor universal, independiente de una confesión religiosa específica», párrafo 23.

Esta línea jurisprudencial no se compadece con el mandato constitucional de neutralidad religiosa, ni siquiera entendida en términos de laicidad positiva, pues el carácter cultural de un símbolo no excluye que porte también una fuerte carga religiosa. Ningún símbolo religioso puede reputarse como neutral teniendo en cuenta que «las minorías religiosas, ateos y agnósticos no pueden sustraerse a su presencia»⁴⁸. Otra cosa es que la debida neutralidad no se vulnere en casos en que los símbolos religiosos tengan un valor patrimonial y artístico que justifique su presencia en un lugar público⁴⁹, en aplicación del art. 46 CE que consagra el deber de los poderes públicos de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural.

La restricción del principio de neutralidad en favor de la religión mayoritaria se ha producido en otras ocasiones en conflictos similares, respecto de la presencia del crucifijo en las aulas. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁵⁰ (en adelante, «TSJCyL») enjuició la negativa por parte de una escuela pública a retirar los crucifijos de las aulas a petición de una madre del centro. El Tribunal de instancia había resuelto que tal negativa no era conforme con la Constitución. El momento en que el TSJCyL emitió el fallo, estaba pendiente de resolverse un caso análogo ante la Gran Sala del TEDH que daría lugar a la famosa sentencia *Lautsi II*⁵¹. El caso era muy similar; en *Lautsi* una madre y sus hijos demandaron a la escuela pública que había denegado su solicitud de retirar el crucifijo del aula en la que los jóvenes recibían clase. La sentencia de Sala había considerado que la exposición en las aulas de un colegio público de un símbolo de la religión mayoritaria difícilmente puede contribuir a preservar una sociedad democrática, concluyendo por lo anterior la vulneración de los derechos de los demandantes. Posteriormente, y ante el revuelo que provocaría esta sentencia, con *Lautsi II* la Gran Sala anuló el fallo previo y declaró que la actuación del centro escolar entra dentro del margen de apreciación que corresponde a cada uno de los Estados en la protección de los derechos del Convenio.

Pero, como hemos señalado, cuando el TSJCyL tuvo que dictar sentencia, *Lautsi II* no había llegado todavía, es decir, que la jurisprudencia europea vigente en este momento había declarado contraria a los derechos del convenio la presencia del crucifijo en el aula. Sin embargo, el TSJCyL introdujo una variación sobre *Lautsi I*, evitando sentar una doctrina

⁴⁸ REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?», cit., p. 29.

⁴⁹ En este sentido, VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, cit., p. 609.

⁵⁰ STSJCyL 6638/2009, de 14 de diciembre de 2009. Sala de lo Contencioso, Sección 3.

⁵¹ Sobre el impacto de esta sentencia en la posterior STC 34/2011, de 28 de marzo, aquí analizada, consultar el estudio crítico de BARRERO ORTEGA, A., «El caso Lautsi: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012. SIMÓN YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 2012 realiza un análisis de *Lautsi* en el que sostiene la necesidad de articular un modelo de laicidad que tenga en cuenta los intereses de las pequeñas comunidades religiosas. A pesar de lo bien fundamentado de su trabajo y de que en lo fundamental coincidimos con el enfoque no meramente individualista del derecho a la libertad religiosa y de los derechos fundamentales, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que las «pequeñas comunidades» profesan la fe católica, religión mayoritaria en Italia.

unívoca. La sentencia reconoció que los Consejos escolares estaban habilitados para tomar la decisión sobre la presencia de los crucifijos en las aulas⁵². El tribunal se basó en este extremo en la STC 130/1991, en la que se reconoció la competencia a la comunidad universitaria para tomar las decisiones relativas a los símbolos identitarios en aplicación del derecho a la autonomía universitaria. Esta doctrina constitucional sostiene que en un ordenamiento cuyos valores superiores son la libertad y el pluralismo político la vía natural de expresión de lo que se considera interés público en cada momento lo constituye la voluntad mayoritaria:

«En un Estado democrático de Derecho que proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad y el pluralismo político, la vía natural de expresión de la idea y del contenido que la sociedad –en nuestro caso, la comunidad universitaria tiene del interés público vigente en cada momento, cuando se trata de la adopción de Acuerdos que llevan consigo opciones de naturaleza primaria o prevalentemente política– como los adoptados por el Claustro Constituyente en representación de la comunidad universitaria y en ejercicio de su autonomía– lo constituye la voluntad mayoritaria de los órganos representativos, formada en debate público y a través de los procedimientos jurídicos establecidos»⁵³.

La sentencia del TSJCyL aplica un tratamiento equivalente al derecho de los padres a participar en la vida escolar. Sin embargo, el carácter mayoritario de una decisión adoptada colectivamente no debería suponer una injerencia en un derecho fundamental o una excepción en la aplicación del principio de neutralidad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido que:

«No resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas»⁵⁴.

Si bien este pronunciamiento se refiere al ámbito de la neutralidad ideológica de las Administraciones Públicas puede ser perfectamente aplicado al caso que nos ocupa, pues la neutralidad ideológica y la neutralidad religiosa tienen umbrales distintos, ya que la exigencia de neutralidad en el caso de la aconfesionalidad del Estado debe reputarse más

⁵² Como hace notar REY MARTÍNEZ, F. (2012) «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?» cit., p. 16.

⁵³ STC 130/1991, de 6 de junio, FJ 5.

⁵⁴ STS 1163/2020, de 26 de mayo. Sala de lo Contencioso, Sección 4, que resolvía el recurso presentado el 22 de octubre de 2016 contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2016, que reconocía la bandera canaria como uno de los símbolos del pueblo canario para izarla en la sede central del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

firme que la ideológica. En todo caso, la sentencia tuvo en consideración el respeto a la libertad religiosa de los alumnos que disienten y, en aplicación de la doctrina de *Lautsi I*, se reconoció el derecho de los estudiantes a solicitar la retirada del crucifijo.

El TSJCyL establece una excepción para el principio de neutralidad en la que se permite la identificación entre el Estado y una confesión en favor de la mayoría. Y, si bien es cierto que en último término protege la libertad de los afectados, por cuanto les permite reclamar la retirada del crucifijo, ello solo es posible a costa de mostrar las preferencias religiosas de los estudiantes, lo que resulta problemático desde la óptica del 16.2 CE por la que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su propia confesión⁵⁵.

El TSJCyL no invoca de manera directa el peso que tiene el carácter mayoritario de la religión de que se trata, aunque en la práctica argumenta en favor de la cultura mayoritaria. En *Lautsi*, los tribunales sí se pronunciaron a este respecto. En la jurisdicción contencioso-administrativa el tribunal de instancia⁵⁶ se basó en el carácter secular de la cruz para justificar su presencia en el aula, en el sentido, sostuvo, de que esta no suponía la adhesión a una religión, sino la herencia histórica y cultural de la nación italiana. El Tribunal afirmó que la cruz representaba además un sistema de valores –libertad, igualdad, dignidad humana y tolerancia religiosa e igualmente, por tanto, laicidad del Estado– que coinciden precisamente con aquellos valores constitucionales. En su pronunciamiento no ignoró el alcance que tenía la decisión judicial no solo para los alumnos concernidos, sino para la articulación del multiculturalismo. En sus palabras:

«Nuestra época está marcada por un encuentro agitado con otras culturas, y para evitar que tal encuentro no se transforme en choque, es indispensable reafirmar incluso simbólicamente nuestra identidad, más aún cuando ésta se caracteriza precisamente por los valores de respeto de la dignidad de todo ser humano y de universalidad solidaria».

También el Consejo de Estado confirmó la legalidad de la medida y reiteró que el crucifijo en un ámbito no religioso refleja los valores sostenidos por el sistema constitucional y que, en ese sentido, pueden cumplir con una labor altamente educativa con independencia de la religión que profesen los alumnos, como valores propios de la tradición, del modo de vida, y de la identidad del pueblo italiano.

⁵⁵ Benito Aláez ha señalado que «pretender, como hizo la Sentencia del TSJCyL de 14 de diciembre de 2009, que el crucifijo solo sea retirado de las aulas de los colegios públicos cuando lo pidan los padres afectados, implica no tener en cuenta que esos padres van a tener que revelar las creencias propias o de su hijos (o su no creencia) para justificar por qué se ven afectados en su libertad religiosa negativa, lo que no resulta compatible con la garantía constitucional de no ser obligados a declarar sobre sus creencias». ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, p. 244.

⁵⁶ En sentencia del 14 de enero de 2004 del Tribunal Administrativo de Venecia [*Tribunale amministrativo di Venezia*].

En conclusión, la cultura ha sido invocada como un valor que justifica la restricción del derecho a la libertad religiosa. Esta restricción se ha articulado por dos vías diferentes: la primera como legitimación en la injerencia de la libertad religiosa de quienes profesan una fe minoritaria, normalmente estableciendo prohibiciones o restricciones en la exhibición de símbolos y prácticas. La segunda, inaplicando el principio de neutralidad en los casos en que perjudica a la religión mayoritaria, la fe católica. Aunque respecto de la primera restricción el Tribunal Supremo ha sostenido que la cultura mayoritaria no supone un fin legítimo para restringir la libertad religiosa (en sentido positivo)⁵⁷, no existe un pronunciamiento relativo a la inaplicación del principio de neutralidad.

IV. LA PROYECCIÓN DEL ART. 44.1 CE: EL PLURALISMO CULTURAL COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

De lo expuesto hasta ahora, se desprende que la cultura ha sido invocada como un valor que, enarbolado por una mayoría social, permite realizar excepciones en el ámbito protegido por la libertad religiosa. Como ha señalado Juan José Ruiz, la idea de que el interés de la mayoría «permite limitar los derechos individuales, no tiene acomodo en la teoría general de los derechos fundamentales de la sociedad pluralista» y así «la adecuación de los valores constitucionales a concepciones mayoritarias carece de justificación en una Constitución pluralista en la que valores de diverso signo se limitan recíprocamente»⁵⁸. Sin embargo, en virtud de la laicidad positiva, el diseño constitucional de la libertad religiosa exige prestar atención a las creencias religiosas sociales, lo que en la práctica se traduce fácilmente en dispensar un trato favorable a la religión mayoritaria. Desde la perspectiva del pluralismo que se sostiene en este artículo este trato de favor no supone una transgresión constitucional en todo caso. Pero teniendo en cuenta que la libertad religiosa responde al contexto de la

⁵⁷ A la misma conclusión llega ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», cit.: «En este sentido, el art. 9 CEDH exige para limitar la libre manifestación de las creencias que la medida sea necesaria en una sociedad democrática para “la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”, es decir, solo para proteger esas finalidades convencionalmente legítimas [...]» (p. 247). También sostiene que: «estas finalidades legítimas representan las únicas opciones políticas que los textos constitucionales y convencionales consideran compatibles con su concreta configuración de la neutralidad (religiosa e ideológica)» (p. 246) respectivamente. En sentido contrario, María José Parejo que considera que la solución que se impondrá es de corte casuístico y que la decisión la toman los actores involucrados. PAREJO GUZMÁN, M. J., «Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 865-896.

⁵⁸ RICO RICO, J.J., «El debate en torno a la prohibición del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALÁEZ CORRAL, B. y RICO RICO, J.J. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, pp. 224-225. En el mismo sentido, ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», cit. p. 221.

integración y de «la guerra cultural»⁵⁹, reconocer excepciones a la neutralidad con base en la voluntad de la mayoría cultural o limitar la libertad religiosa apelando al impacto que las prácticas generan en la cultura mayoritaria, desactiva precisamente lo que el derecho a la libertad religiosa persigue proteger, el pluralismo.

1. Determinación del sentido del pluralismo cultural

Bajo la óptica democrática el pluralismo cultural debe entenderse como la posibilidad de concurrencia de opiniones e ideas en un espacio público y procedimentalmente orientado a asegurar la convivencia en igualdad de derechos entre personas y grupos con diferentes formas de vida y a su participación en la deliberación pública. El pluralismo cultural trasciende «las instituciones formales de las democracias liberales, como las legislaturas, los tribunales y la burocracia, y los procesos no oficiales de la sociedad civil, tal como se articulan en los medios de comunicación y las asociaciones y movimientos sociales»⁶⁰, ampliando la esfera del pluralismo político. El principio de pluralismo cultural aplicado a los derechos no predetermina la protección de las minorías en todo caso, sino que pretende garantizar la participación de las personas en el proceso por el que los significados y valores atribuidos a las prácticas culturales son negociados, disputados o resignificados.

Por tanto, según esta perspectiva, el hecho religioso pluralista no debe respetar simplemente los elementos subjetivos de quienes profesan la religión minoritaria, sino también el principio de neutralidad como prohibición de la identificación entre una concreta confesión y las instituciones públicas. Ello evita la exclusión simbólica de grupos enteros de ciudadanos y la hegemonía cultural auspiciada por los poderes públicos, que sería difícilmente compatible con el contenido del art. 16 y del art. 44.1 CE. El pluralismo operaría como lo hace en el modelo norteamericano, que responde a «la idea de que la razón de ser de la neutralidad es una integración igualitaria en la comunidad política», en el sentido de «que nadie se sienta un *outsider* por razón de su identidad religiosa»⁶¹.

Como ha sostenido Víctor Vázquez, la prolongación del pluralismo político a la libertad religiosa no es una afirmación pacífica en Derecho constitucional⁶². Pero, aunque el art. 1.1 CE que reconoce el pluralismo político no extiende este principio a otros ámbitos, es posible deducirlo de otros preceptos constitucionales más concretos, como explicaré a continuación. La invocación a la cultura se está produciendo ya de manera más o menos

⁵⁹ REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?», cit. p. 18.

⁶⁰ BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura*, cit., p. 202. La autora sostiene que lo que hace único al enfoque deliberativo es «es su visión de la interacción entre los compromisos liberales con los derechos políticos, civiles y humanos básicos, el debido proceso y las luchas políticas democráticas en la sociedad civil», p. 193.

⁶¹ VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, cit., pp. 614-616.

⁶² VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, cit., p. 446.

explícita en las sentencias de los últimos años, porque los tribunales no ignoran el enfrentamiento cultural que entraña el conflicto constitucional sobre libertad religiosa. En aplicación de los arts. 44.1 CE y 9.2 CE, que reconocen el derecho a la cultura y la obligación de los poderes públicos de garantizar la participación de los ciudadanos en la vida cultural, el pluralismo cultural se cifra como una garantía dirigida a que las expresiones culturales formen parte de la deliberación pública. Se ampliaría así el pluralismo político, prolongándose más allá de la esfera de la política institucional, a todos los ámbitos restantes⁶³. Evidentemente, no se pretende que el art. 44.1 CE pueda operar e introducirse en cualquier ámbito de la realidad social para introducir este principio de «pluralismo cultural». Sin embargo, puede proyectarse sobre otros derechos fundamentales que concreten, de este modo, su ámbito de actuación y alcance.

2. Determinación de la eficacia del precepto

Para determinar la eficacia del precepto, debe tenerse en cuenta que el derecho a la cultura ha sido constitucionalizado como uno de los principios rectores de la política económica y social, por lo que no se trata de un derecho subjetivo en sentido estricto. Ello no impide su aplicación como un principio constitucional y, por tanto, como un elemento de ponderación. Paloma Biglino ha subrayado la potencialidad de los principios rectores como elementos de ponderación en los conflictos entre derechos y bienes constitucionales. Así, ha sostenido que «hay, sin embargo, otro aspecto de la eficacia interpretativa de los principios que ha revestido menos interés, aunque quizá tenga mayor importancia. Se refiere a la manera en que los principios han de influir cuando el Tribunal debe resolver casos de conflicto entre derechos o entre derechos y otros bienes constitucionales». En este sentido, cuando se trate de ponderar dos derechos o bienes jurídicos enfrentados, la balanza debería inclinarse en favor de los principios rectores⁶⁴. Siguiendo esta argumentación, el art. 44.1 CE debe ser aplicado en este tipo de conflictos como un elemento de ponderación. La activación del art. 44.1 CE en relación con la libertad religiosa supone incluir en la ponderación entre bienes jurídicos la participación en la esfera pública con arreglo a la identidad cultural, conectada con la libertad religiosa.

⁶³ Una perspectiva diferente, pero no necesariamente opuesta del derecho puede encontrarse en ROCA FERNÁNDEZ, M.J., «La enseñanza de la religión en la escuela y los derechos culturales», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 35, 2021. La autora se apoya en el art. 44.1 CE para defender que la enseñanza de religión forma parte del derecho de los estudiantes de acceder a la cultura. A mi juicio, esto es así, siempre que el legislador desarrolle este contenido del principio rector por ley. Mientras tanto, el derecho a la cultura, configurado como un principio rector, difícilmente ostenta un contenido subjetivo *per se*. Otra cosa es que su contenido objetivo, como principio, pueda conectarse a partir de otros preceptos constitucionales, como es la libertad religiosa.

⁶⁴ BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 53-84.

Por relación a las sentencias que hemos visto en el apartado anterior y aplicado el art. 44.1 CE al análisis, podríamos afirmar que el fallo dictado por el Tribunal Supremo incluye la perspectiva de pluralismo cultural en tres elementos diferentes. En primer lugar, el Tribunal no invoca el art. 44.1 CE, pero alude a la obligación de los poderes públicos que el art. 9. 2 CE estipula, la de facilitar la participación en la vida cultural como criterio para resolver los «choques culturales». En segundo lugar, la cultura como un proceso abierto y, por tanto, participativo, aparece en la sentencia al señalarse que la tradición occidental está menos autorizada para imponer su versión del velo (prohibiéndolo en todo caso) de lo que lo están aquellas mujeres que lo llevan para reafirmar o resignificar esta práctica. Por último, la sentencia toma en consideración los efectos que la medida implica para el colectivo afectado, y no lo hace invocando la interdicción de discriminación, sino el riesgo que entraña esta medida como factor que las excluya del espacio público.

En cuanto a la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, los principales efectos de aplicar el pluralismo cultural sobre los ejemplos expuestos son los que siguen. En primer lugar, en contra de lo que ha sostenido el TC en la STC 34/2011, de 28 de marzo, el carácter secular que se presupone en el símbolo no justifica que sea adoptado para representar al Colegio de Abogados de Sevilla. La apelación al carácter cultural del símbolo no le despoja de su impronta religiosa. En tanto que el pluralismo cultural se manifiesta en distintos elementos, la nota «cultura» no exime de subsumir el fenómeno bajo la protección de la libertad religiosa, sino más bien al revés, obliga a aplicar el genérico principio de pluralismo cultural en el ámbito específico del derecho fundamental.

Respecto del fallo del TSJCyL tampoco este es acorde al principio de pluralismo, y ello a pesar de que en aplicación de *Lautsi I* se propone una medida de ajuste razonable que pretende tutelar la libertad religiosa de los demandantes. A pesar de lo anterior, desde la perspectiva del pluralismo cultural debe descartarse la interpretación de la laicidad positiva sostenido en el fallo. Según la sentencia, la identificación del Estado con los símbolos religiosos en los espacios públicos es acorde a la Constitución cuando la decisión ha sido adoptada por la mayoría cultural. Para respetar la libertad religiosa de las minorías, bastaría con retirar el crucifijo de las aulas ante una eventual petición por parte de quien pueda sentirse perturbado por este símbolo. A este tipo de argumento, utilizado también en *Lautsi*, puede responderse, como así se hizo en *Lautsi II*⁶⁵, que el impacto que tiene sobre el educando el símbolo religioso es mínimo, demasiado pequeño como para declarar la vulneración de los aspectos subjetivos que componen la libertad religiosa, lo que, desde nuestro punto de vista es cierto. La disconformidad con la Constitución no viene dada por la afección a las facultades subjetivas de los demandantes, sino por el quebrantamiento del principio de pluralismo que se proyecta en la dimensión objetiva de la libertad religiosa, pues el símbolo proclama una homogeneidad social que no existe. El fallo del tribunal no toma en consideración la perspectiva del pluralismo como elemento de ponderación entre los bienes jurídicos. La exposición de los símbolos religiosos como representación del

⁶⁵ *Lautsi y otros c. Italia*, sentencia del TEDH de 18 de marzo de 2011.

Estado es incompatible con el pluralismo como un principio que previene la exclusión de las diferencias culturales en la esfera pública, pues, como hemos sostenido, esto entraña el peligro de producir una exclusión simbólica de ciudadanos. Si este principio se retrae, debería por lo menos justificarse con base en los bienes constitucionales más que en la voluntad del Consejo escolar.

V. CONCLUSIONES

La libertad religiosa es un derecho vinculado desde sus orígenes al pluralismo cultural. Esto supone que el modelo de multiculturalidad que adopta un Estado depende, en buena parte, del desarrollo legislativo y de la interpretación constitucional de la libertad religiosa. En España el principio de laicismo positivo y cooperación con las confesiones induce a creer que se trata de un modelo que promueve el pluralismo cultural. Sin embargo, tanto la literalidad del texto constitucional, como el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la libertad religiosa tiende a favorecer a la religión mayoritaria. Y, aunque esta preferencia debe respetar límites, estos no son estrictos y permiten un amplio margen al legislador para que en sus políticas de cooperación se introduzca un elemento importante de desequilibrio entre religiones.

A lo anterior hay que sumar que la migración y cierta desatención por parte del legislador han generado un aumento en la conflictividad jurisdiccional del hecho religioso. A través del análisis jurisprudencial, hemos mostrado que, al resolver este tipo de casos, los tribunales han apelado al factor de la «cultura mayoritaria» para restringir el contenido de la libertad religiosa, neutralizando la protección que este derecho dispensa a las minorías. Como hemos señalado, esta interpretación de la cultura no es constitucionalmente adecuada. La participación en la vida cultural del art. 44.1 CE entraña un principio de pluralismo cultural al que los poderes públicos no pueden ser ajenos en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la función judicial. Así, aunque el art. 44.1 CE no es invocable de manera inmediata en los tribunales, debe proyectarse sobre el art. 16 CE para tenerse en cuenta como elemento de ponderación. Es cierto que el carácter general del derecho a la cultura dificulta su operatividad jurídica. Pero esta objeción decae si se concreta el contenido del precepto a través de su conexión con los derechos fundamentales que recaen sobre ámbitos culturales. Por tanto, en virtud del art. 44.1 CE estos derechos no solo constituyen libertades, sino que deben ser interpretados como ámbitos en los que se proyecta un principio constitucional de pluralismo cultural.

Así, como hemos mostrado en la última parte del trabajo, la introducción del art. 44.1 CE sobre la libertad religiosa afecta al sentido del fallo y permite prolongar el principio de pluralismo que normalmente se restringe a la esfera de la política institucional. El art. 44.1 CE se erige como un principio que, en los ámbitos culturales de relevancia constitucional (derechos fundamentales), se orienta a garantizar la participación de las personas en el

proceso por el que los significados y valores atribuidos a las prácticas culturales son negociados, disputados o resignificados. De este modo, por mucho que la configuración de la libertad religiosa en la Constitución española admita un régimen diferenciado en favor de la religión mayoritaria, este favorecimiento debe producirse de conformidad con el pluralismo cultural, es decir, sin exclusión de los que sean ajenos a ella.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, pp. 217-256.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Madrid (Tecnos), 2010.
- BARRERO ORTEGA, A., «Laicidad v. cooperación», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, pp. 39-58.
- BARRERO ORTEGA, A., «El caso Lautsi: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 379-409.
- BARRERO ORTEGA, A., «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2011, pp. 21-38.
- BARRERO ORTEGA, A., «Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de cooperación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 33, 2008, pp. 139-135.
- BARRERO ORTEGA, A., «Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española», *Revista Española de Derecho constitucional*, 21, núm. 61, 2001, pp. 131-185.
- BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura*, Gedisa (Barcelona), 2006.
- BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 53-84.
- CARMONA CUENCA, E., «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género», *Los símbolos religiosos en el espacio público*, REVENGA SÁNCHEZ, M, RUIZ RICO, G., RUIZ RUIZ, J. J. y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2011, pp.157-163.

- FAGGIANA, V., *La controvertida cuestión del velo islámico. Una perspectiva de género desde el espacio europeo*. Valencia (Tirant Lo Blanch), 2020.
- FRASER, N., «Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento», *New left review*, núm. 4, 2000, pp. 55-68.
- GARCIMARTÍN MONTERO, M.C., *La religión en el espacio público*, Navarra (Thomson Reuters), 2016.
- GONZÁLEZ BLASCO, P., *Religión y sociedad en la España de los 90*, Madrid (Fundación Santamaría), 1992.
- GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid (Civitas), 2003.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «A propósito del velo islámico ¿es posible una solución multicultural o intercultural?», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010, s/p.
- HÄBERLE, P., «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 1998, pp. 11-38.
- HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales». *Claves de razón práctica*, núm. 129, 2003, pp. 11-12.
- HASANAJ, S., *Diritti delle minoranze*. Napoli (Editoriale scientifica), 2020.
- INTXAURBE VITORICA, J. R., RUIZ VIEYTEZ, J., «Marco jurídico interno sobre la gestión de la diversidad religiosa: el orden normativo como instrumento para la armonización», en MORONDO TARAMUNDI, D y RUIZ VIEYTEZ, J. (eds.). *Diversidad religiosa, integración social y acomodos. Un análisis desde la realidad local en el caso vasco*, Bélgica (Peter Lang), 2014, pp. 15-53.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona (Paidós), 1996.
- MACÍAS JARA, M., «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», en REVENGA SÁNCHEZ, M, RUIZ RICO, G., RUIZ RUIZ y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2011, pp.133-156.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa. De guerras de religión a meras cuestiones administrativas: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, Navarra (Thomson Civitas), 2007.

- MOTILLA DE LA CALLE, A., «Consideraciones previas», en MOTILLA DE LA CALLE, A. (ed.) *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid (Trotta), 2004, pp. 13-23.
- OLLERO TASSARA, A., «Laicidad positiva, igualdad consiguiente», *La Toga*, 196, 2018, pp. 115-223.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., «Laicidad y ejercicio de la libertad religiosa en un Estado religioso», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2020, pp. 859-885.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., «Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 865-896.
- REY MARTÍNEZ, F., «La laicidad “a la francesa”, ¿modelo o excepción?» *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 385-438.
- REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?» *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, 2012, pp. 1-32.
- REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171.
- REY MARTÍNEZ, F., «La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos», *IgualdadES*, 9, 2023, pp. 13-43.
- RICO RICO, J.J., «El debate en torno a la prohibición del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALÁEZ CORRAL, B. y RICO RICO, J.J. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, pp. 123-231.
- ROCA FERNÁNDEZ, M.J., «La enseñanza de la religión en la escuela y los derechos culturales», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 35, 2021, pp. 1-24.
- RUIZ MIGUEL, A., «Laicidad liberal y laicismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 2021, pp. 475-482.
- SALGUERO SALGUERO, M., «El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia», en LASAGABASTER HERRARTE. I. (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Lete (Navarra), 2004, pp. 31-91.

- SIMÓN YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 2012, pp. 901-925.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., «Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 41-64.
- TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México D. F. (Fondo de Cultura Económica), 2011.
- VÁZQUEZ ALONSO, V., «Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado», en ARAGÓN REYES, M., VALADÉS, D. (coords.). *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico), 2023, pp. 609-632.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. *Laicidad y Constitución*. Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2012.
- WEILER, J., *Una Europa Cristiana. Ensayo exploratorio*. Madrid (Ediciones Encuentro), 2003.