



UNIVERSIDAD DE CHILE

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

La libertad religiosa como derecho fundamental y el Estado laico: una concepción pluralista

Tesis para optar al grado de doctor en derecho

Mauricio Enrique León Cáceres

Profesores guía:

Jakob Fortunat Stagl

Miguel Ernesto Orellana Benado

Santiago de Chile, 2021

Resumen

La libertad religiosa es uno de los derechos fundamentales que primero fueron contemplados en las Constituciones modernas. El núcleo de este derecho ha permanecido sin mayores variaciones por más de dos siglos, incluyendo el surgimiento de los estatutos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, las relaciones entre los Estados occidentales y las religiones, así como el desarrollo de las distintas religiones en las sociedades, han cambiado significativamente durante las últimas décadas. Por esta razón, el derecho fundamental de libertad religiosa en la legislación, la jurisprudencia y la dogmática es insuficiente para proveer de soluciones adecuadas a los actuales conflictos jurídicos relativos a las religiones. El propósito de esta investigación es desarrollar una nueva concepción para este derecho fundamental y un principio de Estado laico a partir del pluralismo valorativo y un enfoque liberal que favorece la autonomía individual.

Abstract

Religious freedom is one of the earliest fundamental rights in modern Constitutions. Its core has remain almost unaltered for two centuries, including the emergence of international human rights regulations. However, the relations between the Western States and religions, along with the development of different religions in Western societies, has significantly changed during the last decades. For this reason, the fundamental right to religious freedom in statutory law, case law and jurisprudence fails to provide adequate solutions to current legal conflicts involving religion. This investigation proposes a new conception for this fundamental right and a secular State principle based on value pluralism and a liberal approach that favours individual autonomy.

Tabla de contenidos

Agradecimientos.....	8
Epígrafe.....	9
Introducción.....	10
1. Esbozo de la argumentación.....	10
2. Hipótesis y objetivos de la investigación.....	11
3. Estructura de la tesis.....	12
4. Marco teórico.....	14
5. Precisiones conceptuales.....	18
6. Metodología de investigación.....	19
Primera parte. La concepción heredada.....	21
Capítulo 1. La libertad religiosa en la era secular.....	22
1. Introducción.....	22
2. Secularización y laicización.....	40
3. Libertad religiosa en sentido estricto y libertad religiosa en sentido amplio.....	47
4. ¿Por qué se requiere un derecho fundamental de libertad religiosa?.....	50
Capítulo 2. La concepción heredada de la Libertad religiosa como derecho fundamental....	55
1. Introducción.....	55
2. Postulados de la concepción heredada.....	58
2.1. Primacía de la “vertiente colectiva” de la libertad religiosa.....	59
2.2. Ausencia de una “libertad frente a la religión”.....	65
2.3. Concepto restringido de religión.....	68

2.4. Falta de un criterio claro para resolver los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos fundamentales.....	71
2.5. Falta de un modelo específico de relaciones entre las distintas religiones y el Estado.....	74
3. El concepto de pluralismo en la concepción heredada.....	76
Capítulo 3. Problemas de la concepción heredada.....	79
1. Introducción.....	79
2. Problemas de la concepción heredada.....	81
2.1. El desigual tratamiento hacia los “nuevos movimientos religiosos” y cultos no deístas.....	81
2.2. Tolerancia o prohibición de símbolos religiosos personales e institucionales en el espacio público.....	90
2.3. Titularidad del derecho fundamental de libertad religiosa de las personas jurídicas.....	94
2.4. Beneficios tributarios a instituciones religiosas.....	98
2.5. Disposiciones jurídicas que involucran una invocación a la divinidad.....	101
Segunda parte. La concepción pluralista.....	105
Capítulo 4. El pluralismo valorativo como elemento configurador de la libertad religiosa.....	106
1. Introducción.....	106
2. Pluralismo y liberalismo.....	109
3. Costumbres, prácticas y actos.....	118
4. Una propuesta tipológica de actos relativos a prácticas religiosas.....	121
5. Una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental.....	125
Capítulo 5. Una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental.....	131

1. Introducción.....	131
2. Postulados de la concepción pluralista.....	133
2.1. Primacía de la vertiente individual de la libertad religiosa.....	134
2.2. Libertad frente a la religión.....	137
2.3. Concepto amplio de religión.....	144
2.4. Una construcción iusfundamental de la libertad religiosa.....	149
2.5. Modelo ideal de Estado.....	154
Capítulo 6. Un principio de Estado laico.....	156
1. Introducción.....	156
2. Laicidad y laicismo.....	159
3. Tipologías de Estado laico.....	161
4. Los problemas de libertad religiosa en distintos modelos de Estado.....	174
5. ¿Es Chile un Estado laico?.....	177
Tercera parte.....	180
Capítulo 7.....	181
1. Introducción.....	181
2. Objeto de protección de la libertad religiosa.....	183
2.1. Concepto de religión.....	184
2.2. El estatuto de las personas jurídicas religiosas.....	189
2.3. Libertad frente a la religión o derecho al ateísmo.....	191
3. Las limitaciones a la libertad religiosa, y en particular el concepto de orden público.....	194
3.1. El concepto de orden público.....	195

3.2. Las consecuencias de la limitación del orden público.....	197
4. Objeción de conciencia.....	199
Capítulo 8.....	206
1. Introducción.....	206
2. Modificaciones a nivel constitucional.....	206
2.1. Eliminación de la referencia a la moral y las buenas costumbres e incorporación de la limitación relativa a los derechos de terceros.....	207
2.2. Eliminación del inciso segundo del artículo 19 N° 6, y la primera parte del inciso tercero.....	209
2.3. Objeción de conciencia iusfundamental.....	212
2.4. Eliminación de la segunda parte del inciso tercero, y consagración del beneficio tributario a nivel legal.....	213
2.5. Derecho preferente de educación en materia religiosa.....	215
2.6. Propuesta de nueva disposición constitucional.....	216
3. Modificaciones a nivel legal.....	217
3.1. Modificación de la institucionalidad relativa a las personas jurídicas religiosas..	218
3.2. Modificación del beneficio tributario.....	220
3.3. Modificación de disposiciones relativas al deísmo ceremonial.....	222
3.4. Limitación de símbolos religiosos institucionales en el espacio público.....	223
3.5. Regulación de enseñanza religiosa en establecimientos educacionales públicos..	224
Conclusiones.....	226
1. Recapitulación.....	226
2. Aspectos conclusivos relevantes.....	232
3. Proyecciones de la libertad religiosa en el proceso constituyente.....	237

4. Conclusiones finales.....	241
Referencias bibliográficas.....	243
Jurisprudencia citada.....	255
1. Corte Suprema de los Estados Unidos.....	255
2. Corte Europea de Derechos Humanos.....	256
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	256
Legislación.....	257
1. Textos constitucionales.....	257
2. Normativa legal.....	258

Agradecimientos

Como es sabido, la investigación doctoral es solitaria en su desarrollo final, pero rodeada de influencias en su concepción y origen. Debo mis agradecimientos a mis compañeras y compañeros del programa de doctorado, especialmente de la cohorte 2017 y de todas y todos quienes participaron en los cursos y seminarios doctorales comentando los primeros proyectos de esta tesis: María Isabel Cornejo Plaza, Osvaldo de la Fuente Castro, Ximena Insunza Corvalán, Carolina Leiva Ilabaca, José Francisco Leyton Jiménez, Gisella López Rivera, Catalina Medel Lucas, Gustavo Poblete Espíndola, Lino Riffo Díaz, Claudio Rodríguez Romo y Nicolás Rojas Covarrubias. Dedico especialmente este agradecimiento *inter pares* a Claudia Rodrigo Silva y Danielle Zaror Miralles, quienes demostraron tanto interés como yo en la investigación y me realizaron aportes bibliográficos de manera constante.

Debo también un profundo agradecimiento a todas y todos los profesores y profesoras del programa de doctorado, quienes contribuyeron sustancialmente al perfeccionamiento de esta investigación con las mejores críticas –amén de respetuosas y deferentes- que un trabajo de este tipo puede recibir. Especiales agradecimientos a Pablo Aguayo Westwood, Carolina Bruna Castro, Flavia Carbonell Bellolio, Claudia Cárdenas Aravena, Sebastián Figueroa Rubio, Liliana Galdámez Zelada, Rocío Lorca Ferreccio, Juan Pablo Mañalich Raffo y Francisco Soto Barrientos, cuyos aportes fueron invaluable.

Por último, y posiblemente lo más importante, agradezco de manera superlativa a mis profesores guía y supervisores en este proceso, los doctores Jakob Fortunat Stagl y Miguel Ernesto Orellana Benado, cuyos aportes a la tesis no sólo fueron muy significativos, expeditos y comprometidos, además de honrarme con su amistad.

[...] *The ancient Poets animated all sensible objects with Gods or Geniuses, calling them by the names and adorning them with properties of woods, rivers, mountains, lakes, cities, nations, and whatever their enlarged & numerous senses could perceive.*

And particularly they studied the genius of each city & country, placing it under its mental deity.

Till a system was formed, which some took advantage of & enslav'd the vulgar by attempting to realize or abstract the mental deities from their objects; thus began Priesthood.

Choosing forms of worship from poetic tales.

And at length they pronounc'd that the Gods had order'd such things.

Thus men forgot that All deities reside in the human breast. [...]

William Blake

The marriage of heaven and hell

Introducción

1. Esbozo de la argumentación.

El presente proyecto de investigación defiende la siguiente tesis: la concepción dominante en la dogmática y jurisprudencia comparadas acerca del contenido y alcance del derecho fundamental de libertad religiosa se ha mostrado insuficiente ante la diversidad de fenómenos religiosos de las sociedades occidentales que pretende regular, y proporcionar así soluciones satisfactorias a los conflictos jurídicos que ella genera. Se esbozará una nueva concepción de la libertad religiosa que, incorporando elementos de filosofía moral en la interpretación de este derecho, supera los problemas que enfrenta la concepción dominante.

La concepción actualmente dominante de la libertad religiosa como derecho fundamental es insuficiente por dos razones. En primer lugar, porque las disposiciones constitucionales de los Estados occidentales y las disposiciones supralegales en los sistemas de derechos humanos vigentes surgen en un contexto histórico de hegemonía de las religiones cristianas. Durante las últimas décadas, esta hegemonía fue superada con el surgimiento de una pluralidad religiosa que caracteriza a las sociedades occidentales. Esta razón histórica explica el déficit de esta concepción. El conjunto de disposiciones jurídicas no ha variado sustancialmente, pero el contexto social sí lo ha hecho.

En segundo lugar, como derecho fundamental la libertad religiosa no ha sido adecuadamente desarrollada por la dogmática jurídica, que lo considera sólo un apéndice de la libertad de expresión o una especificación de un ideal general de libertad. La libertad religiosa es un derecho residual que sólo se manifiesta cuando existe una potencial afectación a otros derechos fundamentales. La especificidad de un derecho fundamental de libertad religiosa no ha sido fundamentada de manera adecuada, y este déficit tiene un correlato cuantitativo en el desarrollo jurisprudencial comparado. Pocos fallos, tanto a nivel interno de los Estados como a nivel supranacional, se refieren de forma primordial al derecho fundamental de libertad religiosa.¹

Ambas causas de la mencionada insuficiencia derivan de características de la concepción dominante, que conducen a soluciones deficientes por parte de las judicaturas tanto nacionales

¹ BADILLA POBLETE (2008); CERVANTES (2004).

como supranacionales. El objetivo de la tesis es contribuir a cambiar el paradigma vigente utilizando el pluralismo valorativo como marco de la libertad religiosa, proponiendo nuevas interpretaciones de conceptos jurídicos vinculados a este derecho fundamental, así como también la modificación de algunas disposiciones incompatibles con el nuevo paradigma propuesto.

2. Hipótesis y objetivos de la investigación

Según la hipótesis de esta investigación, el desarrollo actual de la libertad religiosa como derecho fundamental, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia comparadas, es insuficiente para regular la pluralidad religiosa hoy vigente en las sociedades occidentales. El objetivo principal de la tesis es construir y exponer una nueva concepción del derecho fundamental de libertad religiosa que supere los problemas de la concepción dominante.

Los objetivos secundarios se vinculan con la constatación del déficit de la concepción dominante acerca del sentido y alcance del derecho fundamental de libertad religiosa, así como los elementos que permiten superarlo: a) exponer el surgimiento de la pluralidad religiosa desde la perspectiva de los conflictos jurídicos generados en este proceso; b) señalar los problemas jurídicos (inconsistencias, contradicciones y vacíos) generados como consecuencia de lo que se denominará la “concepción heredada” de la libertad religiosa como derecho fundamental;² c) incorporar elementos y conceptos de filosofía moral en la interpretación de la libertad religiosa como derecho fundamental; d) desarrollar, a partir de lo que se denominará la “concepción pluralista” de la libertad religiosa como derecho fundamental, una propuesta interpretativa para determinados conceptos presentes en las disposiciones supralegales sobre libertad religiosa, y una propuesta de reforma al derecho chileno a nivel constitucional y legal; y e) desarrollar un principio de Estado laico compatible con la concepción pluralista.

Existen diversos aspectos que, pese a estar relacionados con la tesis que se propondrá, no serán desarrollados en la investigación por la naturaleza de ésta y porque, en muchos casos, requerirían una completa investigación independiente.

² Se utilizará la expresión “concepción heredada” de manera análoga a la concepción de la ciencia por parte del Círculo de Viena y la filosofía de las ciencias en clave de positivismo lógico.

En primer lugar, aspectos interdisciplinarios vinculados al estudio de las religiones y su relevancia jurídica, tales como el estudio sociológico de las sectas y nuevos movimientos religiosos, así como el análisis psicológico de la influencia de las religiones en el individuo, dada su complejidad y extensión, sólo serán brevemente referidas a propósito de las obras de Brian Wilson y William James, respectivamente.

No se analizará en detalle la influencia de argumentos religiosos en el debate político y la legitimidad o ilegitimidad de éstos, aunque el marco teórico supone la conocida “exigencia de traducción” *habermasiana* y su vinculación con el uso público de la razón en sentido *kantiano*, mencionada en la tesis a propósito de la tensión entre secularización y laicización.

Tampoco se analizará en detalle, más allá de los problemas inherentes a los regímenes cooperacionistas, la influencia de las religiones mayoritarias a nivel político-institucional. Sobre este aspecto, de gran importancia en las democracias actuales, la referencia es a las influyentes obras recientes de Ran Hirschl, especialmente su concepto de “Teocracia Constitucional”.

Por último, existen materias de interés jurídico cuyo análisis en esta tesis resulta imprescindible, pero que también requerirían de un estudio específico de mayor desarrollo, por lo que su análisis no pretenderá exhaustividad. Estas materias, cuya inclusión y análisis tienen únicamente el propósito de resaltar las ventajas de la concepción pluralista que se propone, son la objeción de conciencia o derecho a la insumisión y las vinculaciones de la libertad religiosa con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

3. Estructura de la tesis

La tesis consta de tres partes. En la primera parte se expondrá la evolución del panorama religioso en el marco de lo que Charles Taylor denomina la “Era secular”, concepto inmerso en la tesis o teoría de la secularización, cuyo desarrollo actual explica por qué la primera versión de esta teoría, vinculada al proyecto de la Ilustración, fracasó en su pronóstico de declive de las religiones en las sociedades modernas. Parte importante de los problemas que genera la actual concepción jurídica de la libertad religiosa tiene que ver con que las primeras formulaciones jurídicas de la libertad religiosa, muchas de las cuales no han variado sustancialmente, provienen de un contexto histórico pre-pluralista (capítulo 1).

Luego de esta introducción, se expondrán los distintos elementos que se desprenden de la concepción heredada de la libertad religiosa. Los elementos más importantes son los siguientes: a) la primacía de la vertiente colectiva o institucional de la libertad religiosa; b) el no reconocimiento de una “libertad frente a la religión” (*freedom from religion*); c) la restricción del concepto de religión a cultos que reconocen la existencia de un “ser supremo”; d) la ausencia de un criterio definido para dirimir los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, apostando por un desarrollo “caso a caso” (*case by case basis*); y e) la inexistencia de una vinculación entre la libertad religiosa y el modelo de Estado en su relación con las religiones (capítulo 2).

Esta primera parte concluye con diversos conflictos generados en distintos niveles normativos por la concepción heredada de la libertad religiosa: a) el tratamiento desigual de los llamados “nuevos movimientos religiosos”, que dependen de la secularización del Estado y no del contenido de la libertad religiosa; b) la tolerancia o prohibición de la utilización de símbolos religiosos por parte de oficiales del Estado y la presencia de símbolos religiosos en el espacio público; c) la titularidad del derecho fundamental de libertad religiosa de las personas jurídicas; d) el estatuto de beneficios tributarios a las instituciones religiosas; y e) la tolerancia de disposiciones jurídicas que contienen referencias deístas o teístas (capítulo 3).

En la segunda parte, el núcleo de la tesis desarrolla un marco de pluralismo valorativo en una versión de liberalismo pro-autonomía. Éste servirá de base para desarrollar una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental (capítulo 4). Esta concepción pluralista contempla los siguientes postulados, frente a los de la concepción heredada: a) primacía de la vertiente individual de la libertad religiosa; b) el derecho fundamental de libertad religiosa debe amparar, al menos en un sentido débil, una “libertad frente a la religión”; c) postula un entendimiento amplio de religión que no lo restringe únicamente a las religiones o cultos que reconocen la existencia de un “ser supremo”; y d) establece un conjunto de directrices para dirimir los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, así como las limitaciones de la primera (capítulo 5). Por último, en esta parte se desarrollará un modelo de Estado laico compatible con la concepción pluralista de la libertad religiosa (capítulo 6).

Finalmente, en la tercera parte se desarrollarán dos conjuntos de propuestas de *lege lata* y *lege ferenda* en relación con las regulaciones sobre libertad religiosa. En primer lugar, se desarrollará una propuesta dogmática de interpretación de algunos conceptos relevantes en la regulación supralegal de la libertad religiosa (capítulo 7). Y por último, se desarrollará un

conjunto de propuestas de modificación a la legislación actualmente vigente en Chile, incluyendo la actual disposición constitucional del artículo 19 N° 6 (capítulo 8). Las conclusiones finales de la tesis pretenden reafirmar el objetivo principal de la investigación y su importancia en las sociedades actuales.

4. Marco teórico

La tesis se sitúa en la intersección de tres grandes esferas: la teoría de la secularización en la sociología de la religión, la dogmática y jurisprudencia relativas a la libertad religiosa, y el pluralismo valorativo (*value pluralism*) de Isaiah Berlin en la filosofía de la moral.

La primera esfera del marco teórico analiza el debate en torno a la teoría de la secularización, específicamente en el marco comparado Europa-América Latina, y los cambios en la religiosidad acaecidos durante las últimas décadas.³ A las opciones morales propias del siglo XIX (religiones abrahámicas y humanismo secular), se ha añadido una gran diversidad de opciones adicionales, fenómeno que Charles Taylor llama el “efecto nova”.⁴ Por otra parte, el llamado “elemento privatizador” de la secularización no se ha traducido en un ocaso de las religiones, sino en la permanencia de éstas en la esfera pública, en contra de lo que pronosticaba la primera versión de la teoría de la secularización.⁵

La secularización es un fenómeno más amplio y complejo que el abandono institucional de la religiosidad, por lo que se hace necesario distinguir, siguiendo a Baubérot, los conceptos de secularización y laicización. El primero corresponde a un proceso cultural espontáneo, mientras que el segundo corresponde a un proceso institucional de voluntariedad política, produciéndose tensiones en las direcciones y desarrollos de ambos procesos al interior de una misma sociedad.⁶ Estas tensiones explican la permanencia de la religión en el espacio público, sumado a un conjunto de fenómenos propios de la globalización, como las migraciones que han

³ Siguiendo a TSCHANNEN (2004), la llamada “teoría de la secularización” no es propiamente una teoría sino un paradigma con distintos elementos cuya importancia varía en los distintos autores que se han referido a ella (Bryan Wilson, Peter Berger, Thomas Luckmann, David Martin, Talcott Parsons, entre otros).

⁴ TAYLOR (2015);

⁵ BLANCARTE (2015); SERRANO PÉREZ (2008).

⁶ BAUBÉROT (1990).

llevado al sincretismo y al nacimiento de los llamados “Nuevos Movimientos Religiosos”, y una tendencia mundial hacia la pluralidad en este ámbito.

El estudio comparado de las religiones y la secularización es una disciplina en sí misma y de una complejidad que supera el propósito de la presente investigación. El objetivo de esta parte de la tesis es fijar un marco comparado de la secularización análogo al marco jurídico comparado centrado en el paralelo Europa latina – América Latina, especialmente útil para englobar la totalidad del cristianismo occidental. Bastian señala que el concepto mismo de latinidad “remite en el aspecto religioso a sociedades conformadas por una relación constituida por el catolicismo y por el desarrollo de una modernidad de ruptura con la tradición religiosa dominante”.⁷

La segunda esfera del marco teórico se encuentra en la dogmática y la jurisprudencia relativa al derecho fundamental de libertad religiosa en las últimas décadas, que como se mencionó ha sido insuficiente en su desarrollo y evidencia falencias debido a, entre otros factores, una razón histórica. Tanto la dogmática como la jurisprudencia tienen su origen remoto en los primeros instrumentos internacionales que consagraron la libertad religiosa como un derecho fundamental protegido por los organismos supranacionales de derechos humanos, en un contexto histórico que se ha transformado sustancialmente.

El análisis comparado de la legislación, jurisprudencia y dogmática estará circunscrito a las sociedades occidentales, entendidas según propone Charles Taylor, en términos de una vinculación entre lo sobrenatural y lo terrenal (monista y pacífica) que fluye hacia una pluralidad conflictiva de concepciones de inmanencia en el orden natural.⁸ En el mismo sentido, señala Blancarte que Occidente, “no es única ni principalmente una noción geográfica”, sino “una concepción cultural del mundo” marcada por la secularización.⁹

Las sociedades occidentales secularizadas se encuentran en América Latina, Norteamérica y Europa. En los casos de América Latina y Europa, sus sistemas jurídicos están además vinculados a los sistemas de derechos humanos regionales que servirán para un análisis dogmático y jurisprudencial supranacional (en este último caso, principalmente respecto de la Corte de Estrasburgo, ya que la Corte Interamericana sólo ha resuelto dos casos en los que se

⁷ BASTIÁN (2004) p. 7.

⁸ TAYLOR (2015).

⁹ BLANCARTE (2016) p. 154.

ha invocado este derecho fundamental).¹⁰ No obstante, existen elementos en el Sistema Interamericano que permiten una comparación adecuada a propósito de la libertad religiosa, especialmente con relación a la subsidiariedad de este derecho y la importancia de la Corte a nivel regional.¹¹

El marco de derecho comparado que se utilizará es extenso, pero se justifica por los pocos fallos relativos a la materia, por la existencia de sistemas supranacionales de derechos humanos y por el ya mencionado paralelo con el estudio comparado de la secularización en el eje América Latina - Europa. Se incluye, además, dada su importancia e influencia a nivel universal, a los Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.), cuya jurisprudencia en torno a la Primera Enmienda y legislación relativa ha sido un elemento fundamental en la configuración de los Estados laicos contemporáneos.

Finalmente, la tercera esfera se sitúa en el debate de filosofía moral en torno al pluralismo valorativo y su relación con el liberalismo. El concepto de pluralismo, íntimamente ligado a un ideal de tolerancia religiosa, no ha sido incorporado adecuadamente por la dogmática y la jurisprudencia como un elemento de interpretación del derecho de libertad religiosa.

Para desarrollar la propuesta de una nueva concepción de la libertad religiosa, el punto de partida será el pluralismo valorativo (*value pluralism*) de Isaiah Berlin, una respuesta a las guerras religiosas europeas que motivan el clásico ensayo de John Locke *A letter concerning toleration*.¹² En palabras de George Crowder, este pluralismo postula que los valores humanos, incluyendo algunos universales, son múltiples, frecuentemente en conflicto unos con otros, y algunas veces inconmensurables, pero dicha inconmensurabilidad no excluye la posibilidad de razonamiento práctico respecto de dichos conflictos.¹³

Ésta es la raíz de una comprensión adecuada de la libertad religiosa como derecho fundamental: cada religión o culto reivindica determinados valores (que subyacen a determinadas creencias) como absolutos en la vida humana, pero no es posible demostrar racionalmente la

¹⁰ A la fecha, únicamente en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012) se condenó a un Estado por una infracción a la libertad religiosa, frente a la imposibilidad de realizar un ritual fúnebre por la desaparición de los cuerpos de la masacre. En el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* (1999) se invocó la libertad religiosa, pero fue resuelto en base a la libertad de expresión, desestimándose la infracción a la libertad religiosa.

¹¹ Ver ROCA (2017).

¹² GALSTON (1995).

¹³ CROWDER (2007).

primacía de unos sobre otros más allá del ámbito de sus propios creyentes. Esto, como se sostendrá en la tesis, implica un compromiso con un Estado laico neutral. Sin embargo, de esta inconmensurabilidad no se sigue que todas las prácticas religiosas (que subyacen a determinados valores y creencias) sean aceptables en un Estado laico neutral.

El pluralismo valorativo supone un compromiso con el liberalismo político, pero la relación entre pluralismo y liberalismo puede entenderse de dos maneras distintas.¹⁴ La pregunta fundamental es cuál es la visión liberal frente a prácticas no liberales de determinados grupos (paradigmáticamente grupos religiosos) al interior de una democracia liberal. Para algunos autores dichas prácticas deben ser toleradas precisamente en virtud del pluralismo valorativo. Para otros, el pluralismo valorativo se condice con un ideal superior de autonomía personal, por lo cual las prácticas no liberales de dichos grupos no deben ser toleradas (incluso legitimando una intervención estatal).¹⁵

Estas dos formas de entender el pluralismo valorativo se corresponden con dos maneras de entender la libertad religiosa y con la distinción entre una vertiente individual y una colectiva de la libertad religiosa. El compromiso de la tesis será con el pluralismo que implica el liberalismo pro-autonomía individual.

Adicional al marco de filosofía moral brevemente reseñado, en la filosofía de la religión pueden encontrarse otros elementos para un concepto pluralista de religión, especialmente en las obras de John Dewey y William James. Dewey distingue entre “las religiones” y “lo religioso”, buscando la emancipación de elementos religiosos de las religiones.¹⁶ Toda religión tiene prácticas y creencias institucionalmente organizadas, pero lo religioso no tiene una entidad específica identificable, sino más bien una actitud hacia cualquier objeto o ideal propuesto.

La obra de William James, en tanto, distingue entre la rama institucional y la rama personal de una religión. Sólo esta última rama, la religión personal, es objeto de análisis a partir de una “definición arbitraria” *ad hoc*: religión es el conjunto de sentimientos, actos y experiencias de los individuos en su soledad, y cuya autocomprensión se encuentra en función de la relación a lo que consideran divino.¹⁷ Lo característico de las religiones no es la pertenencia a un grupo, sino

¹⁴ CROWDER (2007); GALSTON (2002).

¹⁵ GALSTON (2002); CROWDER (2007).

¹⁶ DEWEY (1934).

¹⁷ JAMES (1917) p. 32.

las experiencias personales que pueden vivirse tanto al interior de un grupo como individualmente, por lo cual las verdades religiosas no pueden ser demostradas racionalmente.¹⁸

5. Precisiones conceptuales.

La propuesta de la tesis puede resumirse en el reemplazo de la “concepción heredada”, que es la dominante, por una “concepción pluralista”, de modo análogo al reemplazo de un paradigma por otro en las ciencias experimentales en la obra de Thomas Kuhn. Para estos propósitos, se entenderá por “concepción” el conjunto de postulados descriptivos y normativos que se desprenden de la imbricación entre jurisprudencia y dogmática relativas al derecho fundamental de libertad religiosa.

Los postulados que según la tesis caracterizan la “concepción heredada” no necesariamente son suscritos de manera explícita por los autores que se citarán a propósito de ella, sino que pueden desprenderse del desarrollo de la dogmática dominante, asumido por gran parte de la jurisprudencia. Del mismo modo, la “concepción pluralista” no representa *ex novo* la propuesta normativa de esta tesis, sino que una parte de la dogmática y jurisprudencia ya ha desarrollado de forma no sistemática sus postulados.

Hacer referencia al derecho fundamental de libertad religiosa, expresión que se utiliza en esta tesis, no supone adherir a una distinción conceptual entre derechos fundamentales y derechos humanos.¹⁹ Se utiliza, por tanto, la misma expresión para referirse también a las disposiciones sobre libertad religiosa existentes en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.

En la tesis se utilizarán dos vocablos ausentes del diccionario de la RAE, aunque profusamente utilizados en el ámbito del estudio de las religiones y la laicidad del Estado. En primer lugar, y relativo a una de las condiciones fundamentales de las religiones tradicionales, se utilizará el vocablo “ulteriorista” (y “ulteriorismo”) en relación a las prácticas religiosas basadas en la trascendencia del ser humano (que en el deísmo se caracteriza por la creencia en una divinidad y la inmortalidad del alma), mientras que se utilizará el vocablo “citeriorista” (y

¹⁸ JAMES (1917) p. 446.

¹⁹ Sobre el déficit de esta distinción, véase AGUILAR CAVALLO (2010).

“citeriorismo”) para describir prácticas religiosas que no se basan en la trascendencia. Como se argumentará, tanto el ulteriorismo como el citeriorismo representan una vinculación del ser humano con su perfectibilidad y su relación (positiva o negativa) con la trascendencia.

Finalmente -y aunque la comprensión de este vocablo implica la explicación del modelo de Estados y religiones de Cole Durham-, puesto que se utilizará desde el comienzo de la tesis, corresponde definir en qué consiste un Estado “cooperacionista”, voz también ausente del diccionario de la RAE. Un Estado cooperacionista, siguiendo a Durham, es aquel en el cual existe un grado menor de identificación positiva del Estado con algunas religiones, a medio camino entre un Estado con religión oficial (*Established church*) tolerante y una igualdad sustancial o neutralidad del Estado frente a las distintas religiones.²⁰ Los ejemplos más adecuados de Estados cooperacionistas que se citarán en la tesis son los casos de España y Perú.

6. Metodología de investigación

En virtud del marco teórico ya expuesto, la investigación utilizará el análisis de fuentes secundarias de sociología de la religión, el análisis crítico de la literatura de filosofía moral en el marco del pluralismo valorativo, el análisis de legislación comparada, el análisis jurisprudencial y el método dogmático tradicional.

En primer lugar, para la introducción de la tesis se realizará un análisis de la literatura relevante sobre la teoría de la secularización (Bastian, Baubérot, Blancarte, Taylor, Tschannen), en particular en el marco comparado Europa latina – América latina (utilizado especialmente por Bastian y Blancarte) para luego evaluar los elementos fundamentales de esta teoría y confrontar críticamente dichos elementos con las actuales disposiciones jurídicas sobre libertad religiosa.

La concepción pluralista se desarrollará a partir de la literatura sobre pluralismo valorativo de Isaiah Berlin, para luego centrarse en el debate actual acerca de su relación con el liberalismo (en particular los aportes de William Galston y George Crowder), y también en términos de una “negociación moral” y un “rango abierto pero acotado” de costumbres y prácticas por igual legítimas (Orellana Benado). El análisis y discusión sobre los elementos del pluralismo valorativo será interpretado y evaluado en conjunto con un análisis de las disposiciones jurídicas relevantes.

²⁰ DURHAM (2012) p. 367.

El método comparado se realizará con una perspectiva funcionalista, siguiendo los postulados de Zweigert y Kötz.²¹ Los problemas relativos al derecho fundamental de libertad religiosa son comunes a todos los Estados occidentales. Sin embargo, están regulados de manera similar, con elementos que permiten la sistematización de un desarrollo superior y adecuado al objeto de la tesis. La evaluación crítica de la comparación se realizará a propósito de los mismos problemas y conflictos reseñados, y la sistematización del análisis es, justamente, el planteamiento de la concepción pluralista.

El análisis de jurisprudencia comparada sobre libertad religiosa será selectivo y cualitativo. Para plantear cómo se ha desarrollado la concepción heredada y los problemas que se generan a partir de ella, el estudio de la jurisprudencia y dogmática relativa se concentrará en los Estados occidentales, concretamente aquellos que están bajo la jurisdicción supranacional de derechos humanos europea e interamericana, junto con la jurisprudencia de EE. UU. Parte importante del análisis se centrará en la dogmática chilena, porque la propuesta final apunta a una reforma del derecho chileno.

Sin perjuicio de algunos precedentes decimonónicos de Inglaterra y EE.UU., inevitables de mencionar por su relevancia posterior, la mayoría de la jurisprudencia analizada surgió en el último cuarto del siglo XX. Este período es metodológicamente relevante puesto que engloba la vigencia parcial de las disposiciones de la Constitución chilena de 1980, la Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones y la jurisprudencia supranacional europea sobre libertad religiosa.

Finalmente, para desarrollar la propuesta de reforma, se utilizará una metodología interpretativa y evaluativa acerca de los elementos obtenidos en la revisión de literatura sobre pluralismo valorativo, incorporando dichos elementos en una propuesta dogmática de *lege lata* y *lege ferenda* para las disposiciones sobre libertad religiosa a nivel legal, constitucional y supranacional.

²¹ ZWEIGERT Y KÖTZ (2002).

PRIMERA PARTE
LA CONCEPCIÓN HEREDADA

Capítulo 1

La Libertad religiosa en la era secular

1. Introducción

La libertad religiosa es una conquista de la modernidad.²² Si bien tiene antecedentes en la antigüedad y en la Edad Media, el paradigma político de la tolerancia religiosa sólo surge luego de la Paz de Augsburgo (1555) y el Edicto de Nantes (1598), ambos hitos relativos a las guerras religiosas.²³ Las religiones predominantes en Europa, la Iglesia Católica y la comunidad luterana, representaban una fuente de conflicto entre soberanos, por lo que la tolerancia religiosa era poco más que un instrumento de paz entre los Estados europeos. La Paz de Augsburgo, que estableció la clásica definición de Estado confesional en el principio *cuius regio, eius religio* (la que es del Rey, será la religión de los súbditos), justamente excluía de esta paz a otras comunidades religiosas minoritarias distintas de la luterana, como la comunidad calvinista. En Francia, el Edicto de Nantes tuvo la finalidad de garantizar la paz luego de las guerras religiosas en el país, que concluyen con la Matanza de San Bartolomé en 1572. El edicto estableció un estatuto desigual de privilegios para católicos y protestantes que fue revocado poco tiempo después.

En este contexto, que es coetáneo a la “Gloriosa Revolución” en Gran Bretaña (1688), surge la primera formulación moderna de la libertad religiosa en el texto clásico de John Locke *A letter concerning toleration*.²⁴ La tolerancia religiosa que propuso Locke, si bien limitada, retomaba el paradigma de separación absoluta entre las esferas espiritual y temporal de poder, y por lo mismo excluía de esta tolerancia a la Iglesia Católica, institución de poder temporal capaz de derrocar a otros soberanos. Además excluye de la tolerancia a los ateos, estableciendo un modelo deísta de libertad religiosa que perduraría hasta el siglo XX. El texto de Locke es posterior, pero

²² BASTIÁN (2004) señala como paradigma de la secularización la “modernidad religiosa”, caracterizada por la racionalización, la individualización y la pluralización de las creencias.

²³ El panorama histórico tradicional de la libertad religiosa comienza generalmente en Roma con el Edicto de Nicomedia de Galerio (311 d. C.) que cesó con las persecuciones a los cristianos, el Edicto de Milán de Constantino (313 d. C.) que consagró la libertad para el culto cristiano, y el Edicto de Tesalónica de Teodosio (380 d. C.) que estableció el cristianismo como religión oficial del Imperio (ver MACCULLOCH 2012). En el Occidente del *Mare Nostrum* posterior a Constantino ya no era necesaria la libertad o tolerancia religiosa: sólo existía una religión verdadera, cuya lucha era únicamente contra paganos (utilizando la expresión de Agustín de Hipona) y contra las herejías que no turbaron la unidad del cristianismo hasta Martín Lutero.

²⁴ LOCKE (1987).

el contexto de su concepción influyó directamente en el contenido de la *Toleration Act* de 1688. En esta ley se establecía un curioso juramento de fidelidad a la Corona destinado a garantizar la obediencia política de los católicos.²⁵

La tolerancia religiosa del siglo XVII presupone la existencia de Estados confesionales vinculados a soberanos cuya religión personal configuraba el sentido y los límites de la tolerancia para la o las religiones no oficiales. El siguiente paso requirió no sólo un cambio de concepción de la libertad religiosa, sino además el cambio del Antiguo Régimen y el surgimiento de la democracia moderna. Las primeras formulaciones modernas del derecho fundamental de libertad religiosa se encuentran en la *Declaration of Rights* de Virginia (1776) y en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789).²⁶ En estos documentos la libertad religiosa es compatible con un Estado confesional, garantizando únicamente una tolerancia religiosa débil en el contexto ya reseñado de hegemonía cristiana o, al menos, deísta. Mientras la Declaración de Virginia se refiere explícitamente a determinados valores cristianos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es un antecedente directo de las disposiciones jurídicas actuales, refiriéndose a los potenciales conflictos que pudiesen generar las manifestaciones externas de un culto, si bien en su preámbulo menciona la necesidad de salvaguardar los “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, un deísmo compatible con el “Culto del Ser Supremo” propio de los primeros años de la Revolución.²⁷

El común denominador más interesante que tienen ambos textos es el de concebir la libertad religiosa de manera netamente individual (sin hacer referencia alguna a las instituciones religiosas) y consagrando, al menos en un sentido débil, el derecho a no actuar contra las propias convicciones, algo que ya había sido insinuado por Locke.²⁸ La declaración francesa, pese a

²⁵ “I do sincerely promise and solemnly declare before God and the world, that I will be true and faithful to King William and Queen Mary; and I do solemnly profess and declare, that I do from my heart abhor, detest, and renounce, as impious and heretical, that damnable doctrine and position, That princes excommunicated or deprived by the Pope, or any authority of the See of Rome, may be deposed or murdered by their subjects, or any other whatsoever. And I do declare, that no foreign prince, person, prelate, state, or potentate, hath or ought to have, any power, jurisdiction, superiority, pre-eminence, or authority ecclesiastical or spiritual within this realm”. El texto completo de la *Toleration Act* puede consultarse en: <http://www.jacobite.ca/documents/1689toleration.htm>.

²⁶ BLANCARTE (2014); CEA EGAÑA (2012); BADILLA POBLETE (2008).

²⁷ La Declaración de Virginia señala: “That religion, or the duty which we owe to our Creator and the manner of discharging it, can be directed by reason and conviction, not by force or violence; and therefore, all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity towards each other”; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por su parte, prescribe que “Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi”.

²⁸ “Pero si la ley se refiere a algo fuera del marco de la autoridad del magistrado (como, por ejemplo, que el pueblo o alguna parte de él sea forzado a abrazar una religión extranjera y a asistir al culto y ceremonias de otras iglesias), en tal caso digo: los hombres no están obligados contra su conciencia por tales leyes, puesto que la sociedad política

restringirse a las opiniones religiosas, contempla la limitación del “orden público”, aún utilizada en gran parte de la legislación comparada.²⁹

El paso adicional vino poco después. El *Bill of Rights* de EE.UU. (1791) prescribía en su *First Amendment* no solo la libertad religiosa para el pueblo estadounidense (*freedom of religion clause*), sino también la prohibición del establecimiento de una religión como oficial (*establishment clause*). Esta dualidad es seminal y tiene una relevancia incomparable: la libertad religiosa está en directa relación con el modelo de Estado. De aquí en más, y sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de la concepción heredada, es casi imposible distinguir en términos normativos la laicización de la regulación de la libertad religiosa. El breve texto de la Primera Enmienda, que también incluye la libertad de expresión, señala: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

La prohibición de establecer una iglesia o religión oficial (*established church*) fue primero aplicable al Congreso de los Estados Unidos, y luego a cada uno de los Estados en virtud de la Enmienda Decimocuarta.³⁰ En una célebre carta de Thomas Jefferson a la Asociación Bautista de Danbury datada en 1802, este Padre Fundador acuñó, a propósito de la Primera Enmienda, un concepto que se transformó en el resumen más sintético de la relación entre las religiones y un Estado laico: debe existir una “muralla de separación” (*wall of separation*) entre Iglesia y Estado.³¹ Paradójicamente, Jefferson utilizó para el *Common Law* un concepto que se convertiría en el modelo continental de secularización: la separación.³²

no fue instituida para otro fin que el de asegurar a cada cual la posesión de los bienes de esta vida. El cuidado del alma de cada persona y de las materias celestiales, que no pertenecen al Estado ni estén sujetas a él, debe quedar enteramente entregado a ella misma.”. LOCKE (1987), p. 31.

²⁹ En el contexto de la Revolución Francesa, la Declaración tiene también la importancia de haber sentado las bases del paradigma clásico libertario de los derechos fundamentales, adscritos inherentemente al individuo y no a su pertenencia a algún estamento, lo cual, como se verá, sigue siendo esencial en la configuración de la libertad religiosa. Ver BADILLA POBLETE (2008).

³⁰ La sección 1 de la Decimocuarta Enmienda establece: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”. La expresión “*Liberty*” incluye el contenido de la Primera Enmienda, lo que se establece, entre otros, en *Cantwell v. Connecticut* (reseñado más adelante). Ver LAZZARO (2010), p. 577.

³¹ La carta de Thomas Jefferson puede consultarse en: <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>

³² En el modelo estadounidense, al igual que en el inglés, no hay *separation* sino *disestablishment*. Para las diferencias entre el modelo de Estado confesional y el de *established church*, ver GARCÍA OLIVA (2001).

Aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. comenzaría a desarrollarse sistemáticamente recién a mediados del siglo XX, la Primera Enmienda cuenta con el que se considera el primer precedente moderno sobre la materia: *Reynolds v. United States*. (1878), relativo a la práctica de la poligamia en la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días. George Reynolds, miembro de la iglesia, fue condenado por el delito de bigamia, una práctica entonces permitida e incluso promovida por dicho culto. Reynolds alegó la inconstitucionalidad de esta regulación en virtud de la Primera Enmienda, pero su caso fue rechazado por la Corte con el argumento que el incumplimiento de una ley por motivos religiosos implicaría que cada persona fuese una ley en sí misma. Se llegó a comparar la bigamia con el sacrificio humano ritual.³³

Europa vivió un conflicto permanente entre liberales y conservadores (predominantemente católicos) durante el siglo XIX. El resultado fue un vaivén de regulaciones y reacciones jurídicas relativas a la libertad religiosa. Poco después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia celebró un Concordato con la Santa Sede (1801) que, si bien no establecía la religión católica como oficial, la reconocía como “la religión de la gran mayoría de los ciudadanos franceses” y garantizaba la mantención económica del clero. La lucha por la laicidad, y el concepto mismo de “*laïcité*”, recién surgiría en la segunda mitad del siglo XIX a propósito de la educación pública laica, un proceso que tendría una profunda influencia en Italia y Bélgica. En la Italia posterior a la unificación, una ley eliminó la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en 1877, lo que llevó a una educación laica casi total. Bélgica, por su parte, una monarquía católica desde 1831, hacia 1879 reemplazaba derechamente la educación religiosa por una educación de moralidad laica.³⁴

Por su dependencia de la Corona Española, en América Latina el proceso fue más homogéneo, aunque a distintos tiempos. Tanto el Estatuto de Bayona (1808) como la Constitución de Cádiz (1812) consagraban la confesionalidad católica de España y una intolerancia casi absoluta frente a otros cultos. El texto gaditano invocaba en su preámbulo “el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la

³³ “*Suppose one believed that human sacrifices were a necessary part of religious worship; would it be seriously contended that the civil government under which he lived could not interfere to prevent a sacrifice? Or if a wife religiously believed it was her duty to burn herself upon the funeral pile of her dead husband; would it be beyond the power of the civil government to prevent her carrying her belief into practice?*”. *Reynolds v. United States*. 98 U.S. 145, 166 (1878). La importancia del precedente, además de considerarse el primero sobre la materia, es que su influencia se reflejó más de cien años después en el caso *Employment Division v. Smith*, que se reseñará más adelante.

³⁴ BAUBÉROT (2004) p. 100-101.

sociedad”, y proclamaba en su artículo 12: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.³⁵

La Iglesia Católica reaccionaría a la laicización de los Estados católicos con el *Syllabus* de Pío IX en la Encíclica *Quanta cura* (1864), que condenaba a la separación entre Iglesia y Estado como uno de los “errores de la modernidad”, aunque la falta de separación también tenía consecuencias económicas y políticas negativas para la Iglesia. Frente a los nacientes Estados americanos, cuyo reconocimiento oficial por parte de la Santa Sede tomó varias décadas, la Iglesia se oponía en principio a la separación. No obstante, los abusos en el Patronato (el gobierno interino de los presentados, la mala utilización del pase regio y la intromisión en concilios y sínodos, entre otros) provocaron que, al menos para una parte de la Iglesia, la separación fuese mirada con buenos ojos, movimiento denominado “ultramontanismo” y potenciado por el Concilio Vaticano I.³⁶ En definitiva, por regla general los procesos de separación fueron llevados a cabo a través de negociaciones pacíficas en la mayoría de los países. Tal fue el caso de Chile.³⁷

La mayor parte de Estados europeos y latinoamericanos completaron su laicización recién en el siglo XX. En algunos países, como Francia, México y Chile, el proceso fue continuo y progresivo desde fines del siglo XIX hasta el primer cuarto del siglo XX, cuando la laicización fue completa e irreversible. El modelo francés es el paradigma fuerte de la laicidad inscrita en la Constitución y vinculada con la educación pública, al igual que el caso mexicano, cuyo “radicalismo” en términos de laicidad es de los más fuertes en América Latina junto con Uruguay, países en los que se ha intentado relegar la religión al ámbito privado.³⁸ Otros, como Colombia y España, tuvieron retrocesos en sus procesos de laicización con ocasión de coyunturas políticas a veces prolongadas. En el caso de España, el proceso “brusco” de laicización de la Constitución de 1931 se vio interrumpido por la guerra civil, para luego restaurarse la confesionalidad en la dictadura franquista con el Concordato de 1953. Luego del franquismo, los Acuerdos de 1976, la Constitución de 1978 y la ley orgánica de libertad religiosa

³⁵ Ver PRIETO SANCHÍS (2005).

³⁶ SALINAS ARANEDA (2011).

³⁷ En el caso chileno, la Santa Sede reconocería la independencia de Chile recién en 1840, reconocimiento que, por cierto, no incluía el Patronato, una “asunción unilateral” por parte de la República de Chile. Ver SALINAS ARANEDA (2011).

³⁸ BASTIAN (2014) p. 130-131.

volvieron a retomar el camino europeo de la laicización, aunque sin acercarse al paradigma francés.³⁹ En Colombia la laicización tuvo retrocesos por constantes pugnas políticas entre liberales y conservadores, primero en el siglo XIX en el período de la “Regeneración”, luego de los gobiernos radicales y el período de “cristiandad republicana”, y luego en el siglo XX, con un retroceso a la confesionalidad luego del golpe de Estado del general Rojas, que acabaría con la reforma constitucional de 1957.⁴⁰

En los procesos de América Latina, Blancarte acusa una interesante coincidencia geográfica. “Mientras que en México y Centroamérica predominan el anticlericalismo y los esquemas de separación, y en el Cono Sur prevalece un jurisdiccionalismo concordatario, en la región andina se ha fortalecido el conservadurismo y la preservación de los privilegios eclesiales”.⁴¹ Chile es un caso especial en la secularización de América Latina ya que transitó de manera irreversible del Estado confesional al Estado laico en poco más de un siglo desde su independencia. Las primeras Constituciones chilenas, de muy corta duración, continuaban la confesionalidad colonial en términos más o menos similares.⁴²

La Constitución de 1833, de impronta autoritaria, señalaba en su artículo 5: “La religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana; con exclusión del ejercicio público de cualquier otra”, una redacción casi idéntica al artículo 3º su antecesora, la Constitución liberal de 1828, inspirada en la Constitución de Cádiz.⁴³ No obstante, el texto de 1828 añade algo que se omitirá en 1833. El artículo 4º señala, siguiendo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Nadie será perseguido ni molestado por sus opiniones privadas”. Aunque una interpretación liberal *a contrario* del artículo 5 de la Constitución de 1833 lleva a la misma conclusión, se haría necesaria una ley interpretativa, como se verá a continuación. Según Ruiz-Tagle Vial, la disposición del artículo 4º de la Constitución de 1828 fue el primer paso decisivo en materia de tolerancia religiosa a nivel constitucional.⁴⁴

Las capas superiores de la sociedad chilena del primer tercio del siglo XIX eran culturalmente homogéneas, por lo que la disposición de 1833 permaneció relativamente

³⁹ BAUBÉROT, (2004).

⁴⁰ DE ROUX (2004).

⁴¹ BLANCARTE (2004) p. 52-53.

⁴² Ver SALINAS ARANEDA (2011) p. 248.

⁴³ Un breve análisis de los primeros textos constitucionales y su contexto histórico puede revisarse en QUIROZ GONZÁLEZ (2020).

⁴⁴ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2006) p. 90.

incuestionada por varias décadas, pero a mediados de siglo se produjo una masiva llegada de inmigrantes protestantes (anglicanos, bautistas, judíos, luteranos y presbiterianos, entre otros). Así se generó el conflicto de una práctica religiosa divergente, especialmente en asuntos sensibles como la inhumación de cuerpos, la educación religiosa y la celebración de matrimonios. Aunque las autoridades manifestaban una prudencia y tolerancia general para las religiones “disidentes”, los conflictos fueron acentuándose.⁴⁵ En 1865 se dictó una ley interpretativa constitucional que permitió el ejercicio de cultos distintos del católico apostólico romano en dependencias particulares y fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de dichas religiones.

La ley interpretativa garantizaba una limitada tolerancia religiosa en el ámbito privado. Así se generó un interesante e inédito conflicto en la concepción de las esferas pública y privada.⁴⁶ La dictación de esta ley coincide con la primera década de vigencia del Código Civil, cuyo estatuto aún garantizaba a la Iglesia Católica el monopolio del registro de nacimientos y la celebración de matrimonios. Finalizando el siglo XIX, una presión liberal y laicista sin precedentes abogaba por una separación total de la Iglesia Católica, logrando un avance parcial con las llamadas “leyes laicas”, que crearon estatutos seculares para los cementerios, el matrimonio y el registro público de los nacimientos.

El proceso chileno guarda gran paralelismo con el caso francés, tanto por la evolución normativa como por las fuerzas políticas y movimientos sociales que llevaron el estandarte de la laicidad. Según Ruiz-Tagle Vial, en el período se reniega del pasado colonial y Chile “se identifica espiritualmente con Francia”, con lo cual “se afianza una tendencia laica”.⁴⁷ En 1862, también con el impulso de inmigrantes protestantes liberales, fue fundada la Gran Logia de Chile en Valparaíso, uno de cuyos miembros prominentes, Enrique Mac-Iver, Gran Maestro de la Orden, fuera el principal impulsor y defensor de las leyes laicas en el Congreso. Poco tiempo después, en 1877, ocurre en Francia la laicización de su propia masonería, el Gran Oriente de Francia, que renuncia a invocar al “Gran Arquitecto del Universo” rompiendo con la tradición deísta de la masonería inglesa.⁴⁸

⁴⁵ SALINAS ARANEDA (2011) pp. 272-273. La tolerancia de facto fue sustentada con disposiciones de tolerancia religiosa presentes en algunos tratados de amistad, comercio y navegación (con EE.UU. en 1834, con Francia en 1846 y con el Reino Unido en 1855).

⁴⁶ Un completo análisis de este conflicto y sus implicancias puede revisarse en SERRANO PÉREZ (2008).

⁴⁷ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2006) p. 107.

⁴⁸ POULAT (2012).

Este fenómeno se replicó en ambos lados del Atlántico. En Uruguay el “catolicismo masón” (católicos liberales que pertenecían a las logias masónicas) derivó en un “deísmo racionalista” tolerante con el protestantismo, pero en las antípodas de las enseñanzas del *Syllabus*.⁴⁹ Otro tanto ocurría en España, Bélgica e Italia.⁵⁰ A fines del siglo XIX, tanto en Europa como en América, el espiritismo tuvo una corta época dorada con la difusión de las obras de Allan Kardec en los círculos ilustrados. Desde Francia se expandió rápidamente por Europa y luego por América Latina, donde llegó a convertirse en la tercera opción religiosa y volvió a Europa con este nuevo influjo.⁵¹ Según el Vaticano, la laicización era promovida por una “conspiración protestante, liberal, masónica y espiritista”.⁵²

En Chile la separación vendría a ocurrir recién con la Constitución de 1925, en virtud de un acuerdo del Estado chileno con la Santa Sede, negociado entre el Presidente Arturo Alessandri Palma y el Papa Pío XI. El acuerdo implicaba las siguientes condiciones: a) para excluir el ateísmo del Estado debía invocarse del nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución; b) no se hacía una mención a la educación pública laica, para evitar el riesgo de la laicización a la francesa, de gran influencia en los liberales y radicales chilenos de comienzos del siglo XX; c) abolir el patronato y el pase regio o *exequatur*; d) se incluía una compensación económica del Estado a la Iglesia; e) había de hacerse expresa mención de los concordatos en la regulación de los tratados internacionales; y f) la celebración de un concordato. La única condición que en definitiva no se cumpliría fue esta última.⁵³

La Constitución de 1925 no proclamó expresamente la separación sino que consagró un derecho fundamental de libertad religiosa en términos amplios. El artículo 10 N° 2 garantizaba a todos los habitantes: “La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”, agregando a continuación que las confesiones religiosas podrían, por tanto, “erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”.

⁴⁹ BIDEGAIN (2004) p. 77.

⁵⁰ Sobre la laicización de España, Bélgica e Italia y la influencia de la masonería en dichos procesos, véase: FERRER BENIMELI (2004), NEFONTAINE (2004) y MOLA (2004).

⁵¹ STOLL (2018) p. 172.

⁵² MALLIMACI (2004) p. 26.

⁵³ SALINAS ARANEDA (2015) p. 435.

Aunque esta formulación de la libertad religiosa es amplia y sorprendentemente similar a las regulaciones supranacionales de derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, vincula estrictamente el ejercicio de los cultos al emplazamiento de templos y al cumplimiento de regulaciones de policía, lo que en el papel no representaba un avance radical frente a la ley interpretativa de 1865. El problema no era la pluralidad de religiones -la inmensa mayoría de los cultos eran cristianos- sino el ateísmo de los grupos radicales y anticlericales, lo que explica la importancia para la Santa Sede de invocar del nombre de Dios en el preámbulo.

Los incisos segundo y tercero, al igual que la disposición actual que se revisará a continuación, se refieren a la regulación patrimonial y tributaria de las iglesias. Mientras la exención tributaria, habitual en el derecho comparado, tuvo por objeto compensar la pérdida del presupuesto de culto (a lo que se añadió una compensación económica directa consignada en una disposición transitoria), la reafirmación de la propiedad de la Iglesia Católica sobre sus bienes, especialmente inmuebles, tuvo por objeto inmediato evitar una confiscación masiva de bienes eclesiásticos como la ocurrida en Francia en 1905. Asimismo, la disposición del inciso segundo tuvo como finalidad reafirmar constitucionalmente la personalidad jurídica de derecho público de la Iglesia Católica consagrada en el Código Civil, de manera que no hubiese dudas sobre la falta de necesidad de solicitar autorización para conservar sus bienes raíces.⁵⁴

La vigencia de la Constitución de 1925 se interrumpe el 11 de septiembre de 1973 cuando la junta militar asume el poder constituyente originario, el que ejerció de hecho a través de la Constitución plebiscitada en 1980, cuya vigencia comenzó en 1981 y culminó en 1990 con la elección de un Congreso republicano y una reforma sustancial a sus disposiciones, junto con la pérdida de vigencia de gran parte de sus disposiciones transitorias. Si bien este constituyente innovó considerablemente en algunas materias, en otras sólo reformó someramente disposiciones de la Constitución anterior. Este fue justamente el caso del derecho fundamental de libertad religiosa.

El artículo 19 N° 6 de la Constitución de 1980, que no ha sufrido modificaciones hasta la actualidad, prácticamente replicó la disposición de 1925:⁵⁵

⁵⁴ SILVA BASCUÑÁN Y SILVA GALLINATO (1991).

⁵⁵ El artículo 10 N° 2 de la Constitución de 1925 antepone la manifestación de las creencias a la libertad de conciencia, mientras contemplaba en su inciso primero el actual inciso segundo, como una consecuencia de dicha libertad (“pudiendo, por tanto”). El actual inciso tercero se encontraba dividido en incisos segundo y tercero, agregando al final de “leyes actualmente en vigor” la expresión “pero quedarán sometidas, dentro de las garantías

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

6°.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones;”

La escasa innovación respecto del precepto de 1925 se debió a una supuesta limitación del constituyente en virtud del acuerdo entre Chile y la Santa Sede, una idea planteada en la “Comisión Ortúzar” por Alejandro Silva Bascuñán. La conservación del inciso segundo reafirmó la personalidad jurídica de derecho público de la Iglesia Católica (a diferencia del resto de confesiones y cultos) cuya fuente, a mayor abundamiento, no era la ley sino la misma Constitución. La innovación en el inciso final, en tanto, tuvo una finalidad específica que se revisará más adelante a propósito de los beneficios tributarios.

La regulación supranacional de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho de libertad religiosa, recién comenzaría a mediados del siglo XX. La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, estableció a este respecto en su artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Otras disposiciones de la Declaración hacen referencia a la religión en cuanto

de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros”. Por último, el inciso tercero actual incorporó el vocablo “exclusivamente” en la expresión “destinados al servicio de un culto” y la expresión “toda clase de” antes de “contribuciones”.

categoría de igualdad entre los seres humanos y la consiguiente prohibición de discriminación (una de las llamadas “categorías sospechosas” de discriminación), lo que ha sido ratificado por instrumentos internacionales posteriores, como la reciente Declaración de la ONU sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992).⁵⁶

La Convención Europea de Derechos Humanos (*European Convention on Human Rights*, en adelante ECHR) es el primer instrumento internacional de derechos humanos dotado de un *enforcement*. Ésta fue firmada en 1950 para entrar en vigencia tres años después. El Sistema Europeo de Derechos Humanos involucra un tribunal supranacional, la Corte Europea de Derechos Humanos (*European Court of Human Rights*) o Corte de Estrasburgo, que entró en funcionamiento en 1959. El artículo 9 de la ECHR consagra la libertad religiosa en los siguientes términos:⁵⁷

“Article 9 – Freedom of thought, conscience and religion.

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

El numeral 1 es prácticamente idéntico a la Declaración Universal, pero el numeral 2, consecuente con el paradigma tradicional de los derechos fundamentales, consagra determinados límites al ejercicio de este derecho. El más importante es un principio de legalidad de las limitaciones, unido a la necesidad de éstas “en una sociedad democrática”, para luego describir la fórmula tradicional de estas limitaciones: seguridad pública, orden público, moral o derechos de terceros. Algunos autores señalan que esta regulación no es incompatible con un Estado

⁵⁶ BADILLA POBLETE (2008).

⁵⁷ Los idiomas oficiales de la Convención Europea son el inglés y el francés.

confesional, razón por la cual la aplicación de estas limitaciones debe ser muy circunscrita a propósito de éstos.⁵⁸

Dos protocolos a la ECHR han complementado el artículo 9. El Protocolo 1 consagra en su artículo segundo el derecho de los padres a la educación de los hijos de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas.⁵⁹ Este derecho, común en el derecho comparado, tiende a limitar la libertad de enseñanza en materia de educación religiosa, y en la práctica se ha configurado como un ámbito importante de conflictos a propósito de los símbolos religiosos en el espacio público, específicamente en establecimientos educacionales.⁶⁰ El Protocolo 12, por su parte, amplía las categorías de discriminación de la Convención, incluyendo entre ellas a la religión.⁶¹

En el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), suscrita en 1969 y en vigor general desde 1978, replicó el Sistema europeo y fue el primer instrumento de derecho internacional a nivel local interamericano en garantizar la libertad religiosa. El artículo 12 consagra el derecho fundamental de libertad religiosa en los siguientes términos:

“Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

⁵⁸ Entre otros, MARTÍNEZ-TORRÓN (2005) y DURHAM (1994).

⁵⁹ “No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions”.

⁶⁰ Ver LEÓN CÁCERES (2020).

⁶¹ Artículo 1.1. (prohibición general de discriminación): “The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

La regulación es virtualmente idéntica a la de la ECHR, incluyendo en la misma Convención el derecho preferente de educación de los padres del Protocolo 1 europeo. Adicionalmente, el Protocolo de San Salvador, complementario a la Convención, garantiza en su artículo 3 una obligación de no discriminación que incluye una referencia a la religión: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

A fines de la década del '50 comenzaron los primeros estudios globales sobre libertad religiosa en el marco de las Naciones Unidas. El hito fundacional fue el “Estudio sobre la discriminación en el ámbito de los derechos y prácticas religiosas” evacuado en 1960 por el relator especial de la subcomisión para la prevención de discriminación y la protección de minorías de las Naciones Unidas, Arcot Krishnaswami, conocido simplemente como “Informe Krishnaswami”.⁶²

El Informe Krishnaswami es una referencia obligada en la materia, y analiza la situación de hecho y de derecho en relación con la libertad religiosa en un total de 86 países de distintas regiones (incluyendo, a la época, Estados confesionales, laicos y ateos) que evacuaron informes sobre su situación específica. El informe las agrupa en distintas categorías, entre ellas la discriminación por motivos religiosos, el derecho a cambiar de religión, los límites al ejercicio de la libertad religiosa, las esferas pública y privada de su ejercicio y distintas formas de manifestación de las religiones o su restricción, como los símbolos religiosos, procesiones y

⁶² El informe completo, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/Krishnaswami_1960.pdf.

peregrinajes, matrimonios religiosos y civiles, regulación de cementerios, rituales mortuorios y juramentos.

Concluye el informe con un resumen de tendencias y una propuesta programática. En cuanto a las tendencias, se resalta una mayor igualdad en el tratamiento a las distintas religiones y un mayor reconocimiento a derechos de ateos y agnósticos que en el siglo XIX. Las religiones abrahámicas han avanzado también hacia el ecumenismo y el respeto a otras religiones. Muchos Estados confesionales, incluyendo Estados islámicos, sin abandonar sus religiones oficiales han avanzado en el trato igual hacia los miembros de religiones no oficiales.

Como contrapartida, los aspectos negativos que aún permanecen son la falta de nitidez de los límites a la libertad religiosa, que bajo la fórmula “moral y buenas costumbres” tiende solapadamente a excluir de la protección determinados credos minoritarios, o imponer una moral religiosa mayoritaria, como ocurre con algunas leyes que sancionan la blasfemia o admiten la censura. También se advierte una discriminación religiosa general en los Estados ateos. En las décadas posteriores a 1960, esta última tendencia ha decaído considerablemente.

Por último, el Capítulo VI del Informe contiene un “programa de acción” o conjunto de reglas a modo de guía para las autoridades estatales. Gran parte de estas reglas han sido gradualmente incorporadas a las reglas constitucionales y legales de los Estados occidentales, si bien el Informe contiene una regulación detallada de aspectos que generalmente han tendido a omitirse, como el acceso a productos de alimentación propios de algunas tradiciones, los feriados religiosos o la celebración de matrimonios.

Distintas resoluciones de la Asamblea General en torno a las conclusiones del Informe Krishnaswami buscaron generar una Convención internacional sobre la materia. Luego de dos décadas se llegó a la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981).⁶³ La Declaración reproduce en su preámbulo gran parte de las conclusiones del Informe Krishnaswami, y consagra en su articulado algunas de sus reglas más pacíficas, como la prohibición de discriminación, el derecho de los padres y tutores a elegir la educación “de religión o convicciones” de los menores a su cuidado (aunque menciona además, lo que es excepcional en las regulaciones comparadas, el

⁶³ Un completo análisis de la Declaración y las resoluciones posteriores al Informe Krishnaswami puede revisarse en BADILLA POBLETE (2013).

interés superior del niño o niña) y algunas manifestaciones prácticas del derecho fundamental de libertad religiosa, entre las que se encuentran practicar el culto o celebrar reuniones, fundar y mantener instituciones de beneficencia, enseñar “la religión o las convicciones”, nombrar a los dirigentes de un culto, observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias religiosas (art. 6).⁶⁴

Un fenómeno jurídico propio de las últimas décadas ha sido la especificación o concretización, a nivel legal, del estatuto constitucional de la libertad religiosa, específicamente en lo que se refiere a la regulación de las personas jurídicas o instituciones religiosas en un plano de igualdad. Estos estatutos legales han tenido la finalidad de complementar la regulación constitucional y definir la situación de los distintos cultos en virtud de su personalidad jurídica. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa en España de 1980, la Ley estatutaria de Libertad religiosa de Colombia 133 de 1994, la Ley chilena N° 19.638 de 1999 y la Ley peruana N° 29.635 de 2010 intentan definir, en términos similares, qué prácticas son amparadas por el derecho fundamental de libertad religiosa, junto con diseñar un sistema registral de personas jurídicas religiosas vinculado primordialmente a sus regímenes patrimonial y tributario. En cuanto a las prácticas religiosas, las legislaciones han tendido a replicar el artículo 6 de la Declaración ONU de 1981 ya mencionado. En relación a la regulación de las personas jurídicas, los Estados que cuentan con concordatos con la Iglesia Católica tienden a replicar las disposiciones relativas a su particular régimen patrimonial en su legislación interna.⁶⁵

Por la naturaleza del *Common Law*, en EE.UU. el desarrollo legislativo análogo al mencionado involucró la revocación de un precedente que requiere una explicación previa. Ya se mencionó que, exceptuando el antiguo precedente *Reynolds v. United States*, la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. empezaría a desarrollarse a mediados del siglo XX. Cronológicamente el primer caso es *Cantwell v. Connecticut* (1940), pero por su influencia posterior el precedente más importante de esta época es *Sherbert v. Verner* (1963), en el que una mujer miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo día fue cesada de sus labores por negarse a trabajar los días sábado, lo que dicho culto prohíbe. La Corte Suprema revocó las decisiones anteriores

⁶⁴ A diferencia de otros instrumentos supranacionales, la Declaración no incluye expresamente un “derecho a cambiar de religión” como sí lo hace la Declaración Universal. La omisión de esta frase fue planteada y defendida por representantes de países islámicos, aunque es forzoso concluir que dicho derecho está igualmente implícito en la libertad religiosa. Ver BADILLA POBLETE (2013) p. 99.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, el artículo 11 de la ley colombiana 133 de 1994 y la disposición complementaria final segunda de la ley peruana N° 29.645.

(que habían validado la decisión del empleador) estableciendo un estándar estricto (*strict scrutiny*) para que una ley estatal pudiese interferir en el ejercicio de la libertad religiosa, el posteriormente llamado *Sherbert test*: en principio, una ley no puede establecer cargas que impliquen que una persona se vea ante la necesidad de realizar actos contrarios a su religión para evitar sanciones u obtener beneficios, a menos que: a) se pruebe un interés estatal relevante y fuerte (*compelling state interest*) en dicha regulación, y; b) no exista una forma alternativa de cumplir con dicho interés sin afectar la libertad religiosa que la Constitución garantiza.⁶⁶

Este estándar fue abandonado por el precedente *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), en el que se resolvió que las prácticas de la Iglesia Nativa Americana que involucraban el consumo de peyote no eran constitucionalmente relevantes frente a la legislación que prohibía el consumo de drogas.⁶⁷ En este caso, la Corte Suprema revocó la decisión que había dado la razón a Smith, bajo la consideración que la prohibición del uso de drogas era de aplicación general y no específicamente dirigida contra una religión en particular. Señaló también que existían regulaciones estatales que excluían expresamente a los miembros de dicha religión de la legislación que prohibía el peyote, por lo cual el conflicto quedaba entregado a las regulaciones estatales.

La decisión generó un rechazo transversal de grupos liberales y conservadores y un conflicto político de gran relevancia posterior. En 1993, el Congreso dictó la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) cuyo título evidencia el propósito de la ley: restaurar el estándar de *Sherbert*, incluso respecto de leyes de aplicación general.⁶⁸ Para establecer cargas legítimas al ejercicio de las religiones, debe probarse que dicha carga es en virtud de un interés estatal relevante y fuerte, y que no existen medios menos restrictivos para cumplir con dicho interés.⁶⁹

Sin embargo, poco tiempo después la Corte Suprema reaccionó a la RFRA con el precedente *City of Boerne v. Flores* (1997).⁷⁰ El arzobispo de San Antonio, Texas, solicitó permiso para ampliar una iglesia situada en una zona de preservación histórica, permiso que le fue

⁶⁶ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963).

⁶⁷ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁶⁸ *Religious Freedom Restoration Act*, 42 U.S.C. § 2000bb.

⁶⁹ *Section 3 (b): Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person-*

(1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

⁷⁰ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

denegado por las autoridades locales. El arzobispo invocó el *Sherbert test* restaurado por la RFRA. Aunque el arzobispo tuvo éxito en la Corte de Distrito Oeste de Texas, se cuestionó la constitucionalidad de la RFRA vía *certiorari* ante la Corte Suprema. La Corte Suprema declaró inconstitucional la RFRA, argumentando que el Congreso se extralimitó en la definición de los derechos sustantivos implícitos en la Decimocuarta Enmienda, sin existir en la ley una congruencia y proporcionalidad al redefinir el contenido de la Primera Enmienda. No obstante, pese a que la RFRA es inconstitucional frente a los Estados, continúa vigente frente al Gobierno Federal.⁷¹

El Congreso reaccionó a su vez al precedente *City of Boerne v. Flores* aprobando la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) en el año 2000.⁷² Como el nombre de la ley lo indica, su propósito es bastante más acotado: se limita a reintroducir el *Sherbert test* en relación a regulaciones sobre el uso del suelo y a personas privadas de libertad o recluidas por motivos de salud o similares (*institutionalized persons*). El aspecto más interesante de esta ley es que contiene una definición de “ejercicio de la religión” (*religious exercise*). En su *Section 8 (7)* se señala que este concepto incluye “cualquier ejercicio de una religión, sea o no obligatorio o central a un sistema de creencia religiosa”, añadiendo que “el uso, edificación o conversión de un inmueble para los propósitos del ejercicio de una religión será considerado ejercicio religioso de la persona o entidad que usa o pretende usar la propiedad para dicho propósito”.⁷³

Llegamos así al momento actual. En síntesis, desde fines del siglo XVIII la libertad religiosa ha conservado un lugar entre las libertades públicas básicas del individuo. Durante el siglo XIX casi la totalidad de los Estados-Nación occidentales transitaron hacia un laicismo estatal, y desde mediados del siglo XX, la libertad religiosa fue garantizada a nivel supranacional por las declaraciones universales y por los estatutos regionales de derechos humanos. En las últimas décadas, el desarrollo legislativo complementario de la libertad religiosa se ha centrado

⁷¹ LAZZARO (2010) p. 581.

⁷² *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 42 U.S.C. § 2000cc.

⁷³ *Section 8 (7): RELIGIOUS EXERCISE.*

(A) IN GENERAL. - *The term "religious exercise" includes any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief.*

(B) RULE. - *The use, building, or conversion of real property for the purpose of religious exercise shall be considered to be religious exercise of the person or entity that uses or intends to use the property for that purpose.*

en la regulación de las personas jurídicas religiosas, especialmente en países que cuentan con regulación concordataria.

Sin embargo, a pesar de esta evolución jurídica de más de doscientos años, los términos en los que está regulado el derecho de libertad religiosa no han variado de manera sustancial. A partir de los primeros documentos supranacionales de derechos fundamentales, las regulaciones nacionales no han modificado la esencia del derecho fundamental de libertad religiosa. Esta regulación implica una libertad pública de ejercicio de las religiones, una limitación genérica a dicha libertad, y, en la gran mayoría de los casos, un laicismo estatal más o menos preciso. Descontado el caso excepcional de EE.UU., la evolución normativa de la libertad religiosa ha sido mínima.

Por el contrario, el objeto de regulación de este derecho fundamental sí ha variado de forma sustancial durante el último siglo, y especialmente durante las últimas décadas. La Europa continental del siglo XIX y comienzos del XX era mayoritariamente cristiana, pero los procesos de descolonización y las migraciones, entre otros factores, reconfiguraron este panorama. El auge del islam en Europa ha generado diversos conflictos jurídicos, especialmente en países con un principio de laicidad fuerte, como Francia. En países de profunda tradición católica, como Italia y España, la colaboración relativamente pacífica entre la Iglesia y los Estados ha sido fuertemente cuestionada por partidos políticos y movimientos progresistas de distinto tipo.

En EE.UU., el laicismo fuerte de la Primera Enmienda y el *Wall of Separation* respondió a la necesidad incuestionable de romper toda relación con la Corona Inglesa, incluyendo su religión, pero esto no provocó una secularización social, sino una evolución del protestantismo hacia cultos misioneros y proselitistas (como la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y los Testigos de Jehová) que han difundido mundialmente una concepción religiosa *made in America*.

América Latina participa en general de los mismos fenómenos anteriores, en distintas proporciones en las subregiones del continente. El pentecostalismo ha avanzado exponencialmente en Brasil, disminuyendo la influencia de la Iglesia Católica. Argentina fue un foco migratorio importante para los judíos desde fines del siglo XIX debido a los pogromos en Rusia, y luego en el siglo XX después de la *Shoah*. Uruguay, país de tradición laica, ha recibido sin problemas a cultos cuya legitimidad ha sido cuestionada en otros países, como la Cienciología

y la Iglesia de la Unificación. En Chile, junto con el auge de los movimientos evangélicos, un fenómeno migratorio sin precedentes ha generado la recepción y el aumento de cultos religiosos otrora desconocidos o muy minoritarios. Finalmente, en un fenómeno común a todas las regiones mencionadas, el ateísmo como movimiento político ha surgido con fuerza frente a las alianzas, declaradas o inconfesadas, de las distintas religiones en la arena política.

Como se expondrá en el acápite siguiente, la actual teoría de la secularización proporciona elementos para comprender la transformación de las religiones en su relación con los Estados y las sociedades actuales. Para efectos del análisis del derecho fundamental de libertad religiosa, el cambio ha sido tan relevante que se requiere de una evolución en la regulación e interpretación jurídica de estas relaciones. La religiosidad es un fenómeno jurídicamente relevante cuya mutación debe llevar consecuentemente a un cambio en el paradigma jurídico con el que encauzamos este fenómeno.

2. Secularización y laicización.

En el desarrollo de la libertad religiosa como derecho fundamental influyen dos aspectos fundamentales: el político y el sociológico. Por una parte, y de manera predominante en épocas pretéritas como consta en la síntesis de la evolución jurídica ya reseñada, una religión específica puede poseer un anclaje institucional: un Estado reconoce una religión como la “verdadera” u oficial, dejando un rango más o menos amplio de tolerancia a otros cultos. Y, por otra parte, una sociedad determinada puede reconocer culturalmente una determinada tradición religiosa como propia, también con una tolerancia mayor o menor respecto de otras tradiciones. La historia del siglo XIX, tanto en Europa como en América, da a entender que cuando ambas esferas coinciden no existen conflictos jurídicos de relevancia. La tensión se produce cuando ambas avanzan a distintas velocidades o en caminos opuestos.

Ambos aspectos encierran un conjunto de problemas semánticos que tienen profundas implicancias. Los vocablos “secular” y “laico” tienen un origen vinculado a la religiosidad, y concretamente al catolicismo. La secularización implica el tránsito de un miembro u orden del clero regular, a convivir “en el siglo”, es decir, con el resto del mundo, mientras que la palabra laico designa al pueblo cristiano que no es miembro del clero. Recién en el siglo XIX ambos conceptos vinieron a designar un abandono del fundamento metafísico de la sociedad y el

derecho, cuando los conceptos de “ateísmo” y “agnosticismo” aún no habían sido desarrollados. Lo secular y lo laico pasan a denominar la separación o el abandono de lo religioso en distintas esferas sociales.⁷⁴

El vocablo “secularización” es más útil ya que en un sentido amplio engloba ambos aspectos, es más cercano a un concepto universal, y ha designado además a la teoría sociológica que se refiere a este aspecto, la llamada “teoría de la secularización”, “tesis de la secularización” o “paradigma de la secularización”. La mayoría de los sociólogos de la religión de la actualidad no la considera una teoría propiamente tal “por falta de consenso sobre su formulación precisa”, sino “una suerte de corpus conceptual” o un paradigma “en el sentido kuhniano del término”, aunque la expresión “teoría de la secularización” ha terminado por imponerse.⁷⁵

Algunos elementos de esta tesis, siguiendo a Oliver Tschannen, son los siguientes: la racionalización de la modernidad (especialmente el paradigma de la *Wertrationalität* de Weber); la diferenciación de las esferas o sistemas sociales (siguiendo el paradigma funcionalista de Luhmann); la pluralización religiosa y el consiguiente paso, en términos económicos, de un monopolio o duopolio a una competencia atomizada de oferentes religiosos; la privatización de las religiones (el abandono de la publicidad, señalado por Luckmann); y la disminución cuantitativa de prácticas religiosas, acusada por Bryan Wilson.⁷⁶ El desarrollo o progreso de la secularización implicaría una importancia cada vez menor de éstas en la publicidad y una disminución del número de fieles de las religiones.

La conclusión inevitable de este proceso sería el retiro de la religión bajo el paradigma ilustrado, que con las armas del empirismo y del positivismo pronosticó el tránsito secular como un progreso irreversible en el objetivo de “aplantar la infamia”, en la célebre frase atribuida a Voltaire. El *Syllabus* es la respuesta defensiva a esta manera de entender la secularización. Sin embargo, la evolución de la teoría de la secularización ha llevado a que algunos de sus pronósticos hayan sido refutados o reconstruidos. Durante las últimas décadas se ha producido un fenómeno de “retorno de lo religioso” en el que puede constatarse que “la religión no sólo

⁷⁴ BLANCARTE (2014) pp. 93-95.

⁷⁵ TSCHANNEN (2004) p. 355. Este autor menciona, entre algunos de los precursores de este paradigma (a contar de los años '60), a Bryan Wilson, Peter Berger, Talcott Parsons y Thomas Luckmann, con raíces más profundas en Weber y Durkheim. En el mismo sentido, BLANCARTE (2014).

⁷⁶ TSCHANNEN (2004) p. 355.-356

está viva, sino que no tiende a desaparecer e incluso parecería haberse fortalecido y formar parte esencial de la cultura de los pueblos del mundo”.⁷⁷

Aunque las palabras secular y laico se refieren a realidades muy similares, es necesario distinguir entre secularización y laicización: mientras la secularización es un proceso cultural y un fenómeno social, la laicización es un proceso institucional, un fenómeno político y jurídico de separación o *disestablishment*, y ambos procesos pueden ir en sentidos opuestos y a distintos tiempos.⁷⁸ Esta tensión entre secularización y laicización es fundamental para comprender por qué la religión “regresó” al espacio público o, en rigor, nunca la abandonó del todo.⁷⁹ Es entonces cuando algunas tesis de la secularización empiezan a divergir: la diferenciación religiosa no conlleva necesariamente su privatización.⁸⁰

La laicización de los Estados occidentales durante los siglos XIX y XX hizo pronosticar una secularización de las sociedades occidentales, en el sentido que las religiones quedarían relegadas a la esfera privada de cada individuo. Esta conclusión de la tesis de la secularización es la que ha probado ser falsa, o al menos imprecisa.⁸¹ Por distintos factores, las religiones y cultos en las sociedades occidentales, pese a haber perdido en gran medida el patrocinio o cooperación estatal, han aumentado (o, al menos, no han visto disminuida) su influencia en la esfera pública.

Por una parte, el cristianismo abrumadoramente mayoritario en Europa, EE.UU. y América Latina ha perdido su hegemonía frente a religiones minoritarias. A las opciones morales del cristianismo y el humanismo secular se ha añadido una gran diversidad de opciones adicionales, lo que Charles Taylor llama el “efecto nova”: se ha generado, luego de la dualidad humanismo – cristianismo de fines del siglo XVIII, “un amplio abanico de opciones morales/espirituales en expansión incesante”.⁸² Este “efecto nova” inicialmente reducido a las elites, en la época contemporánea termina extendiéndose a toda la sociedad. “La relación entre seguir una senda moral o espiritual y pertenecer a grupos de mayor envergadura -el Estado, la

⁷⁷ BLANCARTE (2012) p. 60.

⁷⁸ BAUBÉROT (1990); BLANCARTE (2004); MALLIMACI (2004).

⁷⁹ BLANCARTE (2015); BERGER (2005).

⁸⁰ TSCHANNEN (2004).

⁸¹ BLANCARTE (2015); SERRANO PÉREZ (2008); BASTIAN (2004); BERGER (2005).

⁸² TAYLOR (2015) p. 14.

Iglesia, incluso una denominación cristiana concreta- se ha relajado mucho más y, como consecuencia, el efecto nova se ha intensificado”.⁸³

Este efecto se ha visto además potenciado por los procesos migratorios en las sociedades multiculturales occidentales. El hecho religioso pertenece a un ámbito internacional o transnacional, lo que ha llevado de manera inevitable a las combinaciones religiosas (el sincretismo) y al nacimiento de los “Nuevos Movimientos Religiosos”.⁸⁴ El “autoconsumo religioso” o religión “a la carta” ha superado en número e influencia a la “religión de especialistas”.⁸⁵ Estos nuevos movimientos religiosos tienen características distintas en Europa y América Latina, pero comparten como fuente la transnacionalización propia de la globalización. Mientras en Europa predomina el *new age* y el sincretismo oriental, en América Latina se configuran principalmente a partir de expresiones populares de religiosidad cristiana.⁸⁶ La religiosidad popular vinculada al catolicismo en América Latina tiene como fuente la escasez endémica de sacerdotes en la región.⁸⁷

Las legislaciones relativas a los pueblos originarios también han influido en un reconocimiento normativo y una mayor visibilidad de las religiones vernáculas. El instrumento normativo por excelencia de este reconocimiento es el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 5 señala, de manera general pero precisa, que al aplicar las disposiciones del Convenio “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos [indígenas y tribales] y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. La regulación del Convenio 169 ha sido particularmente influyente en materia religiosa en los países de América Latina con un alto porcentaje de población indígena.⁸⁸

Por las razones anteriores, existe una tendencia mundial hacia el pluralismo religioso, existiendo cada vez menos religiones mayoritarias y más religiones minoritarias.⁸⁹ Sin embargo,

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ BASTIAN (2004) p. 159.

⁸⁵ MALLIMACI (2004) p. 22.

⁸⁶ Ver PARKER GUMUCIO (1998).

⁸⁷ BLANCARTE (2004) p. 59.

⁸⁸ Así, el preámbulo de la Constitución ecuatoriana, junto con “celebrar a la Pacha Mama”, a renglón seguido invoca el nombre de Dios “reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad”. También el artículo art. 5 inc. 3 de la Ley peruana de Libertad religiosa N° 29.635 señala que el Estado peruano debe respetar y garantizar “las expresiones religiosas de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos”.

⁸⁹ DURHAM (2012).

este pluralismo no es pacífico, puesto que las doctrinas religiosas, al igual que cualquier doctrina comprensiva, resultan *prima facie* incompatibles entre sí.⁹⁰ Como puede apreciarse, el conflicto ya no es del Estado frente a las religiones, sino de las distintas religiones entre sí, y cómo conviven éstas en una sociedad que debe dar cabida a todas las doctrinas comprensivas razonables, en los conocidos términos de Rawls.

Aunque no es algo común a todas las religiones (entendidas como instituciones autónomas), éstas tienden por distintos motivos a procurar aumentar o al menos conservar su número de fieles. El “duopolio” humanismo-cristianismo señalado por Taylor como propio del siglo XVIII se ha transformado en un mercado global religioso muy variado en el cual las religiones deben “competir”.⁹¹ Y como en todo mercado con oferentes más fuertes, las religiones mayoritarias tienden a abusar de su poder de mercado intentando excluir a sus competidores.⁹² El mejor ejemplo de esto es la Iglesia Católica, cuyos movimientos integristas pueden considerarse auténticamente anti-seculares.⁹³ En este sentido, se ha señalado que la pluralidad religiosa “es fruto del crecimiento y el reconocimiento de la ‘disidencia religiosa’ y no de la apertura de las religiones institucionalizadas”.⁹⁴

La Iglesia Católica posee además dos elementos que en la práctica resultan incompatibles con el trato igual de las religiones por parte de los Estados: una autoridad mundial y una subjetividad de derecho internacional. La compleja estructura organizacional de la Iglesia Católica le otorga en los hechos una primacía casi incontestable frente a otros cultos (descontando las iglesias católicas orientales, que poseen una estructura similar y que también muestran dicha primacía). En cuanto a la subjetividad de derecho internacional de la Santa Sede, esta particularidad introduce un aspecto jurídico relevante al problema del pluralismo religioso. Muchos estados formalmente laicos conservan disposiciones constitucionales contradictorias con la libertad religiosa que proclaman, lo cual se explica por los concordatos o acuerdos celebrados con la Santa Sede. En América Latina, los casos de Colombia y Perú son especialmente representativos de este conflicto.⁹⁵

⁹⁰ RAWLS (1995).

⁹¹ BERGER (2005).

⁹² BARADARAN-ROBISON (2005).

⁹³ BLANCARTE (2016).

⁹⁴ MALLIMACI (2004) p. 41.

⁹⁵ En Colombia, pese a la separación entre Iglesia y Estado, la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa de 1994 reconoce un régimen especial de “personalidad jurídica de derecho público eclesiástico” a la Iglesia Católica en virtud del

La influencia de las religiones en el discurso público ha generado también, especialmente en las últimas décadas, la reacción del ateísmo militante. El auge de los movimientos ateos puede explicarse a partir del déficit de la llamada “exigencia de traducción”: los argumentos vinculados a una concepción metafísica del ser humano deben ser planteados como argumentos sostenibles por todos para efectos de participar en una argumentación racional, de acuerdo con lo planteado por Rawls y Habermas.⁹⁶ Por distintos motivos esta traducción no siempre se ejecuta de manera suficiente, lo cual genera inevitablemente un déficit en el discurso público.

Para Blancarte, la laicización involucra la autonomía no sólo de las esferas política y jurídica, sino de todos los asuntos públicos que forman parte de la razón pública, como la educación y la ciencia.⁹⁷ La obra de Richard Dawkins, en este sentido, puede considerarse una respuesta a las críticas religiosas a la teoría darwiniana, específicamente el creacionismo y la teoría del diseño inteligente.⁹⁸ El fenómeno del ateísmo militante es tan reciente que aún no existe una norma en el derecho comparado que consagre un “derecho al ateísmo”, si bien algunos autores hablan de la existencia de un derecho a vivir libre de influencias religiosas en el espacio público (*freedom from religion*). Como se revisará a continuación, el ateísmo militante ha generado un desafío aún mayor para la concepción iusfundamental de la libertad religiosa.⁹⁹

Desde otro punto de vista, el discurso público de las religiones y cultos más integristas, como algunas iglesias evangélicas en el caso de América Latina, tiende en general a ejercer una fuerte oposición a algunas reivindicaciones de minorías que representan conquistas políticas muy importantes en las sociedades actuales, como aquellas de la comunidad LGBTI o las reivindicaciones de un derecho al aborto. Las distintas corrientes políticas han tendido a replicar

Concordato de 1973, un régimen que se diferencia de las otras personalidades jurídicas “especiales” por ser declarativo y no constitutivo. Ver PRIETO (2012). En Perú, que también goza de un acuerdo con la Santa Sede en vigor desde 1980, la actual Constitución garantiza en su artículo 2.3 la libertad de religión y el ejercicio público de todas las creencias, para luego señalar en su artículo 50 que “el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Esta distinción, impropia de un Estado laico, originó en la práctica la creación de dos entes distintos, dependientes del Ministerio de Justicia: la “Dirección de Asuntos de la Iglesia Católica” y la “Dirección de Asuntos Interconfesionales”, una distinción basada, además de la disposición constitucional, en el reconocimiento de una calidad de derecho público a la Iglesia Católica frente a la calidad de derecho privado de otras confesiones. Ver SÁNCHEZ-LASHERAS (2016).

⁹⁶ Ver HABERMAS (2006) y RAWLS (1999). Peña ha explicado la relación entre ambas concepciones mediante la distinción del ensayo clásico de Kant sobre la Ilustración entre el uso público y el uso privado de la razón (PEÑA GONZÁLEZ 2014). Avihay Dorfman vincula el mismo argumento con una justificación política liberal de la libertad religiosa (DORFMAN 2008). Un rechazo al menos parcial a la exigencia de traducción puede verse en KAUFMANN (2014).

⁹⁷ BLANCARTE (2014).

⁹⁸ Ver DAWKINS (2015).

⁹⁹ DWORKIN (2015).

en algunas áreas la tensión entre las creencias religiosas tradicionales -que en el caso del catolicismo implica también una visión monista de la moral- y el ateísmo vinculado a posturas más progresistas.

Ran Hirschl pone de ejemplo en América Latina a Chile y Ecuador como dos países con predominancia católica que han sido especialmente reticentes a incorporar en la legislación los derechos reproductivos de la mujer (recién ocurriría en 2017), lo cual se debería a la predominancia histórica de la Iglesia Católica y su influjo moral, mientras que en países como Colombia, México y Argentina, las Cortes Constitucionales han sido más receptivas a la hora de desafiar la moralidad basada en la religión dominante.¹⁰⁰

Los Estados laicos occidentales configuraron su libertad religiosa con anterioridad a los fenómenos mencionados que evidencian un “regreso” de la religión a la esfera pública, por lo que esa laicidad original ha quedado desfasada. En la actualidad ya no hay un grupo pequeño de iglesias cristianas, sino cientos o miles de ellas, a los que se suman otros cientos o miles de cultos no cristianos. Ha perdido completamente el sentido, más allá de una categoría histórica, hablar de la “Separación Iglesia-Estado”, por cuanto no existe en su sentido original monista “la Iglesia” sino una pluralidad de ellas. Los Estados que completaron una laicización irreversible transitaron hacia un paradigma de igualdad formal de las religiones.

Algo similar cabe decir sobre el concepto de “orden público” como límite al ejercicio de las religiones. Si en algún momento significó un mecanismo de control cultural respecto de cultos minoritarios, actualmente ha perdido casi todo significado jurídico frente a la necesidad de aceptar en un pie de igualdad a cultos con prácticas culturalmente divergentes, como el sacrificio de animales en algunas religiones vernáculas de América Latina y el Caribe o determinados símbolos personales en el islam. El “efecto nova” y la igualdad formal de los cultos abren el camino hacia el pluralismo religioso.

La secularización contemporánea obliga a repensar los conceptos tradicionales de libertad religiosa y Estado laico. Alguna evolución ha existido en la jurisprudencia de la Corte Suprema

¹⁰⁰ “The gradual convergence toward judicial review, constitutional rights and liberties, gender-equality standards, and growing social acceptance of homosexuality, stacked against a history of church dominance and legalized religion-centered morality, has also characterized the constitutional jurisprudence of predominantly Catholic countries in the global South. Courts in the Philippines, Chile, and Ecuador, to pick three examples, have been quite adamant in their refusal to liberalize various aspects of women’s reproductive freedoms. In other countries— Colombia, Mexico, and Argentina, for example— constitutional courts have been notably more receptive to challenges to systemized religion-centric morality”. HIRSCHL (2010) p. 30.

de EE.UU. y en los desarrollos recientes de estatutos legales que complementan el derecho fundamental de libertad religiosa, pero estos avances deben sistematizarse en una nueva propuesta en relación a este derecho fundamental y la relación de los Estados con las religiones.

3. Libertad religiosa en sentido estricto y libertad religiosa en sentido amplio.

La pugna por la laicización de los Estados durante el siglo XIX tuvo una impronta liberal y predominantemente agnóstica o irreligiosa. Desde este punto de vista, el Estado laico fue una conquista antirreligiosa, o al menos antiteísta. Muchos de los movimientos que propiciaron la separación entre la Iglesia y el Estado reivindicaban, como fue el caso en Bélgica, una “moral laica”.¹⁰¹ La libertad religiosa en los Estados que asumieron los procesos de laicización debe incorporar este elemento que, como se desarrollará más adelante, es habitualmente preterido por la concepción dominante acerca de este derecho.

Surge entonces la siguiente pregunta: si el origen actual del derecho fundamental de libertad religiosa es, al menos en parte, una conquista irreligiosa, ¿tiene dicha creencia o convicción un lugar en la libertad religiosa? Una respuesta positiva está dada por la dualidad libertad de conciencia (o de creencias, o convicciones) y libertad religiosa propiamente tal, que tiene a regular el ejercicio colectivo de los cultos. Sin embargo, la libertad religiosa es necesariamente más amplia que la regulación de los cultos tradicionales que se ejercen de manera colectiva.

La llamada “libertad de conciencia” no es análoga a la libertad religiosa más que en un sentido muy débil. A propósito de la regulación de la ECHR, compartida por muchas legislaciones comparadas, algunos autores distinguen entre un “aspecto interno” y un “aspecto externo” de la libertad religiosa. Mientras el primero, “libertad para creer”, es absoluto, el segundo, “libertad para manifestar la creencia” sería esencialmente relativo.¹⁰² El presupuesto de esta distinción es que la conciencia del ser humano es inviolable, pero una reivindicación externa de irreligiosidad, ateísmo o humanismo secular también tiene límites propios de los cultos religiosos tradicionales.

¹⁰¹ BAUBÉROT (2004).

¹⁰² Ver, entre otros, MARTÍNEZ-TORRÓN (2005) y NOGUEIRA (2006).

Por regla general, las regulaciones jurídicas contemplan conjuntamente la “libertad de conciencia” y la libertad religiosa. En rigor la primera es presupuesto de la segunda.¹⁰³ La razón de mencionar la “libertad de conciencia”, aparentemente innecesaria considerando los principios de libertad y dignidad humanas consagrados en prácticamente la totalidad global de los textos constitucionales, es procurar un fundamento de la regulación de la llamada “objeción de conciencia”, también presente en la mayoría de los ordenamientos.

Como la libertad de conciencia consagra al menos débilmente un derecho fundamental para personas que no reconocen una religión o creencia específica, la fórmula chilena es una de las más comunes. Una excepción es la Constitución de Colombia, que garantiza una “libertad de cultos” en su artículo 19 señalando que “Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva” y agregando que “Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”, mientras que en su artículo 18 garantiza expresamente la libertad de conciencia señalando que “Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

Para realizar una interpretación adecuada del derecho de libertad religiosa, es necesario al menos intentar esbozar un concepto de religión. Esto se realizará más adelante, pero adelantando este punto, es necesario enfatizar, como señala Dworkin, que una “creencia religiosa” va más allá de la creencia en un dios específico. La moral laica, el humanismo secular, el culto a la razón y otros similares son ejemplos de maneras de entender la trascendencia del ser humano que son comunes a ateos y creyentes.¹⁰⁴ El derecho fundamental de libertad religiosa debe incluir este denominador común a ateos y creyentes, y no confinar a ateos, agnósticos o creyentes no deístas al reducido ámbito de la libertad de conciencia.

Por otra parte, según se revisará más adelante, se ha planteado en la doctrina y jurisprudencia de EE.UU. la existencia de una “libertad frente a la religión” (*freedom from religion*), entendiendo por esto el derecho a un espacio público libre de influencias y símbolos religiosos. En el caso *Prescott v. Oklahoma* (2015) revisado más adelante, la Corte Suprema de Oklahoma

¹⁰³ En la Comisión Ortúzar, el comisionado Guzmán señaló lo siguiente: “la libertad de conciencia es anterior, es no sólo anterior a la manifestación de todas las creencias y al ejercicio de todos los cultos, sino que es también el fundamento de la libertad de opinión. La libertad de conciencia es [...] la libertad del fuero interno [...] absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza”. Ver Actas comisión Ortúzar, sesión 130ª, 17 de junio de 1975.

¹⁰⁴ DWORKIN (2015).

declaró inconstitucional el emplazamiento de un monumento a los diez mandamientos en el edificio del Capitolio puesto que implicaba el uso de propiedad pública para el beneficio de un sistema de religión, lo cual prohíbe expresamente la Constitución estatal. Las reivindicaciones de una libertad frente a la religión son también “externas”, con lo que el “aspecto interno” de la libertad de conciencia resulta insuficiente.

Como puede apreciarse, la libertad religiosa puede ser entendida de al menos dos formas. Según la versión tradicional de la interpretación y concepción de este derecho, la libertad religiosa es un derecho fundamental que protege creencias afirmativas o positivas relativas a una divinidad, junto con los actos ostensibles de demostración de estas creencias, con determinados límites.

No obstante, como señala un autor a propósito de la jurisprudencia de Estrasburgo, la libertad religiosa no es únicamente “uno de los elementos más esenciales de identidad de los creyentes y de su concepción de la vida”, sino también “un bienpreciado por los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”.¹⁰⁵ La libertad religiosa en los Estados laicos debe funcionar como un derecho que protege una exclusión de las manifestaciones religiosas, al menos en un sentido débil, como se desarrollará más adelante.

Para incorporar este elemento es necesario distinguir entre libertad religiosa en sentido estricto y libertad religiosa en sentido amplio. La primera, propia de la concepción heredada, establece este derecho fundamental como exclusivo de una “creencia positiva” (la creencia en un ser o seres superiores o la trascendencia personal ulterior, entre otras), reservando el derecho a no creer a la libertad de conciencia (o de “convicciones”), la cual no posee la misma entidad ni genera las mismas consecuencias jurídicas. La segunda, propia de la concepción pluralista que se propondrá como nuevo paradigma, equipara creencias positivas con creencias negativas, situando ambas en el marco del mismo derecho fundamental, lo que modifica de manera sustancial su interpretación y sus consecuencias legales.

Aunque en el desarrollo de la tesis se establecerán oportunamente las consecuencias de esta distinción, es necesario plantearla a modo preliminar, ya que el derecho de los no creyentes no requiere la creación o incorporación de un nuevo derecho fundamental, y aunque el “derecho a no creer” ha sido consagrado expresamente en algunas legislaciones, la fórmula general de la

¹⁰⁵ BOUAZZA (2008) p. 291.

libertad religiosa en el derecho comparado no la requiere, como tampoco tiene fundamento lógico ni filosófico alguno. Señala Salinas que “lo protegido por la libertad religiosa no es solo el acto positivo de adhesión, sino que la libertad religiosa significa que todo hombre debe estar inmune de coacción tanto para realizar el acto de adhesión a Dios y vivir en consecuencia, como para no realizarlo”.¹⁰⁶ La libertad religiosa, en síntesis, protege tanto creencias positivas como negativas.

4. ¿Por qué se requiere un derecho fundamental de libertad religiosa?

La libertad religiosa forma parte del grupo de derechos y libertades clásicas consagrados en los primeros textos constitucionales modernos, y permanece en ese estatus hasta el día de hoy. Pero ¿por qué necesitamos este derecho específico? Aunque una respuesta autoevidente parezca imponerse, es necesario desarrollar una respuesta más profunda que permita desarrollar distintos alcances de este derecho fundamental.

En primer lugar, la libertad religiosa es la especificación de un derecho más general de libertad política. Esta libertad, en la formulación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, que es también la fórmula de John Stuart Mill en su clásico *On Liberty*, consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otros. Las acciones individuales que pueden o no causar perjuicio a otras personas consisten, entre muchas otras, en prácticas específicamente religiosas. Las prácticas específicamente religiosas son los ritos, pero en cuanto discurso, esta libertad garantiza también el derecho a expresar las convicciones religiosas minoritarias que pueden contradecir las mayoritarias. Es por esto que la misma Declaración, al especificar la libertad religiosa, señala que nadie será molestado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto éstas no perturben el orden público.

Ahora bien, considerando su especificación de un ideal de libertad, ¿se requiere una libertad específicamente religiosa? Como se expondrá en la segunda parte de la tesis, el liberalismo político y el pluralismo exigen reconocer en igualdad al conjunto de doctrinas y prácticas razonables en tanto no provoquen daño o afecten derechos de terceros. Dentro de estas prácticas y doctrinas se encuentran, y probablemente en un lugar fundamental, las

¹⁰⁶ SALINAS ARANEDA (2008) p. 188.

religiones, pero la religión no es la única práctica comunitaria y cultural significativa de los seres humanos, por lo que para justificar su importancia en cuanto derecho fundamental es necesario encontrar cual es la razón por la cual la religión merece un tratamiento específico que no se encuentre ya cubierto por otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión.¹⁰⁷

La libertad religiosa es también la consagración de un ideal de igualdad. El Estado, ente abstracto incapaz de un “acto de fe”, no puede garantizar la verdad o supremacía de una religión respecto de otras.¹⁰⁸ Por este motivo debe garantizar la igualdad de trato para todas las religiones y cultos que no afecten derechos de terceros. Estrechamente vinculado al principio de igualdad, pero desde el punto de vista de un análisis económico de las religiones, es necesario regular el “mercado religioso” de manera análoga a la de cualquier actividad que requiera una regulación por su importancia o la imperfección propia de todo mercado.¹⁰⁹ La principal distorsión a evitar es un abuso de poder monopólico al que pudiese tender una religión mayoritaria.

Avihay Dorfman explica dos argumentos tradicionales insuficientes para justificar un derecho específico de libertad religiosa. En primer lugar, la libertad religiosa se requiere para garantizar la libertad de conciencia, esto es, la autonomía del individuo en su realización, o en otras palabras, la libertad para actuar de acuerdo a las convicciones religiosas personales y, de esta manera, autogobernarse de acuerdo con los dictados de la propia conciencia.¹¹⁰ No obstante, este argumento fracasa en cuanto existen otras convicciones no religiosas que podrían configurar legítimamente los dictados de la propia conciencia. En otras palabras, el concepto de religión bajo este argumento se vuelve “parasitario” del concepto de conciencia.¹¹¹

El segundo argumento es el que justifica la libertad religiosa en tanto derecho protector de las distintas culturas (en la versión de Will Kymlicka) o de los bienes públicos que preconfiguran un derecho de autonomía, dentro de los cuales se encuentran las religiones (en la expresión de Joseph Raz). El contexto cultural y religioso de las personas es fundamental para su florecimiento en cuanto individuos, y por esta razón merece una protección específica. El argumento fracasa por la misma razón anterior: las religiones sólo configuran una pequeña parte

¹⁰⁷ DORFMAN (2008) p. 282.

¹⁰⁸ SALINAS ARANEDA (2008).

¹⁰⁹ TSCHANNEN (2004); BARADARAN-ROBISON (2005).

¹¹⁰ DORFMAN (2008) p. 285.

¹¹¹ DORFMAN (2008) p. 286.

del contexto cultural de los seres humanos, así como pueden concebirse culturas sin una identificación específicamente religiosa.¹¹²

Frente a estos argumentos, Dorfman plantea dos modelos de justificación política de la libertad religiosa: el modelo liberal y el republicano. El primero, tributario de Rawls y Habermas, señala que la justificación de cualquier autoridad política o política pública debe recibir el reconocimiento o aceptación de cada ciudadano desde su propio punto de vista (o al menos ser comprendido por cada ciudadano), a través de la fuerza normativa del discurso público disponible para todos. Ese discurso o razón pública deja de estar disponible o abierto a todos los ciudadanos si se utilizan argumentos propios de una visión religiosa. La neutralidad del Estado en materia religiosa es la garantía de que los argumentos en el discurso público no reproducirán estándares religiosos o visiones omnicomprensivas y monistas de la sociedad.¹¹³

El modelo republicano, en tanto, -que el autor identifica al menos parcialmente con Rousseau- implica una legitimación política superior a la mera agregación de preferencias del modelo liberal (que pertenecería al estado pre-político del ser humano antes del Contrato Social), sino además una voluntad general propiamente política, formada a través del proceso democrático que posee un valor intrínseco en cuanto generador de soberanía y presupuesto de una autonomía política superior a la autonomía individual, siendo el fundamento de la autodeterminación del ciudadano. Por tanto, en lo que respecta a la libertad religiosa, el modelo republicano no excluye los argumentos religiosos del discurso político ya que también contribuyen a la autodeterminación y la autonomía política.¹¹⁴

Ambos modelos pueden ser compatibles como justificación de la libertad religiosa a través de una articulación liberal-republicana. Para explicar este modelo, Dorfman plantea un ejemplo hipotético muy similar al conflicto del caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*. En una comunidad radicalmente laicista, un grupo de ciudadanos religiosos comienza a participar del proceso democrático. En su hipotética religión se utilizan drogas en los rituales. Sin embargo, el uso de drogas, hasta ese momento permitido, es prohibido por una ley de aplicación general. En su oposición a dicha ley los ciudadanos religiosos no pueden, de

¹¹² DORFMAN (2008) pp. 287-289.

¹¹³ DORFMAN (2008) pp. 289-293.

¹¹⁴ DORFMAN (2008) pp. 293-296. Aunque en primera instancia el autor considera a Rawls y Habermas como insignias del “modelo liberal”, luego matiza esto señalando que ambos, junto con Bruce Ackerman, se han acercado a un modelo más bien integrador o ecléctico liberal-republicano.

acuerdo al modelo liberal, argumentar religiosamente la legitimación del uso de drogas, pero puesto que no existe otro argumento posible para los ciudadanos religiosos, se ven excluidos del proceso democrático.

Surge entonces el derecho fundamental de libertad religiosa como un mecanismo o remedio para reafirmar la autodeterminación política de estos ciudadanos, sin dejar de lado el ideal liberal de legitimación. En una frase, la libertad religiosa es una rectificación constitucional que compensa la expropiación de autodeterminación política que implica la exclusión de argumentos religiosos en el proceso democrático.¹¹⁵

De los argumentos anteriores es posible rescatar algunos elementos para plantear una justificación de la libertad religiosa compatible con la concepción pluralista de la libertad religiosa que se expondrá en la segunda parte. En primer lugar, la libertad religiosa se configura a partir de un principio de igualdad que engloba la prohibición de distintas formas de discriminación (racial, de nacionalidad, de género, por orientación sexual, por discapacidades de distinto tipo, entre otras), tal como fue concebida en los primeros textos jurídicos que regulaban la materia.

Por tratarse de la especificación de un ideal de igualdad, la prohibición de discriminación es un mandato tanto para los órganos del Estado como para cualquier grupo o individuo. En Chile esta prohibición de discriminación ha sido recientemente desarrollada en la Ley 20.609 (denominada ley antidiscriminación, y popularmente “Ley Zamudio”), que en su artículo 2 define como discriminación arbitraria “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable” que provoque una afectación a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos, dentro de los cuales se menciona a modo ejemplar “la religión o creencia”.

No obstante, la libertad religiosa va más allá de un principio de igualdad, lo que se relaciona justamente con el pluralismo valorativo. Puesto que existe una gran cantidad de universos morales razonables, en principio igualmente válidos e inconmensurables, debe existir una diferencia a favor de la conciencia de cada individuo, que eventualmente puede encontrarse en conflicto con la aplicación de una ley, sea el reclutamiento militar, la necesidad de exhibir las

¹¹⁵ DORFMAN (2008) pp. 298-300.

facciones para identificación o, incluso, los días festivos. La libertad religiosa implica, en una orientación pluralista, la valoración y el respeto por las diferentes costumbres y prácticas.

Una cuestión controversial a propósito de esta dualidad compleja de igualdad y diferencia es la relación del Estado con las distintas religiones entendidas como colectivos o instituciones. Como el Estado no puede decidir acerca de la validez de las distintas costumbres y prácticas involucradas en las religiones, se impone un deber de neutralidad en un sentido fuerte. Este argumento no es compartido por quienes -mayoritariamente- sostienen que la libertad religiosa es compatible con un Estado confesional o cooperacionista.

En una frase, el derecho fundamental de libertad religiosa es necesario para garantizar que cada ser humano configure su propia relación con un sentido de trascendencia, relación que puede o no implicar conflictos con la legislación positiva. Este derecho se impone tanto al Estado como al interior de cada religión.

Capítulo 2

La concepción heredada de la Libertad religiosa como derecho fundamental

1. Introducción.

Las relaciones entre Estados y religiones, y el papel e influencia de estas últimas en las sociedades actuales, ha cambiado ostensiblemente durante el último siglo. Así como entre mediados del siglo XIX y comienzos del XX la mayoría de los Estados occidentales abandonaron el paradigma de la confesionalidad, desde mediados del siglo XX y hasta la actualidad las religiones han reconfigurado su participación en la sociedad civil. Las religiones mayoritarias han perdido influencia relativa, pero religiones y cultos de reciente creación (o escisiones de religiones tradicionales) han ido incrementando su importancia gracias a, entre otros factores, los procesos migratorios que han llevado al sincretismo, los llamados “Nuevos Movimientos Religiosos” y el impacto de la globalización.¹¹⁶

En palabras de Durham, existe una tendencia global hacia la pluralización religiosa: no existe una religión mayoritaria, sino que todas las religiones son minoritarias.¹¹⁷ La pluralización religiosa modifica el escenario regulativo del derecho fundamental de libertad religiosa: la laicización y la secularización tienden a fundirse en la esfera pública, lo que implica que la estructura binaria confesionalidad-laicismo estatal presenta un déficit en la publicidad de las religiones.¹¹⁸

Sin embargo, este cambio fáctico no ha sido acompañado de un cambio normativo. La fórmula tradicional secular de este derecho -esto es, Estado laico y libertad religiosa, salvo excepciones de orden público- prácticamente no ha variado desde su primera formulación, siendo replicada de manera más o menos exacta por las distintas regulaciones nacionales y supranacionales que han recorrido, con algunas particularidades menores, el mismo camino histórico. Los procesos seculares de comienzos del siglo XX respondieron a la necesidad de garantizar derechos civiles a los miembros de religiones “disidentes” frente a una religión

¹¹⁶ BERGER (2005).

¹¹⁷ DURHAM (2012) p. 363.

¹¹⁸ BLANCARTE (2015); SERRANO PÉREZ (2008); TAYLOR (2015).

dominante, con algunas particularidades en la comparación de países católicos y protestantes.¹¹⁹ Por diversas razones estas disposiciones han permanecido casi idénticas con el transcurrir de las décadas (en algunos casos, de siglos, como ocurre con la Primera Enmienda). En otras palabras, el paradigma de regulación de la libertad religiosa a nivel supralegal continúa siendo la protección de minorías religiosas (casi exclusivamente relativas a las religiones abrahámicas) frente a una religión socialmente mayoritaria, pero no oficialmente protegida.

Una aparente excepción a este estancamiento normativo está dada, como también se mencionó anteriormente, por la relativamente reciente regulación, a nivel legal, de las personas jurídicas religiosas. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa en España de 1980, la Ley estatutaria de Libertad religiosa de Colombia 1994, la Ley chilena N° 19.638 de 1999 y la Ley peruana N° 29.635 de 2010 intentan definir, en términos muy similares, qué prácticas son amparadas por el derecho fundamental de libertad religiosa, junto con diseñar un sistema registral de personas jurídicas religiosas vinculado primordialmente a sus regímenes patrimonial y tributario. En EE.UU. la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993 surgió como una reacción legislativa al precedente *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, intentando restablecer la doctrina del caso *Sherbert v. Verner* (1963) que exigía el estándar de *strict scrutiny* para que una ley estatal pudiese interferir en el ejercicio de la libertad religiosa, con tan poco éxito que fue sucedida poco tiempo después por la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA).¹²⁰ Podría pensarse que el conjunto de regulaciones legales de las últimas décadas vinculadas al derecho fundamental de libertad religiosa supera el vacío de las décadas anteriores, pero ninguno de los estatutos mencionados modifica un ápice el núcleo ya señalado de las regulaciones supraleales, más allá de hacer explícita una igualdad en el tratamiento de los distintos cultos. Las regulaciones sobre libertad religiosa no se han adaptado sustancialmente a la nueva configuración de las religiones en la sociedad civil.

Si en términos de creación de normas el desarrollo ha sido mínimo, en términos jurisprudenciales la situación no es muy distinta, debido a los pocos casos que llegan a instancias judiciales superiores.¹²¹ En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el primer caso relativo a

¹¹⁹ Ver SERRANO PÉREZ (2008).

¹²⁰ LAZZARO (2010).

¹²¹ Ver, entre otros, BADILLA POBLETE (2008) y CERVANTES (2004).

libertad religiosa resuelto por la Corte de Estrasburgo (el caso *Kokkinakis*) tuvo lugar recién en 1993, con un desarrollo incipiente a partir de entonces, pero aún escaso.

En el Sistema Interamericano la situación es aún más deficitaria, ya que hasta la fecha sólo en dos casos la Corte se ha pronunciado acerca de una vulneración a la libertad religiosa. En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, con hechos ocurridos a fines de los '70 y comienzos de los '80 -aunque el caso vino a resolverse el año 2012-, la infracción a la libertad religiosa fue reconocida por el Estado de Guatemala. Ante la desaparición de los cuerpos, fue imposible realizar los rituales fúnebres propios del pueblo Maya por la desaparición de los cuerpos de la masacre, sumado al hecho que la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy (el antecedente de la masacre) invadió las tierras sagradas de los cementerios mayas, afectando el vínculo sagrado entre los vivos y los muertos. En el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, relativo a la prohibición de exhibición de la película *The last temptation of Christ*, se condenó en definitiva al Estado chileno por una vulneración a la libertad de expresión, pero se desestimó la infracción a la libertad religiosa.¹²²

A diferencia de Europa, en América Latina los conflictos relativos a persecuciones religiosas no han sido numerosos, pero las persecuciones no agotan el universo de conflictos relativos a la libertad religiosa.¹²³ Como señala Dorfman, el paradigma de libertad religiosa como protección frente a persecuciones estatales es propio de la obra de Locke, pero en la actualidad los conflictos relativos a la libertad religiosa en las sociedades occidentales dicen relación casi exclusivamente con la afectación de prácticas religiosas a través de leyes de aplicabilidad general.¹²⁴

A nivel de las judicaturas nacionales ocurre lo mismo. Los pocos fallos, tanto a nivel latinoamericano como europeo, dicen relación casi exclusivamente con el proselitismo y objeción de conciencia de los Testigos de Jehová, los crucifijos en establecimientos educacionales públicos, los juramentos procesales y, recientemente, el uso de *hijab* por parte de las mujeres musulmanas. En la Corte Suprema de EE.UU., descontando el lejano precedente de *Reynolds vs. United States* (1878), recién a mediados del siglo XX comenzó a gestarse el desarrollo

¹²² Como se mencionará más adelante, han existido otros casos sobre libertad religiosa que en su momento fueron objeto de informes de la Comisión, pero no llegaron a la Corte.

¹²³ ARLETTAZ (2011); FIX ZAMUDIO (1998).

¹²⁴ DORFMAN (2008). En el mismo sentido, MARTÍN DE AGAR (2003) señala que la libertad religiosa de las revoluciones surge como reacción a la intolerancia de los Estados confesionales.

jurisprudencial de la Primera Enmienda a partir del caso *Cantwell vs. Connecticut*, siendo igualmente exiguo hasta las últimas décadas, especialmente a partir del conflicto político generado por el mencionado precedente *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*.

Éste último problema es útil para efectos de categorizar el problema dogmático que pretende superar esta tesis. Existe una “imbricación viciosa” entre la dogmática relativa al derecho fundamental de libertad religiosa y el desarrollo jurisprudencial del mismo. Cada una de ellas influye y se superpone a la otra. La concepción actualmente dominante de la libertad religiosa como derecho fundamental, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia, tiende a autorestringirse. Como se verá a continuación, el escaso desarrollo dogmático y jurisprudencial de la libertad religiosa no se debe a una ausencia de conflictos, sino al hecho que dichos conflictos tienden a resolverse mediante su subsunción en otros derechos fundamentales.

Es posible describir un conjunto de postulados comunes a gran parte de la regulación legal y supralegal, la dogmática y la jurisprudencia de libertad religiosa. En adelante, se denominará a este paradigma la concepción heredada de la libertad religiosa como derecho fundamental.

2. Postulados de la concepción heredada.

Los postulados que conforman el núcleo duro de la concepción heredada son los siguientes: a) reconoce una vertiente individual y una vertiente colectiva o institucional de la libertad religiosa, otorgándole una primacía a esta última; b) no reconoce la existencia de una “libertad frente a la religión”; c) el concepto de religión que subyace a su análisis se circunscribe a las religiones o cultos que reconocen la existencia de un “ser supremo”; d) carece de un criterio claro para dirimir los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, apostando por un desarrollo “caso a caso” (*case by case basis*); y e) carece de un compromiso con un modelo específico de relaciones entre las religiones y el Estado.

Un elemento adicional, que es una característica común a los postulados anteriores, es que la concepción tradicional tiende a restringir su propio objeto de regulación. Esto vincula a la dogmática con la jurisprudencia y explica la escasa cantidad de casos acerca de la libertad religiosa que llegan a instancias judiciales superiores. La libertad religiosa se concibe como un derecho residual frente a otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la igualdad ante la ley, la libertad de reunión o la libertad de asociación. En una sentencia del Tribunal

Constitucional Chileno (no relativa a la libertad religiosa) se señala que “el respeto de la libertad ideológica o de conciencia supone, entonces, el reconocimiento de la facultad de las personas para buscar la verdad, manifestar o exteriorizar sus ideas, lo que remite a la libertad de expresión y la libertad de asociación”.¹²⁵

En EE.UU., a propósito de la Primera Enmienda, se ha señalado que la *Free Exercise Clause* sería redundante respecto de la libertad de expresión: si eliminamos la primera, no hay gran diferencia para la protección de la expresión de las religiones en virtud del principio general de la Primera Enmienda.¹²⁶ A nivel supranacional, Nickel considera que la libertad religiosa se encuentra adecuadamente cubierta por otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho de asociación, los derechos políticos generales, la libertad ambulatoria, e incluso la privacidad.¹²⁷ Pese a la importancia de la libertad religiosa, ésta pareciera, de acuerdo con esta concepción, no tener un lugar específico en el entramado de los derechos fundamentales.

2.1. Primacía de la “vertiente colectiva” de la libertad religiosa.

Tanto la ECHR como la CADH garantizan la libertad religiosa “individual y colectiva”. Como ya se indicó anteriormente, mientras la ECHR garantiza esta libertad para manifestar la religión o creencia en el culto, enseñanza, práctica y observancia de la misma, la CADH prescribe, en una redacción levemente distinta, la libertad para profesar y divulgar la religión o creencia. La misma distinción entre manifestación individual o colectiva de las convicciones se encuentra en el artículo 1º de la Declaración ONU de 1981.

También las regulaciones constitucionales comparadas contienen esta distinción. El artículo 16.1 de la Constitución española señala que “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. El artículo 2º número

¹²⁵ Considerando trigésimo, sentencia del Tribunal Constitucional 567-2006 de fecha 2 de junio de 2010, relativa al requerimiento de parlamentarios para que se declarase la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

¹²⁶ TUSHNET (2001). Según este autor, el problema no es la norma constitucional en sí, sino la doctrina que ha seguido la Corte Suprema desde el caso *Smith*.

¹²⁷ NICKEL (2005). Roca se refiere a la misma característica como el “carácter subsidiario” de la libertad religiosa (ROCA 2017). Bouazza habla de la “protección refleja” de este derecho (BOUAZZA 2008).

3 de la Constitución peruana señala que toda persona tiene derecho “A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada”. El artículo 19 de la Constitución colombiana prescribe a este respecto: “Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva”. El Artículo 21 número 3 de la Constitución boliviana señala que las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a “la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos”.

Todo derecho fundamental garantizado para los individuos es igualmente garantizado para un colectivo, por lo que cabe preguntarse por la necesidad y alcance de esta precisión normativa. ¿Tiene alguna particularidad un colectivo de individuos ejerciendo o reivindicando su libertad religiosa frente a un grupo de individuos ejerciendo o reivindicando su libertad de expresión o su derecho de propiedad?

Algunos autores consideran esencial en una religión la “relación dialógica” del ser humano con la divinidad.¹²⁸ Martín de Agar define la libertad religiosa como “un derecho del hombre a relacionarse con Dios según el dictado de su propia conciencia, sin coacción por parte de otros sujetos”.¹²⁹ Sin embargo, la administración de las reglas relativas a dicha relación dialógica tiende en general a involucrar un colectivo de individuos que reivindican o sostienen un tipo especial de poder. Weber distingue las organizaciones políticas de las hierocráticas, definiendo estas últimas como instituciones que para garantizar su ordenamiento se valen de la coacción síquica que implica la concesión o denegación de los “bienes de salvación” (*Heilsgütern*). Una iglesia, a su vez, es una organización hierocrática que se vale del monopolio de la coacción hierocrática legítima, definición muy similar a su concepto de Estado.¹³⁰

Desde sus orígenes remotos, las iglesias institucionalizadas evidencian una dualidad en la manera de comprender su colectividad: el grupo de fieles y el grupo de sacerdotes. En el primer cristianismo, el vocablo para designar al conjunto de reglas, costumbres, identidad y administración del culto fue *ekklesia* (palabra utilizada en la versión griega del Nuevo Testamento), término griego que designaba la asamblea de la *polis* y que, de la misma manera, consagra un ideal de igualdad democrática. En las lenguas romances es la raíz etimológica de la

¹²⁸ Ver, entre otros, HERVADA (1984) y SALINAS ARANEDA (2008).

¹²⁹ MARTÍN DE AGAR (2003) p. 103.

¹³⁰ WEBER (2006) p. 180.

palabra iglesia, pero en la lengua inglesa antigua se acuñó alternativamente el término *church* (*kirk* en escocés), proveniente del griego *kuriake* (perteneciente al Señor, *Kyrios*), origen del término “curia” y que hace hincapié no en la igualdad de los miembros de una iglesia, sino en la autoridad de quienes administran el culto, esto es, la hierocracia.¹³¹

Aunque ambos conceptos se refieren a una comunidad religiosa y ninguno de ellos excluye al otro (generalmente coexisten), mientras la curia pone el énfasis en la estructura organizacional de la iglesia, la comunidad de fieles que conforman una iglesia en asamblea, al encontrarse en un plano de igualdad, poseen también un grado de libertad para interpretar las normas morales del culto, mismo fundamento de la tesis de interpretación privada de las escrituras en la reforma de Lutero frente a la interpretación canónica de la Iglesia Católica.

A diferencia de otros derechos fundamentales, la libertad religiosa es un derecho que tiende a ejercerse en comunidades más o menos numerosas, particularmente en lo que respecta a su “ejercicio público”, sin perjuicio de que, como se señalará más adelante, también muchos actos individuales con significancia religiosa generan conflictos jurídicos. Las instituciones religiosas, por otra parte, tienen características especiales en relación a cualquier asociación, en parte por sus actividades específicas y relacionadas (como actividades de beneficencia), y también por aquella “administración de los bienes de salvación” sujeta a una “coacción síquica” señalada por Weber. La especialidad del derecho de libertad religiosa es doble: como derecho fundamental, tiende a ejercerse colectivamente, y en cuanto instituciones, superan el contenido del derecho de asociación tradicional.

Correspondiente con esta distinción, una parte de la dogmática ha señalado que la libertad religiosa posee una dimensión “interna o subjetiva” y una “externa u objetiva”, lo que quiere indicar que se incluyen en este derecho tanto las convicciones íntimas de cada persona individual, como el ejercicio libre de los cultos que subyacen a dichas convicciones.¹³² Esta distinción está recogida de manera precisa por la Constitución chilena, que utiliza justamente esta fórmula.

Ahora bien, un colectivo de individuos que practica un culto es, por definición, una confesión religiosa autónoma. El derecho fundamental de libertad religiosa regula tanto el

¹³¹ MACCULLOCH (2011) p. 52-53.

¹³² MARTÍNEZ-TORRÓN (2005) los denomina “aspectos interno y externo” de la libertad religiosa. NOGUEIRA ALCALÁ (2006) se refiere a las dimensiones “subjetiva y objetiva” de la libertad religiosa. ARLETTAZ (2011) se refiere a las dimensiones individual y colectiva.

derecho de cada individuo como el derecho de cada comunidad religiosa para administrar el ejercicio de su culto. En este último aspecto, es un derecho de autonomía. Dentro de ciertos límites, las distintas confesiones son soberanas para definir las prácticas que caracterizan su propio culto.

Si bien las comunidades religiosas tienen una gran relevancia en el desarrollo y manifestación de las creencias, los actos ostensibles de ejercicio de una religión no requieren, en estricto rigor, un colectivo de individuos. La misma “relación dialógica” del individuo con una divinidad, aspecto considerado esencial para definir una religión por algunos autores, es un ejercicio personalísimo que no requiere una comunidad de fieles.¹³³ Sin embargo, la misma etimología del vocablo religión implica que éstas tienen por objeto “ligar” a un conjunto de personas que comparten determinadas creencias y tienden a reunirse en la práctica de los rituales que externalizan dichas creencias. Aquella relación personal y dialógica, y posiblemente la más importante, carece de una externalización que permita la identificación y diferenciación de las creencias. En rigor es sólo esta externalización la que genera una identidad específica del culto.

En el reciente desarrollo legal de la libertad religiosa el objetivo fundamental no es desarrollar la libertad religiosa en su vertiente individual, sino regular un estatuto especial de personalidad jurídica de las instituciones religiosas. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa española 7/1980 establece en su artículo segundo “el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero”, para regular en los artículos 5 y siguientes la obtención de la personalidad jurídica de los mencionados entes, concluyendo el artículo sexto con la facultad de los mismos para “crear y fomentar, para la realización de su fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general.”

En términos muy similares, la Ley estatutaria de Libertad religiosa colombiana de 1994 consagra en su artículo 7 algunos derechos de las “Iglesias y confesiones religiosas”, tales como establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, ejercer libremente su propio ministerio, establecer su propia jerarquía, tener y dirigir antónimamente sus propios institutos de

¹³³ HERVADA (1984).

formación y de estudios teológicos, entre otros. El artículo 9 también consagra un registro público de los estatutos y personalidad jurídica de las confesiones religiosas, con excepción de la Iglesia Católica, persona jurídica de derecho público en virtud del Concordato de 1974.

Estos estatutos influyeron en la Ley chilena N° 19.638 de 1999 y la Ley peruana N° 29.635 de 2010. La primera prácticamente replica la ley colombiana, con énfasis en la facultad de las “entidades religiosas” para “crear, participar, patrocinar y fomentar asociaciones, corporaciones y fundaciones, para la realización de sus fines”, señalando que éstas no podrán tener fines de lucro. El sistema registral de este estatuto es particularmente deficiente y será analizado más adelante. La segunda define en su artículo 5 a las “entidades religiosas” como aquellas “iglesias, confesiones o comunidades religiosas integradas por personas naturales que profesan, practican, enseñan y difunden una determinada fe”, para luego agregar que dichas entidades se caracterizan por contar con “credo, escrituras sagradas, doctrina moral, culto, organización y ministerio propios”. El artículo 6 consagra los derechos de la “dimensión colectiva” de las entidades religiosas, consagrando también un sistema registral en sus artículos 13 y siguientes. La disposición complementaria segunda hace referencia al Concordato de 1980.

Es prácticamente unánime en las regulaciones legales sobre la libertad religiosa o relativas al derecho eclesiástico que las personas jurídicas religiosas, una vez reconocidas por la autoridad, puedan optar a beneficios y exenciones tributarias, lo cual se vincula con el problema que se desarrollará más adelante en relación con la legitimidad del estatuto tributario privilegiado de las confesiones religiosas.¹³⁴ En síntesis, lo único que legitimaría un tratamiento privilegiado de estas instituciones es la realización de actividades que generen externalidades positivas, y no su mero reconocimiento como una persona jurídica religiosa. No es su reconocimiento en cuanto personas jurídicas religiosas lo que debiese ser subvencionado por el Estado. El derecho fundamental de libertad religiosa se desarrolla, con estos elementos, como una especie del derecho de asociación, quedando la vertiente individual relegada a un segundo plano.

Coincidente con esta regulación legal, la concepción heredada reconoce una vertiente individual y una colectiva en la manifestación externa de un culto religioso, pero reconociendo

¹³⁴ A modo ejemplar, el artículo séptimo de la citada ley española prescribe que el Estado establecerá Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro “que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”, agregando que en dichos acuerdos “se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico”.

esta dualidad, otorga una primacía a la vertiente colectiva.¹³⁵ La misma Comisión Interamericana ha resaltado esta primacía. “Algunos derechos individuales garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos *deben* disfrutarse en común con los demás miembros de su grupo, como es el caso de los derechos a la libertad de expresión, religión, asociación y reunión”¹³⁶. La libertad religiosa implicaría la libertad de las comunidades religiosas en su autogobierno, la creación de asociaciones relacionadas e incluso su estatuto patrimonial.¹³⁷

Si bien las particularidades del “derecho de asociación religioso” se encuentran reguladas por las leyes ya reseñadas y similares, la esencia de la colectividad del ejercicio de este derecho se encontraría consagrada a nivel supralegal, tanto en los textos constitucionales como en las Convenciones de Derechos Humanos. La jurisprudencia chilena ha señalado, en este sentido, que para efectos de la legitimación activa y poder de representación en la acción de protección de garantías constitucionales no se requiere una personalidad jurídica reconocida por la autoridad, ya que esta personalidad estaría constitucionalmente garantizada por el encabezado del artículo 19.¹³⁸

En síntesis, la libertad religiosa es primordialmente, de acuerdo con la concepción heredada, un derecho fundamental que involucra a determinadas instituciones. Como se verá más adelante, el corolario de esta característica es que la relevancia de este derecho se reduce a la pertenencia a una asociación religiosa determinada, menoscabando la convicción interna de cada persona al interior de una asociación religiosa cualquiera, y al menos dos problemas importantes se derivan de este postulado. En primer lugar, la autonomía de los grupos religiosos generaría, de acuerdo con alguna jurisprudencia, un déficit de autonomía del individuo que voluntariamente ingresa a dicho grupo. Y en segundo lugar, las instituciones tanto religiosas como no religiosas (e incluso personas jurídicas con fines de lucro) reivindicarían una libertad religiosa aplicable a la entidad, incluso oponible a sus miembros o socios, lo que ha tenido gran importancia en el desarrollo de la llamada “objeción de conciencia institucional”.

¹³⁵ BADILLA POBLETE (2008); SALINAS ARANEDA (2008).

¹³⁶ Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, 1997, Capítulo IX (énfasis agregado). Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/indice.htm>

¹³⁷ SALINAS ARANEDA (2008).

¹³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 12 de marzo de 1984. En un fallo posterior (192-1989) se llegó a la conclusión opuesta tratándose de una institución de características similares, lo que se relaciona además con el restringido concepto de religión de esta concepción que se analizará en el capítulo 3.

2.2. Ausencia de una “libertad frente a la religión”.

En segundo lugar, la concepción heredada no reconoce a los no creyentes un derecho análogo al de los creyentes para efectos del ejercicio de la libertad religiosa. El derecho de los no creyentes estaría garantizado, según algunos autores, en la fórmula “libertad de conciencia”, que generalmente se encuentra mencionada a propósito de la libertad religiosa, pero posee un alcance inferior a esta última, poseyendo únicamente aquella “dimensión subjetiva interna” mencionada anteriormente.¹³⁹ De esto se desprende la ausencia de legitimidad de una pretensión (externa) para excluir las expresiones religiosas en la esfera pública informal y los símbolos religiosos en el espacio público, todos los cuales deben ser tolerados de manera absoluta por los no creyentes.¹⁴⁰

Al conflicto ya analizado, generado por el “efecto nova” descrito por Taylor y la consiguiente pluralización religiosa, que en términos de análisis económico puede plantearse rudamente como un abuso de poder monopólico de las religiones mayoritarias frente a las minoritarias, se ha sumado recientemente el fenómeno del “ateísmo militante”, esto es, movimientos y agrupaciones sociales y políticas que reivindican el ateísmo como una parte fundamental de la libertad religiosa.¹⁴¹ Este ateísmo militante, a la par con la pluralización religiosa, también ha contribuido a la transformación del escenario sobre el cual concebimos este derecho. Como señala Ronald Dworkin, las nuevas “guerras religiosas” en el terreno de la política “no suceden entre las diferentes sectas de religiones teístas, sino entre los creyentes fervorosos y aquellos ateos a quienes los primeros consideran bárbaros inmorales en los que es imposible confiar y cuyo número creciente es una amenaza para la salud moral y la integridad de la comunidad política”.¹⁴² Aunque la política contingente es solo un pequeño ámbito de acción de las instituciones religiosas, durante las últimas décadas se ha convertido en un espacio de unificación en torno a partidos políticos y grupos conservadores, un fenómeno que puede constatar en EE.UU., Europa y América Latina.¹⁴³

¹³⁹ CEA EGAÑA (2012); SALINAS ARANEDA (2008); ARLETTAZ (2011); NOGUEIRA ALCALÁ (2006).

¹⁴⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014); DURHAM (1992).

¹⁴¹ BARADARAN-ROBISON (2005); BERGER (2005).

¹⁴² DWORKIN (2015) p. 17.

¹⁴³ BLANCARTE (2014).

El fenómeno del ateísmo militante ha dado lugar a una nueva arista de la libertad religiosa como derecho fundamental: el derecho de los no creyentes a una libertad frente a la religión o *freedom from religion*, un concepto que reconoce una simetría entre la necesidad de proteger a los creyentes en la práctica de su religión y la de proteger a no creyentes en un “estilo de vida no religioso”.¹⁴⁴ En la esfera privada no se presenta ningún conflicto entre creyentes y ateos. Los problemas se presentan en la esfera pública que ambos grupos deben compartir. ¿Deben los ateos soportar la existencia de símbolos religiosos en el espacio público, o poseerían un “derecho a vivir en un ambiente libre de influencias religiosas”? ¿Pueden los ateos reivindicar y exigir este derecho también como corolario del derecho preferente de educación de sus hijos?

El conflicto se ha presentado con fuerza en EE.UU., donde se acuña el concepto *freedom from religion*. Paradójicamente, el carácter “eminente religioso” de la nación norteamericana es mencionado con énfasis en algunos precedentes que legitiman una tolerancia irrestricta a las manifestaciones religiosas en el ámbito público, incluyendo el deísmo ceremonial.¹⁴⁵ Aunque el aserto de que la nación norteamericana es religiosa es *per se* cuestionable, el concepto de *freedom from religion* surge como una protección de las minorías.¹⁴⁶ En precedentes antiguos el argumento a favor de la necesidad de tolerar las manifestaciones religiosas en el ámbito público eran fuertes. En el caso *Doremus v. Board of Education* (1952), relativo a la lectura del Viejo Testamento en un establecimiento educacional de New Jersey, se señaló que, siendo necesaria la separación entre iglesia y Estado, no es necesario, sino incluso peligroso para “la concepción de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” que el Estado sea por completo despojado del sentimiento religioso, una agenda pretendidamente impulsada por el “ateísmo organizado”.¹⁴⁷

Este último argumento es propio de aquellas “nuevas guerras religiosas en el terreno de la política” acusadas por Dworkin, que también ocurren en otras regiones. En Alemania, en el llamado “caso del crucifijo” (*Krucifix-decision*) de 1995, se reclamó la inconstitucionalidad de una

¹⁴⁴ SAPIR Y STATMAN (2005) pp. 467-468.

¹⁴⁵ Por ejemplo, en el precedente *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892). Véase KIRVEN (1962).

¹⁴⁶ KIRVEN (1962).

¹⁴⁷ “While it is necessary that there be a separation between church and state, it is not necessary that the state should be stripped of religious sentiment. It may be a tragic experience for this country and for its conception of life, liberty and the pursuit of happiness if our people lose their religious feeling and are left to live their lives without faith. [...] Our way of life is on challenge. Organized atheistic society is making a determined drive for supremacy by conquest as well as by infiltration”. 5 N.J. 435 (1950), 75 A.2d 880, 888. La apelación fue rechazada por la Corte Suprema en *Doremus v. Board of Education*, 342 U.S. 429 (1952) Ver KIRVEN (1962) p. 819. No obstante, en sentido contrario se resolvió en *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963), caso en el cual se prohibió por inconstitucional (Primera Enmienda, vía Decimocuarta Enmienda) la lectura de diez versos de la Biblia al comienzo de las clases en las escuelas primarias públicas de Pensilvania.

ley que obligaba a las escuelas públicas a tener crucifijos en las salas de clases, lo cual fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal en el sentido que una limitación a la libertad religiosa “negativa” (esto es, la existencia de símbolos religiosos frente a ateos) no estaba justificada por la Ley Fundamental.¹⁴⁸ Baviera tiene una tradición católica profunda en Alemania, lo cual hizo muy polémica la resolución. El Canciller de la época, Helmut Kohl, la calificó de “incomprensible”.¹⁴⁹

No obstante, la jurisprudencia más reciente ha ido aceptando los argumentos *pro freedom from religion* en casos relativos a símbolos religiosos en establecimientos educacionales o establecimientos del Estado.¹⁵⁰ El problema fundamental sigue siendo la tolerancia a la presencia de símbolos religiosos no únicamente en establecimientos educacionales o reparticiones públicas (espacio público en un sentido estricto) sino en todo el espacio de libre acceso al público (espacio público en sentido amplio), como un parque o una avenida.

En un análisis lógico deóntico, se ha dicho que del derecho a adoptar una religión no se sigue el derecho a no adoptar religión alguna, lo cual solamente sería válido si el único fundamento para la libertad religiosa fuese la autonomía personal, y aplicaría únicamente en caso en los cuales un no creyente fuese obligado a participar de una manifestación religiosa.¹⁵¹ Este argumento, si bien contrario a la “libertad frente a la religión”, será de utilidad más adelante, ya que implícitamente está reconociendo una *freedom from religion* débil, y como se revisará en la parte siguiente es justamente la autonomía el fundamento esencial de la libertad religiosa entendida en términos pluralistas.

El alcance y contenido de la “libertad frente a la religión” está estrechamente vinculado con la legitimidad de los símbolos religiosos institucionales y personales y con el deísmo ceremonial, por lo que se volverá sobre estos aspectos más adelante. Como se señaló anteriormente, si se distingue entre libertad religiosa en sentido estricto (el derecho fundamental restringido a las creencias positivas) y libertad religiosa en sentido amplio (que equipara creencias positivas con creencias negativas) es posible y necesario incorporar la libertad frente a la religión en la libertad religiosa en sentido amplio. En este ámbito, nuevamente la concepción heredada

¹⁴⁸ BVerfGE 93, 1 1 BvR 1087/91 *Kruzifix-decision*.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA (2008) p. 820.

¹⁵⁰ Véanse a modo ejemplar los casos *Prescott v. Oklahoma* y *Van Orden v. Perry*, ambos citados más adelante.

¹⁵¹ Un completo análisis de este argumento puede revisarse en SAPIR Y STATMAN (2005).

restringe el ámbito de la libertad religiosa, lo que lleva al análisis del concepto de religión que subyace a esta comprensión.

2.3. Concepto restringido de religión.

Las disposiciones supralegales sobre libertad religiosa mencionan numerosos conceptos líquidos, ambiguos y de un alcance equívoco: creencias, convicciones, conciencia, religión, confesiones religiosas, culto, entre otros. Sin entrar en un análisis semántico de cada uno de ellos, su ejercicio y libertad pueden considerarse en gran medida cubiertos por otros derechos fundamentales, como un principio general de libertad (conciencia y convicciones), la libertad de asociación y reunión (confesiones religiosas y culto) y la libertad de expresión (la manifestación de creencias).¹⁵² En este sentido se ha señalado, en el marco del Sistema Interamericano, que es irrelevante “diferenciar conceptualmente entre ‘conciencia’ y ‘religión’, dado que ambos son formulados conjuntamente en una sola libertad”.¹⁵³

De los conceptos anteriores el único que parece tener una entidad autónoma es el de religión. ¿Pero qué es una religión? El Diccionario de la Real Academia la define como un “Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”. El *Oxford English Dictionary* la define como “*A state of life bound by religious vows*”, remitiéndose a ‘religious’: “*Action or conduct indicating belief in, obedience to, and reverence for a god, gods, or similar superhuman power*”. El concepto común de ambas definiciones es la relación del ser humano con una divinidad.

El problema del concepto de religión puede ser enfocado desde múltiples disciplinas (sociología de la religión, historia de la religión, teología, entre otras). Para efectos de delimitar el *locus* jurídico de la libertad religiosa, el concepto jurídico de religión tiende a ser excluyente: definir un concepto de religión excluirá de su objeto de protección determinadas instituciones,

¹⁵² Como han señalado muchos autores, la libertad de conciencia no es una categoría que pueda ser jurídicamente regulada por sí misma, más allá de ser el fundamento de la “objeción de conciencia”. Ver CEA EGAÑA (2012), NOGUEIRA ALCALÁ (2006), MARTÍNEZ-TORRÓN (2005), SALINAS ARANEDA (2008) y Arlettaz (2011).

¹⁵³ HUACO (2018) p. 122.

creencias y manifestaciones de ellas cuya protección está garantizada por otros derechos fundamentales, o eventualmente no estará amparada por el derecho en absoluto.

Una de las críticas desde la filosofía del derecho más recientes al intento por definir “religión” es la de Ronald Dworkin, quien señala que la religión es un “concepto interpretativo”, en el sentido que la libertad religiosa no puede definirse a partir de un concepto jurídico de religión que incluya o excluya determinadas prácticas o creencias, ya que la convicción que subyace a este concepto es personalísima. No hay un concepto de religión, sino infinitas tomas de postura respecto a lo que debería ser una religión.¹⁵⁴ Por estas razones, definir un concepto jurídico de religión pareciera estar destinado al fracaso.¹⁵⁵ El Informe Krishnaswami comienza estableciendo que, frente a la dificultad de definir “religión”, se incluyen también (para efectos de dicho informe), además de credos teístas, otras creencias como el agnosticismo, el libre pensamiento, el ateísmo y el racionalismo.¹⁵⁶ Coincidiendo con que un concepto de religión debe ir más allá de la creencia en una divinidad, señalar que se trata de un “concepto interpretativo” no tiene mayor utilidad para reconceptualizar la libertad religiosa.

Por razones históricas, el concepto jurídico de religión se ha construido en base a las religiones abrahámicas, y en Occidente específicamente en torno a las religiones vinculadas al cristianismo. Las religiones cristianas tienen muchas diferencias relevantes entre sí, pero poseen al menos dos elementos comunes diferenciadores frente a otras creencias: el culto a un “Ser Supremo” y un sentido ulteriorista. Ya se ha citado a Hervada definiendo el núcleo de una religión como una “relación dialógica” entre el hombre y Dios, no existiendo dicha relación en las concepciones teístas o panteístas.¹⁵⁷ En uno de los primeros casos relativos a libertad religiosa, *Davis v. Beason* (1890), la Corte Suprema de EE.UU. señaló que el término “religión” se refiere a la visión personal de las relaciones con el Creador y las obligaciones de reverenciarlo y obedecerlo, distinguiendo a continuación las religiones de las sectas. La Primera Enmienda no ampara cultos o prácticas injuriosas respecto de los derechos de terceros ni legitima la legislación que permita cualquier tipo de principios religiosos.¹⁵⁸

¹⁵⁴ DWORKIN (2015).

¹⁵⁵ SALINAS ARANEDA (2011).

¹⁵⁶ Informe Krishnaswami, Pág. 1.

¹⁵⁷ HERVADA (1984). No obstante, el budismo zen ha sido reconocido como una religión (no teísta) por el Pontificio Consejo para el Diálogo Interreligioso, entidad de la Iglesia Católica.

¹⁵⁸ “The term ‘religion’ has reference to one’s views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will. It is often confounded with the cultus or form of worship of a particular sect, but is

La pregunta es, entonces, si debemos entender religión en este último sentido o si deben incorporarse otro tipo de creencias que no involucran necesariamente la relación con una divinidad. Como el concepto mismo de religión es difícil de definir, muchas legislaciones, como la española y la peruana, han optado por excluir específicamente a determinados cultos del estatuto de libertad religiosa. La ley orgánica de Libertad Religiosa española 7/1980 señala en su artículo tercero: “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”.

En un sentido muy similar, la ley peruana N° 29.635 de 2010 señala en su artículo 5 que no se consideran religiosos “los fines o actividades relacionados con fenómenos astrofísicos, psicológicos, parapsicológicos, adivinación, astrología, espiritismo, difusión de ideas o valores puramente filosóficos, humanísticos, espiritualistas u otro tipo de actividades análogas”, agregando las entidades dedicadas al desarrollo de “ritos maléficis, cultos satánicos o análogos”.

Al igual que la ley mexicana de asociaciones y culto público, la ley chilena N° 19.638 no contiene una disposición excluyente similar a las anteriores. El proyecto inicialmente presentado al congreso contenía una disposición que combinaba ambas regulaciones, pero fue modificada en la tramitación. En definitiva, la ley define las “iglesias, confesiones o instituciones religiosas” como “entidades integradas por personas naturales que profesen una determinada fe” (art. 4).¹⁵⁹

La jurisprudencia norteamericana ha avanzado en una dirección no excluyente. Descontando el mencionado precedente decimonónico *Davis v. Beason*, en casos más recientes ha reconocido el carácter religioso de instituciones no deístas o seculares. En *Fellowship of Humanity vs. County of Alameda* se reconoció la religiosidad de una organización “humanista secular” no teísta a la que en primera instancia le fuera rechazada una exención tributaria por no tratarse de una entidad religiosa (al no haber un culto a la divinidad).¹⁶⁰ La sentencia de la Corte

distinguishable from the latter. The first amendment to the constitution, in declaring that congress shall make no law respecting the establishment of religion or forbidding the free exercise thereof, was intended to allow every one under the jurisdiction of the United States to entertain such notions respecting his relations to his Maker and the duties they impose as may be approved by his judgment and conscience, and to exhibit his sentiments in such form of worship as he may think proper, not injurious to the equal rights of others, and to prohibit legislation for the support of any religious tenets, or the modes of worship of any sect”. Davis v. Beason, 133 U.S. 333, 342 (1890).

¹⁵⁹ Una crítica a la modificación y a la definición vigente de “entidad religiosa” puede revisarse en SALINAS ARANEDA (1999).

¹⁶⁰ *Fellowship of Humanity v. County of Alameda*, 153 Cal. App. 2d 678 (1957).

de Apelaciones de California revocó el rechazo afirmando el carácter religioso de la asociación. Señala la sentencia que la expresión “culto religioso” en un sentido limitado se refiere a un Ser Supremo que gobierna el universo, pero que hay formas de creencia aceptadas como religiones que no incluyen la creencia en una divinidad, como el Taoísmo, el Budismo clásico y el Confucianismo. La pregunta es si las creencias no deístas ocupan el mismo lugar en las vidas de sus creyentes que las religiones ortodoxas. Una religión tiende a llenar un vacío en la vida de los seres humanos, sin importar cuál sea dicha creencia.¹⁶¹

Gran parte de la dogmática sobre el derecho de libertad religiosa sigue un concepto restringido de religión, excluyendo o al menos omitiendo la incorporación en el ámbito de la libertad religiosa de cultos o instituciones que realizan prácticas religiosas con un sentido ceteriorista o que no basan sus prácticas en el culto a un “ser supremo” o divinidad.¹⁶² Esto supone, en definitiva, un modelo particular de Estado cooperacionista con el subconjunto de religiones teístas, y por ello una falta de neutralidad frente al deísmo y al ceteriorismo.

2.4. Falta de un criterio claro para resolver los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos fundamentales.

Los conflictos jurídicos que involucran a las religiones son paradigmáticamente “casos difíciles”, tanto por la pluralidad de religiones presentes en las sociedades contemporáneas, como porque implican una definición del rol de los Estados en la regulación de los derechos fundamentales.¹⁶³ A nivel gubernamental, la relación del Estado con las confesiones religiosas depende, en mayor medida que otras regulaciones, de la ideología de la fuerza política dominante.

¹⁶¹ “[T]he words ‘religious worship,’ in their strict and limited sense, and in their commonly accepted sense, include the concept of a Supreme Being governing the universe. [...] there are forms of belief generally and commonly accepted as religions and whose adherents, numbering in the millions, practice what is commonly accepted as religious worship, which do not include or require as essential the belief in a deity. Taoism, classic Buddhism, and Confucianism, are among these religions. [...] the only inquiry in such a case is the objective one of whether or not the belief occupies the same place in the lives of its holders that the orthodox beliefs occupy in the lives of believing majorities, and whether a given group that claims the exemption conducts itself the way groups conceded to be religious conduct themselves. The content of the belief, under such test, is not a matter of governmental concern. [...] ‘religion’ fills a void that exists in the lives of most men. regardless of why a particular belief suffices, as long as it serves this purpose, it must be accorded the same status of an orthodox religious belief”. *Fellowship of Humanity v. County of Alameda*, 153 Cal. App. 2d 678, 684 (1957). Se volverá sobre este caso más adelante a propósito de las exenciones tributarias.

¹⁶² SALINAS ARANEDA (1999); DEL PICÓ RUBIO (2017); NOGUEIRA ALCALÁ (2006); CEA EGAÑA (2012); HERVADA (1984); DURHAM (2012).

¹⁶³ GONZÁLEZ DE LA VEGA (2008).

Ya se ha mencionado que a nivel comparado es poca la jurisprudencia sobre libertad religiosa, pero este aserto no es una negación sino la confirmación de la conflictividad de este derecho: un caso difícil relativo a libertad religiosa tiende a ser resuelto en virtud de la libertad de expresión, la autonomía de los grupos intermedios o el derecho de educación preferente. A nivel supranacional se añade el problema de incorporar bajo la misma regulación a Estados con distintas características en esta relación con las religiones, un problema común a gran parte de los derechos fundamentales que algunos autores han englobado en la expresión “pluralismo normativo”.¹⁶⁴

Se señaló que el concepto de religión de la concepción heredada es restringido. Sin embargo, a pesar de este concepto reducido de religión, carece de un criterio bien definido para resolver un problema básico: cuándo una práctica no está amparada por la libertad religiosa debido a la colisión de este derecho con otros derechos fundamentales, o bien debido a regulaciones legales que limitarían su ejercicio. El problema no parece estar en las normas fundamentales que siguen el modelo tradicional de regulación (esto es, la prohibición de cultos que atenten contra la moral, el orden público, la ley o los derechos de terceros) sino en el desarrollo dogmático y jurisprudencial de esta fórmula que, si bien es sencilla, delimita claramente las prácticas legítimas de las ilegítimas.

A nivel supranacional, este problema puede explicarse en virtud de la doctrina del “margen de apreciación” desarrollado por la Corte de Estrasburgo. A grandes rasgos, lo que plantea esta construcción dogmática, remotamente basada en el artículo 15 de la Convención Europea, es que la Corte puede discrecionalmente limitar su análisis frente a las judicaturas nacionales en virtud del ya mencionado pluralismo normativo inherente a los sistemas supranacionales, ratificando dentro de ciertos límites las decisiones soberanas de dichas judicaturas. La Corte “debe autolimitarse frente a la decisión nacional y no cuestionar al Estado con sus puntos de vista”.¹⁶⁵

El concepto, que es extraño a la normativa original, fue desarrollado jurisprudencialmente desde el caso *Greece v. The United Kingdom* (1958) y ha sido generalmente criticado por su vaguedad, funcionando en la práctica como una válvula de escape frente a conflictos políticos internos generados por los mismos fallos de la Corte, lo cual en el ámbito del derecho fundamental de

¹⁶⁴ LOVATÓN (2018).

¹⁶⁵ NASH ROJAS (2018) p. 4.

libertad religiosa fue especialmente notable en el caso *Lautsi*, desarrollado más adelante.¹⁶⁶ Fue también muy relevante en el caso *Leyla Şahin c. Turquía* (2004), que prohibió el velo islámico en las universidades fundando la resolución en un “sentido fuerte o estricto” del margen de apreciación.¹⁶⁷ El margen de apreciación implica, naturalmente, un criterio de oportunidad y de entidad de la infracción a los derechos humanos, razón por la cual ha tendido a utilizarse más a propósito de conflictos morales (incluyendo los religiosos) y su aplicación ha sido zigzagueante y con resultados contradictorios.¹⁶⁸

Pese a las similitudes de los sistemas europeo e interamericano, en este último no se ha desarrollado una doctrina análoga al margen de apreciación, por considerarse innecesaria, poco útil, e incluso contraria al desiderátum de un sistema de derechos humanos.¹⁶⁹ El grado de secularización y pluralidad religiosa también ha sido mencionado como un factor diferenciador. Según Lovatón, “el concierto interamericano no muestra la contemporánea y en ocasiones conflictiva pluralidad cultural y religiosa europea”, lo que ejemplifica con los conflictos en Francia relativos a la laicidad de la educación y el respeto al islam.¹⁷⁰

La garantía iusfundamental de libertad religiosa es un punto arquimédico para explicar el problema del margen de apreciación y la debilitación de este derecho al nivel de judicaturas supranacionales. ¿Para qué garantizar una libertad religiosa, si ésta es vacía frente a la pretendida deferencia a las relaciones entre iglesias y Estado de cada miembro? ¿Cómo puede explicarse la disparidad de criterios para tolerar o prohibir, respectivamente, la toca de una monja y un *hijab*, ambos símbolos personales religiosos utilizados en un contexto educacional?

A una lectura moral de la normativa relativa a la libertad religiosa se agrega el problema de conceptos indeterminados en la ECHR, tales como “limitaciones necesarias en una sociedad democrática” (“*necessary in a democratic society*”).¹⁷¹ De allí que la concepción heredada señale que los jueces deben decidir caso a caso cuándo la libertad religiosa cede frente a otros derechos fundamentales, y cuándo existe una limitación inaceptable a la libertad religiosa. La “necesidad”

¹⁶⁶ *Greece v. The United Kingdom* (1958). Corte Europea de DD.HH., N° 176/56. Ver GARCÍA ROCA (2010). Según este autor, el concepto proviene de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés.

¹⁶⁷ *Leyla Şahin v. Turkey* (2005). Corte Europea de DD.HH., N° 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005. Ver NASH ROJAS (2018) p. 7.

¹⁶⁸ BENAVIDES (2009) p. 310.

¹⁶⁹ NASH ROJAS (2018).

¹⁷⁰ LOVATÓN (2018) p. 352.

¹⁷¹ MARTÍNEZ-TORRÓN (2005) p. 599.

vendría dada por una presión social que no podría determinarse en abstracto, sino en virtud de factores tales como la naturaleza de las actividades sujetas a restricción, el interés público y el nivel de protección que requiere dicho interés.¹⁷²

Pese a las deficiencias del margen de apreciación, un criterio similar ha sido planteado a propósito de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. Durham también explica la necesidad de articular caso a caso (*case by case basis*) el sentido de expresiones tales como “*compelling state interest*”, propia del *Sherbert test*.¹⁷³ No obstante, la ventaja de la jurisprudencia de EE.UU frente al margen de apreciación y la doctrina *ad causam* de Estrasburgo es la obligatoriedad de los precedentes y la creación de un *case law* a propósito de la libertad religiosa, que si bien no está exenta de conflictos y retrocesos, otorga un grado mayor de certeza en la protección de la libertad religiosa.

En contraste, tanto la judicatura supranacional de América Latina como sus sistemas nacionales se encuentran en una situación que exige el desarrollo de definiciones concretas en el ámbito de la libertad religiosa: no existe margen de apreciación ni *stare decisis*. Esta complejidad, sumada a la creciente heterogeneidad religiosa en la región, proporcionan un inmejorable tópico de análisis que, lamentablemente, aún no ha comenzado un desarrollo claro.

Es innegable -como se señaló al comienzo de este acápite- que los conflictos jurídicos relativos a la libertad religiosa son paradigmáticamente casos difíciles que involucran conceptos éticamente densos y factores políticos y sociales que inciden en las decisiones de los jueces. No obstante, apostar derechamente por un criterio casuístico equivale a renunciar a la comprensión más básica del derecho fundamental de libertad religiosa, lo que se traduce en las contradicciones e involuciones tanto en las judicaturas nacionales como supranacionales. Como en toda aporía jurídica, el desafío para la dogmática es precisamente ordenar los criterios más adecuados en una fórmula general, lo que se intentará realizar con la concepción pluralista.

2.5. Falta de un modelo específico de relaciones entre las distintas religiones y el Estado.

¹⁷² MARTÍNEZ-TORRÓN (2005) p. 599.

¹⁷³ DURHAM (1994) p. 623.

Finalmente, la libertad religiosa de la concepción heredada carece de un compromiso con un modelo específico de relaciones entre las religiones y el Estado. En la mejor versión de esta característica, la libertad religiosa puede estar asegurada tanto por un Estado cooperacionista como por un Estado neutral. Martínez-Torrón distingue entre una neutralidad excluyente, propia de Francia y su prohibición de símbolos religiosos en el espacio público, y una neutralidad incluyente o inclusiva, propia del fallo *Lautsi* de la *Grand Chamber* de Estrasburgo, señalando que “ambos planteamientos son legítimos desde la perspectiva del CEDH, y en general desde la perspectiva de los estándares internacionales en materia de libertad religiosa”, aunque admitiendo su preferencia por la neutralidad incluyente.¹⁷⁴ En el mismo sentido, Durham ha planteado lo elusivo de la consciencia como categoría neutral, entendiendo la neutralidad como opuesta al pluralismo.¹⁷⁵

La peor versión de la libertad religiosa en lo relativo al modelo de Estado es aquella cuyo compromiso es directamente con un Estado cooperacionista, mereciendo una religión mayoritaria una deferencia especial por parte del Estado laico. Según Salinas, el “principio de cooperación” necesario como configurador de la libertad religiosa en un “Estado no confesional” ni siquiera implica un trato igual hacia las distintas religiones. “En todo caso, una vez que el Estado decide que es oportuno cooperar con una determinada confesión, el principio de igualdad no le obliga a establecer ni el mismo tipo de cooperación, ni al mismo nivel con todas las confesiones con las que se relaciona”.¹⁷⁶ Agrega que “la Iglesia Católica tiene el mismo grado de libertad religiosa que las demás confesiones, pero por su mayor -e indiscutible- implantación social en Chile, precisa de un mayor nivel de cooperación en los diferentes ámbitos en que participa”.¹⁷⁷

En el mejor de los casos, la falta de definición se manifiesta especialmente en la ya mencionada restricción a la judicatura supranacional, que debe asumir como válido el modelo nacional de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, cualquiera éste sea. Es patente una contradicción con la característica ya señalada del criterio casuístico: mientras se señala que, a propósito de los modelos estatales de relaciones entre Estado y religiones, los jueces no pueden

¹⁷⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014) p. 136.

¹⁷⁵ “*It may well be that conscience is experienced differently and that different importance is attached to conscience by Protestants than by Catholics or Jews or Native Americans. But it does not follow that it is simply absent. [...] The fact that conscience may speak several languages does not mean that it does not speak.*”. DURHAM (1992) p. 77.

¹⁷⁶ SALINAS ARANEDA (2008) p. 198.

¹⁷⁷ *Ibid.*

diseñar políticas públicas acerca de las religiones, se apuesta por una libertad de la judicatura para decidir en sentido contrario a dichas políticas públicas a propósito de las regulaciones nacionales. Según Martínez-Torrón, los tribunales “no son legisladores, ni tampoco *policy makers*. Su función consiste en aplicar el derecho vigente, en decidir quién posee el derecho prevalente en caso de conflicto”.¹⁷⁸

El problema de la judicatura supranacional es especialmente complejo a propósito de este punto. Si bien tanto el Sistema Europeo como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagran la libertad religiosa como un derecho fundamental, este derecho se entiende respetado tanto por Estados laicos como por Estados cooperacionistas, e incluso Estados confesionales. La reunión de naciones con historias culturales muy divergentes entre sí hizo necesario, en ambos sistemas, acoger a Estados con un compromiso en materia religiosa distinto del paradigma del Estado laico mayoritario en Occidente, como han sido, por ejemplo, los casos de Inglaterra y Dinamarca en Europa y Argentina y Costa Rica en Sudamérica.

Más adelante se desarrollará un principio de Estado laico compatible con la propuesta alternativa de concepción de la libertad religiosa como derecho fundamental. En síntesis, la garantía iusfundamental de libertad religiosa requiere necesariamente un Estado laico neutral no cooperacionista, que además garantice el mismo derecho a los no creyentes y a creyentes en cultos no ulterioristas. El Estado laico pluralista debe ejercer una “neutralidad activa” interviniendo, o al menos regulando, la actividad de las confesiones religiosas en el ejercicio de su culto, y naturalmente en sus actividades patrimoniales anexas de acuerdo con las reglas generales.

3. El concepto de pluralismo en la concepción heredada.

El paradigma alternativo a la concepción heredada que se expondrá más adelante considera como un elemento fundamental de la libertad religiosa el pluralismo valorativo desarrollado en la obra de Isaiah Berlin, cuyo origen -que él vincula al romanticismo- parte desde un reconocimiento de la inconmensurabilidad de las metas y valores humanos.¹⁷⁹ Al igual que en la visión expresionista del arte de Herder, en que la obra de un artista no puede ser dissociada de

¹⁷⁸ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014) p. 135.

¹⁷⁹ BERLIN (1969).

su vida, las *mores* creadas por creadas por grupos humanos que comparten una misma lengua y una misma tierra configuran una *Gestalt* común, por lo que las creaciones colectivas no pueden comprenderse sin entender a ese grupo humano en cuanto tal y lo que nos comunican como grupo. A diferencia del racionalismo, para el cual las creaciones humanas son meros objetos de la naturaleza, y por tanto las creaciones de distintas épocas por distintos grupos humanos pueden ser evaluadas de acuerdo a criterios universales, para el expresionismo, el romanticismo y el pluralismo no existe un ideal común a la humanidad.¹⁸⁰

Como se desarrollará más adelante, y sin perjuicio de que existen distintos desarrollos a partir de la obra de Berlin, este pluralismo supone un compromiso con un liberalismo pro-autonomía individual (libertad negativa) que incide en la interpretación del derecho fundamental de libertad religiosa y en su desarrollo legal: la libertad religiosa es, ante todo, un derecho que involucra convicciones personalísimas que prevalecen sobre derechos e intereses de grupos o instituciones religiosas, en contraste con la primacía de la vertiente colectiva propia de la concepción heredada.¹⁸¹

El concepto de pluralismo en la concepción heredada no es claro. Algunos autores consideran al pluralismo como un elemento fundamental de la libertad religiosa, pero sin definir qué debemos entender por “pluralismo”, vocablo utilizado indistintamente para referirse a la pluralidad (no pluralismo) de religiones, al pluralismo democrático, al pluralismo político o al pluralismo jurídico. Häberle ha desarrollado el concepto de “pluralismo constitucional” que, aunque se encuentra en un nivel distinto a los anteriores, en cierta medida los engloba y los vincula con el pluralismo valorativo de Berlin.¹⁸²

Tampoco se explica en qué medida es el pluralismo fundamental para una adecuada interpretación de este derecho.¹⁸³ En el caso *Kokkinakis v. Greece* (analizado en detalle más adelante), considerado el primer caso sobre libertad religiosa resuelto por la Corte de Estrasburgo, se señala que, de acuerdo con el artículo 9 de la Convención, la libertad de pensamiento, conciencia y religión es “uno de los fundamentos de una sociedad democrática” y “uno de los elementos vitales” en la identidad de los creyentes y su concepción sobre la vida, así

¹⁸⁰ BERLIN (2015).

¹⁸¹ Esta es la versión de pluralismo liberal defendida por George Crowder, en contraposición a la de William Galston, según se desarrollará en la segunda parte.

¹⁸² HÄBERLE (2002).

¹⁸³ MARTÍNEZ-TORRÓN (2015); DEL PICÓ RUBIO (1993).

como un activo valioso para ateos, agnósticos, escépticos y despreocupados, dependiendo de este derecho el “pluralismo indisoluble de una sociedad democrática”. Aunque remotamente insinuado, no se especifica qué debe entenderse por pluralismo.¹⁸⁴

Esta falta de definición ha llevado a otros autores a identificar el pluralismo con el relativismo ético y con “la tolerancia de excesos ilegítimos”.¹⁸⁵ Este aspecto es especialmente relevante para la propuesta de nuevo paradigma que se sostendrá en la tesis, ya que la concepción tradicional carece de una comprensión del pluralismo valorativo como “tercera vía” frente al universalismo y al relativismo. “A pesar de estar motivados por auténticas intuiciones filosóficas, el relativismo y el universalismo son insatisfactorios en términos simétricos. El relativismo compra la concordia al precio del valor absoluto, mientras el universalismo compra el calor absoluto al precio de la concordia”.¹⁸⁶ El pluralismo consiste en “una manera de combinar ambas intuiciones, una manera de adherir a una concepción absoluta de los valores, una condición necesaria de que estos cumplan su papel orientador de las costumbres, sin desconocer por ello el valor intrínseco de la diversidad de formas de vida distintas pero por igual legítimas [...]”.¹⁸⁷

Para efectos del análisis de la libertad religiosa, es necesario precisar la diferencia entre la pluralidad de religiones y el pluralismo que subyace a la comprensión de dicha pluralidad. La pluralidad religiosa describe una realidad fáctica, mientras que el pluralismo valorativo prescribe la necesidad de garantizar una igualdad efectiva de los distintos cultos y creencias.

¹⁸⁴ “31. As enshrined in Article 9 (art. 9), freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it”. *Kokkinakis v. Greece* (1993). Corte Europea de DD.HH., N° 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993.

¹⁸⁵ CEA EGAÑA (2012) p. 231.

¹⁸⁶ ORELLANA BENADO (2011) p. 58.

¹⁸⁷ *Ibid.*

Capítulo 3

Problemas de la Concepción Heredada

1. Introducción

Se han señalado los postulados centrales de la concepción heredada de la libertad religiosa como derecho fundamental: primacía de la vertiente colectiva o institucional de la libertad religiosa, la ausencia de una “libertad frente a la religión”, el concepto restringido de religión, la falta de un criterio claro para delimitar la libertad religiosa frente a otros derechos fundamentales y la falta de un compromiso con un modelo específico de relaciones entre las religiones y el Estado. El denominador común a estas características es que la concepción heredada restringe su propio objeto de regulación y tiende a configurarse como un derecho residual frente a otros derechos fundamentales.

El desarrollo de la dogmática en la concepción heredada tiene su correspondencia con el desarrollo jurisprudencial. La jurisprudencia que surge a partir de esta concepción ha sido confusa y contradictoria, llegando a soluciones diametralmente distintas bajo regulaciones similares, e incluso al interior de una misma jurisdicción. Con algunas particularidades propias de cada región por la influencia de factores políticos y culturales, este problema es generalizado en los sistemas jurídicos de las sociedades occidentales.

Ya se ha mencionado que el déficit de la concepción heredada tiene un origen histórico y explicable por una disociación entre el plano fáctico y el normativo. La hegemonía del cristianismo en Occidente ha ido perdiendo terreno frente a nuevos movimientos religiosos y a cultos otrora minoritarios, producto del impacto de la globalización en el ámbito religioso.¹⁸⁸ El llamado “efecto nova” de la era secular ha llevado hacia una pluralización religiosa que ha modificado el escenario para la libertad religiosa.¹⁸⁹ El antiguo binarismo que se producía con la confesionalidad respecto de religiones cristianas y la tolerancia a religiones no oficiales, pero

¹⁸⁸ BERGER (2005).

¹⁸⁹ TAYLOR (2015).

también cristianas, se ha abierto a una gran cantidad de opciones religiosas o espirituales que han producido un “regreso” de la religión al espacio público.¹⁹⁰

Adicionalmente, el surgimiento y la creciente influencia del ateísmo militante incorpora una complejidad adicional a la concepción de la libertad religiosa: el derecho a no creer debe estar en igualdad de condiciones con el derecho de profesar una religión determinada, o al menos ser reconocido como tal. Tanto los creyentes en los diversos cultos como los ateos reivindican una cosmovisión que puede ser considerada como una entre muchas opciones morales. En otras palabras, tanto las creencias positivas como negativas están recogidas por un macro concepto de pluralismo, lo cual es reconocido explícitamente por la concepción heredada en cuanto marco democrático irreductible en las sociedades modernas. Sin embargo, esta concepción carece de un concepto coherente y definido de pluralismo, que no pasa de ser un tópico común a prácticamente todos los derechos fundamentales.

En la práctica, este déficit ha originado una serie de desarrollos contradictorios en la jurisprudencia a todos los niveles. A nivel de la jurisprudencia constitucional de cada Estado, la falta de definición precisa de la relación entre el Estado y las religiones genera un tratamiento desigual para los practicantes de diversas religiones. Por ejemplo, en la polémica decisión del caso *Ludin*, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania legitimó la prohibición del uso de *hijab* por parte de una profesora escolar musulmana, pero ante similar requerimiento por las vestimentas de monjas en colegios públicos de Baviera se estimó que no existía un peligro concreto ni abstracto de “adoctrinamiento”, por tratarse de la religión mayoritaria en esa región.¹⁹¹

A nivel de la jurisprudencia supranacional, la necesidad de adecuar las particularidades culturales de cada Estado miembro de los sistemas a la regulación fundamental común (la doctrina del “margen de apreciación” de la Corte de Estrasburgo) ha dejado al derecho de libertad religiosa de la Convención Europea en un virtual desamparo procesal y dejando vacío su contenido y *enforcement* a nivel supranacional, justamente una de las tareas fundamentales de la Corte. En la Corte Interamericana el panorama es aún más complejo por la bajísima cantidad de fallos en relación con este derecho. Por último, la Corte Suprema de EE.UU., libre de ataduras supranacionales, ha transformado la libertad religiosa en un campo de batalla ideológico e

¹⁹⁰ BLANCARTE (2015); SERRANO PÉREZ (2008).

¹⁹¹ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014) p. 134.

institucional con los casos *Smith* y *Hobby Lobby*. Un análisis detenido de este panorama revela que, pese a estas particularidades regionales, los conflictos relativos a la libertad religiosa tienden a ser muy similares.

2. Problemas de la concepción heredada.

Dentro de muchos aspectos deficitarios vinculados a los postulados centrales ya mencionados, es posible destacar al menos cinco categorías o conjuntos de problemas en el desarrollo jurisprudencial que subyace a la concepción heredada: a) el desigual tratamiento hacia los llamados “nuevos movimientos religiosos” y hacia cultos no deístas, como las sociedades humanistas seculares, sociedades filosóficas y sociedades iniciáticas que practican ritos de distinto tipo; b) la tolerancia o prohibición de la utilización de símbolos religiosos por parte de oficiales del Estado y la presencia de símbolos religiosos en el espacio público; c) la titularidad del derecho fundamental de libertad religiosa de las personas jurídicas; d) el estatuto de beneficios tributarios a las instituciones religiosas; y e) la tolerancia de disposiciones jurídicas que contienen referencias deístas o teístas (el llamado “deísmo ceremonial”).

2.1. El desigual tratamiento hacia los “nuevos movimientos religiosos” y cultos no deístas.

Un estudio comparado del tratamiento de cultos con presencia en distintos países con disposiciones sobre libertad religiosa similares o idénticas pone de manifiesto la primera consecuencia deficitaria de la concepción heredada. Relacionado con el concepto restringido de religión y con la falta de un criterio adecuado para diferenciar las prácticas religiosas legítimas de las ilegítimas, no existe una uniformidad razonable en el reconocimiento de cultos minoritarios que tienen una presencia mundial.

Como ya se ha señalado, la fórmula de exclusión de la libertad religiosa es prácticamente idéntica en los sistemas supranacionales de derechos humanos. Las limitaciones deben estar prescritas por ley y ser necesarias para preservar la seguridad, el orden, la salud o la moral o los derechos de terceros. El principio de legalidad que consagran ambos sistemas es extraño a nuestro ordenamiento y a gran parte de las regulaciones nacionales, lo que en la práctica

problematiza el diseño institucional para el *enforcement* de una limitación tan importante.¹⁹² ¿Cuándo debemos -y quién debe- estimar que un culto o religión realiza prácticas que ponen en riesgo la seguridad, el orden, la salud o la moral o los derechos de terceros?

Aquellos cultos específicamente religiosos que realizan prácticas contrarias al orden público tienden a agruparse en el heterogéneo conjunto de las sectas. Los problemas y conflictos relativos a las sectas son relativamente universales, aunque los países cuya exigencia de neutralidad es más fuerte han regulado y vigilado de manera más intensa el fenómeno. En Francia existe una comisión parlamentaria para el estudio de las sectas (*commission d'enquête sur les sectes*) cuyos informes han sido muy influyentes en la materia, especialmente en el ámbito europeo. Poco después del último informe, Francia endureció su legislación contra las sectas con la ley About-Picard de 2001, que llega a sancionar como delitos algunas prácticas de control mental.

En un sentido similar en Alemania, la inclusión de determinados cultos en informes oficiales que los califican de “sectas juveniles”, “sico-sectas”, “grupos religiosos destructivos”, “grupos pseudo-religiosos” y expresiones similares ha motivado diversos requerimientos que han llegado a la Corte o a la Comisión Europea. El caso *Universelles Leben e.V. v. Germany* (1996, resuelto por la Comisión) involucró al movimiento religioso *Universelles Leben* que promueve la negativa a recibir tratamientos médicos de cualquier especie, siendo éstos “reemplazados” por su creencia religiosa. La Comisión estimó que no existió violación del artículo 9 de la ECHR, toda vez que los Estados tienen la facultad para informar al público acerca de los peligros de sectas y comunidades religiosas, en tanto la información sea objetiva y no tenga fines de adoctrinamiento contrarios a la libertad religiosa.¹⁹³ Similar requerimiento se produjo en el caso *Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany* (2009, resuelto por la Corte), relativo a asociaciones religiosas o de meditación vinculadas al movimiento Osho. En sede nacional, el Tribunal Constitucional Federal distinguió entre expresiones tales como “sectas juveniles” y “sico-sectas”, de un carácter objetivo y amparados por la Constitución para efectos de proteger la dignidad humana, y expresiones como “grupos religiosos destructivos” y “grupos pseudo-religiosos”, que sí tendrían carácter difamatorio o discriminatorio. La Corte Europea confirmó este criterio,

¹⁹² Este principio de legalidad, en el marco del sistema europeo, necesariamente incluye, por razones obvias, los precedentes del *Common Law*. Ver MARTÍNEZ-TORRÓN (2005).

¹⁹³ “The Commission further considers that a State, in fulfilling the functions assumed by it in the information of the public on matters of general concern, is entitled to convey, in an objective, but critical manner, information on religious communities and sects, if such information does not pursue aims of agitation or indoctrination endangering the freedom of religion”. *Universelles Leben e.V. v. Germany* (1996). Comisión Europea de DD.HH., N° 29745/96, decisión de fecha 27 de noviembre de 1996.

aunque en voto disidente la jueza Lazarova Trajkovska estima que sí existe una violación al artículo 9 por la arbitrariedad en la supuesta neutralidad del gobierno alemán, tratándose de un grupo religioso existente desde los años 60.¹⁹⁴

Las características de las sectas han sido extensamente estudiadas en la sociología de la religión, y el mismo concepto de secta ha mutado con la pluralización religiosa, pasando a tener un contenido valorativo. Weber distingue las sectas de las “iglesias institucionalizadas”, señalando que en éstas últimas “se nace al interior de ellas”, mientras las primeras son organizaciones voluntarias que seleccionan a personas con determinadas características.¹⁹⁵ Wilson, quien sigue de cerca a Weber, agrega el proselitismo y la personalización del culto.¹⁹⁶

Estos elementos, naturalmente dentro de límites razonables, no son suficientes para excluir un culto de la protección. No obstante, el concepto actual de secta tiende a definir lo que antes se entendía como “secta destructiva”: aquellas asociaciones que afectan ostensiblemente la autodeterminación de sus miembros a través de prácticas como el control mental (*brainwashing*), aislamiento del núcleo familiar, esclavitud, violencia física y amenazas de divulgación de información sensible de sus miembros. El primer informe de la comisión francesa para el estudio de las sectas (de 1995, conocido como informe Gest-Guyard) establece un conjunto de criterios para distinguir las prácticas “peligrosas” de las prácticas legítimas, dentro de los cuales se encuentran el grado de coercibilidad de permanencia en el grupo, la distinción entre el compromiso y el fanatismo, la diferencia entre el prestigio del jefe y un “culto al gurú”, la incondicionalidad de la lealtad, la diferencia entre persuasión y manipulación y el neolenguaje propio de las sectas.¹⁹⁷ Dado el carácter restrictivo y negativo del vocablo “secta”, se ha acuñado la expresión “nuevos movimientos religiosos” para designar a los cultos minoritarios no destructivos.

¹⁹⁴ “In this particular case [...] the interference of the Government lay in not observing the requirement of neutrality in the exercise of their powers. It is clear that the applicant associations belong to a group of religious communities which have existed in Germany since the 1960s. Despite the fact that the applicant associations were not prohibited in all these years, the terms used by the German State agencies and in Government statements to describe the applicant associations’ movement (“sect”, “youth religion”, “youth sect” and “psycho-sect”) had negative consequences for them. The adjectives “destructive” and “pseudo-religious” have also been used to describe them”. *Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany* (2008). Corte Europea de DD.HH., N° 58911/00, sentencia de 6 de noviembre de 2008.

¹⁹⁵ WEBER (2014).

¹⁹⁶ WILSON (1978).

¹⁹⁷ El informe, disponible en: [<https://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r2468.asp>]

La distinción entre “nuevos movimientos religiosos” y “sectas” no es muy precisa, y naturalmente todo grupo con una pretensión de reconocimiento evita esta última denominación, por lo que muchos “nuevos movimientos religiosos” han sido calificados de sectarios por las autoridades de distintos países. Un caso paradigmático es el de los Testigos de Jehová, culto cristiano milenarista, restauracionista y antitrinitario con presencia mundial. Es constante protagonista de conflictos jurídicos relativos a la libertad religiosa, principalmente debido a las negativas de sus miembros a recibir transfusiones sanguíneas, la objeción de conciencia al servicio militar (concretamente a portar armas) y a participar de ceremonias de honores a símbolos patrios. La intensa actividad proselitista de sus miembros en el espacio público también ha generado conflictos jurídicos. Posiblemente el más notable, y que significó el comienzo del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. a propósito de la *Free Exercise Clause*, es el caso *Cantwell v. Connecticut* (1940).

Los hechos del caso fueron los siguientes. Newton Cantwell junto con sus tres hijos, todos pertenecientes al culto de los Testigos de Jehová, fueron arrestados en la localidad de New Haven (de predominancia católica) por realizar actividades proselitistas (repartir libros y panfletos y utilizar un fonógrafo portátil) en las que principalmente criticaban determinadas religiones organizadas, incluyendo la Iglesia Católica. Los cargos a Cantwell, además de “quebrantar la paz”, tenían que ver con la infracción de una ley de Connecticut que prescribía la obligación de solicitar una autorización para realizar actividades religiosas, la cual se otorgaba de acuerdo con “estándares razonables de eficiencia e integridad”.

La Corte Suprema falló unánimemente a favor de Cantwell, señalando que “condicionar una solicitud de ayuda para la perpetuación de sistemas o visiones religiosas a una licencia, la cual depende de la determinación por parte de la autoridad de qué cuenta como una causa religiosa, es una carga prohibitiva para el ejercicio de la libertad protegida por la Constitución”.¹⁹⁸ No obstante, la Corte recalca que lo anterior no implica que bajo la apariencia de una religión las personas tengan impunidad por fraudes cometidos. Al igual que los límites de la libertad de expresión, el ejercicio legítimo de la libertad religiosa excluye incitaciones al odio o la violencia

¹⁹⁸ “[...] to condition the solicitation of aid for the perpetuation of religious views or systems upon a license, the grant of which rests in the exercise of a determination by state authority as to what is a religious cause, is to lay a forbidden burden upon the exercise of liberty protected by the Constitution”. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940).

respectos de los miembros de otra secta (curiosamente, esa es la palabra utilizada por la Corte Suprema).¹⁹⁹

Estos argumentos reconocen una tensión entre las prácticas de cultos minoritarios y su reconocimiento por parte de una autoridad local que en mayor o menor medida representa o puede representar una religión mayoritaria en dicha localidad. La práctica de una religión no requiere un reconocimiento oficial para realizar actividades propias de su culto, incluso aunque estas puedan molestar a los creyentes o miembros de otras religiones. Una pura molestia, al igual que en la libertad de expresión, es constitucionalmente legítima. El fallo habla cuidadosamente de “sistemas o visiones religiosas” que suponen un “ejercicio de la libertad protegida por la Constitución” y no de instituciones, cuyas regulaciones y actividades sí dependen de una autoridad.

La doctrina de *Cantwell* establece adecuadamente los límites de un culto que, considerando sus actividades específicamente religiosas, no realiza prácticas que afectan los derechos de terceros, pero lo interesante es que este mismo culto ha sido acusado de comportamiento sectario y prohibido en numerosos países con regulaciones similares sobre el derecho fundamental de libertad religiosa. En 1976 el gobierno argentino ordenó el cierre de todas las oficinas del culto, proscribiendo todas sus actividades. El decreto señala: “La secta en cuestión sostiene principios contrarios al carácter nacional, a las instituciones básicas del Estado y a los preceptos fundamentales de esta legislación”. Luego de la prohibición hubo una serie de arrestos y persecuciones a miembros del culto que continuaron con su actividad de manera clandestina, a la vez que impugnaban la constitucionalidad del decreto, que sería confirmada en definitiva por la Corte Suprema en 1978. El caso no llegó a la Corte, pero motivó un informe de la Comisión Interamericana que acusó una infracción al derecho de libertad religiosa y recomendó la derogación del decreto y el cese de las persecuciones. La medida fue revocada en 1981.²⁰⁰

Los conflictos relativos a las actividades los Testigos de Jehová se han presentado también en Europa. El caso más importante, y habitualmente considerado el primero sobre la materia, es

¹⁹⁹ “Nothing we have said is intended even remotely to imply that, under the cloak of religion, persons may, with impunity, commit frauds upon the public. Certainly penal laws are available to punish such conduct. [...] No one would have the hardihood to suggest [...] that religious liberty connotes the privilege to exhort others to physical attack upon those belonging to another sect”. *Ibid.*

²⁰⁰ El informe, disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/78sp/Argentina2137.htm>. También en 1978 la Comisión se pronunció respecto a la revocación de personalidad jurídica de la iglesia en Paraguay.

el de *Kokkinakis vs. Greece*.²⁰¹ Minos Kokkinakis, comerciante de Creta y miembro del culto, había sido arrestado sesenta veces por realizar proselitismo religioso, prohibido por el artículo 13.2 de la Constitución griega y penalizado por una ley vigente desde la dictadura de Ioannis Metaxás, que lo definía como “cualquier intento directo o indirecto de intromisión en las creencias religiosas de una persona de distinta confesión, con el propósito de socavar sus creencias, sea a través de cualquier tipo de inducción o promesa de inducción, apoyo o asistencia moral o material, por medios fraudulentos, o aprovechándose de su inexperiencia, confianza, necesidad, bajo intelecto o inocencia”.²⁰²

Naturalmente, este proselitismo excluía la antijuridicidad de toda acción típica relativa a la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo o Iglesia Ortodoxa Helénica, la confesión oficial de acuerdo con la Constitución griega. La Corte, que en definitiva condenó al Estado griego, hace una distinción entre “llevar el testimonio de Cristo” y el “proselitismo impropio”, sancionado por la ley penal griega y sujeta al margen de apreciación. Dicho proselitismo impropio suele utilizar la violencia y el *brainwashing*, lo cual no fue acreditado (ni fue efectivo) en lo relativo a Kokkinakis.²⁰³

Además del caso *Kokkinakis*, fue denegado el registro de los Testigos de Jehová como entidad religiosa en Austria el año 2009, y en Rusia la persecución llegó incluso a sede penal.²⁰⁴ El 2017 fue prohibida toda actividad del culto por ser considerados una “organización extremista” y “una amenaza para los derechos de los ciudadanos”. En este último caso el trasfondo parece ser político. Pese a existir una relativa libertad religiosa, el gobierno ruso de las dos últimas décadas ha adoptado una actitud cooperacionista con la Iglesia Ortodoxa Rusa. Al igual que en Grecia y Argentina, las persecuciones a este culto en Estados confesionales o no

²⁰¹ El caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* es anterior (1976), pero la Corte estimó que no hubo infracción a la libertad religiosa.

²⁰² “By ‘proselytism’ is meant, in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion (eterodoxos), with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of an inducement or moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naïvety”. *Kokkinakis v. Greece* (1993). Corte Europea de DD.HH., N° 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993.

²⁰³ “48. First of all, a distinction has to be made between bearing Christian witness and improper proselytism. The former corresponds to true evangelism, which a report drawn up in 1956 under the auspices of the World Council of Churches describes as an essential mission and a responsibility of every Christian and every Church. The latter represents a corruption or deformation of it. It may, according to the same report, take the form of activities offering material or social advantages with a view to gaining new members for a Church or exerting improper pressure on people in distress or in need; it may even entail the use of violence or brainwashing; more generally, it is not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others.

Scrutiny of section 4 of Law no. 1363/1938 shows that the relevant criteria adopted by the Greek legislature are reconcilable with the foregoing if and in so far as they are designed only to punish improper proselytism, which the Court does not have to define in the abstract in the present case.”.

²⁰⁴ Ver caso *Jehovah’s Witnesses of Moscow and others v. Russia* (2010) Corte Europea de DD.HH., N° 302/02, sentencia de 22 de noviembre de 2010.

neutrales pueden estar motivadas por el hecho que sus actividades proselitistas comúnmente incluyen críticas a autoridades religiosas oficiales.

Un caso que tuvo especial relevancia en Chile es el de la llamada Iglesia de la Unificación, conocida como “Secta Moon”, culto cristiano con un fuerte elemento anticomunista y pro-tenencia de armas. En EE.UU. tuvo diversos conflictos por actividades ilícitas de su fundador Sun Myung Moon relativas a la evasión de impuestos, obstrucción a la justicia, conspiración y falsificación de documentos públicos.²⁰⁵ Más allá de los problemas legales personales de su fundador, quien dejó la administración de la iglesia a cónyuge e hijos luego de su muerte, el culto ha sido objeto de distintas denuncias por prácticas de control mental a sus miembros. La Iglesia de la Unificación en América Latina también sigue la ambivalencia jurisprudencial comparada: mientras es aceptada y de fuerte presencia en países como Uruguay, es el único culto que no ha sido reconocido en Chile en virtud de la Ley 19.638.²⁰⁶

Los estatutos de la Iglesia de la Unificación fueron rechazados en Chile mediante el Oficio Ordinario N° 5.045, de 18 de diciembre de 2003. El libro “El Principio Divino” contiene dos pasajes cuestionados por la autoridad.²⁰⁷ El primero señala que “los tres órganos [del Estado], legislativo, ejecutivo y judicial vienen a ser como tres órganos de sentir de un cuerpo humano que son incapaces de sentir y responder a las órdenes del cerebro debido a la desconexión del sistema nervioso; así que no tienen más remedio que oponerse y luchar entre sí y carecer de armonía y orden recíproco”. De lo anterior concluye la autoridad que el estatuto de la iglesia “vulnera la estabilidad política del sistema democrático que rige la nación e, inclusive, promueve, según los dichos antes reproducidos, que los tres órganos, legislativo, ejecutivo y judicial, ‘se opongan y luchen entre sí, al carecer de armonía y orden recíproco’”.

El segundo pasaje cuestionado, y que motivó el rechazo de la personalidad jurídica del culto, señala: “En la sociedad humana actual, vemos la división de los dos mundos de la democracia y el comunismo, siendo la primera la ideología para el establecimiento de la soberanía Celestial y la segunda para el establecimiento de la soberanía Satánica”, agregando que ambas soberanías, con propósitos opuestos, “nunca pueden coexistir”. De esto concluye el oficio la

²⁰⁵ Véase el caso *United States v. Sun Myung Moon* (1984) ante la Corte Suprema de los EE.UU.

²⁰⁶ DEL PICÓ RUBIO (2013) p. 466.

²⁰⁷ Texto que contiene las creencias fundamentales de dicha iglesia, y como tal sometido a consideración de la autoridad chilena en cuanto representa los “elementos esenciales que caracterizan el culto”, exigencia del sistema registral de la Ley 19.638.

existencia de “una violación del orden público del Estado de Chile” por ser los principios mencionados contrarios al derecho de asociación “erigido sobre la base del respeto al pluralismo político”.

Los argumentos mencionados pueden ser analizados en múltiples niveles. En un primer acercamiento, el rechazo en virtud del primer argumento parece problemático en el marco de la libertad de expresión. La crítica a una particular teoría política o a un tipo de organización institucional no podría ser considerado en un Estado de Derecho como una “vulneración de la estabilidad política del sistema democrático”. El segundo argumento tiene más sentido, ya que la vinculación de comunismo con satanismo, más allá de lo pintoresco, podría considerarse un discurso de odio y un llamado a la discriminación. Por otra parte, ambos pasajes del libro podrían cuestionarse desde el punto de vista de la finalidad propia de una entidad religiosa. ¿Puede considerarse una actividad legítima de una entidad religiosa que recibe beneficios tributarios el propugnar, por ejemplo, una revolución política o la transformación institucional?

Una calificación de secta -y la consiguiente prohibición de un culto- es, como el concepto mismo de religión, eminentemente interpretativo. En Rusia, país especialmente reacio a la aceptación de estos nuevos movimientos religiosos, se ha llegado a rechazar el reconocimiento del Ejército de Salvación por utilizar uniformes y rangos militares, que supuestamente amenazarían la integridad y seguridad del Estado.²⁰⁸ La Iglesia de la Unificación, por su parte, realiza prácticas a lo menos cuestionables desde el punto de vista de la libertad religiosa, pero una visión comparada a su reconocimiento dentro de Estados laicos arroja resultados contradictorios.

Más allá de las prácticas de los Testigos de Jehová y la Iglesia de la Unificación, la pregunta es por qué el mismo culto es prohibido en algunos países y permitido en otros bajo regulaciones similares de libertad religiosa. Los sistemas supranacionales de Derechos Humanos deberían unificar estos criterios, pero mientras la Corte Interamericana no ha desarrollado una jurisprudencia sobre libertad religiosa debido a la ínfima cantidad de casos que han llegado a la instancia, la Corte de Estrasburgo, que sí ha desarrollado una jurisprudencia a partir del caso *Kokkinakis*, no ha desarrollado un criterio adecuado sobre los límites de los Estados frente a la prohibición de cultos (o determinadas prácticas) de acuerdo a su legislación interna.

²⁰⁸ EVANS (2011).

Además de las sectas y nuevos movimientos religiosos, existen otras agrupaciones con características religiosas cuyo tratamiento también ha sido ambivalente. Respecto de ciertos cultos no deístas, como sociedades humanistas seculares, sociedades filosóficas y sociedades iniciáticas que practican ritos de distinto tipo, donde se encuentran cultos universales centenarios como la Francmasonería o la Orden Rosacruz, en ocasiones se ha rechazado su carácter religioso para efectos tributarios. Parte de la dogmática las excluye completamente del ámbito de la libertad religiosa.²⁰⁹ Si bien tampoco es exacto calificar a gran parte de estas sociedades como “seculares”, lo que las identifica frente a agrupaciones de mera divulgación esotérica o filosófica es su carácter iniciático y la realización de rituales en templos, uno de los elementos esenciales de la exención tributaria en la regulación chilena.²¹⁰

La Francmasonería chilena fue protagonista de un interesante conflicto relativo a la libertad religiosa, que lamentablemente fue resuelto en virtud de argumentos no sustanciales. La Ordenanza de la Armada Nacional, aprobada mediante Decreto Supremo N° 487, de 21 de abril de 1988, establecía en su artículo 141 una prohibición para los miembros de la Armada de pertenecer a corporaciones y órdenes o sociedades “secretas, esotéricas o jerarquizadas”, una fórmula aparentemente general y abstracta diseñada para prohibir el ingreso de miembros de la Armada a la masonería, o expulsar a los existentes a esa fecha. Un miembro de la masonería chilena, Renato Verdugo Haz, recurrió de protección señalando que dicha ordenanza vulneraba, entre otros derechos, la libertad religiosa de los miembros de la Armada.²¹¹ El recurso se rechazó de plano por una concepción restringida de la legitimación activa en sede de protección: el recurrente no era miembro de la Armada y no identificaba a quiénes se veían afectados por la prohibición.

Otro caso interesante en EE.UU., ya mencionado y analizado en detalle más adelante a propósito de los beneficios tributarios a las instituciones religiosas, es el que involucró a la sociedad *Fellowship of humanity*, cultora de un “Humanismo religioso” y cuya exención tributaria fue rechazada en primera instancia debido a la ausencia del culto a una deidad específica. El

²⁰⁹ Ver, entre otros, SALINAS ARANEDA (1999).

²¹⁰ Algunas tradiciones de dichas organizaciones sí reconocen la existencia de un ser supremo, por lo que pueden calificarse de deístas o incluso teístas.

²¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 192-1989.

rechazo fue revocado en segunda instancia, pero no llegó a la Corte Suprema, no existiendo a la fecha un precedente superior que legitime el carácter religioso de dichas asociaciones.²¹²

El problema de fondo es que frente a regulaciones muy similares, los mismos cultos o tipos de cultos son prohibidos, restringidos o no reconocidos en algunos países, pero aceptados en otros. Esto deja de manifiesto que en el ámbito del *enforcement* la laicización se ve influida por el nivel de secularización de una sociedad específica. En otras palabras, la misma aplicación e interpretación de las normas jurídicas sobre libertad religiosa varían dependiendo del grado de secularización (e incluso la religión mayoritaria) de las distintas sociedades. Lo que se requiere es que la concepción de la libertad religiosa como derecho fundamental separe o descargue la laicización normativa de la secularización social.

2.2. Tolerancia o prohibición de símbolos religiosos personales e institucionales en el espacio público.

¿Implica la libertad religiosa una neutralidad del Estado frente a todas las religiones? La respuesta a esta pregunta conlleva necesariamente una concepción del principio de laicidad de los Estados. Garantizar la libertad religiosa no equivale, al menos en un primer análisis, a la prohibición de la presencia de símbolos religiosos en la esfera pública. Como señala Sol Serrano, la secularización implicó el abandono de las religiones del ámbito estatal, pero no el abandono de su publicidad.²¹³ ¿Puede un Estado laico emplazar una representación del pesebre de Belén o una escultura relativa a los diez mandamientos en una plaza pública? ¿Pueden una profesora de una escuela pública o un funcionario de una agencia estatal usar vestimentas religiosas en su trabajo? Ambos tipos de cuestiones sirven para distinguir entre símbolos religiosos institucionales (aquellos situados en un espacio público de manera permanente) y símbolos religiosos personales (aquellos portados o exhibidos por una persona en el ámbito público).²¹⁴

Aunque el símbolo pueda ser exactamente el mismo (pensemos en el crucifijo emplazado en la pared de una sala de clases o portado por un profesor en su pecho o solapa), existen muchas diferencias entre los símbolos personales e institucionales desde el punto de vista de su efecto

²¹² No obstante, muchos fallos de Cortes de Apelaciones en este sentido fueron citados en *Torcaso v. Watkins* (referido más adelante). Ver DWORKIN (2015).

²¹³ SERRANO PÉREZ (2008).

²¹⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014).

semiótico en la publicidad. Por una parte, los símbolos institucionales, a diferencia de los personales, son fijos y permanentes en el espacio público. Esta permanencia se vincula además con una preferencia impersonal o colectiva respecto de una religión o conjunto de religiones. En el caso de un símbolo personal su porte implica la adherencia individual a una religión. A diferencia de la postura que se expondrá a continuación, los símbolos religiosos institucionales tienden al adoctrinamiento mientras que los personales tienden al pluralismo.

Relacionado con un compromiso de la concepción heredada con la libertad religiosa en sentido estricto, existe un desarrollo deficiente a propósito de la tolerancia o prohibición de símbolos religiosos en el espacio público, sean estos institucionales o personales. A pesar de la diferencia que existe entre un símbolo personal, expresión individual de la libertad religiosa, y un símbolo institucional, que refleja una preferencia colectiva, el tratamiento de ambos vendría unificado por una noción de neutralidad del Estado. Martínez-Torrón señala que la distinción no tiene efectos prácticos ya que ambos tipos de símbolos tienen la misma legitimidad: son válidos mientras no exista “coerción o adoctrinamiento”.²¹⁵

En el marco de la ECHR, como se ahondará más adelante, la Corte es notablemente deferente con las regulaciones de cada país. Según esta postura, la presencia visible de símbolos religiosos no sería en sí misma contraria a un ordenamiento supranacional que no impone un modelo de relación entre Estado y religiones, por lo que cada Estado conserva la potestad de legislar en tal sentido.

Probablemente la categoría de conflictos más importantes en relación con los símbolos religiosos personales es el del velo islámico. En el caso *Ebrahimian v. France*, resuelto por la Corte de Estrasburgo, se confirmó el fallo francés que legitima la prohibición del uso del *hijab* por parte de una funcionaria de la salud pública. Teniendo en consideración la legislación francesa, el uso del *hijab* violaría el principio secular de la República francesa (art. 1º de la Constitución), a la vez que el principio de neutralidad o laicidad (*laïcité*) construido a partir de aquél.²¹⁶

Similar argumentación fue el del caso *Leyla Sabih v. Turkey* (2004), relativo a la prohibición de velo islámico en la Universidad de Estambul. La Corte Europea ratificó la prohibición y la legitimidad de la ley, resaltando la importancia del margen de apreciación. De acuerdo con el

²¹⁵ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014).

²¹⁶ *Ebrahimian v. France* (2015). Corte Europea de DD.HH., N° 64846/11, sentencia de 26 de noviembre de 2015.

fallo, el “principio del secularismo”, que se vincula con el pluralismo e incluye la igualdad entre hombres y mujeres, hace “comprensible” la regulación prohibitiva.²¹⁷ No obstante, en voto disidente la Jueza Tulkens argumenta que la mera exhibición o vestimenta de un velo no puede ser indisolublemente asociado al fundamentalismo islámico. La libertad religiosa, dadas las características del caso, prevalece frente a un legítimo interés público de protección frente al extremismo.²¹⁸

Frente a los símbolos personales, junto con ser su legitimidad considerada competencia de cada Estado, la jurisprudencia parece ir en un sentido opuesto. En el caso *Ludin*, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, también relativo al uso de un *hijab* por parte de una profesora escolar musulmana en un colegio público, se hizo una criticada distinción entre un “peligro abstracto” de adoctrinamiento y un “peligro concreto”. Sin embargo, en el caso de unas vestimentas de religiosas en Baviera (las tocas de monjas que hacían clases en establecimientos educacionales públicos), también símbolos personales, ni siquiera se estimó que existía un peligro abstracto por tratarse de la religión mayoritaria en la región.

En relación a los símbolos institucionales, esto es, aquellos emplazados de manera permanente en el espacio público o en establecimientos dependientes del Estado (como un colegio o un hospital), un conflicto que ha llegado a ser generalizado es el de la presencia de símbolos cristianos, como el crucifijo. El caso *Lautsi and others v. Italy*, relativo a la presencia de crucifijos en un colegio público de la provincia de Padua, representa de manera perfecta la ambivalencia de la Corte de Estrasburgo.²¹⁹ En un primer fallo, la Corte señaló que existía una violación de la libertad religiosa, considerando que el simbolismo del crucifijo era predominantemente religioso y no únicamente depositario de la tradición cultural italiana, por lo

²¹⁷ “116. Having regard to the above background, it is the principle of secularism, as elucidated by the Constitutional Court (see paragraph 39 above), which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn”. *Leyla Şahin v. Turkey* (2005). Corte Europea de DD.HH., N° 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005.

²¹⁸ “Merely wearing the headscarf cannot be associated with fundamentalism and it is vital to distinguish between those who wear the headscarf and “extremists” who seek to impose the headscarf as they do other religious symbols. Not all women who wear the headscarf are fundamentalists and there is nothing to suggest that the applicant held fundamentalist views. She is a young adult woman and a university student, and might reasonably be expected to have a heightened capacity to resist pressure, it being noted in this connection that the judgment fails to provide any concrete example of the type of pressure concerned. The applicant’s personal interest in exercising the right to freedom of religion and to manifest her religion by an external symbol cannot be wholly absorbed by the public interest in fighting extremism”.

²¹⁹ *Lautsi and others v. Italy* (2011). Corte Europea de DD.HH., N° 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011.

que perturbaba tanto la libertad religiosa de los estudiantes como el derecho de los padres para elegir la educación de sus hijos. La sentencia causó gran revuelo en Italia, apelando el gobierno a la *Grand Chamber* de la Corte, quien revocó la decisión anterior, bajo el argumento que el simbolismo inequívocamente cristiano del crucifijo no generaba un adoctrinamiento análogo al de un discurso religioso o la obligación de participar en actividades de índole religiosa. Analizando este caso, Martínez-Torrón hace hincapié en la necesidad de entregar a la legislatura de cada Estado miembro la decisión acerca de la legitimidad de la presencia de estos símbolos en el espacio público, añadiendo que la primera decisión de la Corte pareciera considerar el ateísmo o la irreligiosidad como superiores en términos de neutralidad del Estado.²²⁰

Idéntico fue el conocido “Caso del Crucifijo” en Baviera, brevemente reseñado anteriormente, con la salvedad que no llegó a la judicatura supranacional. Una ley de Baviera de 1983 prescribía la necesidad de fijar un crucifijo en todas las salas de escuelas primarias, agregando que tanto profesores como alumnos debían respetar los sentimientos religiosos de todos. Los reclamantes, de convicciones antroposóficas, reivindicaban el derecho a educar a sus hijos en una escuela pública sin influencias religiosas.

El Tribunal Constitucional Federal realizó la ponderación de derechos de acuerdo con la conocida doctrina de Robert Alexy (óptimo pareto), concluyendo que la *Grundgesetz* (Ley Fundamental Alemana) no legitima que un Estado reivindique la validez de una creencia religiosa específica en virtud de su misión educativa.²²¹ Luego del fallo se modificó la legislación, dejando la opción de que, ante eventuales objeciones por parte de los apoderados o tutores, se buscará una solución pacífica intentando respetar la voluntad de la mayoría de los involucrados. La solución fue citada como “ideal” por gran parte de los *amicus curiae* en el caso *Lautsi* ante la *Grand Chamber*.²²²

El que la competencia de estas regulaciones sea propia de cada Estado (incluso de cada *Land* en el caso de Alemania, los cuales poseen competencias exclusivas para regular algunas materias que escapan al Estado federal) conlleva el peligro de un tratamiento desigual para las religiones minoritarias, dependiendo de las autoridades políticas de turno en cada localidad. Naturalmente, la mera presencia de un símbolo religioso, sea personal o institucional, no genera

²²⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014).

²²¹ ALEXY (1994).

²²² PUPPINCK (2012).

por sí mismo un adoctrinamiento. El núcleo del problema pareciera no encontrarse en el peligro de adoctrinamiento, sea este abstracto o concreto, sino en la afirmación ostensible del carácter mayoritario de una religión frente a otras. Se añade también el problema de la “*freedom from religion*” de los ateos, quienes deberían soportar tanto los símbolos de religiones mayoritarias como de las minoritarias.

El problema de la legitimidad de los símbolos personales e institucionales se relaciona con un problema conceptual que es en sí mismo un ámbito específico de conflictos en el ejercicio de la libertad religiosa. Gran parte de los estatutos legales de libertad religiosa, al igual que algunas Constituciones y algunos textos normativos supranacionales, garantizan el “ejercicio público y privado” de las religiones.

Pero ¿qué es lo público y qué es lo privado? Más allá de la distinción y confusión entre ambas esferas, cuando se habla del ejercicio público de las religiones podemos distinguir al menos dos sentidos: a) público como sinónimo de estatal, el ámbito de acción de los órganos de la administración del Estado en sentido amplio; y b) público como esfera de publicidad (*Öffentlichkeit*) en la cual la sociedad civil genera un discurso racional de legitimidad de la autoridad, de acuerdo a la teoría de Habermas.²²³

Ambos sentidos generan conflictos en el alcance de la libertad religiosa. Por una parte, incluso en un Estado laico, el ejercicio público de una religión legitimaría a una comunidad mayoritariamente católica el poner crucifijos u otros símbolos católicos en un establecimiento educacional público, como también la oferta necesaria de cursos de religión, con los problemas prácticos que esto genera incluso en legislaciones que garantizan la exoneración de los cursos de religión. Y en el segundo sentido, no existiría legitimidad para una *freedom from religion*, ya que toda actividad proselitista o manifestación de las religiones en el espacio público gozaría de legitimidad absoluta, con las únicas restricciones generales en relación al uso del espacio público.

2.3. Titularidad del derecho fundamental de libertad religiosa de las personas jurídicas.

El derecho de libertad religiosa es personalísimo y vinculado a la conciencia del ser humano, pero ya se ha señalado la particularidad del ejercicio de este derecho. Aunque no es un

²²³ Ver HABERMAS (1998).

elemento esencial, la libertad religiosa tiende a ejercerse y reivindicarse en nombre de las comunidades o cultos religiosos, que además en la mayoría casos están organizados como personas jurídicas. Es debido a este carácter *sui generis* de las instituciones religiosas (su estrecha vinculación al derecho fundamental de libertad religiosa) que la regulación de estas ha sido en muchos casos al menos esbozada a nivel suprallegal.²²⁴ Pero ¿tienen estas personas jurídicas la titularidad del mismo derecho de las personas naturales que las crearon? ¿Poseen acaso una entidad o condición distinta de cualquier persona jurídica no vinculada a una religión? Y en este último caso, ¿tendría el resto de personas jurídicas -incluso con fines de lucro- una titularidad del derecho de libertad religiosa?

En el marco de la CADH se ha señalado que la palabra “persona” únicamente se refiere a los seres humanos, como se desprende de la definición del artículo 1.2 (“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”), sin perjuicio de la legitimidad activa de las personas jurídicas respecto de la afectación a la libertad religiosa de sus miembros.²²⁵ Siguiendo una interpretación literal y lógica de la Convención, quedaría excluido un reconocimiento general de los derechos fundamentales para las personas jurídicas, pero el mismo argumento ocasiona problemas en legislaciones como la chilena, que no define “persona” ni distingue entre personas naturales y jurídicas para efectos del ejercicio de los derechos fundamentales, lo que conlleva un problema interpretativo aún no superado. La mayor parte de la dogmática chilena plantea una titularidad parcial de derechos fundamentales dependiendo de la naturaleza del derecho.²²⁶ Se añade el problema de la titularidad de entes morales o personas colectivas sin personalidad jurídica, donde, por cierto, se encontraban mayoría de las confesiones religiosas hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.638.²²⁷

La primacía de la vertiente colectiva de la libertad religiosa, respaldada a nivel legislativo por el estatuto de personalidad jurídica de las religiones, es el presupuesto de un desarrollo reciente en la jurisprudencia: el reconocimiento de una titularidad de libertad religiosa a las

²²⁴ Por ejemplo, la Constitución española en su artículo 16.1 y 16.3; la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 24 inc. 3º; la Constitución italiana en su artículo 8; y la Ley Fundamental alemana en su artículo 140, que mantiene vigentes los artículos 136 a 141 de la Constitución de Weimar.

²²⁵ ARLETTAZ (2011) p. 43.

²²⁶ CEA EGAÑA (2012); NOGUEIRA ALCALÁ (2003); ALDUNATE LIZANA (2008).

²²⁷ CONTRERAS VAZQUEZ (2017) p. 139.

personas jurídicas. A la libertad religiosa de los miembros de un culto se añade una supuesta libertad religiosa de la misma entidad en cuanto ente colectivo.

En EE. UU., la RLUIPA hizo aplicable la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda a las personas jurídicas religiosas e instituciones afines. La sección 2 (a) (1) señala: “*No government shall impose or implement a land use regulation in a manner that imposes a substantial burden on the religious exercise of a person, including a religious assembly or institution* [...]”. Como ya se señaló, esta ley tenía la finalidad de restaurar el estándar del caso *Sherbert*, pero con la disposición mencionada revocó un precedente centenario y uniforme sobre la imposibilidad de personas jurídicas de ejercer un derecho de libertad religiosa. En efecto, ¿cómo es posible que una persona jurídica ejerza una libertad basada en la conciencia?

Como señala adecuadamente la Ley N° 19.638 en su artículo 4, las “iglesias, confesiones o instituciones religiosas”, son aquellas entidades “integradas por personas naturales que profesen una determinada fe”. La fe pueden profesarla personas naturales, pero no las personas jurídicas por ellas constituidas. Ciertamente las entidades religiosas organizadas son titulares de derechos patrimoniales, pero no pueden ejercer un derecho que es personalísimo y vinculado a la conciencia del ser humano.

El caso *Burwell v. Hobby Lobby* es el más importante en este desarrollo.²²⁸ *Hobby Lobby* es una tienda de retail que comenzó como una empresa familiar y se expandió hasta tener presencia en todo EE.UU. Fue fundada por David Green, cristiano evangélico practicante al igual que su familia. El año 2010, la *Patient Protection and Affordable Care Act* (conocida popularmente como *Obamacare*) incluyó la llamada “píldora del día después” (anticoncepción de emergencia) como parte de la cobertura obligatoria de todo empleador para sus empleados. Green se negó argumentando el carácter abortivo de la píldora y la libertad religiosa garantizada por la Primera Enmienda, pero no en cuanto persona natural, sino reivindicando la libertad religiosa de la misma sociedad *Hobby Lobby*.

La Corte de distrito falló en su contra, pero la Corte Suprema, en fallo dividido, revocó la decisión reconociendo un derecho a la libertad religiosa por parte de una persona jurídica con fines de lucro, principalmente en base a un argumento lingüístico de la palabra *person*, y agregando que las empresas no podían ser reducidas a la finalidad de generar ingresos, sino que también

²²⁸ *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 682 (2014).

podían realizar, y de hecho realizaban, actividades de beneficencia o humanitarias. El voto de minoría, entregado por la jueza Ginsburg, citó el precedente de *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, en el cual el juez Stevens señaló que las empresas “no tienen conciencia, ni creencias, ni sentimientos, ni pensamientos, ni deseos”. Mal pueden, por tanto, ser titulares de una libertad religiosa que supone actos humanos personales.

El problema se complejiza si introducimos en la ecuación el debate acerca de las teorías sobre la personalidad jurídica y la mejor explicación de sus características y su calidad de sujeto a nivel de todo el sistema jurídico. En el derecho chileno el Código Civil parece optar por la teoría ficticia planteada por Savigny, pero existen diversas anomalías en este aserto.²²⁹ Desde la Ley N° 20.393, vigente hace poco más de diez años, se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incompatible con la teoría ficticia. Gierke, crítico de la teoría de la ficción por su carácter individualista frente a la función social del derecho privado, contrapone la teoría orgánica considerando a la persona jurídica “una unidad de vida espiritual-corporal, igual al individuo, que quiere y puede traducir en actos lo querido. [...] debe ser un ente vivo en oposición al individuo, en el cual sea accesible para la regulación las relaciones de la unidad del todo con la pluralidad de las partes, mediante normas externas para las voluntades humanas”.²³⁰

No obstante, la titularidad de derechos fundamentales parece escapar a la lógica de Gierke, considerando su justificación en la dignidad humana. Si bien es evidente que algunos derechos fundamentales son en principio aplicables a las personas jurídicas, su titularidad sería indirecta y vinculada exclusivamente a la legitimación activa. En el caso de la libertad religiosa hay un elemento adicional, ya que una persona jurídica, al no tener conciencia ni creencias, es incapaz del acto de fe.

Pero además de ser incapaz una persona jurídica de tener conciencia o creencias, existe otro motivo más importante por el que no puede reconocérsele un derecho a la libertad religiosa. La objeción de conciencia institucional de *Hobby Lobby* implica, incluso si asumimos que la totalidad de sus propietarios adscribían a la misma religión, que todos están necesariamente de acuerdo con que la prestación de un medicamento potencialmente abortivo es una práctica prohibida por su religión, lo cual, además de ser descriptivamente incorrecto, es indefendible en el ámbito de la libertad religiosa. El derecho a disentir respecto de aseveraciones no magisteriales

²²⁹ Ver LYON PUELMA (2003).

²³⁰ GIERKE (2015) p. 47.

está amparado incluso por la Iglesia Católica, que posee una autoridad normativa universal. *A fortiori*, el derecho a disentir en cultos que no poseen una autoridad similar ni siquiera tendría ese límite normativo. El derecho a disentir es, en otras palabras, la manifestación más elevada de libertad religiosa al interior de una religión. Una libertad religiosa institucional es una limitación ilegítima a la libertad religiosa de cada uno de sus miembros al eliminar su capacidad de disentir.

El caso *Hobby Lobby* ha sido considerado en EE. UU. una victoria conservadora.²³¹ No obstante, considerando la pluralidad de cultos reconocidos y de gran arraigo en EE.UU., el precedente legítima también la objeción de conciencia institucional de cultos no tradicionales. Bajo la misma concepción, una persona jurídica podría reivindicar, por ejemplo, una adhesión institucional a la Iglesia de la Cienciología, y solicitar la exclusión de beneficios de salud relativos a enfermedades siquiátricas.²³²

Este desarrollo ha tenido una repercusión a nivel doctrinario en Chile a propósito de la llamada “objeción de conciencia institucional” en la Ley 21.030, que autoriza la interrupción del embarazo en tres causales, luego de un fallo del Tribunal Constitucional que realizó ilegítimamente una modificación al texto a propósito de este elemento.²³³ La objeción de conciencia de las personas jurídicas es una regla vigente en Chile en relación al aborto.

2.4. Beneficios tributarios a instituciones religiosas.

Relacionado con el aspecto anterior, un problema adicional de la primacía de la vertiente colectiva de la libertad religiosa dice relación con el estatuto tributario diferenciado de las personas jurídicas religiosas, el cual es generalizado en los Estados laicos. En algunos Estados este estatuto se encuentra regulado en la legislación tributaria, en otros se encuentra en el ámbito del derecho eclesiástico, y en otros, como el caso chileno, se encuentra contemplado en la misma Constitución.

²³¹ SILVA IRARRÁZVAL (2016) p. 56.

²³² Sobre este y otros postulados de la Cienciología que han generado conflictos jurídicos, véase TAYLOR (2003).

²³³ Ver ATRIA LEMAITRE (2017). En síntesis, el proyecto original disponía en la parte final del artículo 119 ter: “La objeción de conciencia es de carácter personal y no podrá ser invocada por una institución”. El Tribunal Constitucional se limitó a eliminar la palabra “no”, pero esta eliminación transformó por completo el sentido de la norma. Se volverá sobre la objeción de conciencia institucional de la Ley 21.030 en el capítulo 5.

Considerando el fundamento y la finalidad de cualquier estatuto tributario, esta última es la regulación más deficiente desde un punto de vista de política legislativa, pero introduce un importante e interesante elemento de análisis: en la Constitución chilena, el estatuto tributario privilegiado de las instituciones religiosas se deriva de la misma concepción de libertad religiosa como derecho fundamental. Constitucionalmente no existen exenciones o beneficios tributarios a otro tipo de instituciones, descontando la regulación de los “templos y sus dependencias” destinados al servicio de un culto.

Como ya se mencionó, esta regulación proviene de la Constitución de 1925, aunque con una leve modificación: los templos y sus dependencias deben estar destinados o destinadas “exclusivamente” al servicio del culto, y en tal caso se encuentran exentos de “toda clase de contribuciones”. La introducción del vocablo “exclusivamente” tuvo un propósito coyuntural discutido no en la Comisión, sino en el Consejo de Estado, y no tiene mayores efectos prácticos, aunque puede interpretarse sistemáticamente con la prohibición de fines de lucro de la Ley 19.638.²³⁴ La referencia a “toda clase de contribuciones”, por el contrario, ha sido especialmente problemática ya que hace equivalente los términos “tributos” y “contribuciones”, pese a que se encuentran en una relación de género a especie.

La Circular 45 de 2012 del Servicio de Impuestos Internos reafirma una exención tributaria general, incluyendo el impuesto a la renta y el impuesto a las ventas y servicios, pese a que las leyes respectivas no se refieren a los cultos religiosos más que indirectamente (por ejemplo, refiriéndose a las personas jurídicas de derecho público). El problema es que la regulación constitucional, que no ha sido apropiadamente desarrollada en la legislación tributaria, adscribe el beneficio tributario a un espacio físico y no a una actividad. Aunque señale “toda clase de contribuciones” sigue vinculada inevitablemente a un impuesto territorial. Paradójicamente, la única regulación legal de este beneficio se encuentra en la Ley N° 17.235 sobre impuesto territorial, que consagra la exención directa a “iglesias y templos de algún culto religioso” y a las “habitaciones anexas a iglesias o templos de algún culto religioso, ocupados por los funcionarios del culto”.

La deficiencia de la regulación ya citada, por una parte, consiste en dejar en manos de la jurisprudencia administrativa la definición de religión para efectos tributarios, que por razones

²³⁴ Se pretendió con esta fórmula excluir del beneficio tributario a parroquias y otras dependencias de la Iglesia Católica que protegían o refugiaban a perseguidos políticos durante la dictadura. Ver CEA EGAÑA (2012).

evidentes tenderá a ser restringida, lo que beneficia a determinados cultos en perjuicio de otros.²³⁵ No obstante, el problema de fondo consiste en que el fundamento de los beneficios tributarios a las confesiones religiosas no es autoevidente. Gran parte de las actividades que realizan los cultos generan externalidades positivas que debiesen ser subvencionadas (actividades educacionales, relativas a servicios de salud, de beneficencia general, culturales, deportivas, entre otras), pero la exención no está adscrita a la actividad religiosa por sí misma.

Un Estado laico neutral garantiza en iguales términos tanto el derecho a practicar una religión como a no profesar ni practicar religión alguna. Por este motivo los beneficios tributarios no deberían tener cabida puesto que no se trata de una actividad que deba intrínsecamente ser subvencionada por el Estado. Al exencionar de contribuciones a las confesiones religiosas se está reconociendo implícitamente un valor intrínseco a la actividad religiosa en sí misma. Por el contrario, si el ejercicio de la libertad religiosa se considera inequívocamente productivo de externalidades positivas, cualquier acto humano que tuviese un sentido específicamente religioso debiese estar exento de contribuciones, aunque no se encuentre vinculado a una institución.

La religiosidad no puede considerarse por sí sola beneficiosa frente a la irreligiosidad ni digna de un subsidio estatal. El fundamento de los beneficios tributarios a las entidades religiosas tiene que ver con las externalidades positivas que de ellas se derivan, pero esto no les otorga un estatus diferente que el de cualquier asociación no religiosa que tienda a los mismos fines. Este principio fundamental es el que motivó la decisión del caso *Fellowship of Humanity vs. County of Alameda*, ya citado anteriormente. La institución *Fellowship of humanity* forma parte de un movimiento más amplio denominado “Humanismo religioso”, que realiza actividades de beneficencia, educación y justicia social, reivindicando una espiritualidad no teísta. La organización solicitó la exención tributaria, pero esta fue rechazada en primera instancia precisamente por su carácter no teísta.

La Corte de Apelaciones de California revocó el rechazo, señalando que las religiones tienden a llenar un vacío en la vida de los seres humanos, sin importar cuál sea dicha creencia e incluso si no involucra una divinidad, y siendo irrelevante para el gobierno el contenido de la

²³⁵ El Oficio N° 4.292 de 2006 del Servicio de Impuestos Internos y la ya citada Circular N° 45 de 2012, definen “culto” como “un conjunto de ritos y ceremonias litúrgicas con que se tributa religiosamente a lo que se considera divino o sagrado”, definición que excluye los cultos no deístas.

misma.²³⁶ Por lo mismo, siendo la exención tributaria una subvención estatal, éste no podía discriminar entre instituciones teístas y no teístas. Confróntese este concepto amplio de religión con el concepto de culto de la citada Circular N° 45, que vincula directamente lo religioso con lo divino o sagrado.

2.5. Disposiciones jurídicas que involucran una invocación a la divinidad.

Los procesos de laicización son propios de la época contemporánea. Descontando el caso especial de EE.UU., prácticamente todos los Estados occidentales configuraron su independencia bajo el signo de una confesión religiosa. En el caso de Latinoamérica, por razones históricas la religión oficial de los Estados independientes fue la Iglesia Católica Apostólica Romana. Todos los países de América fueron Estados confesionales en su origen, dando paso a la separación de la Iglesia Católica con el Estado en distintos momentos y con distintas consecuencias prácticas.²³⁷ Sin embargo, aún en la actualidad, con la casi totalidad de los países configurados como Estados laicos, la Iglesia Católica aún posee prerrogativas incompatibles con un Estado secular. Estas prerrogativas han sido generalmente concedidas a través de Concordatos, cuya legitimidad en términos jurídicos puede también ser cuestionada en el seno de Estados laicos.

Así, en Colombia, pese a la separación entre Iglesia y Estado, la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa de 1994 reconoce un régimen especial de “personalidad jurídica de derecho público eclesiástico” a la Iglesia Católica en virtud del Concordato de 1973, un régimen que se diferencia de las otras personalidades jurídicas “especiales” por ser declarativo y no constitutivo.²³⁸ En Perú, la actual Constitución garantiza en su artículo 2.3 la libertad de religión y el ejercicio público de todas las creencias, para luego señalar en su artículo 50 que “el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Esta distinción, impropia de un Estado laico, originó en la práctica la creación de dos entes distintos, dependientes del Ministerio de Justicia: la “Dirección de Asuntos de la Iglesia Católica” y la “Dirección de Asuntos Interconfesionales”, una distinción basada,

²³⁶ “[...] ‘religion’ fills a void that exists in the lives of most men. regardless of why a particular belief suffices, as long as it serves this purpose, it must be accorded the same status of an orthodox religious belief”. *Fellowship of Humanity v. County of Alameda*, 153 Cal. App. 2d 673, 315 P. 2d 394 (1957).

²³⁷ Ver SERRANO PÉREZ (2008).

²³⁸ PRIETO (2012) p. 295.

además de la disposición constitucional, en el reconocimiento de una calidad de derecho público a la Iglesia Católica frente a la calidad de derecho privado de otras confesiones.²³⁹ Perú también goza de un acuerdo con la Santa Sede, en vigor desde 1980.

El caso de Argentina es muy similar al de Perú, ya que, pese a garantizar la libertad religiosa, reconoce una desigualdad en favor de la Iglesia Católica. El artículo 2 de la Constitución Argentina señala que “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. El vocablo “sostener” ha sido entendido tanto en un sentido cultural como económico, lo que se traduce en la práctica en la existencia de un presupuesto del culto, lo que hace problemática la inclusión de Argentina en el universo de los Estados laicos.²⁴⁰

Aunque no es algo exclusivo de los Estados que reconocen una preferencia institucional por una religión, sino que también se presentan de manera intensa en Estados laicos, la tradición cultural cristiana y deísta de gran parte de los Estados occidentales se manifiesta en la existencia de diversas actuaciones rituales de relevancia jurídica (juramentos, apertura de sesiones parlamentarias, y otras similares) que requieren una invocación religiosa. Es lo que se ha llamado “deísmo ceremonial”.²⁴¹ El utilizar el concepto “deísmo” implica que dichas invocaciones deban ser realizadas a una idea de divinidad y no a un dios específico (en cuyo caso hablaríamos de “teísmo ceremonial”), lo que ocurre, por ejemplo, en numerosas invocaciones a “*God*” en la práctica norteamericana.²⁴²

La legitimidad y constitucionalidad del deísmo ceremonial ha sido intensamente debatida en la dogmática de EE.UU. y en menor medida en la jurisprudencia.²⁴³ Incluso antes del origen del concepto en 1960, el conflicto inherente al deísmo ceremonial se presentaría de forma nítida en *Torcaso v. Watkins*. Roy Torcaso fue nombrado notario público en Maryland, cuya Constitución requería una declaración de creencia en la existencia de Dios para tomar posesión de un cargo oficial. Torcaso, siendo ateo, se negó a hacer la declaración y su nombramiento fue revocado. La Corte Suprema revocó la decisión. “Ni un Estado de la Unión ni el Gobierno

²³⁹ SÁNCHEZ-LASHERAS (2016).

²⁴⁰ CATANZARO (2016).

²⁴¹ De acuerdo con EPSTEIN (1996) p. 2091, el término “deísmo ceremonial” fue acuñado por acuñado por Walter Rostow, decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, en 1962. NUSSBAUM (2008) ha problematizado el término bajo el argumento que el deísmo entiende a Dios como un principio causal racional y no como un juez personal ante el cual sometemos nuestros actos revestidos de alguna solemnidad.

²⁴² NUSSBAUM (2008).

²⁴³ EPSTEIN (1996).

Federal pueden constitucionalmente forzar a una persona ‘a profesar su creencia o no creencia en una religión’, [como] tampoco es constitucionalmente válida la dictación de leyes o imposición de requerimientos que beneficien a cualquier religión frente a los no creyentes, y tampoco a religiones basadas en la existencia de Dios frente a religiones basadas en otras creencias”.²⁴⁴

Solución análoga fue la de la Corte de Estrasburgo en el caso *Buscarini and others v. San Marino* (1999). Para la investidura de parlamentarios electos, la legislación de San Marino prescribía un juramento sobre los evangelios, bajo la sanción de perder el escaño parlamentario. Dos parlamentarios llevaron el caso a la Corte, quien falló en contra del Estado desestimando las alegaciones relativas a la tradición local y el margen de apreciación.²⁴⁵

En la práctica existe una tolerancia de facto al “deísmo ceremonial”, por su escasa importancia práctica y porque su repetición inveterada las ha despojado de su significado propiamente religioso.²⁴⁶ Es lo que ocurre con las referencias genéricas a “*God*” o “Dios”. No obstante, el problema se acentúa cuando las disposiciones en cuestión revelan una preferencia simbólica por una religión o grupo específico de religiones.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en Chile con el artículo 471 del Código Orgánico de Tribunales, que prescribe la siguiente fórmula de juramento para los auxiliares de la administración de justicia: “¿Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que guardaréis la Constitución y las leyes de la República y que desempeñaréis fielmente las funciones de vuestro cargo?”. El juramento por “Dios Nuestro Señor” y los “Santos Evangelios” sólo tiene sentido como un juramento cristiano que incluso excluye otras religiones deístas.

En este capítulo se han expuesto los conflictos generados por el déficit de la concepción heredada de la libertad religiosa, que ha arrastrado un paradigma religioso sustancialmente distinto del pluralismo religioso de las sociedades occidentales en la actualidad. El desarrollo de una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental supera estos problemas basándose en un análisis de las religiones y cultos a través del pluralismo valorativo y

²⁴⁴ “[N]either a State nor the Federal Government can constitutionally force a person “to profess a belief or disbelief in any religion.” Neither can constitutionally pass laws or impose requirements which aid all religions as against nonbelievers, and neither can aid those religions based on a belief in the existence of God as against those religions founded on different beliefs.” *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488, 495 (1961).

²⁴⁵ *Buscarini and others v. San Marino* (1999). Corte Europea de DD.HH., N° 24645/94, sentencia de 18 de febrero de 1999.

²⁴⁶ Este fue el argumento del Juez Brennan en el voto disidente de *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984). Ver EPSTEIN (1996), p. 2092.

una interpretación de las disposiciones legales, constitucionales y supranacionales que se desprende de dicha concepción de filosofía moral. Corresponde desarrollar a partir del capítulo siguiente esta nueva concepción.

SEGUNDA PARTE
LA CONCEPCIÓN PLURALISTA

Capítulo 4

El pluralismo valorativo como elemento configurador de la libertad religiosa.

1. Introducción.

Para efectos del análisis interpretativo iusfundamental, el pluralismo es un elemento esencial en la concepción de la libertad religiosa. Sin embargo, el concepto de pluralismo ha pasado a ser un tópico líquido que engloba un conjunto de conceptos poco definidos y que se refieren a ámbitos muy diversos. Se utiliza a propósito del sistema político (pluralismo democrático o pluralismo político) como principio para garantizar una representación adecuada de las fuerzas políticas minoritarias.²⁴⁷ Se utiliza también para designar una pluralidad de estatutos jurídicos diferenciados aplicables en un mismo territorio, en virtud de diferencias culturales o nacionales en el seno de un mismo sistema jurídico (pluralismo jurídico).²⁴⁸ Se utiliza, en fin, en el ámbito de la libertad religiosa, para referirse a la pluralidad de confesiones religiosas y creencias que coexisten en las sociedades modernas, a partir del fenómeno que Taylor denominó el “efecto nova”: el monismo occidental representado por el conjunto de religiones abrahámicas dio lugar a un pluralismo de distintas religiones o convicciones acerca de los valores y el sentido de la vida humana.²⁴⁹

Este pluralismo -o, en rigor, pluralidad- de religiones se ha visto potenciada por la globalización. Religiones y cultos que eran propios de ciertas culturas han sido recogidas y adaptadas en lugares remotos, disolviendo incluso la clásica división Oriente-Occidente. En términos económicos, las religiones tienden a competir en un mercado globalizado, también con las distorsiones propias de un mercado imperfecto.²⁵⁰ Cuando se menciona el pluralismo como elemento fundamental para el análisis de la libertad religiosa es necesario, entonces, especificar qué entendemos por pluralismo.

Para desarrollar la propuesta de una nueva concepción de la libertad religiosa, entenderemos por pluralismo el pluralismo valorativo (*value pluralism*) desarrollado en la obra de

²⁴⁷ CORDON (2018); CEA EGAÑA (2012).

²⁴⁸ Ver IANNELLO (2015).

²⁴⁹ TAYLOR (2015).

²⁵⁰ BERGER (2005). Se refiere a cómo las religiones cristianas se dividen áreas de influencia, a la manera de un cartel.

Isaiah Berlin, cuyo origen puede considerarse justamente una respuesta a las guerras religiosas europeas que motivan el clásico ensayo de John Locke *A letter concerning toleration*.²⁵¹ Este pluralismo se configura desde el reconocimiento que las metas humanas son muchas, no todas conmensurables, en perpetua rivalidad entre ellas, y cuyos valores subyacentes no pueden ser graduados en la misma escala. De alguna manera, señala Berlin, debe ser posible que todos los valores coexistan, ya que de otra manera el universo no es un cosmos o armonía.²⁵²

Esta definición de Berlin está en función de cosmovisiones políticas, pero resulta muy apropiada para analizar uno de los problemas ya reseñados de las religiones en la era secular: la pluralidad de religiones se traduce en una pluralidad de metas humanas que, más allá de la metafísica de la revelación, son inconmensurables y reivindican valores y prácticas incompatibles entre sí. El uso del *hijab* y otros símbolos islámicos son resistidos en países occidentales por evidenciar una inferioridad o sumisión de la mujer frente al hombre. Algo análogo ocurre con los ritos de ablación del clítoris e incluso con la circuncisión, prácticas que, vistas externamente, representan una afectación física a personas sin discernimiento. Las prácticas de algunos cultos son en algunos casos incompatibles con leyes de aplicación general, como el sacrificio de animales o la objeción a realizar entrenamiento militar. Los días de descanso religioso de algunas religiones también son incompatibles con las regulaciones laborales de algunos países.

El origen de esta conclusión de Berlin se remonta a la obra de quienes él llama los “tres críticos de la Ilustración”: Vico, Hamann y Herder, los padres del romanticismo. En su clásico texto sobre el origen del romanticismo, Berlin plantea que éste es el antónimo del racionalismo. Allí donde el racionalismo postuló orden, coherencia y respuestas únicas, el romanticismo reaccionó con caos, diversidad y el rechazo de una concepción científicista lógica de las humanidades. Dios no es un geómetra, sino un poeta. Los mitos no eran invenciones, sino la mera expresión de los misterios de la naturaleza, que no podían ser expresadas en palabras, sino únicamente en símbolos.²⁵³

El análisis de Berlin del expresionismo, de la pertenencia a un grupo y de la incompatibilidad de sus respectivos ideales presenta el romanticismo y el racionalismo como

²⁵¹ GALSTON (1995).

²⁵² BERLIN (1969).

²⁵³ BERLIN (2015). Berlin señala que, siguiendo a Blake, en la Ilustración el amor -el arte- fue tenido por crimen, mientras para Diderot (siempre en la interpretación de Berlin) existe un hombre “artificial” que busca conformidad, y un hombre violento y dramático que podríamos calificar como superior, el genio en oposición a las reglas.

opuestos. El desiderátum del racionalismo -un ideal único común a toda la humanidad- es imposible ante la diversidad fáctica de ideales inconmensurables. Son opuestos como la unidad lo es a la diversidad. De esto se sigue que no existe un ideal común a la humanidad. En palabras de Berlin, si los griegos tenían su ideal, los romanos tenían su ideal y los medievales tenían su ideal, dichos ideales son inconmensurables e irreductibles a un sólo ideal común a la humanidad.²⁵⁴

La inconmensurabilidad de los ideales de distintos grupos humanos y su irreductibilidad a un ideal común lleva como corolario el sinsentido de una respuesta definitiva a la pregunta acerca de cómo, en principio, todos debemos vivir, lo que lleva a la negación de la unidad, de la armonía, y de la compatibilidad de ideales, lo cual en definitiva desemboca en la lucha y el conflicto entre distintas concepciones del mundo.²⁵⁵ Según Berlin, durante los ciento setenta años que siguieron a Herder esta visión del romanticismo es la que ha permanecido.

Berlin desarrolla esta idea, y el origen remoto del debate actual acerca del pluralismo, en su conocida obra *Two concepts of Liberty*. Los dos conceptos de libertad son la libertad negativa y la libertad positiva. La libertad negativa es aquel ámbito de exclusión de la acción de otros. El concepto es muy similar al de John Stuart Mill en el también clásico *On Liberty*, pero Berlin llama la atención acerca de una renuncia parcial racional a dicha libertad política en virtud de otros principios morales, como la igualdad. En otras palabras, la libertad negativa no es únicamente limitada lógicamente por la libertad negativa de otros, sino también moralmente por otros principios políticos necesarios en una sociedad. La libertad negativa de Berlin es más cercana a Rousseau que a Hobbes.

La libertad positiva, como contrapartida, no es la exclusión de terceros sino la realización de las aspiraciones personales: ser “el propio maestro de sí mismo”. La trampa detrás de esta libertad es la “retirada a la ciudadela interior” en la cual la libertad del “verdadero yo” pasa a ser la libertad de los ideales de un grupo, tratando a los individuos como medios para alcanzar un fin superior, concluye Berlin citando a Kant. Aunque el ideal de este grupo sea el del más sabio,

²⁵⁴ Para BERLIN (2015), el expresionismo implica la identificación de una creación con su autor. La obra de un artista no puede ser disociada de su vida, de la materia prima que plasmó la obra exterior. El arte es, sobre todo, comunicación. Y mientras algunas cosas son creadas por individuos, otras son creadas por grupos humanos que comparten una misma lengua y una misma tierra. Esto también se identifica con una creación o creaciones, y es por esto que para comprender una obra de arte creada en un lugar y tiempo determinados, debemos comprender a ese grupo humano en cuanto tal, lo que nos comunican como grupo.

²⁵⁵ BERLIN (2015).

como Sarastro en “La Flauta Mágica”, es una creencia falsa el que exista una visión correcta acerca de la libertad del conjunto de individuos.²⁵⁶ Es por esto que, finalmente, Berlin vincula al monismo valorativo con la libertad positiva y al pluralismo con la libertad negativa. Ésta última es la “libertad de elegir fines” sin reclamar su validez eterna.

La vinculación entre libertad y pluralismo en Berlin es más compleja de lo que parece a simple vista. Si el pluralismo postula que no existen verdades absolutas, ¿no vale también esto para el mismo concepto de libertad negativa que encierra el liberalismo político? Este debate, que ilustra el conflicto de la libertad religiosa en las sociedades actuales, se expondrá a continuación.

2. Pluralismo y liberalismo.

En la introducción a su obra *Political Liberalism*, y como una manera de vincular esta obra con su conocida teoría de la justicia como imparcialidad (*justice as fairness*), Rawls señala que las sociedades democráticas modernas se caracterizan por exhibir una pluralidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales que tienden a ser incompatibles entre sí. Este hecho es el resultado del ejercicio de la razón pública en un régimen constitucional democrático. Sin embargo, no toda doctrina comprensiva es una doctrina razonable. Las doctrinas comprensivas razonables son aquellas que no rechazan los principios esenciales de un régimen democrático. Las doctrinas no razonables, por otra parte, socavan el régimen democrático y deben ser contenidas.²⁵⁷

Dentro de esas doctrinas comprensivas razonables, naturalmente se encuentran gran parte de las religiones de las sociedades actuales. Insinúa Rawls que, al menos para algunos autores, el proyecto ilustrado tenía como norte el formular o encontrar una filosofía secular que reemplazaría inevitablemente las religiones (algo bastante similar a lo que postuló la primera teoría de la secularización), pero el liberalismo político reconoce como razonables al menos una gran parte de las doctrinas religiosas actuales.²⁵⁸ No sólo doctrinas seculares (aquellas que mejor

²⁵⁶ BERLIN (1969). Berlin hace una referencia a la Flauta Mágica de Mozart. En esta historia el personaje de la Reina de la Noche le pide al príncipe Tamino rescatar a su hija Pamina del malvado Sarastro. Al conocer a Sarastro, Tamino descubre que es este último el que quiere liberar a Pamina de la oscuridad de su malvada madre a través de su iniciación en el Templo del Sol.

²⁵⁷ RAWLS (1995) p. 11-12.

²⁵⁸ RAWLS (1995) p. 13.

representan el concepto de razón pública) pueden formar parte de las sociedades democráticas, sino también doctrinas religiosas que respeten ciertos principios básicos del régimen democrático. Al igual que el argumento republicano de Dorfman, el proceso democrático implica una autonomía política superior a la mera agregación de preferencias, siendo el fundamento de la autodeterminación del ciudadano, razón por la cual los argumentos religiosos no quedan excluidos *prima facie* del discurso político al contribuir a la autodeterminación y la autonomía política de los ciudadanos creyentes.

El concepto de pluralismo razonable de Rawls nos sirve para distinguir, vinculando este pluralismo con el pluralismo valorativo, entre pluralidad y pluralismo. Mientras la primera designa una situación de hecho, el segundo encierra un juicio valorativo positivo respecto de considerar esta pluralidad que representa visiones inconciliables (pero necesariamente razonables) acerca de la sociedad y los individuos. En los hechos existe una diversidad, y en los valores dicha diversidad es valiosa.

El cuestionamiento fundamental que, según Rawls, es el problema del liberalismo político, es: “¿cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?”.²⁵⁹ Rawls sitúa el origen del liberalismo político (y del pluralismo religioso) en la reforma de Lutero y sus consecuencias posteriores. La religión católica, autoritaria y expansionista, se dividió en distintos credos igualmente autoritarios, salvacionistas y dogmáticos, lo que dio origen a las guerras religiosas y a la desunión.²⁶⁰ “Para los modernos, el bien era conocido a través de su religión; con tan profundas divisiones, las condiciones de una sociedad viable y justa no existían”.²⁶¹

En términos muy similares plantea esta pregunta el filósofo chileno Roberto Torretti: “¿Será posible establecer un sistema coherente de principios morales y normas de conducta aceptable, al menos en teoría, para todos, en el marco del cual los diversos grupos religiosos y culturales puedan cultivar sus respectivas creencias y valoraciones sin amenazar la libertad de los demás?”.²⁶² La respuesta a esta pregunta es, de acuerdo con Orellana Benado, el “más urgente y

²⁵⁹ RAWLS (1995) p. 13.

²⁶⁰ RAWLS (1995) p. 17-18.

²⁶¹ RAWLS (1995) p. 19.

²⁶² TORRETTI EDWARDS (2006), p. 321.

radical problema teórico y práctico de nuestros tiempos, aquel cuya solución contaría como una *revolución*”.²⁶³

El problema más complejo es cuándo debemos entender que las creencias, valoraciones y prácticas de determinados grupos religiosos amenazan la libertad de los demás (o bien, siguiendo a Rawls, los principios esenciales de un régimen democrático), pero la respuesta a esta pregunta requiere determinar además qué ocurre cuando dichos grupos realizan prácticas internas incompatibles con la libertad y dignidad de sus propios miembros. En virtud del pluralismo, ¿deben tolerarse las prácticas eventualmente no liberales de determinados grupos para con sus propios miembros? La respuesta a esta pregunta parece insinuada por Berlin, pero su complejidad ha abierto un debate en torno a la concepción de un “pluralismo liberal” de gran importancia para efectos del análisis de la libertad religiosa.

William Galston hace una importante distinción, parafraseando a Berlin y sus dos conceptos de libertad, entre dos conceptos de liberalismo. La distinción comienza, significativamente, con el análisis de un caso relativo al derecho de libertad religiosa, *Wisconsin v. Yoder* (1972). Una familia de la comunidad Amish alegó la inconstitucionalidad de una ley de Wisconsin que prescribía la obligatoriedad de la educación escolar hasta la edad de dieciséis años, obligación contraria a las prácticas de la comunidad que consideraba la educación superior no sólo innecesaria, sino incluso peligrosa para su plan de salvación. La Corte Suprema de EE.UU. falló en favor de la familia, aunque con un voto disidente del Juez Douglas, quien consideró que el razonamiento era el correcto considerando el punto de vista de los padres, pero no así considerado desde el punto de vista del menor, cuya falta de educación formal podría eventualmente truncar su desarrollo posterior, especialmente en caso de querer abandonar la religión o el modo de vida de sus padres.²⁶⁴

Señala Galston que la distinción de Rawls entre “pluralismo simple” y “pluralismo razonable” no parece arrojar demasiadas luces a propósito de las doctrinas religiosas, ya que la “razonabilidad” de éstas se sitúa en una zona gris. El “consenso superpuesto o traslapado” (*overlapped consensus*), tan importante en la teoría de Rawls, parece algo muy sencillo si nos

²⁶³ ORELLANA BENADO (2010) p. 264. Cursivas en el original.

²⁶⁴ “*It is the student's judgment, not his parents', that is essential if we are to give full meaning to what we have said about the Bill of Rights and of the right of students to be masters of their own destiny. If he is harnessed to the Amish way of life by those in authority over him and if his education is truncated, his entire life may be stunted and deformed*”. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 245-246 (1972).

limitamos a las doctrinas “razonables” que participan en el discurso público aceptando, entre otras, las “conclusiones científicas no controversiales”, pero incluso algo tan trivial y pacífico como esto último es cuestionado por ciertas comunidades cristianas (por ejemplo, a propósito de la teoría de la evolución).²⁶⁵ La teoría de Rawls tendría su punto más débil justamente a propósito de las religiones.

La tradición liberal tendría, según Galston, al menos dos aspectos, cada uno estructurado por un principio: la autonomía y la diversidad. Aunque la visión liberal tradicional es que estos principios se complementan, la visión “pesimista” de Galston es que, en muchas ocasiones, y especialmente en relación a ciertas “áreas disputadas”, como la educación pública y la libertad religiosa, como en el conflicto de *Yoder*, pueden ser -y a menudo son- incompatibles.²⁶⁶

La tesis de Galston es que la acción regulatoria del Estado debe distinguir entre prácticas inherentes a los modos de vida y la movilidad entre dichos modos de vida. La libertad que el Estado debe defender respecto de los individuos es que éstos no se vean atrapados en un modo de vida, pero no debe reconstruir las prácticas al interior de dichos modos de vida.²⁶⁷ Esto lleva a distinguir un liberalismo “pro-autonomía” y un liberalismo “pro-tolerancia” o “pro-diversidad”, que es el que reivindica Galston.

Siguiendo el camino de Galston, aunque con la conclusión opuesta, George Crowder sostiene que el liberalismo “pro-diversidad” de Galston asegura, a grandes rasgos, un derecho de abandonar (*right to exit*) aquel grupo o comunidad (o modo de vida) al cual el individuo no quiere pertenecer en virtud de su autonomía individual. En otras palabras, el modo de vida, por extraño o antiliberal que pueda parecernos, consagra su legitimidad en virtud de la libre voluntad del individuo para abandonarlo. Las prácticas de la comunidad Amish (y, en general, de los cultos carismáticos o integristas, pero también de cultos tradicionales, como las órdenes monásticas de la Iglesia Católica) son compatibles con el liberalismo en tanto no exista coerción para sus miembros. El problema para Crowder es que lo anterior, más que un “archipiélago liberal” (expresión de Kukathas) es un “mosaico de tiranías”.²⁶⁸

²⁶⁵ GALSTON (1995) p. 519-520.

²⁶⁶ GALSTON (1995) p. 521.

²⁶⁷ GALSTON (1995) p. 522.

²⁶⁸ CROWDER (2007) p. 126.

Plantea Crowder que la postura de Galston es una visión de estricta “libertad negativa” del derecho de abandono, esto es, el derecho existe mientras no haya coerción. Pero el problema es que una persona al interior de un determinado grupo puede ni siquiera visualizar esa libertad, ya que existen obstáculos adicionales a la mera coerción, como los costos (económicos, sociales y psicológicos, entre otros) de abandonar el grupo. Aunque no exista coacción, la persona puede ser tan libre de abandonar el grupo como una persona pobre de cenar en el Ritz, siguiendo la célebre frase de Bramwell.²⁶⁹

El “derecho de abandono” presupone, según Crowder, al menos una autonomía para poder juzgar y criticar la propia adhesión al grupo, comunidad o modo de vida. Una persona puede decidir autónomamente ingresar a un modo de vida heterónimo, como las fuerzas armadas o ciertos grupos religiosos, pero para que esta decisión sea autónoma requiere al menos mínimamente un ambiente social que posibilite dicha autonomía, o, en otras palabras, la autonomía procedimental puede no ser practicable fuera un contexto en el que exista algún grado de autonomía sustancial.²⁷⁰

En síntesis, el pluralismo valorativo se refiere a la inconmensurabilidad de bienes, pero no de modos de vida. De otra forma, no sería algo distinto de un “relativismo cultural”. La salvedad es importante ya que, a diferencia de los bienes humanos, las culturas no pueden ser inconmensurables puesto que se encuentran limitadas por el mismo respeto a la diversidad de bienes humanos, o en otras palabras, el respeto a la diversidad de valores al interior de cada cultura, grupo, o modo de vida.²⁷¹

Aunque las posturas de Galston y Crowder no son las únicas en el debate a propósito de liberalismo y pluralismo, es útil centrarse en ellas para luego argumentar por qué la visión de Crowder es la más adecuada para una construcción coherente del derecho fundamental de libertad religiosa en las sociedades actuales.²⁷² En primer lugar, las religiones y cultos poseen una particularidad que no poseen otros grupos o formas de vida en relación a la potencial coacción a sus miembros. En segundo lugar, las convicciones religiosas no representan universos morales

²⁶⁹ CROWDER (2007) p. 127.

²⁷⁰ CROWDER (2007) p. 129.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² También han aportado elementos importantes al debate Will Kymlicka (en favor de la autonomía) y Chandras Kukathas (en favor de la tolerancia). John Gray, por otra parte, postula que el liberalismo es sólo una de las formas culturales compatibles con el pluralismo valorativo. Ver CROWDER (2007).

colectivos, sino expresiones individuales de un compromiso particular con una convicción. Y, en tercer lugar, considerando las distintas características de los cultos en las sociedades actuales, el “derecho de abandono” debe garantizarse en el sentido más fuerte posible, situando el paradigma en los cultos con mayores costos de abandono.

Cuando Rawls habla de las doctrinas comprensivas y potencialmente incompatibles está englobando distintos modos de vida. Caben dentro de este concepto tanto asociaciones como agrupaciones difusas, tradiciones culturales de grupos minoritarios como inmigrantes, concepciones políticas más o menos organizadas y, por cierto, las religiones, con características también de distinto tipo. Pero lo particular de las religiones es que el costo psicológico de abandonar el grupo es considerablemente superior a otros modos de vida, principalmente porque el individuo puede verse expuesto, en su conciencia, a perder su propia salvación (entendiendo esto como la posibilidad de una existencia ulterior o trascendencia). Una posible objeción a este argumento es que, al decidir abandonar una religión, el individuo ya sería psicológicamente inmune a la coacción de su “salvación”, pero esto naturalmente sólo aplica para el caso que el individuo abandone el grupo por haber perdido su convicción, y como se expondrá a continuación, es perfectamente posible que un individuo, por distintos motivos, decida abandonar un culto o religión sin haber perdido sus convicciones religiosas.

Las religiones configuran y utilizan códigos morales y tradiciones de distinto tipo que tienden a ejercerse, como se señaló en la primera parte, de manera colectiva. No obstante, cada individuo al interior de un grupo o comunidad religiosa tiene una conciencia única e irrepetible en relación con las convicciones compartidas. Tal como, pese a compartir la condición humana, cada persona es distinta de todas las demás, lo mismo cabe decir de las convicciones religiosas, sin perjuicio de compartir determinadas prácticas o creencias.²⁷³ Esto implica que, incluso al interior de un grupo religioso, el individuo debe conservar la facultad de disentir de las creencias o prácticas, incluso cuando su ingreso al grupo sea completamente voluntario. Esto aplica, naturalmente, para cualquier grupo o modo de vida, pero retomando el argumento anterior, el costo psicológico de abandonar una religión es aún superior cuando el individuo conserva sus convicciones religiosas, pero, no obstante, decide abandonar el grupo o modo de vida que administra sus creencias.

²⁷³ ORELLANA BENADO (2011).

Por último, es necesario recalcar, aunque sea evidente, que no todos los grupos religiosos generan la misma coacción ante el potencial abandono de sus miembros. Tanto por aspectos fácticos como normativos, el costo psicológico para un laico que hace apostasía de la Iglesia Católica (o simplemente deja de participar en la comunidad de la iglesia) es distinto que el de un miembro del clero que toma dicho paso, o para el miembro de una secta o grupo carismático. Y como se señaló anteriormente, puesto que cada individuo tiene una relación única e irrepetible con sus convicciones y con el grupo religioso que las practica, puede ocurrir incluso (probablemente algo excepcional) que el costo psicológico del laico de abandonar su iglesia sea superior al de quien abandona una secta. Por lo anterior es necesario que el paradigma del “derecho de abandono” sea el del costo psicológico más alto o, en otras palabras, que el contexto de autonomía sustancial que menciona Crowder sea garantizado de la forma más fuerte posible.

Es importante tener presente que no siempre el ingreso a un grupo religioso es voluntario. Pensemos en menores de edad iniciados en la religión por sus padres, como ocurre en el caso *Yoder*. Tanto las sectas como muchos cultos carismáticos e integristas realizan prácticas de control mental (*brainwashing*) de sus miembros, generando un déficit de autonomía que puede incluso superar al de otros grupos o modos de vida.

El razonamiento anterior lo ilustra la solución de un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia el año 2013, que, entre muchos aspectos relevantes, considera un interés superior del individuo frente a la autonomía de las religiones en cuanto instituciones.²⁷⁴ La sentencia resuelve favorablemente el requerimiento de la religiosa de claustro Margarita Alicia López, quien en 2008 solicitó la exlaustración del Monasterio de Santa Clara, para luego pedir su reintegro al no poder desarrollar su vida extramuros por la falta de un sustento económico mínimo. Al abandonar el monasterio, se le pagó un monto único (por concepto de “ayuda del monasterio”) de un millón de pesos, en circunstancias que la religiosa había permanecido en el monasterio por más de 42 años. Como en primera instancia se acogió el requerimiento de la religiosa, el monasterio argumentó que se estaba interfiriendo en la autonomía de una institución amparada por la personalidad jurídica especial (concordataria) de la Iglesia Católica.

El fallo comienza señalando que, sin perjuicio de la autonomía de la Iglesia Católica y sus instituciones, la laicidad estatal que establece la Constitución de 1991 “generó la

²⁷⁴ El fallo (T-658, Corte Constitucional de Colombia, año 2013) puede consultarse en: [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-658-13.htm>].

inconstitucionalidad sobreviniente de buena parte de las disposiciones concordatarias”, debiendo la Corte redefinir los principios que han de orientar la relación entre el Estado y las diversas religiones. En lo pertinente, la Corte señala que todas las religiones poseen y pueden ejercer su autonomía “dentro del marco trazado por el respeto a los derechos fundamentales de las personas y el cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho”.²⁷⁵ Los derechos fundamentales vulnerados por la reivindicación del Monasterio de Santa Clara serían el principio constitucional de solidaridad, el derecho a una vida digna y al mínimo vital de la religiosa, y una vulneración del debido proceso de la accionante (por haberse iniciado el trámite de expulsión del monasterio sin su conocimiento ni audiencia).

Al momento de redacción de la tesis, se encuentra pendiente de fallo por la Corte Interamericana el caso *Pavez Pavez vs. Chile*. Si bien el caso no se refiere directamente a la libertad religiosa de la solicitante, evidencia un conflicto similar en relación al grado de autonomía que tienen y deben tener las confesiones religiosas en un Estado laico. El conflicto (originado el año 2007) se refiere a la revocación de un certificado de idoneidad para impartir clases de religión en un colegio público a una profesora -que realizaba las clases hacía veinte años- por su orientación homosexual.

De acuerdo a lo señalado en el informe de la Comisión, la autoridad encargada de emitir el certificado de idoneidad (el vicario para la educación del obispado de San Bernardo) habría exhortado a la profesora a abandonar su “vida homosexual” solicitándole se sometiera a una terapia psiquiátrica para “revertir su alteración mental”. Al no realizarlo, se revocó el certificado, aunque la profesora continuó vinculada al colegio en otras labores. Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema rechazaron el recurso de protección presentado por la profesora en virtud de la autonomía de los grupos intermedios (en este caso, la autonomía de la autoridad de la Iglesia Católica para declarar la idoneidad para impartir clases de religión).²⁷⁶

El caso llegó a la Comisión Interamericana y luego a la Corte, donde ya se realizó la audiencia pública y están pendientes los alegatos y observaciones finales. Ante la Comisión, el Estado de Chile alegó no haber incurrido en una discriminación por orientación sexual “pues la normativa interna otorga a las religiones la potestad de determinar la idoneidad de las personas

²⁷⁵ Considerando 8°.

²⁷⁶ El informe de la Comisión, disponible en: [<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12997Fondo-ES.PDF>]

que enseñan tal asignatura, lo cual resulta legítimo y constituye una forma de respetar la libertad religiosa”, agregando que “no le corresponde al Estado inmiscuirse en tales decisiones y que la relación laboral de la entidad pública con los profesores de religión es separada de la habilitación que les corresponde a las iglesias”. El informe de la Comisión concluye que existió una violación al principio de igualdad y no discriminación, recomendando “la adecuación de la normativa interna, incluyendo el Decreto 924 de 1983 del Ministerio de Educación, a fin de que asegurar que el mismo no promueva actos de discriminación por orientación sexual en su aplicación”, aunque sin hacer referencia alguna a la autonomía de las confesiones religiosas.

Es evidente que la autonomía de los cultos para administrar sus propias reglas debe ser reconocida, y por lo mismo forma parte de gran parte de las regulaciones a nivel comparado. En el caso *Serif v. Greece* (1999), el gobierno griego intervino ante la elección de un Muftí (autoridad judicial en el islam) en la región de Ródope (Tracia) por existir un conflicto interno en la elección, con el argumento que la división de la comunidad islámica en este aspecto ponía en peligro la libertad religiosa de una región con gran presencia musulmán. La Corte de Estrasburgo rechazó la intervención estatal por considerar, entre otros factores, que las disidencias al interior de una comunidad religiosa no legitimaban una inmisión en su estructura administrativa interna.²⁷⁷

La autonomía de las religiones para definir sus reglas internas es siempre relativa, pero esto no se aplica únicamente a religiones que pudieran contradecir los principios esenciales de un régimen democrático constitucional, sino también a prácticas en principio legítimas que afectan la autonomía de sus miembros, tanto en relación con su imposibilidad fáctica de abandonar el grupo como a la disidencia. El pluralismo religioso no es únicamente una pluralidad de distintas religiones organizadas, sino también el pluralismo al interior de cada grupo religioso. Al contrario de lo que señala Galston, un Estado laico sí tiene derecho a intervenir al interior de un grupo religioso cuando sus prácticas son incompatibles en los hechos con derechos fundamentales de sus miembros. Esta afectación no se restringe a los cultos destructivos, y como se desarrollará en la última parte, es en principio el problema interpretativo más complejo en relación con el límite del “orden público” para el ejercicio de los cultos.

Como se expondrá en el capítulo siguiente, el compromiso del pluralismo con un liberalismo pro-autonomía individual (siguiendo la tesis de Crowder) incide directamente en la

²⁷⁷ *Serif v. Greece* (1999). Corte Europea de DD.HH., N° 38178/97, sentencia de 14 de diciembre de 1999.

interpretación del derecho fundamental de libertad religiosa y en su desarrollo legal. La libertad religiosa es, ante todo, un derecho que involucra convicciones personalísimas que prevalecen sobre derechos e intereses de grupos o instituciones religiosas.²⁷⁸ Adelantando lo que será desarrollado en el capítulo siguiente, hay al menos tres elementos que una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental debe considerar: a) la llamada “vertiente individual” o “aspecto interno” de la libertad religiosa tiene primacía respecto de las instituciones religiosas; b) los grupos religiosos se configuran, por regla general y usando la expresión de Crowder, como contextos de escasa autonomía sustancial, razón por la cual su autonomía en cuanto “grupo intermedio” es inferior a la de otros; y c) ante la inconmensurabilidad de los valores, metas o bienes humanos, el Estado debe asumir una posición neutral respecto de ellos, aunque supervigilando el adecuado ejercicio de esta libertad.

3. Costumbres, prácticas y actos.

Pese a que la definición de pluralismo del mismo Berlin y seguida por Galston y Crowder pareciera estar en el lado del no cognitivismo ético, existe un amplio consenso en relación a que el pluralismo es compatible con el razonamiento práctico.²⁷⁹ El pluralismo valorativo no nos permite definir acciones correctas e incorrectas, pero sí distinguir entre acciones o prácticas razonablemente aceptables y acciones o prácticas inaceptables. Más allá del “derecho de abandono” de un grupo, común a ambos conceptos de liberalismo ya mencionados, es necesario intentar definir la “razonabilidad” que propone el pluralismo.

En Rawls la razonabilidad está dada por el respeto a los principios esenciales de un régimen democrático constitucional, lo que constituye una base sólida y, en principio, suficiente. Sin embargo, aun frente a una neutralidad *de jure* por parte de un Estado laico, y el reconocimiento y protección de cultos que representan doctrinas comprensivas razonables, la existencia de religiones mayoritarias y minoritarias tiende a trasladar el conflicto al ámbito de la sociedad civil. En otras palabras, la actitud pluralista no se agota con el marco normativo del Estado laico, sino que se extiende a toda la sociedad en distintos niveles. Aun cuando el Estado chileno reconozca y garantice la libertad religiosa a los musulmanes y a la comunidad islámica,

²⁷⁸ CROWDER (2007).

²⁷⁹ CROWDER (2007) p. 122.

esto no implica que también exista un respeto y una actitud adecuada frente al pluralismo por parte de todos los actores sociales.

El caso paradigmático en Chile, que replicó los conflictos europeos relativos al velo islámico, fue el de Fabiola Palominos, mujer musulmana que el año 2011 fuera obligada a remover su velo islámico frente al jefe de atención al cliente de un banco para verificar la concordancia de su rostro con la foto del carnet de identidad y permitirle cobrar un cheque.²⁸⁰ Por cierto, el *hijab* (que era el velo que portaba la mujer en este caso), a diferencia de la *burka* y el *niqab*, permite identificar plenamente a su portadora.

Corresponde definir cómo es que el pluralismo valorativo puede definir modos de vida razonables frente a los no razonables. En el pluralismo “la diversidad de formas de vida constituye un rango valioso de forma intrínseca de las distintas manifestaciones de la naturaleza humana”.²⁸¹ Siguiendo a Orellana Benado, denominaremos identidades humanas a aquellas distintas manifestaciones de la naturaleza humana.²⁸² Aquellas identidades humanas, o formas de vida, son intrínsecamente valiosas, de acuerdo con la definición de pluralismo valorativo, pero al mismo tiempo diversas y potencialmente incompatibles, especialmente en virtud de los valores vividos y practicados al interior de ellas. Esto es especialmente evidente en el análisis de las religiones. Incluso dentro del universo de las religiones abrahámicas (esto es, judaísmo, cristianismo e islam) existen reglas y prácticas incompatibles, como aquellas relativas a penitencias, ofrendas y sacrificios. Más aún: si sólo comparamos religiones cristianas existen códigos morales y prácticas que colisionan al interior de las prácticas generales de las sociedades modernas (por ejemplo, los conflictos a propósito de las transfusiones sanguíneas o el servicio militar para los Testigos de Jehová).

Sin embargo, y pese a ser dichas identidades eventualmente incompatibles, todas comparten el ser manifestaciones de la naturaleza humana. Cada identidad humana vive determinados valores, a veces incompatibles con los valores que vive otra identidad humana, pero como dichas identidades comparten la misma naturaleza, la naturaleza humana, bien podemos además tratar como valores los de identidades distintas de la propia. “El pluralismo requiere respetar no sólo aquellas costumbres que, en virtud de la identidad propia, se *viven* como

²⁸⁰ La afectada recurrió de protección, pero el recurso fue rechazado por un aspecto formal, aunque con un voto disidente que estuvo por acogerlo. Ver ZÚÑIGA AÑAZCO (2011).

²⁸¹ ORELLANA BENADO (2011) p. 29.

²⁸² ORELLANA BENADO (2011) p. 59-60.

valores sino, también, *tratar* como valores las costumbres legítimas que otros, en virtud de una identidad tan legítima como la propia, *viven* como valores”.²⁸³ Un católico que invita a cenar a un musulmán o a un judío no vive como valor el abstenerse de comer cerdo, pero bien puede tratar como valor dicha abstención de su invitado y excluir la carne de cerdo del menú. Viceversa, un musulmán o judío que invita a cenar a un católico en Viernes Santo no vive como valor el abstenerse de comer carne esa fecha, pero bien puede tratar como valor la prohibición de su invitado y excluir la carne en dicha ocasión.²⁸⁴ Uno de los mayores problemas del tratamiento de las religiones es sucumbir a la tentación de lo que Orellana Benado llama “maniqueísmo valorativo”: entender el conflicto humano en términos de una lucha de los buenos (los valores propios) contra los malos (los valores ajenos), que lleva a condenar ciertos actos únicamente ante la ceguera de poder tratar como valores éstos últimos.²⁸⁵

Se habló de costumbres legítimas. ¿Cuándo serían ilegítimas? Las costumbres ilegítimas, que no pueden vivirse ni tratarse como valores son aquellas que menoscaban la naturaleza humana, o, en otras palabras, aquellas que no comparten ese denominador común a la humanidad. Si una costumbre afecta la misma dignidad o condición humana, utilizando la fórmula kantiana, tratando a las personas como medios y no como fines, no es susceptible de ser vivida ni tratada como valor. La distinción entre naturaleza e identidades humanas es importante ya que permite iluminar la “tercera vía” del pluralismo. “En términos metafísicos, el relativismo reconoce el concepto de *identidad* humana, pero desconoce el concepto de naturaleza *humana*, mientras que por su parte el universalismo reconoce el concepto de *naturaleza* humana pero desconoce el de *identidad* humana”.²⁸⁶

Las creencias por sí mismas no son regulables por el derecho. Es por esto que en el desarrollo jurídico de esta nueva concepción es necesario centrarse en los actos que subyacen a las creencias. Orellana Benado distingue entre costumbres, prácticas y actos.²⁸⁷ El acto que subyace a una creencia religiosa no es un hecho externo aislado sino vinculado con una práctica humana compleja en la cual dicho acto tiene un significado. Esta práctica, en el nivel de abstracción máxima, nos lleva a un concepto de costumbre, que supone un denominador común

²⁸³ ORELLANA BENADO (2011) p. 60. Cursivas en el original.

²⁸⁴ ORELLANA BENADO (2011) p. 68-69.

²⁸⁵ ORELLANA BENADO (2010).

²⁸⁶ ORELLANA BENADO (2011) p. 72. Cursivas en el original.

²⁸⁷ ORELLANA BENADO (2010).

a toda la humanidad. Si partimos de la base que las metas o valores humanos son inconmensurables y no podemos postular la primacía de unos por sobre otros, es necesario reconocer *prima facie* igual valor a los actos que subyacen a las prácticas y costumbres.

Sin embargo, aunque todo acto pueda tener como fundamento una práctica humana compleja, reconducible a una costumbre de la humanidad, existen determinados actos que, por afectar los derechos de terceros, no pueden considerarse actos de legítimo ejercicio de la libertad religiosa. En el ámbito de las religiones, el ejemplo extremo es el del sacrificio humano ritual, pero existen muchos otros actos que se encuentran en una zona de penumbra, como la ablación genital femenina y la circuncisión, el sacrificio de animales o el uso de drogas como parte de un ritual. Aunque se trata de un análisis complejo, es necesario al menos intentar una categorización de actos relativos al ejercicio de la libertad religiosa para intentar distinguir los legítimos de los ilegítimos.

4. Una propuesta tipológica de actos relativos a prácticas religiosas.

Ya se ha señalado, siguiendo a Durham, Berger y otros, que uno de los mayores problemas de la religiosidad como fenómeno social dice relación con la pluralidad de confesiones religiosas que conviven en las sociedades modernas. Las creencias y prácticas de una religión o culto minoritario pueden resultar incomprensibles o chocantes para los practicantes de alguna religión o culto mayoritario, e incluso para no practicantes. Este problema es, en su origen, estrictamente cultural: tiene más relación con una divergencia en las formas de vida que con las creencias religiosas en sí mismas, lo cual es evidente al analizar las prácticas de las distintas religiones abrahámicas. Sin embargo, y como también se mencionó, esta divergencia en las formas de vida que subyacen a creencias religiosas es justamente el desiderátum del pluralismo. Conclusión ineludible de la argumentación anterior, es que el que un acto relativo a prácticas religiosas sea incomprensible o chocante no es un motivo para prohibirlo o restringirlo.

Teniendo en consideración las conclusiones mencionadas hasta ahora a propósito del pluralismo valorativo, el paso siguiente es realizar una tipología de actos relativos a prácticas religiosas determinar cuáles son legítimos y cuales debiesen ser prohibidos, restringidos o limitados. La medida de esta tipología será, siguiendo la máxima clásica del liberalismo, de qué

manera puede un acto relativo a una práctica religiosa interferir con los derechos y libertades de otra persona.

De acuerdo con lo anterior, existen al menos tres categorías principales: a) actos relativos a prácticas religiosas que niegan la dignidad humana; b) actos relativos a prácticas religiosas que afectan de manera directa derechos y libertades de las personas; y c) actos relativos a prácticas religiosas que afectan sólo indirecta o potencialmente derechos y libertades de las personas.

En el primer grupo sólo existe un acto: el sacrificio humano ritual. Se trata de un acto que niega la dignidad al instrumentalizar a un ser humano, y al mismo tiempo anular irreversiblemente su propia libertad religiosa. De la misma forma que la pena de muerte precluye de manera irreversible la posibilidad de revisión de un error judicial, el sacrificio humano impide una eventual arrepentimiento o cambio de la propia convicción religiosa (tratándose, naturalmente, de un sacrificio consentido por la víctima). Fue un acto relativamente común en algunas religiones antiguas, como las guerras floridas de los Aztecas y las religiones del paganismo nórdico, pero generalmente ausente en la actualidad, salvo algunas sectas cuya relevancia no pasa de ser tristemente anecdótica.²⁸⁸

¿Puede considerarse un sacrificio humano la negativa consciente a realizar procedimientos médicos que podrían evitar una muerte inminente? El problema es bastante común en las prácticas de los Testigos de Jehová que, por motivos religiosos, rechazan tanto respecto de sí mismos como respecto de sus hijos la transfusión sanguínea y trasplantes de órganos. Si bien el conflicto es complejo, al menos respecto de los propios miembros del culto la diferencia con el sacrificio humano consentido es la voluntad de evitar un tratamiento terapéutico contrario a las convicciones religiosas, de manera análoga a la negativa al encarnizamiento terapéutico en el caso de enfermos terminales.

En el segundo grupo se encuentran distintos actos que, en mayor o menor medida, afectan distintos derechos o libertades de las personas. Si bien una definición detallada de la afectación de derechos y libertades nos remitiría al catálogo completo de derechos fundamentales, existen algunas categorías generales de afectación de derechos en gran parte de la práctica de las

²⁸⁸ Uno de estos casos ocurrido en Chile el año 2012 fue el sacrificio de un recién nacido por parte de la llamada “Secta de Colliguay” liderada por Ramón Castillo Gaete (quien se hacía llamar “Antares de la luz”). Una investigación respecto de esta secta y su líder puede revisarse en FOXLEY DETMER (2017).

religiones. Éstas son: i) afectación a la integridad física; ii) afectación a la libertad ambulatoria; y iii) afectación a la libertad para realizar actividades económicas, incluyendo actividades laborales.

Los actos relativos a prácticas religiosas que involucran una afectación a la integridad física son de distinta entidad, pero generalizados. Existen afectaciones irreversibles, como la ablación del clítoris en una escuela del *fiqh* del islam sunní (no restringida a mujeres mejores de edad), la circuncisión en el judaísmo y también en el islam (aunque en este último caso, sin carácter obligatorio como en el judaísmo, y no necesariamente respecto de menores de edad), o la prohibición de recibir transfusiones sanguíneas o trasplantes de órganos en algunos cultos cristianos (como los Testigos de Jehová). Por tratarse de afectaciones irreversibles y potencialmente riesgosas para la vida o el desarrollo de la personalidad de los individuos, se trata de actos generalmente tolerados pero que deben estar sujetos a un escrutinio muy estricto.

Posiblemente el problema más complejo sea el de igual tratamiento de cultos que realizan rituales de este tipo desde hace siglos frente a cultos que podrían reivindicar, en virtud de la libertad religiosa, el derecho de comenzar a realizar rituales similares en la actualidad, con todo el conflicto relativo al derecho de los involucrados. ¿Debe tener un tratamiento distinto (una mayor deferencia) una práctica realizada desde tiempos inmemoriales frente a la misma práctica realizada por un culto que lleva algunos meses o años de funcionamiento? En los últimos años se ha desarrollado un debate político en Alemania en relación con la circuncisión en el Islam y el judaísmo, especialmente a propósito de las complicaciones que tuvo un menor de cuatro años luego de un procedimiento en Colonia.²⁸⁹ ¿Puede considerarse la circuncisión -o cualquiera ablación genital- una violación a los derechos humanos de un menor? ¿Se trata de un conflicto jurídico o involucra una deliberación política profunda que depende de la historia de cada sociedad?

Los actos relativos a prácticas religiosas que involucran una afectación a la libertad ambulatoria tienen que ver con la utilización del espacio público para realizar manifestaciones religiosas de distinto tipo, como las procesiones, misas y celebraciones públicas y fiestas religiosas populares de distinto tipo. Con estos actos, ejecutados en el ejercicio público legítimo de las religiones (derecho reconocido como tal en muchas legislaciones comparadas), se afecta tanto el libre tránsito de las personas que habitan en el lugar de la manifestación como también un más

²⁸⁹ Ver SCHIRIN AMIR-MOAZAMI (2016).

ambiguo e impreciso “derecho a la tranquilidad” (por ejemplo, en las manifestaciones realizadas en días festivos). Cuestión compleja es la de si existe un derecho de reunión privilegiado para el ejercicio de la libertad religiosa, pero siendo reconocido el ejercicio público de la religión éste necesariamente implica el derecho a manifestar públicamente la religión a través de actos que afectan la libertad ambulatoria, aunque con limitaciones razonables de no afectación a una convivencia tranquila (como el horario, la duración de limitaciones al libre tránsito, el nivel de ruido, entre otras) propias de las disposiciones generales de policía.

Por último, los actos relativos a prácticas religiosas que involucran una afectación a la libertad económica en sentido amplio se refieren a días de descanso o actividades prohibidas por el culto respectivo. Como se verá más adelante, el problema surge al coexistir la norma religiosa con una norma jurídica que prescriba una regulación incompatible o excesivamente gravosa frente a la anterior.

Finalmente, en el tercer grupo se encuentran actos que afectan sólo indirecta o potencialmente derechos y libertades de las personas. Un problema complejo de gran relevancia en la actualidad que sirve de ejemplo tiene que ver con las prohibiciones de reuniones en virtud de la contingencia sanitaria mundial del COVID-19, conflicto que ha tenido lugar en Europa, EE.UU. y América Latina. En rigor, un culto que realiza sus reuniones tradicionales en el contexto de la prohibición sanitaria estaría violando dicha regulación, pero afectando solo potencialmente los derechos de terceros (derecho a la salud y a la integridad física).

Respecto del segundo y tercer grupo es necesario realizar una precisión adicional. Aunque en principio podría parecer que el segundo grupo se refiere a una afectación de los derechos de los propios miembros del culto o religión y el tercero a una afectación de los derechos de terceros extraños al culto o religión, también es factible que la afectación directa sea a miembros extraños al culto (por ejemplo, respecto de menores de edad -neófitos o profanos- hijos de padres miembros del culto), y que la afectación indirecta o potencial sea respecto de los propios miembros del culto. La importancia de esta precisión radica en que la misma libertad religiosa legitima algunas afectaciones a los propios derechos, y el ejercicio público de las religiones implica una limitación a potenciales derechos de terceros. La afectación permitida en este último caso debe ser de menor entidad frente al caso anterior.

La tipología precedente sirve para definir, *a contrario sensu* y desde un punto de vista liberal, qué actos relativos a prácticas religiosas no pueden ser prohibidos ni restringidos al no afectar, de manera alguna, derechos de las personas. Dentro de ellos encontramos el uso de sustancias sicotrópicas, estupefacientes o alucinógenas sometidas a control, el proselitismo religioso (entendido esto último como actos que no afectan ostensiblemente la libertad ambulatoria), la negativa a realizar actos de homenaje a símbolos patrios o el servicio militar y el sacrificio de animales (cumpliendo con una regulación sanitaria a lo menos básica), entre otros.

Una fórmula ya asentada en la jurisprudencia de Estrasburgo y de la Corte Suprema de EE.UU. tiene que ver con la “neutralidad” de las leyes que regulan estos aspectos. La prohibición de determinadas sustancias, por ejemplo, sería un ejemplo de una ley de aplicación general que no va dirigida específicamente a prohibir su uso en rituales religiosos. Aunque en principio esta doctrina parece razonable, es contraria a las bases mismas del pluralismo valorativo al propugnar que la generalidad de una prohibición prevalece frente al interés legítimo de determinados grupos cuyos valores y modos de vida no son incompatibles con los de la mayoría de la población.

5. Una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental.

En el capítulo siguiente se expondrá cómo el pluralismo valorativo puede influir positivamente en la regulación e interpretación jurídica de la libertad religiosa, superando los problemas propios de la concepción tradicional. Los principales problemas que acarrea la concepción tradicional pueden explicarse a partir de un déficit en la concepción de pluralismo inherente a la realidad actual de la pluralidad de religiones, y pueden ilustrarse a partir de algunos casos en la jurisprudencia que evidencian un tratamiento erróneo que puede ser explicado en virtud de la tipología anteriormente desarrollada.

En el ya citado caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), que motivó la dictación de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) en 1993, se negó el pago de un seguro estatal de desempleo a dos miembros de la iglesia nativa americana, culto sincrético cristiano que utiliza el peyote en sus rituales, contemplado como sustancia prohibida por la ley de Oregon. Los reclamantes habían sido cesados como consejeros de una clínica de rehabilitación de drogas. La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Oregon dieron la razón

a los reclamantes. El Estado apeló ante la Corte Suprema de EE.UU., que en un polémico fallo revocó la decisión estatal.

El voto de mayoría centró su argumentación en la distinción entre leyes de aplicación general y leyes destinadas específicamente contra una religión o grupo de religiones. Sí sería inconstitucional, por ejemplo, la prohibición de forjar estatuas para el culto, o el prohibir arrodillarse frente a un becerro de oro, pero no así las leyes que prohíben el uso de drogas. El fallo citó además el antiguo precedente *Reynolds v. United States* para argumentar que la solución contraria llevaría a que “cada persona fuese una ley para sí misma”.

Como ya se señaló, el caso fue tan polémico que motivó la dictación de una ley, la *Religious Freedom Restoration Act*, cuya finalidad era restablecer el estándar de *strict scrutiny* del caso *Sherbert*. Aunque la RFRA también tuvo cuestionamientos de constitucionalidad, bajo su vigencia se resolvió un caso muy similar a *Smith* en *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, relativo al uso de Ayahuasca en los rituales de una iglesia brasileña. La ayahuasca contiene dimetiltriptamina, enteógeno prohibido por la *Controlled Substances Act*. A diferencia de *Smith*, la Corte de Distrito de Nuevo México falló en favor del centro, decisión confirmada por la Corte Suprema.²⁹⁰

En 1961 la Corte Suprema de EE.UU. resolvió tres casos muy similares relativos a la incompatibilidad de festividades religiosas minoritarias (no oficiales) frente a festividades religiosas mayoritarias. La incompatibilidad práctica se traduce en dos días de cierre para el comercio cuyos sostenedores debían cumplir con su día de descanso religioso. En el caso *Gallagher v. Crown Kosher* se prohibió a una carnicería *kosher* abrir el día domingo, por una prohibición del estado de Massachussets que tenía su origen último en una práctica cristiana (regulaciones conocidas genéricamente en EE.UU. como “*blue laws*”, vigentes en algunos Estados y en virtud de las cuales también se prohíbe la venta de alcohol). Dado que por su religión los dueños de *Crown Kosher* no podían atender al público el sábado, era para ellos extremadamente oneroso -a la postre impracticable- conservar la carne en buen estado desde el viernes hasta el día lunes.²⁹¹

²⁹⁰ *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

²⁹¹ *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961).

En *Braunfeld v. Brown*, un conflicto idéntico afectó a una tienda de *retail* de Pennsylvania. En voto disidente, el Juez Brennan sostuvo que las leyes que obligaban a cerrar el día domingo (“*Sunday closing laws*”) sí eran inconstitucionales en virtud de la *Free Exercise Clause* (no así respecto de la *Establishment Clause*), puesto que éstas ponían a una persona en la disyuntiva de optar entre permanecer fiel a su religión o realizar una actividad económica.²⁹² Finalmente, en *McGowan v. Maryland*, caso en el cual se prohibió a una tienda de descuento abrir el día domingo, se señaló que el fundamento de las *sunday closing laws*, si bien de origen remoto en prácticas cristianas, tenía también propósitos seculares.²⁹³

Se trata en última instancia de consecuencias económicas de la observancia religiosa, pero también son fallos criticables si entendemos que la provisión de carne que cumpla con los preceptos del *cashrut* es fundamental para una comunidad judía ortodoxa, algo que la mayoría cristiana del estado de Massachussets puede no vivir como valores, pero sí tratar como valores.

Los conflictos también han surgido en legislaciones laicistas como Francia. En el ya mencionado caso *Ebrahimian v. France*, se prohibió a Christiane Ebrahimian, una mujer musulmana que trabajaba en un hospital público de Francia, usar un *hijab* en su atención a público, atiendo requerido por su religión. La utilización del *hijab* violaría el principio secular de la república francesa (art. 1º), a la vez que el principio de neutralidad (laicidad) construido a partir de aquél. En este caso, y en el análogo *Leyla Sabir v. Turkey* una forma de vida que requiere la utilización de símbolos externos fue considerada inaceptable tanto por la justicia francesa como por la Corte de Estrasburgo. Pero si nos abstraemos de un rechazo a esta forma de vida, ¿puede ser legítimo, en una concepción pluralista de la libertad religiosa, anteponer un principio de laicidad (del Estado) a un principio (individual) de libertad religiosa y de expresión de dicha libertad?

Existen numerosos cultos de reciente creación o escisión de un culto tradicional que realizan actos religiosos o de un carácter espiritual que afectan ostensiblemente derechos y libertades de miembros y antiguos miembros. En general a muchos de estos cultos se les denomina “nuevos movimientos religiosos” para evitar un calificativo de secta, pero el reconocimiento y la autorización a estos nuevos movimientos religiosos varía de país en país. Si bien el pluralismo rechaza la universalidad de los valores y metas humanas, el problema jurídico

²⁹² *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961).

²⁹³ *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).

que se genera es el que las distintas realidades culturales y religiosas de cada país terminan por liquidar la interpretación jurídica de disposiciones idénticas o muy similares ¿Cómo es posible que la misma institución sea considerada una secta destructiva en Francia y un culto autorizado en EE. UU.?

Por esta razón, una regulación jurídica que delimite el ámbito de lo religioso y garantice una convivencia pacífica de los distintos cultos es fundamental. En un Estado liberal de derecho, esta regulación jurídica ha sido concebida predominantemente en la forma de un Estado laico. Un Estado laico garantiza -o debiese garantizar- tanto la libertad de profesar una religión y ejercer un culto, como la igualdad en el trato y reconocimiento del Estado a las distintas confesiones. Pero la condición laica de un Estado no es suficiente para garantizar una libertad religiosa plena. Siguiendo a Cole Durham, son también presupuestos de esta libertad un pluralismo mínimo, estabilidad económica, legitimidad política y el respeto hacia las creencias minoritarias, lo que implica una voluntad de distintos grupos religiosos y sus adherentes para convivir en armonía.²⁹⁴ La libertad religiosa debe incorporar, en su misma concepción, los presupuestos que la hacen lo más amplia posible, sin por ello dejar de excluir a prácticas que son inaceptables por razones adicionales al solo hecho de ser practicadas por minorías.

Luego de analizar la concepción tradicional y reseñar los problemas que genera, el núcleo de la tesis es la construcción de un nuevo paradigma, la concepción pluralista. Esta concepción toma en cuenta como elemento fundamental la pluralidad de cultos y religiones de las sociedades actuales (frente a sociedades del siglo XIX y comienzos del XX con escasos “oferentes” en materia religiosa), y la valoración de esa pluralidad como expresión de la diversidad humana. Tal como se han preguntado en distintos contextos John Rawls y Roberto Torretti, se trata de generar una sociedad coherente, estable y justa, con el problema de tener que incorporar en ella visiones acerca de la sociedad ceteris paribus y la trascendencia que son o pueden ser incompatibles entre sí.

El marco político que da la solución más adecuada a este problema es el liberalismo. A propósito de las religiones y cultos, se requiere garantizar, como libertad pública, una exclusión de intervención por parte del Estado en la esfera individual, y como contrapartida un mandato de intervención del Estado cuando dicha libertad individual es coartada. Las religiones y los

²⁹⁴ DURHAM (1999).

cultos cuyas prácticas son amparadas por la libertad religiosa representan, por una parte, el lugar en el cual se desarrollan las convicciones más profundas de las personas, pero al mismo tiempo dichas convicciones profundas pueden ser, y de hecho son, incompatibles entre sí y en una constante lucha.

En segundo lugar, llevando este pluralismo valorativo a la interpretación constitucional, es necesario centrarse en las manifestaciones externas de los cultos o religiones. Para esto, debemos llevar el análisis de los valores (o metas humanas) a las prácticas religiosas. El derecho, y específicamente el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, debe definir las fronteras de un “rango abierto pero acotado de maneras de actuar que son por igual dignas de respeto”, esto es, maneras de actuar que podemos vivir como valores o tratar como valores, y maneras de actuar que no debemos ni vivir como valores ni tratar como valores.²⁹⁵ La distinción entre vivir como valores y tratar como valores es fundamental en este modelo de pluralismo valorativo. Ella implica la valoración de la diversidad en las maneras de actuar ajenas, entendiendo por esto último en el ámbito religioso las prácticas distintas de la o las religiones mayoritarias.²⁹⁶ En Europa, EE.UU. y América Latina las religiones cristianas mayoritarias (católica, presbiteriana, luterana, pentecostal, metodista, entre otras) se viven como valores, mientras otras religiones (judaísmo, islam, bahaísmo) pueden ser tratadas como valores.

Adicionalmente, las demandas de las personas agnósticas o ateas (por sí mismas u organizadas a través de sociedades o grupos) que reivindican una “libertad frente a la religión”, pueden también ser tratadas como valores, y su *locus* jurídico es justamente el derecho fundamental de libertad religiosa entendida en un sentido amplio. Del mismo modo que cristianos, musulmanes y judíos reconocen un valor en la igualdad humana a través de sus prácticas, más allá de las diferencias propias entre éstas, una gran parte del mundo comparte también este principio fundamental sin una creencia en un ser supremo.²⁹⁷

Para la concepción tradicional, la base del derecho fundamental de libertad religiosa no es otro que el valor intrínseco de las religiones o cultos en el desarrollo de la personalidad de cada individuo, lo cual es correcto, pero insuficiente. Además de lo anterior, es necesario considerar que las religiones y cultos tienen, en su mayoría, una pretensión hegemónica, por lo que es

²⁹⁵ ORELLANA BENADO (2010) p. 269.

²⁹⁶ ORELLANA BENADO (2011).

²⁹⁷ ORELLANA BENADO (2010) p. 271.

necesario plantear, como un fundamento adicional del derecho fundamental de libertad religiosa, la necesidad de proteger a los individuos frente a las instituciones religiosas, tanto en cuanto dichas instituciones utilicen sus creencias en oposición frente a otros derechos fundamentales de los individuos, como al interior de cada grupo o institución religiosa.

Capítulo 5

Una concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental.

1. Introducción.

El pluralismo valorativo expuesto en el capítulo anterior permitirá desarrollar una concepción pluralista de la libertad religiosa, superando el déficit y resolviendo los problemas generados por la concepción heredada. Ya se expuso que un concepto amplio e indefinido de pluralismo es igualmente contemplado en términos generales por esta concepción y considerado esencial para el desarrollo de la libertad religiosa, pero la sola mención del pluralismo es insuficiente para explicar la singular configuración del derecho de libertad religiosa en las constituciones modernas.

La concepción pluralista se construye a partir del marco de pluralismo valorativo de Isaiah Berlin reseñado brevemente en el capítulo anterior. En palabras de George Crowder, este pluralismo postula que los valores humanos, incluyendo algunos universales, son múltiples, frecuentemente en conflicto unos con otros, y algunas veces inconmensurables, pero dicha inconmensurabilidad no excluye la posibilidad de razonamiento práctico respecto de dichos conflictos.²⁹⁸ El pluralismo valorativo excluye el cognitivismo moral, pero también el escepticismo y el relativismo. Ésta es la raíz de una comprensión adecuada de la libertad religiosa como derecho fundamental: cada religión o culto reivindica determinados valores, que subyacen a determinadas creencias, como absolutos en la vida humana, pero no es posible demostrar racionalmente la primacía de unos sobre otros más allá del ámbito de sus propios creyentes. Esto implica, como se señalará en el próximo capítulo, un compromiso con un Estado laico neutral. El Estado tampoco puede reconocer ni propugnar la primacía de algunos valores por sobre otros, lo que impone la neutralidad en los términos que se expondrán.

No obstante, de la inconmensurabilidad mencionada no se sigue que todas las prácticas religiosas que subyacen a determinados valores y creencias sean aceptables en un Estado laico neutral. Se realizó una tipología de actos relativos a prácticas religiosas para efectos de evaluar la necesidad jurídica iusfundamental de ampararlas o prohibirlas, siguiendo un principio liberal

²⁹⁸ CROWDER (2007).

clásico vinculado con la libertad negativa de Berlin. Desde el punto de vista de su afectación a los derechos y libertades de las personas, los actos relativos a prácticas religiosas pueden categorizarse entre aquellos que niegan la dignidad humana, aquellos que afectan de manera directa derechos y libertades de las personas y aquellos que afectan sólo indirecta o potencialmente derechos y libertades de las personas.

Este pluralismo supone además un compromiso con el liberalismo político, y concretamente con los alcances que realiza Crowder (en oposición a Galston) a propósito del liberalismo pluralista pro-autonomía individual. La discusión se centra en un conflicto propio de los cultos: el derecho de abandonar (*right to exit*) un grupo, comunidad o modo de vida cuya legitimidad, más allá de las características particulares del grupo, se basa en la autonomía del individuo para abandonarlo. En la versión de Galston, este derecho está asegurado mientras no exista una coerción, pero esta postura, ligada al concepto *berliniano* de “libertad negativa”, pierde de vista una realidad propia de los cultos y comunidades religiosas: existen obstáculos adicionales a la mera coerción, como los costos económicos, sociales y psicológicos que implica el abandono de una religión. La decisión autónoma del abandono requiere no solo una autonomía procedimental, sino también al menos algún grado de autonomía sustancial.

La relación entre pluralismo y liberalismo puede entenderse también de dos maneras distintas. La pregunta fundamental es cuál es la visión liberal frente a prácticas no liberales de determinados grupos (paradigmáticamente grupos religiosos) al interior de una democracia liberal. Para algunos autores dichas prácticas deben ser toleradas precisamente en virtud del pluralismo valorativo, mientras que para otros el pluralismo valorativo se condice con un ideal superior de autonomía personal, por lo cual las prácticas no liberales de dichos grupos no deben ser toleradas (incluso legitimando una intervención estatal)²⁹⁹. Como puede apreciarse, esta distinción entre dos formas de entender el pluralismo valorativo se corresponde con dos maneras de entender la libertad religiosa y con la distinción entre una vertiente individual y una colectiva de la libertad religiosa.

Las religiones y cultos de distinto tipo tienden a ejercerse de manera colectiva, lo cual es recogido por las legislaciones comparadas y los sistemas supranacionales de derechos humanos. Sin embargo, la regulación de las instituciones religiosas no es ni debe ser un estatuto de derechos

²⁹⁹ Ver GALSTON (2002) y CROWDER (2007).

colectivos o institucionales, sino un límite frente a los derechos de los individuos, únicos capaces del sentimiento religioso y de construir el universo moral que cada religión encomienda a la nuda conciencia del ser humano. Este es, por cierto, el fundamento de la objeción de conciencia frente al cumplimiento de obligaciones civiles o políticas. La autonomía moral de un individuo, sea basada en una religión institucionalizada o cualquier creencia ceteriorista o ulteriorista, es la que le impide, ante el menoscabo o negación de su dignidad, realizar determinados actos moralmente prohibidos. Una objeción de conciencia institucional sólo incentiva el fraude y el auge de instituciones potencialmente peligrosas para los mismos principios del liberalismo político.

En virtud de las consideraciones anteriores, desde el análisis valorativo del universo moral de cada una de las religiones, entender éstas como un conjunto de preferencias colectivas tiende a distorsionar aquello que incluso la concepción tradicional considera fundamental: una relación personal con la divinidad y, en un sentido amplio, una concepción personal de dicho universo moral. Del mismo modo, esta concepción personal es compatible con la negación de creencias religiosas, contradiciendo o cuestionando la necesidad de una trascendencia en el actuar del ser humano, negación que posee un lugar muy relevante en el discurso público propio de un Estado laico.

Podría creerse que el marco de pluralismo valorativo reseñado conlleva una imprecisión aún mayor en la argumentación jurídica. Justamente el llamado “pluralismo jurídico” requiere una concepción *ad hoc* de validez contraria a, o al menos problemática con, una finalidad de certeza jurídica. Sin embargo, lo que este modelo de pluralismo valorativo ayuda a definir, frente a una concepción relativista, es un rango adecuado de ejercicio legítimo de la libertad religiosa, más allá de los actos específicos que se realicen en este ejercicio, lo que permitirá construir una fórmula general de delimitación iusfundamental entre la libertad religiosa y otros derechos, así como los límites permisibles de la libertad religiosa en virtud de la voluntad soberana. Todo lo anterior, como se desarrollará en el capítulo siguiente, requiere necesariamente un principio de Estado laico, único Estado compatible con el pluralismo y el liberalismo.

2. Postulados de la concepción pluralista.

La concepción pluralista que se desarrollará a continuación presenta las siguientes características, en contraposición a la concepción tradicional: a) existe una primacía de la

vertiente individual de la libertad religiosa, en contraste con la vertiente colectiva del derecho; b) el derecho fundamental de libertad religiosa debe amparar, al menos en un sentido débil, una “libertad frente a la religión”; c) postula un concepto amplio de religión que no lo restringe únicamente a las religiones o cultos que reconocen la existencia de un “ser supremo”; d) establece un conjunto de elementos que sirven de directrices para dirimir los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, así como las limitaciones de la primera; e) concluye, en definitiva, que un Estado laico neutral es el que mejor garantiza el derecho fundamental de libertad religiosa.

2.1. Primacía de la vertiente individual de la libertad religiosa.

Teniendo en cuenta los dos conceptos de libertad de Berlin, es posible iluminar la idea de libertad religiosa en su vertiente individual y en su vertiente colectiva. Como libertad negativa implica la posibilidad de excluir a otros de interferencias en el ejercicio o culto de la religión de cada individuo. Y como libertad positiva, implica dos riesgos. Por una parte, de perder la autonomía y realización personal en virtud de los valores de un colectivo religioso al cual se adhiere, y por otra, que una determinada religión (o ausencia de ésta) se convierta en el paradigma de libertad como presupuesto de la realización individual. Sea una libertad positiva propugnada por la malvada Reina de la Noche o por el bondadoso y sabio Sarastro, ninguna de estas visiones puede probar su veracidad frente a la pluralidad de visiones inconmensurables acerca del bien y el mal. Mientras el segundo riesgo tiene que ver con la necesidad de un Estado laico, el primero se relaciona con el ejercicio mismo de la libertad religiosa y engloba un conjunto de consecuencias jurídicas cuyo tratamiento por la concepción heredada es problemático y confuso.

El derecho fundamental de libertad religiosa tiende a ejercerse de manera colectiva, en el seno de instituciones que prescriben determinados principios morales y que establecen normativas disciplinarias y administrativas más o menos complejas para sus miembros. Esta es la razón por la cual las regulaciones legal y supralegal de la libertad religiosa reglamentan en detalle las características de las personas jurídicas religiosas. Las características de la Iglesia Católica y otras instituciones religiosas que cuentan con una autoridad mundial han tendido a generar estatutos rectificadores de esta desigualdad fáctica a propósito de la naturaleza de su personalidad jurídica. En el caso chileno, por una razón de igualdad ante la ley, la Ley 19.638

estableció un estatuto único de personalidad jurídica de derecho público para todas las confesiones religiosas.³⁰⁰

Sin embargo, el ejercicio predominantemente colectivo de las religiones no es un elemento esencial de la libertad religiosa. Al interior de una religión o culto determinado, cada persona, aún compartiendo determinados principios y valores, tiene creencias únicas e irrepetibles y experimenta de manera personal su relación con la divinidad u otras creencias (aquello que Rudolph Otto llama una “experiencia numinosa”).³⁰¹ Este aspecto es diferenciador de religiones y cultos frente a las sectas: las religiones y cultos no se configuran como creencias compartidas monolíticas, sino como conjuntos de creencias individuales que pueden o no confluir en el seno de una institución o grupo.

De ahí que la autonomía de un grupo religioso es relativa, en tanto no debe afectar los derechos fundamentales de los individuos al interior de dicho grupo.³⁰² El fallo reseñado anteriormente en relación a la monja de claustro en Colombia es el mejor ejemplo de una construcción jurídica adecuada de la autonomía de las instituciones religiosas. El ejemplo contrario es el caso *Yoder*, en el cual, salvo el voto de minoría, y pese a que el argumento principal no giró en torno a este punto, se desprende una primacía de la libertad del culto frente a la libertad de sus miembros.

Por cierto, no toda afectación a la libertad o los derechos de los individuos al interior de un grupo ameritan una intervención por parte del Estado. Ya se ha mencionado que, en rigor, toda pertenencia a un grupo religioso involucra la afectación a determinados derechos y libertades de quienes participan del culto (días de descanso y festividades, reglas relativas a la alimentación y vestimenta, entre otros), pero si la afectación involucra, siguiendo a Crowder, un costo insoportable para abandonar el grupo, incluyendo costos psicológicos, económicos y sociales, es la misma libertad religiosa del individuo la que debe prevalecer respecto de la autonomía de los cultos en cuanto instituciones. Esto es especialmente relevante para los cultos que realizan seguimientos o amenazas a quienes desean o intentan abandonarlo. Como contrapartida, la autonomía del culto sí exige la abstención de la acción estatal a propósito de la

³⁰⁰ Aunque la finalidad de la ley fue la de igualar el estatus de todos los cultos, el problema de consagrar una personalidad jurídica de derecho público es que, al ser esta declarativa y no constitutiva, en rigor el Ministerio de Justicia no puede denegar el registro. Ver DEL PICÓ RUBIO (2013).

³⁰¹ OTTO (2001).

³⁰² CROWDER (2007).

elección de sus autoridades, afectación que ha motivado distintos requerimientos contra Grecia, Estado confesional, ante la Corte de Estrasburgo.³⁰³

Asumiendo que la vertiente individual de la libertad religiosa tiene primacía respecto de la vertiente colectiva, surge la pregunta acerca de la necesidad de regular las personas jurídicas religiosas. Ya se ha mencionado que el carácter *sui generis* de estas asociaciones amerita un tratamiento específico, pero la primacía de los derechos fundamentales de los individuos al interior de cada religión añade un elemento adicional a la regulación. Se requiere algún tipo de control estatal sobre las prácticas religiosas para impedir que, en virtud de la libertad religiosa institucional o colectiva, sean afectados derechos fundamentales, incluido el mismo derecho individual de libertad religiosa.³⁰⁴ Como ya se ha expuesto, las leyes acerca de la personalidad jurídica religiosa han optado por excluir a determinados cultos de la protección por ser potencialmente atentatorios contra la autonomía de los individuos, pero este peligro no es exclusivo de las sectas.

En otras palabras, la mención al ejercicio colectivo de las religiones en el ámbito internacional (en nuestro marco, la CADH y la ECHR) y en el derecho comparado constitucional tiene sentido en cuanto derecho de asociación *sui generis*, regulación complementada por el estatuto legal de las personas jurídicas religiosas, pero las asociaciones religiosas no pueden reivindicar una libertad religiosa colectiva en cuanto derecho fundamental.

Por lo mismo, tampoco deben tener las personas jurídicas (no religiosas) una titularidad propia sobre libertad religiosa y objeción de conciencia, como erróneamente se resolvió en el caso *Hobby Lobby* y en la intervención del Tribunal Constitucional en la ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Como es sabido, el proyecto de ley emanado del congreso contempla la posibilidad del médico de negarse a practicar un aborto en determinadas circunstancias. Si bien el proyecto original restringía esta posibilidad únicamente al médico responsable, luego se amplió a todos los profesionales de salud que puedan participar en el procedimiento, ante lo cual el Senado agregó la indicación (implícita en el mensaje original) relativa a que la objeción de conciencia sería siempre personal, y no podría ser invocada por una institución.³⁰⁵ Esta última disposición fue la declarada inconstitucional por

³⁰³ Particularmente en relación al Islam, en los casos *Serif v. Greece* (ya citado) y el similar *Agga v. Greece* (2002).

³⁰⁴ Es éste, y no un reconocimiento para efectos tributarios o societarios, el fundamento real de las leyes que regulan la personalidad jurídica de las confesiones religiosas, según se revisará más adelante.

³⁰⁵ Un análisis completo del fallo puede revisarse en FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2019).

el Tribunal Constitucional en su fallo, argumentando -en sentido contrario a la Corte Interamericana- que las personas jurídicas sí son titulares de libertad religiosa y, por ende, de la objeción de conciencia, en base a la autonomía de los grupos intermedios del artículo 1º.³⁰⁶ El fallo de mayoría tiene una destacable prevención del ministro Pozo, quien rechaza en términos generales la objeción de conciencia institucional y, en virtud de la laicidad del Estado chileno, la necesidad de prohibirla expresamente, y en particular respecto de las instituciones que reciben fondos del Estado.

Como ya se ha señalado, reconocer titularidad de libertad religiosa u objeción de conciencia a las personas jurídicas puede resultar en una infracción a la libertad religiosa de los miembros de dicha institución, lo que es especialmente notable en personas jurídicas no religiosas. En efecto, para los médicos y el personal de la salud cuya actividad profesional implica el deber moral de practicar un aborto en determinadas circunstancias, la objeción de conciencia institucional en sentido contrario los pone en la disyuntiva de seguir los dictados de su conciencia o perder su trabajo.

La vertiente individual de la libertad religiosa amplía el alcance y contenido del derecho fundamental. De esta primacía se desprende también una libertad frente a la religión o *freedom from religion* en sentido débil, y un concepto amplio de religión que va más allá del ulteriorismo y el deísmo.

2.2. Libertad frente a la religión.

La libertad religiosa puede ser entendida en un sentido positivo y negativo. En sentido positivo, es un derecho para creer (en una divinidad, un conjunto de divinidades o la trascendencia ulterior) y actuar en virtud de dichas creencias, debiendo dichos actos ser, por regla general, reconocidos y protegidos por el derecho, aunque no necesariamente promovidos por el Estado. En sentido negativo, es un derecho a no creer y no verse compelido a creer, independiente que sus actos exteriores reivindiquen o no esta libertad religiosa.

³⁰⁶ Como se indicó anteriormente, el fallo del TC eliminó la palabra “no” del artículo 119 ter, pero esta eliminación transformó por completo el sentido de la norma, que actualmente dispone: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”. Ver ATRIA LEMAITRE (2017).

El sentido positivo es propio de la concepción heredada y se relaciona con la vertiente colectiva de la libertad religiosa y el paradigma de su regulación jurídica. Las confesiones religiosas sostienen una creencia positiva, con distintas particularidades, para reivindicar el ejercicio colectivo de este derecho fundamental. La consecuencia de esto es que las asociaciones que ejercen un ateísmo o laicismo militante sólo se encuentran amparadas por un derecho general de asociación.

A nivel constitucional, en el derecho comparado es habitual una primacía de la libertad religiosa en sentido positivo, omitiendo el derecho a no profesar una religión.³⁰⁷ El inciso primero del artículo 19 de la Constitución de Colombia señala: “[...] Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva”; El artículo 5.VI de la Constitución de Brasil prescribe: “Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estado asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección de los locales de culto y sus liturgias”; en fin, el artículo 24 de la Constitución mexicana señala que la libertad religiosa “incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.”. A nivel supranacional, la Convención Americana señala en su artículo 12.1 que el derecho a la libertad de conciencia y de religión “implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”, redacción casi idéntica al artículo 9.1 del Convenio Europeo.

A nivel legal, en cambio, existen mayores menciones a la libertad religiosa en sentido negativo. En Chile, la Ley 19.638 contempla en su artículo 6 letra a) la facultad de “profesar la creencia religiosa que libremente elija [la persona] o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba”. Las leyes española y colombiana contienen disposiciones prácticamente idénticas, respectivamente en sus artículos 2 letra a) y 6 letra a). La ley mexicana garantiza, “en favor del individuo”, en su artículo 2º letra b) “No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer

³⁰⁷ Como una excepción puede señalarse el artículo 66.8 de la Constitución de Ecuador, que señala en su inciso segundo: “El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia”.

a una asociación religiosa.”. No obstante, el déficit de estas regulaciones dice relación con la falta de correspondencia en los actos externos relativos a la falta de creencia o convicciones, lo cual se explica por cuanto estas regulaciones tienen por finalidad regular justamente los actos y la personalidad jurídica de las instituciones que reivindican una creencia positiva. La libertad religiosa en sentido negativo o “libertad frente a la religión” pareciera agotarse en este reconocimiento que no genera otras consecuencias jurídicas.

Si estimamos que una persona no creyente tiene un derecho fundamental a conservar su creencia negativa, que involucra además un estilo de vida y una visión acerca del hombre y la sociedad, el *locus* jurídico de este derecho no puede ser otro que el de la libertad religiosa entendida en un sentido amplio.³⁰⁸ En otras palabras, el ateísmo tiene una cabida en la libertad religiosa al igual que el teísmo y el deísmo. No obstante, existe un problema lógico a propósito del ateísmo. Así como la acción es ontológicamente distinta de la omisión, la expresión externa de una religión no puede en los hechos equipararse a la falta de expresión de una religión. El ateísmo no requiere una expresión sino la falta de ella, y desde este punto de vista el derecho al ateísmo puede considerarse menoscabado al estar los ateos permanentemente en contacto con símbolos o manifestaciones religiosas positivas de todo tipo.

Naturalmente, el ejercicio de la libertad religiosa involucra la manifestación de las creencias tanto en público como en privado.³⁰⁹ Descontando el caso especial de los Estados ateos, un Estado no podría legítimamente coartar las manifestaciones religiosas de los creyentes, ya que esto implicaría una intervención inadmisibles en la libertad religiosa de éstos. Por lo tanto, en un sentido fuerte, no existe una “libertad frente a la religión” (*freedom from religion*). Los ateos no tienen un derecho a vivir en un ambiente libre de influencias religiosas, ya que esto significaría la violación de la libertad religiosa de los creyentes. El pluralismo exige respetar, como modos de vida igualmente válidos, tanto los de creyentes como los de no creyentes.³¹⁰

Sin embargo, de la conclusión anterior no se sigue que los ateos deban soportar todo símbolo o manifestación religiosa en el espacio público. El respeto a una forma de vida -el ateísmo- tan válida como las formas de vida de los creyentes, exige configurar un equilibrio entre el derecho de los creyentes a manifestar públicamente su religión y el derecho de los ateos a

³⁰⁸ SALINAS ARANEDA (2008).

³⁰⁹ LEÓN CÁCERES (2020).

³¹⁰ Ver SAPIR Y STATMAN (2005). La visión opuesta puede revisarse en SULLIVAN (1992).

desarrollar su vida libre de influencias religiosas excesivas en el espacio público, tanto para ellos como para quienes están bajo su cuidado y educación preferente.

Lo anterior no es únicamente un problema relativo al ateísmo. Aunque una libertad religiosa ampliamente reconocida incluye a cultos minoritarios (con las excepciones supralegales ya mencionadas), los miembros de estos cultos pueden ver alterado el ejercicio de su libertad religiosa en virtud de las manifestaciones públicas relativas a la religión o las religiones mayoritarias. Este problema tiene que ver también con la inevitable disociación entre secularización y laicización. Aunque un Estado laico reconozca la libertad religiosa, en los hechos una religión mayoritaria puede hegemonizar las manifestaciones religiosas. La pregunta es hasta qué punto deben los creyentes en religiones minoritarias y ateos tolerar esta hegemonía.

Aunque una libertad frente a la religión en sentido fuerte sería una distorsión de la libertad religiosa respecto de los creyentes, es necesario evaluar en clave pluralista cual sería el contenido de una libertad frente a la religión en sentido débil. El conflicto se centra, como es evidente, en el espacio público y en el discurso público o “uso público de la razón”. Con lo anterior, esta libertad frente a la religión implica: a) la ilegitimidad del deísmo ceremonial; y b) la necesidad de excluir símbolos religiosos institucionales (pero no así los “personales”) del espacio público, entendiendo esto último como el ámbito de actuación de los órganos del Estado.³¹¹

El deísmo ceremonial, pese a ser una expresión acuñada en EE.UU. tiene una presencia universal. Los juramentos y las invocaciones a la divinidad en prácticas judiciales y legislativas tienen un profundo arraigo en los sistemas jurídicos occidentales, tanto europeo-continenciales como sistemas de *Common Law*. Un antecedente histórico jurídico bastante conocido es el de las ordalías, en las cuales la invocación divina tenía una finalidad probatoria. En EE.UU. los juramentos cristianos perduraron la práctica de la Iglesia de Inglaterra, mientras que en América Latina, cuyas instituciones parlamentarias son anteriores a la separación de la Iglesia Católica con las repúblicas, se continuó la tradición de la Corona española, sumado a la influencia del derecho canónico en los procedimientos judiciales.

Las invocaciones a la divinidad en los preámbulos de las Constituciones son comunes incluso en Estados laicos. La *GrundGesetz* comienza su preámbulo con la histórica frase “En consciencia de su responsabilidad ante Dios y los seres humanos” (*Im Bewußtsein seiner*

³¹¹ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014).

Verantwortung vor Gott und den Menschen). La Constitución ecuatoriana invoca en su preámbulo “el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad”. El preámbulo de la Constitución brasileña concluye señalando: “promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución”.

En el derecho comparado son comunes las disposiciones jurídicas relativas a juramentos de autoridades políticas, contempladas tanto en textos constitucionales como legales. El artículo 192 de la Constitución colombiana prescribe el siguiente juramento para el Presidente de la República: “El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: “Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia”. Sin embargo, también existen fórmulas alternativas para juramentos que posibilitan una actuación adecuada por parte de ateos. El artículo 56 de la *Grundgesetz* consagra el juramento del Presidente federal ante el *Bundestag* y el *Bundesrat*: “Juro consagrar mis fuerzas al bien del pueblo alemán, acrecentar su bienestar, evitarle daños, salvaguardar y defender la Ley Fundamental y las leyes de la Federación, cumplir mis deberes escrupulosamente y ser justo con todos. Que Dios me ayude”, concluyendo el inciso final “El juramento puede prestarse también sin la invocación religiosa”. El artículo 136.4. consagra, de hecho, una prohibición constitucional de la exigencia de un juramento religioso contra la voluntad del involucrado.

Las disposiciones que evidencian un deísmo ceremonial, además de su falta de utilidad práctica, implican eventualmente una obligación jurídica de actuar en contradicción a la propia conciencia, al menos en relación con algunas creencias religiosas minoritarias en las sociedades occidentales. Tampoco existe un problema de técnica legislativa en consagrar, como lo hace la *Grundgesetz*, una fórmula de juramento laico. La eliminación de juramentos exclusivamente religiosos, además de no afectar la libertad religiosa de los creyentes, es respetuosa de la irreligiosidad y de cultos que prohíben dichos juramentos.

En relación con los símbolos religiosos, la presencia en el espacio público de aquellos que reflejan una preferencia institucional por una religión o conjunto de religiones frente a otras, o frente a la irreligiosidad, resulta problemática en el seno de un Estado laico al reflejar una preferencia o compromiso por alguna religión o tradición religiosa. En el espacio público un Estado laico debe garantizar una neutralidad frente a los distintos cultos (algunos de los cuales, por cierto, prohíben los símbolos religiosos) y también frente al ateísmo. No por esta neutralidad

el Estado promovería el ateísmo, ya que debe garantizar en el espacio privado la libertad para la manifestación de las religiones, que naturalmente incluye el emplazamiento de símbolos religiosos.

Este ámbito de conflictos ha tenido decisiones particularmente contradictorias en la jurisprudencia comparada, incluso al interior de una misma jurisdicción. En el caso *Prescott v. Oklahoma*, resuelto por la Corte Suprema de Oklahoma el año 2015, una agencia del gobierno estatal encargada del diseño y arquitectura interior y exterior del edificio del Capitolio (la *Oklahoma Capitol Preservation Commission*) instaló un monumento a los diez mandamientos.³¹² Aunque no se utilizaron recursos públicos, los requirentes señalaron que el emplazamiento del monumento en ese lugar implicaba “el uso de propiedad pública para el beneficio de un sistema de religión”.³¹³ En este caso no se invocó directamente la Primera Enmienda sino la Constitución de Oklahoma, cuyo artículo II en su sección 5 contiene dicha prohibición en los mismos términos. La Corte Suprema de Oklahoma revocó la sentencia de instancia decidiendo que el emplazamiento del monumento era inconstitucional. Frente al argumento de que el monumento tenía un propósito histórico no religioso, la Corte (*per curiam*) señaló que la referencia a los diez mandamientos es obviamente religiosa en su naturaleza, y parte integral de la fe cristiana y judía.³¹⁴

El caso *Van Orden v. Perry*, resuelto por la Corte Suprema de EE.UU en 2005, es análogo a *Prescott* (con la salvedad que ocurrió en Texas) aunque sí incluyó una argumentación en torno a la Primera Enmienda.³¹⁵ El monumento fue donado por la Fraternidad *Order of Eagles*. El dilema que resolvió la Corte se limitó a establecer si un monumento a los diez mandamientos tiene un sentido exclusivamente religioso, o también un significado histórico secular.³¹⁶ La Corte se inclinó por esta última opción, citando entre otros el precedente *Lynch v. Donnelly* que validó el emplazamiento de un pesebre navideño en un espacio público.³¹⁷ No obstante, *a contrario sensu* ratifica el precedente de *Stone v. Graham* que declaró inconstitucional el emplazamiento de una

³¹² *Prescott v. Oklahoma Capitol Preservation Commission*, 2015 OK 54, 373 P.3d 1032 (opinión no liberada para publicación a la fecha).

³¹³ “While conceding that no public funds were expended to acquire the monument, complainants nonetheless maintain its placement on the Capitol grounds constitutes the use of public property for the benefit of a system of religion”.

³¹⁴ “As concerns the “historic purpose” justification, the Ten Commandments are obviously religious in nature and are an integral part of the Jewish and Christian faiths”.

³¹⁵ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

³¹⁶ “While the Commandments are religious, they have an undeniable historical meaning. Simply having religious content or promoting a message consistent with a religious doctrine does not run afoul of the Establishment Clause”.

³¹⁷ *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).

copia de los diez mandamientos en las salas de clases de establecimientos educacionales públicos, materia específicamente regulada por el “Test Lemon”.³¹⁸ La diferencia estriba en que el emplazamiento en un espacio público abierto sería más “pasivo” que en una sala de clases en que los alumnos están diariamente expuestos al contenido religioso.³¹⁹

La decisión de mayoría fue contraria a *Prescott*. No obstante, el voto disidente del Juez Stevens y la Jueza Ginsburg, señala que el monumento no consiste en una obra de arte ni relata algún evento de la historia del Estado. El emplazamiento de un monumento a los diez mandamientos en el Capitolio de Texas transmite el mensaje directo “Este Estado sostiene el código divino del Dios Judeocristiano”.³²⁰ Para acentuar aún más la contradicción frente a *Prescott*, el mismo día la Corte Suprema resolvió el caso *McCreary County v. American Civil Liberties Union*.³²¹ No era un monumento a los diez mandamientos sino una copia de éstos en las paredes de un edificio de tribunales en Kentucky. Posteriormente se agregó una referencia a que los diez mandamientos eran el “Código legal primigenio” de Kentucky. El fallo aplicó el “Test Lemon” y llegó al resultado opuesto de Van Orden. El razonamiento de la Corte fue que la neutralidad de la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda incluye también la neutralidad respecto de cualquier “reconocimiento” a una religión. No sólo se prohíbe el establecimiento de una religión determinada, sino también un apoyo a “la religión” en general.³²²

En el marco de la Corte de Estrasburgo, el caso más interesante por sus consecuencias y desarrollo posterior es el ya citado “caso del crucifijo” de 1995, relativo a la inconstitucionalidad de una ley de Baviera que obligaba a las escuelas públicas a tener crucifijos en las salas de clases. Los padres recurrentes señalaron que con dicho símbolo se influenciaba a sus hijos en una dirección cristiana, algo contrario a la educación que querían para sus hijos y a su filosofía de vida (no teísta).³²³ El Tribunal Constitucional Federal realizó una ponderación entre libertad

³¹⁸ *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).

³¹⁹ “Texas’ placement of the Commandments monument on its capitol grounds is a far more passive use of those texts than was the case in *Stone*, where the text confronted elementary school students every day”.

³²⁰ “Viewed on its face, Texas’ display has no purported connection to God’s role in the formation of Texas or the founding of our Nation; nor does it provide the reasonable observer with any basis to guess that it was erected to honor any individual or organization. The message transmitted by Texas’ chosen display is quite plain: This State endorses the divine code of the “Judeo-Christian” God”.

³²¹ *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

³²² “But the fact is that we do have more to go on, for there is also evidence supporting the proposition that the Framers intended the Establishment Clause to require governmental neutrality in matters of religion, including neutrality in statements acknowledging religion. The very language of the Establishment Clause represented a significant departure from early drafts that merely prohibited a single national religion, and, the final language instead “extended [the] prohibition to state support for ‘religion’ in general”.

³²³ BVerfGE 93, 1 1 BvR 1087/91 *Kruzifix-decision*.

religiosa “positiva” y “negativa”, concluyendo que una limitación a la libertad religiosa “negativa” no estaba justificada por la Ley Fundamental, puesto que las escuelas públicas no pueden arrogarse una “tarea filosófica o teológica misional” ni postular una validez del contenido de las creencias cristianas.³²⁴

Distinta es la situación de los símbolos religiosos personales, aun cuando éstos se exhiban en el espacio público. El error más importante del caso *Ebrahimian* es que un símbolo religioso personal no genera por su sola presencia una coerción o adoctrinamiento, sino que es precisamente una ratificación del pluralismo religioso que existe en las sociedades occidentales. Por otra parte, y de acuerdo a lo anteriormente señalado, el símbolo personal es reflejo de la individualidad religiosa y la autonomía del sujeto. La libertad religiosa necesariamente garantiza la expresión personal de la religión, en tanto esta expresión no afecta directamente los derechos de terceros.

2.3. Concepto amplio de religión.

Como se mencionó en el capítulo primero, las disposiciones constitucionales y supranacionales que regulan el derecho de libertad religiosa engloban un conjunto de conceptos inclusivos de distintas formas de entender la vinculación del ser humano con una creencia determinada. Las disposiciones se refieren a la conciencia, las convicciones, creencias, religiones, confesiones y cultos, indistinta y conjuntamente. Una distinción común en la concepción tradicional es diferenciar la conciencia interna de la manifestación externa de los cultos. Mientras la conciencia sería inviolable y absoluta, la manifestación externa, esencialmente relativa, sería el objeto de la regulación de las religiones o cultos.³²⁵

Esta distinción tiende a restringir el ejercicio o manifestación externa de las religiones a aquellos cultos ulterioristas o que rinden culto a una divinidad o ser supremo, reservando el resto de creencias y convicciones al ámbito o aspecto interno de la libertad religiosa. Como ya se mencionó, el desarrollo legal de la libertad religiosa propio de las últimas décadas ha regulado principalmente las manifestaciones externas de las religiones realizadas a través de -o administradas por- instituciones religiosas, cuyo universo es hegemónico en Occidente por parte

³²⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA (2008) p. 822.

³²⁵ Ver SALINAS ARANEDA (2008) y NOGUEIRA ALCALÁ (2006).

de las religiones abrahámicas y muy especialmente por los cultos cristianos. Como los cultos organizados en instituciones son casi exclusivamente ulterioristas y relativos a un ser supremo, en la práctica el concepto de religión, cuando es esbozado, se restringe únicamente a este paradigma.

El concepto de religión es esencialmente interpretativo. En el marco de las regulaciones legales, no obstante, el concepto tiende a ser excluyente de cultos no teístas e incluso respecto de cultos teístas no tradicionales. En muchas ocasiones la exclusión tiene un origen medieval cristiano de exclusión de prácticas paganas. Dentro de algunas de estas exclusiones, como se mencionó en el capítulo segundo, se encuentran las actividades parasicológicas, mágicas, espiritistas y los cultos satánicos. La ley chilena define indirectamente qué es una religión en virtud de las instituciones que las administran. Señala su artículo 4º: “Para los efectos de esta ley, se entiende por iglesias, confesiones o instituciones religiosas a las entidades integradas por personas naturales que profesen una determinada fe”. En la tramitación del proyecto de ley se excluían “las entidades y las actividades relacionadas con el estudio y experimentación de fenómenos psíquicos o parapsicológicos, prácticas mágicas, supersticiosas, espiritistas u otras de naturaleza ajena o diferentes al conocimiento y culto religiosos”, al igual que la ley española, pero esta disposición fue abandonada en su tramitación.³²⁶

Desde un punto de vista pluralista, el concepto de religión no puede restringirse al culto a un ser supremo o a convicciones necesariamente ulterioristas. El derecho fundamental de libertad religiosa debe proteger y garantizar el mismo derecho respecto de creyentes en religiones o cultos minoritarios que no poseen estos elementos, e incluso respecto de no creyentes.

Algunos elementos importantes para desarrollar un concepto pluralista de religión pueden encontrarse en los análisis sobre las religiones de John Dewey y William James. Ambos psicólogos y filósofos, contemporáneos en la transición del siglo XIX al XX, la obra de Dewey se vincula con el pragmatismo mientras que la de James con el funcionalismo.

En la obra más importante acerca de las religiones de John Dewey *A Common Faith* se distingue entre “una religión (determinada)” y “lo religioso”. Lo característico de las religiones históricas es una creencia en lo sobrenatural, aunque estas creencias van desde los dioses griegos

³²⁶ Ver SALINAS ARANEDA (1999). La legislación colombiana también contiene una disposición muy similar (Art. 5 Ley 133 de 1994) agregando el “satanismo”.

y romanos hasta los *kami* del sintoísmo.³²⁷ Lo que Dewey busca es la emancipación de elementos religiosos de las religiones o, en otras palabras, separar el adjetivo del sustantivo propio.³²⁸ Una religión tiene prácticas y creencias institucionalmente organizadas, pero lo religioso no tiene una entidad específica identificable, sino más bien una actitud hacia cualquier objeto o ideal propuesto.³²⁹ Semánticamente, religión evoca la idea de atar o ligar (tradicionalmente, atarse o ligarse a través de ciertos votos), y la actitud religiosa implica en el mismo sentido estar atado o ligado a través de la imaginación a una actitud general, no únicamente relativa a una moral determinada, sino también al arte y la ciencia.

En gran medida la pérdida relativa de influencia de las ideas religiosas en la modernidad occidental (o bien, como ya hemos señalado, su transformación) tiene que ver con la vinculación de los contenidos intelectuales de las religiones (sus explicaciones cosmológicas y biológicas, por ejemplo) con lo sobrenatural.³³⁰ Aunque, como ya se mencionó, el paradigma ilustrado de la secularización demostró ser al menos parcialmente errado, el auge de los movimientos ateos puede explicarse a partir de este fenómeno.

La alternativa de Dewey es emancipar la función religiosa en la experiencia humana de la noción de verdades religiosas por naturaleza. Los ideales y metas del ser humano no tienen una existencia tangible, pero emergen, señala Dewey, cuando la imaginación idealiza la existencia utilizando las posibilidades del pensamiento y la acción, de la misma manera que la locomotora no existía antes de Stevenson, pero sí existían las condiciones para su existencia en la capacidad del ser humano.³³¹ La idea de Dios o la divinidad puede explicarse de esta misma manera sin

³²⁷ DEWEY (1934) p. 3-4.

³²⁸ DEWEY (1934) p. 8-9.

³²⁹ "To be somewhat more explicit, a religion (and as I have just said there is no such thing as religion in general) always signifies a special body of beliefs and practices having some kind of institutional organization, loose or tight. In contrast, the adjective "religious" denotes nothing in the way of a specifiable entity, either institutional or as a system of beliefs. It does not denote anything to which one can specifically point as one can point to this and that historic religion or existing church. For it does not denote anything that can exist by itself or that can be organized into a particular and distinctive form of existence. It denotes attitudes that may be taken toward every object and every proposed end or ideal". DEWEY (1934) p. 9-10.

³³⁰ "The skepticism and agnosticism that are rife and that from the standpoint of the religionist are fatal to the religious spirit are directly bound up with the intellectual contents, historical, cosmological, ethical, and theological, asserted to be indispensable in everything religious. There is no need for me here to go with any minuteness into the causes that have generated doubt and disbelief, uncertainty and rejection, as to these contents. It is enough to point out that all the beliefs and ideas in question, whether having to do with historical and literary matters, or with astronomy, geology and biology, or with the creation and structure of the world and man, are connected with the supernatural, and that this connection is the factor that has brought doubt upon them; the factor that from the standpoint of historic and institutional religions is sapping the religious life itself". DEWEY (1934) p. 29-30.

³³¹ "The aims and ideals that move us are generated through imagination. But they are not made out of imaginary stuff. They are made out of the hard stuff of the world of physical and social experience. The locomotive did not exist before Stevenson, nor the telegraph before the time of Morse. But the conditions for their existence were there in physical material and energies and in human capacity". DEWEY (1934) p. 48-49.

recurrir a los elementos sobrenaturales de las religiones. Las experiencias místicas pueden explicarse también, en algunas personas, en esta unión entre pensamiento (ideal) y acción.³³²

La distinción entre las “religiones” y “lo religioso” cobra especial importancia en la separación de lo secular o profano frente a lo religioso. Esta separación es propia de la visión sobrenatural de las religiones, pero ajena a la visión de lo religioso como actitud general. En particular, señala Dewey, esta actitud general no encierra los valores religiosos en un compartimento ni asume que una especial forma de asociación sea portadora de una relación exclusiva hacia dichos valores.³³³ Esta distinción es la que explica, según Dewey, el declive de la Iglesia Católica y el auge del protestantismo, una conclusión al menos tangencialmente tributaria de la obra de Weber.³³⁴ El paradigma en América Latina, sin embargo, parece ser exactamente el opuesto: los movimientos evangélicos y pentecostales que realizan prácticas místicas han captado un gran número de fieles decepcionados de las religiones cuya ritualidad y sentido de lo sobrenatural se ha adaptado al cientificismo moderno.³³⁵

De manera muy similar a la epistemología *popperiana*, Dewey concluye con una apología del agnosticismo. En la ciencia también debemos ser “agnósticos” respecto de lo que no podemos probar. Las dudas que generan las hipótesis son “incidentes de la fe en el método de la inteligencia”.³³⁶ En definitiva, señala Dewey, los fines ideales a los que adjuntamos nuestra fe no son sombríos y vacilantes, sino que asumen una forma concreta en el entendimiento de nuestras relaciones y los valores inherentes a estas relaciones. Estos valores no son nuestros, sino propios de la comunidad humana de la cual formamos parte. Es esta la “fe común” de la humanidad.³³⁷

Una argumentación similar es la que sigue William James en su obra *The varieties of religious experience*. Al igual que Dewey, comienza señalando la diversidad y falta de utilidad de las

³³² DEWEY (1934), p. 52.

³³³ DEWEY (1934) p. 66-67.

³³⁴ WEBER (2012).

³³⁵ PARKER GUMUCIO (1998).

³³⁶ DEWEY (1934) p. 86.

³³⁷ DEWEY (1934) p. 87. “*The ideal ends to which we attach our faith are not shadowy and wavering. They assume concrete form in our understanding of our relations to one another and the values contained in these relations. We who now live are parts of a humanity that extends into the remote past, a humanity that has interacted with nature. The things in civilization we most prize are not of ourselves. They exist by grace of the doings and sufferings of the continuous human community in which we are a link. Ours is the responsibility of conserving, transmitting, rectifying and expanding the heritage of values we have received that those who come after us may receive it more solid and secure, more widely accessible and more generously shared than we have received it. Here are all the elements for a religious faith that shall not be confined to sect, class, or race. Such a faith has always been implicitly the common faith of mankind. It remains to make it explicit and militant.*”

definiciones filosóficas de qué es una religión.³³⁸ No obstante, su distinción fundamental, que tiene que ver con su interés psicológico en las religiones, es entre la rama institucional y la rama personal de una religión. Sólo esta última rama, la religión personal, es objeto de análisis a partir de una “definición arbitraria” *ad hoc*: religión es el conjunto de sentimientos, actos y experiencias de los individuos en su soledad, y cuya autocomprensión se encuentra en función de la relación a lo que consideran divino.³³⁹ La divinidad por sí misma, en tanto, no es un contenido esencial de las religiones, como en el budismo, una “religión atea”.³⁴⁰

Por otra parte, las religiones están centradas en “estados místicos de conciencia”, o “experiencias místicas”.³⁴¹ James distingue cuatro señales (*marks*) que caracterizan estas experiencias: su infabilidad, entendiéndose por esto la imposibilidad de describir con palabras esta experiencia; su cualidad noética, por cuanto además generan una iluminación intelectual; su transitoriedad, en el sentido que son temporalmente limitadas; y su pasividad, o suspensión de la propia personalidad, como en los estados de trance.³⁴² El elemento más importante y común a todas las experiencias místicas de cualquier religión, al “rango místico de la conciencia”, es su carácter panteísta y optimista.³⁴³ Estas características de las experiencias místicas, además, son personalísimas. Son autoritativas para los individuos que las viven, pero de ellas no emana una autoridad para imponer a quienes no las viven la aceptación de éstas de manera acrítica.³⁴⁴ Una vez más, lo característico de las religiones no es la pertenencia a un grupo, sino las experiencias personales que pueden vivirse al interior del grupo o bien en la soledad más profunda.

Consecuencia de lo anterior es que las verdades religiosas no pueden ser demostradas racionalmente.³⁴⁵ No obstante, señala James que la filosofía tiene un papel importante en eliminar las doctrinas científicamente absurdas. Incluso las personas no religiosas podrían aceptar una

³³⁸ “[...] *they are so many and so different from one another is enough to prove that the word “religion” cannot stand for any single principle or essence, but is rather a collective name*”. JAMES (1917) p. 28.

³³⁹ “*Religion, therefore, as I now ask you arbitrarily to take it, shall mean for us the feelings, acts, and experiences of individual men in their solitude, so far as they apprehend themselves to stand in relation to whatever they may consider the divine*”. JAMES (1917) p. 32.

³⁴⁰ JAMES (1917) p. 33.

³⁴¹ JAMES (1917) p. 369.

³⁴² JAMES (1917) p. 370-371.

³⁴³ JAMES (1917) p. 414.

³⁴⁴ “*No authority emanates from them which should make it a duty for those who stand outside of them to accept their revelations uncritically*”. JAMES (1917) p. 415.

³⁴⁵ “*In all sad sincerity I think we must conclude that the attempt to demonstrate by purely intellectual processes the truth of the deliverances of direct religious experience is absolutely hopeless*”. JAMES (1917) p. 446.

“ciencia crítica de las religiones”, una filosofía tributaria del pragmatismo del mismo Dewey.³⁴⁶ La síntesis que propone James es el “núcleo común” de los credos a pesar de sus discrepancias. Este núcleo común está representando por una inquietud ansiosa (*uneasiness*) sobre algo malo en nuestra existencia, y la solución a esta inquietud ansiosa: una conexión con los “poderes superiores” (*higher powers*).³⁴⁷

El núcleo común a ambos planteamientos es el ser humano como centro de su propia construcción moral y espiritual. En una línea similar, el teólogo Harvey Cox vincula al “humano secular” con el núcleo social urbano propio de la modernidad. La “ciudad secular”, que fusiona la secularización con la urbanización, se extiende allí donde se intersectan el movimiento social y la iniciativa humana, donde el ser humano es libre no a pesar de, sino debido a la matriz social en donde desarrolla su vida.³⁴⁸ Los sistemas simbólicos, dentro de los cuales se encuentran las religiones, son las proyecciones del desarrollo de una sociedad, y también mutan con éstas.³⁴⁹ El humano pre-secular adoptaba una forma religiosa vinculada a entidades sobrenaturales. El humano urbano-secular, en tanto, se percibe a sí mismo como “la fuente de significado de la empresa humana”.³⁵⁰

Un concepto pluralista de religión que incorpora los elementos anteriores debe considerarlas como cosmovisiones relativas al perfeccionamiento moral de un individuo (perfeccionamiento que puede darse en comunidad con otros) a través de un sentido de lo sobrenatural. Desde el punto de vista jurídico, no obstante, lo relevante para las religiones en cuanto objeto de protección de la libertad religiosa son las manifestaciones externas relativas a dichas cosmovisiones.

2.4. Una construcción iusfundamental de la libertad religiosa.

³⁴⁶ JAMES (1917) p. 446-447.

³⁴⁷ JAMES (1917) p. 499.

³⁴⁸ “*The secular city, the fusion of secularization and urbanization, stands for that point where social movement and human initiative intersect, where man is free not in spite of but because of the social matrix: in which he lives*”. COX (1965) p. 112.

³⁴⁹ “*Symbol systems, the constellations of meaning by which human life is given value and direction, are seen as projections of a given society. They change when the society changes and in predictable ways. There is nothing timeless or divine about them*”. COX (1965) p. 72.

³⁵⁰ “*It is characteristic of urban-secular man that he perceives himself as the source of whatever significance the human enterprise holds*”. COX (1965) p. 72.

Como ya se señaló en el capítulo segundo, en la concepción heredada los conflictos relativos al derecho fundamental de libertad religiosa deben ser resueltos a través de un criterio casuístico. En la jurisdicción supranacional, concretamente en el marco de la Corte de Estrasburgo, la doctrina del margen de apreciación tiende a desvirtuar el contenido específico de la libertad religiosa, y la deferencia a las judicaturas y legislaturas nacionales transforma los conflictos jurídicos en conflictos políticos que varían dependiendo de la religión mayoritaria u oficial de los distintos Estados.

Aunque es evidente que en todo conflicto de derechos fundamentales hay un criterio casuístico en los casos difíciles, es necesario construir dogmáticamente un paradigma de aplicación general tomando en consideración un principio fundamental de igualdad y la necesidad de predictibilidad de las decisiones judiciales. Los elementos de pluralismo valorativo reseñados en el capítulo anterior son útiles para este propósito. La libertad religiosa es esencialmente un derecho del individuo, no únicamente contra el Estado, sino frente a las mismas instituciones religiosas. En virtud de este derecho individual, los únicos actos vinculados a prácticas religiosas que pueden ser limitados son aquellos que afectan derechos de terceros, sin importar las particularidades o el arraigo cultural de cada culto específico. Los conceptos abiertos como “moral” y “buenas costumbres” deben ser interpretados restrictivamente como limitaciones de la libertad religiosa, o derechamente eliminados. La autonomía de cada confesión religiosa, en tanto, no genera derecho alguno en sentido contrario respecto de dichas limitaciones para con sus miembros. Finalmente, la existencia de una religión mayoritaria tampoco es relevante para efectos de esta ponderación.

Con estos elementos es posible reconstruir el contenido específico de la libertad religiosa como derecho fundamental que proporciona soluciones adecuadas para conflictos de común ocurrencia en el derecho comparado. Algunos de los más importantes de estos conflictos son: a) la libertad religiosa y el derecho a la vida; b) la objeción de conciencia; c) la libertad religiosa y la libertad de expresión; y d) la libertad religiosa y el derecho de reunión.

En primer lugar, la libertad religiosa es una derivación de la libertad negativa de Berlin, y en el mismo sentido, la derivación de un derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esto implica que, por regla general, toda potencial afectación a los derechos propios está legitimada por las creencias religiosas de cada individuo. Esto resuelve, entre otros, el falso dilema del derecho a la vida de una persona que rechaza por motivos religiosos un trasplante de órganos o

transfusión sanguínea que podría resultar en su muerte u otra consecuencia irreversible, como ocurre con los Testigos de Jehová.

No obstante, y considerando igualmente la individualidad del derecho y la necesidad de proteger los derechos de terceros, esta libertad no alcanza más que muy débilmente, en virtud del derecho de educación preferente de los padres respecto de sus hijos, a los menores de edad que siguen un culto por sus padres. Se trata también de un falso dilema, ya que el derecho de educación preferente de los padres jamás podrá justificar o legitimar una afectación irreversible a la vida o a la integridad física o síquica de sus hijos, pero la pregunta es hasta qué punto pueden coartar los padres el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos por motivos religiosos, como en el caso *Yoder*. El problema es más complejo de lo que parece a primera vista, porque genera una distinción inevitable entre cultos mayoritarios (por lo mismo, más identificados con el estilo de vida dominante) y cultos minoritarios que pueden ir a contracorriente de las metas y estándares sociales, como es el caso de los *Amish* en el caso *Yoder*.

Dijimos que por regla general toda potencial afectación a los derechos propios está legitimada por las creencias religiosas de cada individuo. Sobre este punto, es necesario considerar la posibilidad de personas psicológicamente presionadas en el seno de un culto religioso a soportar una afectación a sus derechos, sólo débil e indirectamente consentida por la pertenencia al grupo (por ejemplo, en el caso de suicidios colectivos).³⁵¹ De cualquier manera, y al igual que en el caso de las huelgas de hambre, o de cualquier otra circunstancia en la cual podría existir un déficit de autonomía por la pertenencia a un grupo, el problema no es tanto sustancial como probatorio.

En segundo lugar, la libertad religiosa en cuanto derecho fundamental implica una primacía jerárquica respecto de la regulación legal. Aunque se ha señalado generalmente que la objeción de conciencia requiere una norma expresa o, en otras palabras, no encuentra su origen directo en la Constitución, nuestro paradigma de vinculación directa hace inevitablemente aplicable la libertad de conciencia frente a la aplicación de, a lo menos, regulaciones legales que impliquen una actuación contraria a la propia conciencia. Esto es especialmente relevante en el marco del principio *pro reo* en el derecho penal, cuando el ejercicio de la libertad religiosa implique

³⁵¹ En las últimas décadas, han sido recurrentes en EE.UU. o por parte de sectas propias de ese país. Por ejemplo, el suicidio colectivo en Guyana en 1978 ordenado por la secta *Peoples Temple*, o el suicidio colectivo de la secta *Heaven's Gate* en 1997 en Rancho Santa Fe, California.

la comisión de un delito que no signifique la afectación a los derechos de terceros. Por ejemplo, la disposición constitucional del artículo 19 N° 16 podría considerarse una causa de justificación en el delito de concertación para el consumo de drogas en el marco de rituales religiosos.

Existen buenas razones para postular la necesidad de una regulación legal de la objeción de conciencia.³⁵² No obstante, es necesario diferenciar a lo menos dos ámbitos de ésta. Efectivamente, si la objeción de conciencia se alega para evitar el cumplimiento de una obligación legal (como puede ser realizar el servicio militar o el pago de impuestos), requiere una regulación de los requisitos y procedencia de esta exclusión. Pero cuando la objeción de conciencia se invoque en cuanto colisión del derecho fundamental de libertad religiosa con otro derecho, o como un ejercicio positivo de la libertad religiosa, cabe hablar de una objeción de conciencia impropia cuyo fundamento normativo sí se encuentra en las normas supralegales, y que, como se señalará en el capítulo 7, puede construirse dogmáticamente de manera precisa.

En tercer lugar, aunque la protección del discurso es propia del derecho fundamental de libertad de expresión, cabe preguntarse si la libertad religiosa ampararía también algún tipo de discurso religiosamente motivado, y si esta eventual protección sería superior a la de la libertad de expresión. En ciertos cultos evangélicos, por ejemplo, es cada vez más común el discurso de odio frente a minorías sexuales, por razones de moral cristiana.

En Chile, una aplicación algo imprecisa de este concepto es el argumento utilizado por el Ministerio de Justicia en el ya mencionado rechazo a la constitución de la Iglesia de la Unificación, o “secta Moon”, en virtud de un párrafo del libro “El Principio Divino” que describe “la división de los dos mundos de la democracia y el comunismo, siendo la primera la ideología para el establecimiento de la soberanía Celestial y la segunda para el establecimiento de la soberanía Satánica” y concluyendo que ambas soberanías “nunca pueden coexistir”. Si bien el oficio omite un análisis acerca de un discurso de odio, señala que este párrafo representa “una violación del orden público del Estado de Chile” por ser los principios mencionados contrarios al derecho de asociación “erigido sobre la base del respeto al pluralismo político”. Como es sabido, el culto mencionado no es el único que lleva a cabo discursos de odio en Chile, lo cual es relativamente común en cultos cristianos integristas frente a minorías sexuales.

³⁵² Ver FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2019).

Pese a esta última imprecisión, este argumento da las luces para la conclusión más adecuada a propósito de los discursos de odio religiosamente motivados. No sólo no existe una protección adicional a la libertad de expresión, sino que un culto que propugna discursos de odio, al afectar al menos potencialmente derechos de terceros, es inequívocamente un culto contrario al orden público de acuerdo con la regulación constitucional y supranacional, con todas las consecuencias que se derivan de esto.

Finalmente, es necesario delimitar la libertad religiosa del derecho de reunión. El ejercicio colectivo de la libertad religiosa requiere la reunión de un grupo más o menos extenso de individuos, a lo menos en un espacio privado.³⁵³ ¿Implica la libertad religiosa en una vertiente colectiva un derecho de reunión privilegiado frente a las reglas generales?

El conflicto ha surgido con fuerza durante el año 2020 a propósito de las restricciones sanitarias a nivel mundial producto de la pandemia del COVID-19. En países tan diversos como Alemania, EE.UU. y Chile se han planteado vulneraciones a la libertad religiosa por la prohibición de reuniones masivas (e incluso restringidas) de cultos religiosos por las limitaciones generales al derecho de reunión adoptadas en prácticamente todo el mundo. En rigor, no hay afectación alguna a la libertad religiosa, pero sí a un derecho de reunión vinculado a la libertad religiosa: el de los servicios religiosos y ritos colectivos.

Considerando lo señalado a propósito de la primacía de la vertiente individual de la libertad religiosa, forzoso es concluir que no existe un derecho de reunión específicamente derivado de la libertad religiosa que supere el contenido normativo de las reglas generales. En el marco de la Constitución chilena existe además una razón normativa que avala esta conclusión. En virtud del estado de catástrofe (decretado a propósito de la pandemia), de acuerdo con el artículo 43 inciso tercero, el Presidente de la República tiene la facultad de restringir las libertades de locomoción y de reunión, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar medidas extraordinarias para el restablecimiento de la normalidad. No restringe -y este ha sido el argumento de quienes reivindican el derecho a realizar o asistir a servicios religiosos- la libertad religiosa, pero tampoco lo hacen el estado de asamblea y el estado de sitio. Tal como la Constitución despliega el contenido de la libertad religiosa, ésta no reconoce más limitaciones que las señaladas en el mismo artículo 19 N° 6. *Contrario sensu*, el derecho de reunión como tal,

³⁵³ Sobre la regulación del ejercicio público y privado de las religiones, ver LEÓN CÁCERES (2020).

intrínsecamente limitable en estados de excepción, se configura de manera autónoma y es aséptico frente a sus motivos sustanciales.

Por otra parte, y si bien la fórmula de exclusión de orden público no es precisa, en la regulación de la CADH se consagra específicamente como limitación a la libertad religiosa las restricciones necesarias para proteger la salud pública, siendo esta una limitación muy precisa a propósito de las restricciones sanitarias. Evidentemente, lo que se limita o restringe no es en caso alguno la libertad religiosa en su vertiente individual, sino el ejercicio público de las religiones, lo que incluye el derecho de reunión.

Este último punto sirve para profundizar en una potencial afectación singular y restringida al orden público, y cuáles serían las consecuencias normativas, lo cual será analizado en el capítulo 7. El cuestionamiento es si acaso la exclusión de cultos por ser contrarios al orden público afecta a la totalidad de un culto o también a prácticas específicas, eventualmente motivadas por la contingencia.

Esta construcción iusfundamental de la libertad religiosa es en gran medida *lege lata* (en la regulación chilena, y también en la interamericana), pero también requiere una propuesta de *lege ferenda* a propósito de algunas disposiciones dispersas en el ordenamiento jurídico que resultan incompatibles con esta construcción y, por tanto, inconstitucionales. Este análisis se realizará en la última parte de este trabajo.

2.5. Modelo ideal de Estado.

Por último, y a diferencia de la concepción tradicional, que postula la compatibilidad de distintos tipos de Estado -incluyendo Estados confesionales- con la libertad religiosa como derecho fundamental, la concepción pluralista ya reseñada postula un modelo específico de relaciones entre el Estado y las distintas religiones.

Tradicionalmente las categorías de Estado han sido definidas en la historia del derecho en virtud de modelos relativamente precisos. Estos modelos se configuran en relación con la identificación más o menos intensa entre el Estado y una religión específica, la neutralidad del Estado frente a las distintas religiones y la hostilidad del Estado hacia cultos minoritarios o hacia la religiosidad en general. En la tipología tradicional (teocracias, Estados confesionales, Estados

laicos y Estados ateos), y sin perjuicio de que se revisará un modelo más preciso para los tipos de Estado, únicamente los dos extremos son incompatibles con la libertad religiosa. Los modelos de Estado confesional y cooperacionista no representan en sí mismos, de acuerdo con la concepción tradicional, una potencial amenaza a la libertad religiosa de sus ciudadanos.

Aunque efectivamente no todos los Estados confesionales y cooperacionistas evidencian igual número y entidad de conflictos relativos a la libertad religiosa, el análisis de la jurisprudencia supranacional de la Corte de Estrasburgo arroja como resultado que el mayor número de casos involucra a éstos (por ejemplo, los casos relativos a Rusia, Dinamarca, Inglaterra y Grecia). Por cierto, el objetivo de la construcción teórica de este trabajo no es meramente disminuir el número de conflictos, ni tampoco es la falta de conflictos algo unánime en los Estados laicos (pensemos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU.). De lo que se trata es justificar por qué los Estados que evidencian algún tipo de preferencia por algún conjunto o tipo de creencias no pueden garantizar adecuadamente, en clave pluralista, la libertad religiosa de quienes no las comparten.

La concepción pluralista tiene un compromiso con un modelo específico de Estado para el ejercicio óptimo de la libertad religiosa: el Estado laico neutral, esto es, aquel Estado que no manifiesta una preferencia por una religión o culto determinado, ni una preferencia de las creencias positivas frente a las creencias negativas. Se impone un Estado laico como consecuencia del pluralismo, ya que reconociendo la existencia de distintas metas humanas (representadas para estos efectos por los distintos cultos y religiones) inconmensurables y en conflicto, mal puede un Estado comprometido con el pluralismo expresar una preferencia de cualquier tipo, más allá de las consecuencias prácticas que se deriven de dicha preferencia.

Capítulo 6

Un principio de Estado laico

1. Introducción

La discusión acerca de la unión o separación de las esferas de poder temporal y espiritual proviene, como fuera reseñado someramente en el capítulo primero, desde la Antigüedad. En rigor hasta la modernidad no cabe hablar propiamente de Estados laicos ni de libertad religiosa, pero ya desde la última época del Imperio Romano el conflicto entre el cristianismo y los cultos tradicionales romanos generó la necesidad de establecer una diferenciación política precisa entre ambas potestades, especialmente a partir del reconocimiento oficial de la autoridad central de la cristiandad. A partir del pontificado de Melquíades, que coincide con el Edicto de Milán, el emperador Constantino comenzó a intervenir en el gobierno y organización de la iglesia cristiana, convocando en su calidad de emperador al Concilio de Nicea, al que ni siquiera asistió personalmente el Papa Silvestre I.³⁵⁴ La Roma de Constantino fue el origen remoto, primero de la confusión, y luego de la distinción entre autoridades temporales y espirituales.

Agustín de Hipona dio un sustento de filosofía política a esta dualidad. Justamente en orden a explicar la decadencia del Imperio Romano, y por qué esta decadencia no implicaba la decadencia de la Iglesia Católica o de su misión espiritual, en su monumental obra *De Civitate Dei contra paganos* postuló la existencia de una ciudad de Dios y una ciudad terrenal, estando la legitimidad de esta última en función de la primera. Es el dios cristiano la fuente última de la soberanía de los reinos e imperios de la tierra, y son las virtudes de la ciudad de Dios aquellas a las que los gobernantes deben aspirar en la ciudad terrenal.³⁵⁵

Aunque en la obra de Agustín se plasma esta distinción de manera relativamente pacífica, la mundanidad de las autoridades para ambos dominios implicó, durante los siguientes mil años, una serie de disputas acerca de la prevalencia de una u otra espada. Con la coronación de Carlomagno se produce una suerte de retorno a la Roma de Constantino: el Emperador dominaba a los papas y convocaba indirectamente concilios de la Iglesia Católica. La reforma de

³⁵⁴ Ver MACCULLOCH (2012).

³⁵⁵ Ver CHUAQUI (2005).

Gregorio VII reaccionó inclinando la balanza hacia la hierocracia del papado: el Papa puede deponer emperadores.

Guillermo de Ockham, el más destacado franciscano de Oxford, marcó un punto de inflexión irreversible en la disputa de las dos espadas al abogar en sus escritos por la limitación del poder papal (*plenitudo potestatis*), en el contexto del Papado de Aviñón y las disputas de poder entre autoridades temporales y espirituales, con un trasfondo filosófico post-Aquinate de rechazo a la compatibilidad entre razón y fe. De hecho, algunos laicos comienzan a reivindicar sus derechos políticos, incluyendo la participación en la misma iglesia a la par con el clero.³⁵⁶ Es entonces cuando la semilla del laicismo es desarrollada por Ockham en sus *Octo Quaestiones*, contemplando incluso el derecho de los laicos a resistir la hostilidad del clero.³⁵⁷ Ockham justifica la propiedad privada entre el pueblo laico, pero no al interior de la Iglesia Católica, con la distinción entre *usus iuris* y *usus facti*, que anticiparía la separación entre la Iglesia Católica y los Estados. Esta distinción es el antecedente remoto de la obra de Locke.

Martín Lutero es el más destacado seguidor de Ockham. Su obra produjo el segundo cisma de la Iglesia Católica y el surgimiento del protestantismo. El centro de gravedad del conflicto entre la Iglesia Católica y el islam variaba al conflicto entre los soberanos de cada reino y el Papa. La iglesia protestante les daba a los primeros un poder plenamente justificado en ambos dominios. Lutero inicia el pluralismo religioso en Occidente, cuyo ejemplo fue imitado después por Zuinglio, Calvino y Cranmer desarrollaban sus distintas perspectivas en torno al cristianismo. El cristianismo, en sus distintas nuevas versiones, pasa a ser un elemento más de los conflictos bélicos premodernos.

El mismo concepto de Estado-Nación surge con ocasión de la Paz de Westfalia, cuyos tratados pusieron fin a la Guerra de los Treinta Años, el último gran conflicto bélico ocasionado por la reforma y la contrarreforma. Pero la reforma protestante influyó aún más, siendo uno de los factores más relevantes en el paso del Estado absolutista al Estado moderno. La reforma protestante “permitió el comenzar a explicarse la realidad del mundo y de la vida religiosa a partir de una pluralidad de credos, lo que con el paso del tiempo daría lugar al apareamiento de la tolerancia religiosa y del derecho de libertad religiosa”.³⁵⁸ Harvey Cox señala que el pluralismo y

³⁵⁶ LÓPEZ CALERA (2012) p. 267.

³⁵⁷ LÓPEZ CALERA (2012) p. 268.

³⁵⁸ CARBONELL (2015) p. 88.

la tolerancia son hijos de la secularización.³⁵⁹ La libertad religiosa, a su vez, daría lugar a otras libertades propiamente modernas, que fueron consagradas por las primeras constituciones.

La creciente laicidad de los Estados configuró la modernidad. Tanto la Constitución de EE.UU. (a través del *Bill of Rights*) como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, fueron el paradigma de la separación o laicización. Con distintos vaivenes y retrocesos, la separación es actualmente la regla general en Occidente, al igual que la consagración amplia de libertad religiosa. Tanto la laicización como el derecho fundamental de libertad religiosa dieron a luz al siglo XX, y los distintos modelos influyeron entre sí y se vieron imbuidos por los procesos de secularización. El modelo de libertad religiosa occidental alcanzó una consagración universal a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales posteriores, especialmente la ECHR y la CADH.

En suma, los procesos de laicización se han visto potenciados por el grado de secularización de las sociedades, y ambos han determinado el grado de libertad religiosa de los distintos Estados occidentales. Aunque la mayoría de los Estados occidentales que no han alcanzado, por distintas razones, una laicización plena, igualmente consagran el derecho fundamental de libertad religiosa, dicha libertad religiosa tiende a generar diversos conflictos jurídicos.

Este problema se presenta de una manera notable en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos. También los Estados no laicos signatarios del Convenio están obligados a garantizar la libertad religiosa dentro de su particular relación con una religión específica. Una aplicación extensiva del concepto de “margen de apreciación” y la deferencia frente a las decisiones estatales ha llevado a la Concepción heredada a postular que el Estado laico no es el único modelo compatible con el derecho fundamental de libertad religiosa. Se demostrará que esta tesis, al menos entendida descriptivamente, es falsa.

Como se expuso en el capítulo primero, los procesos de laicización fueron relativamente continuos e irreversibles tanto en Europa como en América Latina, con muy pocas excepciones. Sin embargo, como se verá a continuación, la laicización mexicana es distinta de la chilena y de la peruana, así como la laicización francesa es distinta de la alemana y de la española. El Estado

³⁵⁹ COX (1965) p. 3.

laico no es un modelo único, sino que existe un rango de laicidad institucional que caracteriza de manera distinta a los Estados. Esto nos lleva al estudio de las tipologías del Estado laico, aunque previamente se impone una precisión semántica.

2. Laicidad y laicismo.

Los vocablos laicidad y laicismo presentan un problema recurrente en la configuración del principio de Estado laico. Laicidad, galicismo de reciente incorporación al Diccionario de la RAE (traducción de *laïcité*), surge en la segunda mitad del siglo XIX como una reivindicación de la educación pública, la cual debía estar separada de cualquier influencia religiosa.³⁶⁰ Este modelo de laicidad fue adoptado en Italia y Bélgica en 1877 y 1879, respectivamente, e influyó en el debate público en distintos países de Latinoamérica que comenzaban a iniciar el proceso de secularización.

Laicidad es un sustantivo que indica la cualidad o condición de laico, mientras que laicismo se refiere a una actitud o doctrina. Actualmente la RAE hace prácticamente sinónimos los términos. Para gran parte de los autores, la palabra laicidad indicaría una neutralidad hacia la religión, mientras que laicismo indicaría una actitud negativa hacia lo religioso. Esta distinción repercute en el mismo concepto de Estado laico (a menos que se especifique, como lo hacen algunos autores, de un “Estado laicista”). Haarscher, por ejemplo, distingue entre dos tipos de Estado laico: el “bueno”, propio de Francia, que garantiza la libertad religiosa, y el “malo” que identifica con los Estados ateos propios de los regímenes comunistas.³⁶¹

La distinción laicidad – laicismo proviene al parecer de Maritain, y la Iglesia Católica ha profundizado en la distinción hablando de una “sana laicidad” y de “laicismo intolerante”.³⁶² Según Jorge Precht, laicidad es “un principio o valor inherente al Estado Social y Democrático de Derecho que regula las relaciones entre el Estado y las entidades religiosas, estableciendo las zonas de abstención de Iglesias y Estado, así como las zonas de colaboración social posibles entre Estado y confesiones”.³⁶³ Blancarte, por su parte, la define como “un régimen social de coexistencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas esencial aunque no exclusivamente

³⁶⁰ BLANCARTE (2014). El término aparece por primera vez en la Enciclopedia Larousse de 1873.

³⁶¹ HAARSCHER (2002).

³⁶² PRECHT PIZARRO (2012) pp. 240-241.

³⁶³ PRECHT PIZARRO (2012) pp. 239-240.

por la soberanía popular y ya no más por elementos sagrados o religiosos”. El Estado laico es el instrumento jurídico-político que garantiza dicha laicidad en el contexto de un liberalismo pluralista.³⁶⁴

Según Prieto Sanchís, el vocablo laicidad indica únicamente la no confesionalidad mientras que laicismo sería un “concepto político o doctrinal” y no normativo, utilizándose en la práctica la laicidad como neutralidad y el laicismo como una actitud de inclinación antirreligiosa.³⁶⁵ Distingue entre laicidad formal y material. La laicidad formal, o simplemente laicidad, “significa que en la esfera pública se admiten todos los argumentos o posiciones en pie de igualdad, sin que ninguno aparezca primado o postergado en función de su procedencia” (una definición cercana a Rawls y Habermas), mientras que laicidad material supondría además “que el comportamiento de los poderes públicos es neutral respecto de todas las doctrinas religiosas o filosóficas, sin que ninguna resulte beneficiada o perjudicada”.³⁶⁶ Sólo la primera de ellas sería aceptable en un Estado respetuoso de las libertades, ya que “un estricto laicismo material requeriría un pluralismo tal que cualquier decisión política resultase neutral respecto de toda doctrina comprensiva” lo cual ni siquiera estaría garantizado en la teoría de Rawls.³⁶⁷

Para Salinas, la laicidad del Estado es lo mismo que su no confesionalidad, lo que implica que el Estado debe actuar frente a las religiones como factores sociales que deben promoverse, como el deporte y la cultura. Al regular lo religioso el Estado “no asume en ningún momento competencia alguna en cuanto al acto de fe, sino que, como Estado, asume el rol que como tal le corresponde, amparando y promoviendo aquellos factores sociales que forman parte del bien común”.³⁶⁸ Coherente con lo anterior, el Estado laico chileno configurado por la Constitución de 1925 abrazaría una “laicidad realista”, en el sentido que el Estado reconoce el hecho religioso como un factor social que requiere su cooperación a través de la legislación.³⁶⁹

Resulta notable la analogía de Salinas sobre los deportes y la cultura, ya que en ambos casos tampoco se trata de “factores sociales” que deban ser promovidos por el Estado en cuanto tales, sino porque éstos generan, por regla general, externalidades sociales positivas, lo que no

³⁶⁴ BLANCARTE (2014) p. 97.

³⁶⁵ PRIETO SANCHÍS (2005) pp. 114-115.

³⁶⁶ PRIETO SANCHÍS (2005) p. 116.

³⁶⁷ PRIETO SANCHÍS (2005) p. 128.

³⁶⁸ SALINAS ARANEDA (2008) p. 195.

³⁶⁹ SALINAS ARANEDA (2016).

implica que todos los deportes (pensemos en la lucha o los deportes extremos) o todas las manifestaciones culturales (expresión que incluiría también, por ejemplo, la pornografía) deban necesariamente ser promovidas por el Estado. El tratamiento del Estado a algunas manifestaciones de dichos factores sociales es de mera tolerancia, o en algunos casos, de regulación o prohibición. Esto mismo se aplica a la religión en cuanto factor social, lo cual es especialmente importante al momento de evaluar los beneficios tributarios, como se desarrollará más adelante.

La distinción entre laicidad y laicismo ha tenido un desarrollo predominantemente ideológico. El laicismo parecería más propio de los Estados ateos (que son indiscutiblemente incompatibles con la libertad religiosa) y la laicidad involucraría una actitud positiva hacia el fenómeno religioso. Precht ilumina esta disyuntiva señalando que el laicismo es una categoría instrumental, y en tanto categoría instrumental, es neutra. Laicismo es “*el fenómeno histórico-social de construcción de los valores de laicidad o de su destrucción*”.³⁷⁰ Aunque dicha construcción social puede ser antirreligiosa, no necesariamente lo es, y así como la revolución francesa o el totalitarismo soviético fueron anticatólicos, el laicismo del “muro de separación” en EE.UU. es positivo en el sentido que ha permitido el florecimiento de las más variadas expresiones religiosas.³⁷¹

Como se verá a continuación, el Estado laico no es un estado antirreligioso ni contrario a la libertad religiosa. El Estado laico es el que permite de mejor manera el florecimiento de una pluralidad de religiones, garantizando además, dentro de ciertos límites, la autonomía de éstas para conseguir sus fines específicos. La distinción entre laicidad y laicismo pierde sentido para calificar el modelo de un Estado neutral frente a las distintas religiones y frente a la irreligiosidad. No se promueve esta última al no cooperar institucionalmente con alguna religión o grupo de religiones, sino que se garantiza la libertad de cada persona para elegir su religión.

3. Tipologías de Estado laico.

La categoría “Estado laico” es utilizada tanto descriptiva como prescriptivamente. Como ya se mencionó, en Europa coexisten Estados no laicos con la libertad religiosa garantizada por la Convención Europea, lo que ha llevado a algunos a señalar que el Estado laico no es el único

³⁷⁰ PRECHT PIZARRO (2012) p. 243. Cursivas en el original.

³⁷¹ PRECHT PIZARRO (2012) pp. 240-241.

modelo de Estado compatible con la libertad religiosa. Por lo anterior, la libertad religiosa como derecho fundamental y el principio de laicismo estatal pueden y deben ser analizados en niveles distintos. No obstante, se sostendrá que el Estado laico es el que mejor garantiza la libertad religiosa entendida de acuerdo con la concepción pluralista ya expuesta.

La pregunta por el Estado laico requiere indagar en sus condiciones necesarias y suficientes. En un Estado laico no hay injerencia directa recíproca entre las autoridades estatales y las de un culto. La regla general en los Estados occidentales modernos no laicos es una injerencia predominantemente unilateral del Estado hacia el culto, teniendo como contraprestación la protección del culto por parte del Estado y una partida presupuestaria, aunque en algunos casos, como Inglaterra, la injerencia es bilateral ya que determinados miembros de la Iglesia oficial forman parte de la Cámara de los Lores como “Lores Espirituales”. El Estado laico exige que poder temporal y espiritual estén completamente separados, y de allí la doctrina de la “muralla de separación” propia de EE.UU.

No obstante, el principio de laicidad del Estado ha superado el ámbito de la unión o separación. Así, se ha señalado que éste implica, además del no establecimiento de una religión oficial, la neutralidad del Estado frente a las religiones, el respeto por la libertad religiosa y un trato igualitario hacia las distintas confesiones religiosas.³⁷² Sigue siendo además un elemento característico de la educación pública. La laicidad del Estado limita o proscribela existencia de símbolos religiosos personales o institucionales en establecimientos educacionales, lo cual se desprende directamente del principio de laicidad.

Por los motivos anteriores, las distintas categorías de Estado son utilizadas de un modo analíticamente deficiente, y en ocasiones con conceptos contradictorios. Una tipología tradicionalmente utilizada sobre las relaciones entre el Estado y las religiones es la que distingue entre teocracias, Estados confesionales, Estados laicos y Estados ateos, teniendo estas categorías ejemplos fácilmente reconocibles.

En las teocracias, la autoridad política y la autoridad religiosa es ejercida por la misma persona o grupo, y el fundamento del poder político se encuentra en la autoridad religiosa. Este modelo tuvo su apogeo en la Edad Media con el Cesaropapismo y el Califato Otomano, este último llegando hasta el siglo XX. En la actualidad existen muy pocos casos, como el Estado

³⁷² GARCÍA JARAMILLO (2013) p. 429.

Ciudad del Vaticano y la teocracia chiita de Irán. Inglaterra es considerada generalmente un Estado confesional con una iglesia nacional (*Church of England*), aunque algunos autores la consideran una auténtica teocracia en virtud de la ceremonia de coronación del monarca.³⁷³

En los Estados confesionales el poder estatal reconoce un credo como oficial, lo que genera distintas consecuencias jurídicas dependiendo de las características particulares de cada sistema jurídico y del grado de secularización de la sociedad. El credo oficial puede ser mundial, como ocurría con España y los países de América Latina que dependían de la Corona española hasta distintos tiempos después de los procesos independentistas, o puede ser el de una Iglesia nacional reconocida y creada por el mismo sistema jurídico, como ocurre en algunas monarquías parlamentarias de la actual Europa (Dinamarca, Suecia, Inglaterra, entre otras, sin perjuicio de la discusión en torno a esta última). Siendo la excepción en Occidente, es por contrapartida la regla general en los Estados musulmanes, en los cuales el mismo sistema jurídico se confunde con las normas reveladas del Corán.³⁷⁴

Los Estados laicos consagran una separación institucional entre el poder político y las confesiones religiosas. Aunque el vocablo laico es propio de las lenguas romances, el origen moderno de este modelo de Estado se encuentra en el “*secular State*” de la Primera Enmienda (1791) a la Constitución de EE.UU., en la fórmula “*wall of separation*”. El laicismo estatal no implica, como se revisará a continuación, una postura hostil hacia las religiones, sino la neutralidad y el trato igual del Estado hacia todas las religiones. No obstante, esta falta de unión puede manifestarse en un amplio rango de relaciones, desde una colaboración hasta una neutralidad absoluta.

Por último, los Estados ateos consagran institucionalmente la creencia negativa que supone el ateísmo. Puede implicar, aunque no necesariamente, una hostilidad hacia las religiones en general, y su origen se vincula a los regímenes comunistas del siglo XX, muchos de los cuales, incluso manteniendo su ideología, han modificado en las últimas décadas dichas disposiciones. La Constitución cubana de 1976 señalaba en su artículo 54: “El Estado socialista, que basa su actividad y educa al pueblo en la concepción científica materialista del universo, reconoce y garantiza la libertad de conciencia, el derecho de cada uno a preferir cualquier creencia religiosa y a practicar, dentro del respeto a la ley, el culto de su referencia”; agregando en su inciso final

³⁷³ HIRSCHL (2010).

³⁷⁴ Ver DAVID Y JAUFFRET-SPINOSI (2010).

lo siguiente: “Es ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución, a la educación o al cumplimiento de los deberes de trabajar, defender la patria con las armas, reverenciar sus símbolos y los demás deberes establecidos por la Constitución”. En la reforma de 1992, no obstante, se eliminó toda la disposición anterior consagrando en su lugar en el artículo 8: “El Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa. En la República de Cuba, las instituciones religiosas están separadas del Estado. Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración”, una redacción prácticamente idéntica a la del artículo 15 de la Constitución actualmente vigente.³⁷⁵ La regulación constitucional cubana de 1976 motivó informes de la Comisión Interamericana que acusaban diversas vulneraciones a la libertad religiosa. Con la modificación constitucional la situación de facto evolucionó sustancial y positivamente.³⁷⁶

En un sentido similar, mientras en el período comunista de Albania posterior a la segunda guerra mundial se separó el Estado de la Iglesia Ortodoxa, la revolución cultural de Enver Hoxha consagró a Albania como “el primer Estado ateo de la historia” en la Constitución de 1976, coincidente de manera exacta con la mencionada Constitución cubana que consagraba una “concepción científica materialista del universo”.³⁷⁷

Desde la perspectiva de la sociología de la religión, Jean Baubérot y Micheline Milot han desarrollado seis tipos de laicidad que se configuran tanto por circunstancias sociopolíticas como culturales.³⁷⁸ En la “laicidad separatista”, la separación es una finalidad en sí, afectando especialmente a las religiones minoritarias. En la “laicidad anticlerical”, todas las religiones quedan relegadas al ámbito privado, afectando aún más la libertad religiosa. En la “laicidad autoritaria”, el Estado ejerce una injerencia directa en los asuntos religiosos invocando la razón de Estado, lo que igualmente puede vulnerar la libertad religiosa individual. En la “laicidad de fe cívica”, son las religiones minoritarias las que se ven obligadas a seguir los estándares religiosos mayoritarios, como en las prohibiciones al velo islámico. En la “laicidad de reconocimiento” se equilibra la justicia social en lo relativo a la participación de ciudadanos en la vida pública y el respeto a la autonomía moral de los individuos. Finalmente, en la “laicidad de colaboración” El Estado es autónomo de las religiones pero solicita su colaboración en diversos ámbitos, lo cual

³⁷⁵ La última modificación a la Constitución cubana (2019) agregó la expresión “El Estado cubano es laico. En la República de Cuba las instituciones religiosas y asociaciones fraternales están separadas del Estado y todas tienen los mismos derechos y deberes.”

³⁷⁶ Ver ROCA (2017) pp. 273-274.

³⁷⁷ Ver KARANDREA (2003).

³⁷⁸ BAUBÉROT Y MILOT (2011). La cita y explicación corresponde a BLANCARTE (2014) pp. 124-125.

puede afectar la neutralidad del Estado, especialmente respecto de las religiones minoritarias. Aquella que de mejor manera se corresponde con una libertad religiosa plena es la laicidad de reconocimiento, que al igual que el modelo liberal-republicano de Dorfman incorpora un elemento de participación política que debe asegurarse a los ciudadanos que reivindican distintas creencias razonables y en principio válidas.³⁷⁹

Una tipología más sofisticada y especialmente útil para el análisis jurídico es la formulada por Cole Durham. Durham desarrolla un diagrama complejo con una especie de curva *gaussiana* en la que no existe una solución de continuidad entre un modelo de Estado confesional y un modelo de Estado laico, sino un continuo que va desde una identificación “positiva” hasta una “negativa” entre Estado y religiones, cuyos extremos evidencian una ausencia de libertad religiosa y cuyo grado óptimo de libertad religiosa se encuentra a medio camino entre la acomodación y la separación “flexible”.³⁸⁰ Tomando la misma línea anterior que va desde las teocracias hasta los Estados ateos, Durham distingue entre Estados teocráticos, religiones oficiales (*established*), religiones avaladas o promocionadas (*endorsed*), Estados cooperacionistas, acomodación (que cruza el *peak* de la curva *gaussiana* desde la “igualdad sustantiva” a la “igualdad formal”), separación (desde flexible a rígida), laicidad (*laïcité*), regímenes de control secular (caracterizados por su hostilidad hacia la religión) y regímenes abolicionistas.³⁸¹

Aunque el mismo Durham reconoce que los modelos de esta curva son “tipos ideales weberianos”, tienen una correspondencia al menos parcial con los tipos tradicionales.³⁸² Es posible encontrar ejemplos normativos más o menos precisos en el derecho comparado. Partiendo de esta última clasificación, y excluyendo los extremos de teocracias y Estados ateos, puede plantearse una clasificación *ad hoc* que reconoce al menos cuatro categorías de Estados en su relación con las religiones. Estas cuatro categorías son en principio compatibles con la libertad religiosa, aunque, como quedará en evidencia, en dos de ellas ésta puede ser poco más que un reconocimiento vacío. En otras palabras, no todos los modelos de Estado son compatibles con una concepción pluralista de la libertad religiosa de la manera en que ha sido desarrollada en la presente tesis.

³⁷⁹ DORFMAN (2008).

³⁸⁰ DURHAM (2012).

³⁸¹ DURHAM (2012) p. 367.

³⁸² DURHAM (2012) p. 366.

En primer lugar, y configurando la relación más intensa que existe entre un Estado y una religión, se encuentran los Estados que, aún garantizando la libertad religiosa, reconocen una religión oficial (pública en sentido estatal) interviniendo directamente en la administración del culto y garantizándole prerrogativas de distinto tipo. Ejemplos de esto son todos los Estados que tienen iglesias nacionales, o bien que reconocen la autoridad mundial de alguna religión. Llamaremos a esta categoría “Estados religiosos”.

En segundo lugar, se encuentran los Estados que, aún sin establecer una iglesia oficial, reconocen normativamente una preferencia por alguna religión. Esta preferencia debe ir más allá de un mero reconocimiento, sino además tener alguna importancia práctica, en el sentido de no ser únicamente una declaración de principios, sino recibir una aplicabilidad o ejecución directa. Llamaremos a esta categoría “Estados no neutrales”.

En tercer lugar, cruzando la curva de Durham, se encuentran los Estados que no reconocen explícitamente una preferencia por alguna religión en particular, pero cuyo sistema jurídico contiene disposiciones que reflejan, al menos de manera marginal, una diferencia frente a alguna religión o conjunto de religiones. Esta preferencia institucional puede manifestarse en disposiciones relativas al deísmo ceremonial, concordatos con la Santa Sede o menciones vagas a la religiosidad como elemento integral de la cultura del país. Incluye también las invocaciones simbólicas declarativas a una divinidad o conjunto de ellas (por ejemplo, los preámbulos de muchas Constituciones). Llamaremos a esta categoría “Estados neutrales”.

Por último, se encuentran los Estados que reconocen explícitamente una neutralidad frente a cualquier religión, y cuya neutralidad configura un principio de laicidad sistemáticamente desarrollado en un sentido fuerte. Si retomamos la distinción tradicional entre laicidad y laicismo, la primera se correspondería con los estados neutrales, mientras que el laicismo se corresponde con esta última categoría que llamaremos “Estados laicistas”.

En esta nomenclatura, en orden de mayor a menor vinculación del Estado con una religión o un grupo de religiones, encontramos los Estados religiosos, los Estados no neutrales, los Estados neutrales y los Estados laicistas. Como se verá a continuación, es posible encontrar buenos ejemplos de cada uno en el derecho comparado.

Uno de los ejemplos más claros de Estados religiosos en la actualidad es Inglaterra. Además de las complejidades generales del sistema jurídico inglés (no contar con una

Constitución en sentido formal y formar parte de un conjunto heterogéneo, el Reino Unido), la relación con la Iglesia de Inglaterra está dispersa en un cúmulo complejo de regulaciones centenarias que han sido modificadas, pero continúan en gran medida vigentes.³⁸³ A partir del *Act of Settlement* (1700), se exige al monarca su comunión con la Iglesia de Inglaterra, a la vez de convertirse éste, en su coronación, en la autoridad máxima de la Iglesia.

El paradigma de *established church* del *common law* es análogo (aunque levemente distinto), a la categoría latina de Estado confesional.³⁸⁴ Un ejemplo de este último en Europa es Grecia, cuya Constitución prescribe en su artículo 3.1.: “La religión dominante en Grecia es de la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo. La Iglesia Ortodoxa de Grecia, que reconoce como cabeza a Nuestro Señor Jesucristo, está indisolublemente unida, en cuanto al dogma, a la Gran Iglesia de Constantinopla y a las demás Iglesias Cristianas homodoxas, observando inmutablemente, como las demás iglesias, los santos cánones apostólicos y sinódicos, así como las tradiciones sagradas [...]”. La Iglesia de Grecia forma parte de un conjunto más amplio y complejo que reivindica una tradición cristiana milenaria surgida con el primer cisma de la Iglesia Católica, pero que en la práctica funciona de manera muy similar a una iglesia nacional.

En América Latina, un ejemplo de Estado religioso es Costa Rica, cuya Constitución establece en su artículo 75: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”. La última parte de esta disposición garantiza una tolerancia a religiones diversas de la oficial (al contrario de lo que hacía la Constitución chilena de 1833 vigente hasta 1925), pero consecuente con esta oficialidad de la religión católica, la misma Constitución prescribe en su artículo 194 un juramento para los funcionarios públicos que les impondría profesar la religión: “¿Juráis a Dios y prometéis a la Patria, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino? -Sí juro-. Si así lo hiciéreis, Dios os ayude, y si no, El y la Patria os lo demanden”. En el contexto de un Estado religioso, un juramento con estas características no resulta especialmente problemático (sin perjuicio de las religiones que prohíben los juramentos), aunque *a contrario sensu* sí lo es en otros modelos de Estado.

³⁸³ Ver GARCÍA OLIVA (2001).

³⁸⁴ García Oliva hace hincapié, citando a otros autores, en que el *establishment* implica mayor injerencia de la autoridad secular en la religiosa que viceversa. Ver GARCÍA OLIVA (2001) p. 315.

En la segunda categoría, un modelo de Estado no neutral europeo muy influyente en la regulación de América Latina es España. La Constitución de 1978, pese a establecer en su artículo 16.3 que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”, agrega en seguida: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. Una disposición muy similar es la de la Constitución peruana, cuyo artículo 50 dispone: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”.

Argentina, por su parte, tiene una disposición constitucional muy curiosa que, en su texto, la consagraría derechamente como un Estado religioso. Su artículo 2 señala: “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. No obstante, en la práctica se ha impuesto una interpretación restrictiva de dicho artículo, si bien igualmente existe un presupuesto del culto católico.

Los artículos 7 y 8 de la Constitución italiana definen conjuntamente tanto un principio de Estado laico como un derecho fundamental de libertad religiosa. La relación de la República italiana con la Santa Sede es histórica y geopolíticamente muy compleja, lo que se refleja en sus normas constitucionales que garantizan un estatuto *sui generis*. El Artículo 7 comienza señalando que “El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propia esfera, independientes y soberanos”, para luego agregar que sus relaciones se regulan por los Tratados de Letrán, y que eventuales modificaciones de dichas normas no requieren de revisión constitucional. El artículo 8, por su parte, señala que todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley, pero agrega que las confesiones religiosas distintas de la católica “tendrán derecho a organizarse según sus propios estatutos, siempre que no se opongan al ordenamiento jurídico italiano”.

Esta regulación, naturalmente exclusiva de la Constitución italiana por las razones ya mencionadas, tiene no obstante un símil en todos los Estados que han celebrado concordatos con la Santa Sede, si bien en la mayoría de estos casos la referencia a dichos tratados se encuentra establecida en las leyes y no a nivel constitucional. En Chile existe un problema remotamente similar en virtud del acuerdo informal de separación que una parte de la doctrina considera integrante de la regulación constitucional.³⁸⁵

³⁸⁵ Ver SILVA BASCUÑÁN (1991).

Como ya se definió, en los Estados neutrales no hay un reconocimiento explícito de preferencia por alguna religión, pero ésta igualmente se desprende, aunque sea de manera marginal, en algunas disposiciones del sistema jurídico, como las relativas a clases de religión en establecimientos educacionales públicos, la presencia de símbolos religiosos institucionales o el deísmo ceremonial.

El “*wall of separation*” de la Primera Enmienda está en el límite de un Estado laicista, pero como es sabido el deísmo ceremonial cristiano en EE.UU. tiene una aplicación generalizada, al igual que la presencia de símbolos religiosos institucionales, ambas categorías que han traído muchos problemas de constitucionalidad. Situación similar es la de Brasil, en cuya Constitución de 1988 (artículo 19 I) se prohíbe a todo nivel (esto es, a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios) el “establecer cultos religiosos o iglesias, subvencionarlos, obstaculizar su funcionamiento o mantener con ellos o sus representantes relaciones de dependencia o alianza, salvo la colaboración de interés público, en la forma de la ley;”.

Colombia es un Estado que recién en las últimas décadas ha vuelto a la separación con la Iglesia Católica, luego de un retroceso confesional. La Corte Constitucional de Colombia ha defendido con entusiasmo el principio de Estado laico consagrado en términos algo confusos en el artículo 2° de la Ley 133 de 1994, el cual señala que “Ninguna Iglesia o confesión religiosa es ni será oficial o estatal”, pero agregando: “Sin embargo, el Estado no es ateo, agnóstico, o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos”. Colombia posee un concordato en vigor con la Santa Sede (1973) que prescribe en su artículo I: “El Estado, en atención al tradicional sentimiento católico de la Nación Colombiana, considera la Religión Católica, Apostólica y Romana como elemento fundamental del bien común y del desarrollo integral de la comunidad nacional”. En tal virtud, la ley reconoce un régimen especial de “personalidad jurídica de derecho público eclesiástico” a la Iglesia Católica, el que se diferencia de las otras personalidades jurídicas especiales por ser declarativo y no constitutivo, situación similar a la que se encontraban las entidades religiosas chilenas frente a la Iglesia Católica con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.638.³⁸⁶

En este modelo se encuentra también Chile, aunque sin regulación concordataria ni disposiciones específicas sobre la Iglesia Católica, con la sola excepción de la interpretación que

³⁸⁶ Ver PRIETO (2012).

le otorga una personalidad jurídica constitucional de derecho público, frente a las simplemente legales de todas las otras religiones. La Constitución chilena no establece una prohibición de confesionalidad como la Primera Enmienda, aunque esta última se explica de mejor manera en un Estado federal y con el proceso de modificación constitucional propio de EE.UU. La separación chilena es tácita, pero generalmente no ha sido puesta en duda ni considerada insuficiente más que omitir un principio fuerte de laicidad a la francesa. Sin embargo, y al igual que lo que ocurre en EE.UU., como se verá en el capítulo final el sistema jurídico chileno es profuso en fórmulas de deísmo ceremonial.

En ocasiones, el reconocimiento normativo es estrictamente simbólico, lo que igualmente es diferenciador respecto del Estado laicista. El artículo 1° de la Constitución de Ecuador, en vigencia desde 2008, señala que Ecuador “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”, pero en su preámbulo hace una invocación a “Dios” reconociendo “diversas formas de religiosidad y espiritualidad”. El artículo 137.1 de la Constitución de Weimar, integrante de la *Grundgesetz* de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 140, señala sin utilizar el vocablo “laico” que “No existe una Iglesia de Estado”, pero el preámbulo también realiza una invocación divina. Lo mismo ocurre en la Constitución Boliviana de 2009, que pese a señalar en su preámbulo “con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios”, prescribe en su artículo 4: “El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión”.

Por último, en los Estados laicistas se requiere, además de la neutralidad, un compromiso normativo con dicha neutralidad. A diferencia de la libertad religiosa, no son muchos los Estados que reconocen su laicidad constitucionalmente. El mejor ejemplo es, naturalmente, Francia. La Constitución de la Quinta República (1958) inscribe la laicidad en el artículo 1°, añadiendo a renglón seguido la igualdad religiosa y el respeto a todas las creencias.³⁸⁷

Otro ejemplo importante en América Latina es México. Aunque un principio general de laicidad no aparece contemplado en la Constitución, sí hay referencias a la educación laica y la separación entre Estado e iglesias. El artículo 3° señala que la educación será obligatoria,

³⁸⁷ El primer inciso del artículo 1° señala: “*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée*”.

universal, inclusiva, pública, gratuita y laica, significando esto último que debe mantenerse “por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”, mientras que el artículo 24, además de garantizar la libertad religiosa, prescribe en su párrafo segundo: “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”. Por otra parte, en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público (1992) se establece expresamente un principio de laicidad. Su artículo 3 prescribe: “El Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por México y demás legislación aplicable y la tutela de derechos de terceros”. El párrafo segundo agrega una disposición muy interesante: “El Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco a favor o en contra de ninguna iglesia ni agrupación religiosa”.

Por último, otro Estado cuya laicidad tiende a compararse con la francesa es Uruguay. La Constitución señala en su artículo 5: “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna”. A continuación, consagra una disposición específica para la Iglesia Católica que, no obstante, tiene un propósito netamente patrimonial, al igual que la Constitución chilena: “Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos”. Por último, y también de manera muy similar a la Constitución chilena, concluye señalando: “Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones”.

La tipología de Estados descrita puede utilizarse para un análisis en distintos niveles. En primer lugar, y aunque el concepto tradicional de Estado laico se ha controvertido, englobaría únicamente a los Estados neutrales y laicistas. Descartando los Estados religiosos o confesionales, los Estados no neutrales limitan su grado de libertad religiosa a su grado de secularización (alto en Argentina, pero bajo en Italia, por ejemplo) el cual puede variar debido a coyunturas no jurídicas ni necesariamente de índole política.

Sin entrar en la discusión acerca de lo positivo o negativo de ambas categorías, la distinción entre Estados neutrales y Estados laicistas se corresponde respectivamente con los conceptos de laicidad y laicismo. Como se revisará más adelante, el laicismo tradicionalmente entendido también puede conllevar problemas de libertad religiosa que no se producen en el marco de la

laicidad. Desde este punto de vista, una Constitución que no contenga mención alguna a la divinidad, como la chilena, es más respetuosa de la libertad religiosa que una que conserve el paradigma de la separación, como la francesa o la mexicana.

Jorge Precht, cuya concepción de la laicidad es particularmente estricta, señala que el principio de laicidad requiere una consagración normativa expresa. “Chile jamás ha sido un Estado laico. Quien estudie la génesis de la separación de la Iglesia y el Estado [...] sabe que la palabra laicidad no se menciona y que el espíritu de la laicidad no se encuentra ni en los textos ni en las prácticas”.³⁸⁸

Como ya se ha señalado, una de las condiciones para la separación fue excluir la educación laica, justamente la categoría que desarrolló el concepto mismo de laicidad. “Obligados a negociar, los conservadores chilenos obtuvieron en 1925 una separación con privilegios que se mantiene hasta el día de hoy y que en su momento desalentó a partidarios del Estado laico”.³⁸⁹ Los privilegios estarían dados por una preeminencia *de iure* y de facto de la Iglesia Católica, aunque el autor no es especialmente preciso en este último punto. “Sin caer en la exageración de decir que Chile es un ‘Estado Confesional’ es claro que la Iglesia Católica en el país tiene una clara preeminencia y desde mediados del siglo XIX ha sido la más ultramontana de las iglesias de América Latina”.³⁹⁰

Esta concepción negativa crítica del Estado laico chileno es la que subyace a un proyecto de reforma constitucional presentado el año 2012 en la Cámara de Diputados a través de moción (Boletín 8714-07), archivado en primer trámite constitucional, que modificaba el artículo 4º, “reconociendo a Chile como estado social y laico”, aunque la modificación exacta consistía en un nuevo artículo 4 del siguiente tenor: “Chile es una República Social, Democrática y Laica”. En los escuetos considerandos del proyecto se señala, entre otros argumentos, que la “mal llamada” separación Estado – Iglesia en Chile “se centra en una separación estrictamente Económica y no Social”, y que la laicidad de la Constitución chilena es “básica, reduciéndose a dispositivos de control y regulación, con el objetivo de facilitar una libertad religiosa sin descuidar el orden público y el bien común. Por lo tanto, una libertad en entre dicho (sic), una libertad sólo para algunas manifestaciones religiosas”.

³⁸⁸ PRECHT PIZARRO (2006) p. 709.

³⁸⁹ PRECHT PIZARRO (2006) p. 709. El subrayado es del original.

³⁹⁰ PRECHT PIZARRO (2006) p. 714.

Opinión contraria es la de Jorge Hunneus. Aunque su análisis dogmático ha quedado inevitablemente anacrónico, es interesante revisar sus reflexiones en torno al artículo 5 de la Constitución de 1833. Por razones obvias, Hunneus desconoce la distinción entre secularización y laicización, pero su agudo análisis la implica. “Si hubiera de entenderse conforme a su tenor literal, esto es, como el reconocimiento de un hecho existente en el país, pensamos que se habría consultado una redacción mas propia i mas correcta, diciendo, por ejemplo, que la religión *de la mayoría de los chilenos es la católica apostólica romana*”.³⁹¹ El Estado confesional sería ilegítimo *per se*, existiendo solo la posibilidad de establecer un Estado cooperacionista en una fórmula muy similar a la de Perú.

Su conclusión para dicha interpretación se basa en una concepción prospectiva fuerte de laicidad: “Inaceptable sería suponer siquiera que la Constitución haya querido imponer al Estado, en la disposición que examinamos, una religión determinada; porque [...] la esfera de acción del Código Fundamental está circunscrita solo a intereses temporales, i el fomento i desarrollo de éstos de ninguna manera exige que se imponga religión alguna al Estado, ya que éste es algo esencialmente distinto de los individuos que - lo componen, quienes, léjos de tener todos una misma creencia, están siempre divididos, bajo el aspecto religioso, en sectas diferentes”.³⁹² En otras palabras, la disposición del artículo 5 no tiene sentido puesto que el Estado confesional sería *per se* ilegítimo en la sociedad chilena.

Considerando la vinculación anteriormente señalada entre neutralidad y laicidad, el reconocimiento expreso de una laicidad estatal no es estrictamente necesario en tanto no existan preferencias o privilegios en favor de una confesión religiosa. Ecuador, un Estado que se define como laico, igualmente invoca a Dios, la Pachamama y sus diversas formas de religiosidad en el preámbulo de su Constitución. La categoría de Estado laico, en definitiva, es bastante más amplia y jurídicamente compleja que su identificación con el modelo francés. Es factible que un Estado laico no lo sea de manera químicamente pura (entendiendo por esto el modelo de *laïcité*) sino que tenga anomalías, como los casos de Chile y EE.UU., no dejando por ello de ser un Estado laico en general compatible con una libertad religiosa plena.

De lo anterior se desprende una consecuencia muy importante. A diferencia de lo que señala Precht, la ausencia de un reconocimiento religioso específico es más importante que el

³⁹¹ HUNNEUS ZEGERS (2016) p. 11. Cursivas en el original.

³⁹² HUNNEUS ZEGERS (2016) pp. 11-12.

reconocimiento expreso de la laicidad. En otras palabras, la neutralidad de los Estados, entendida como laicidad, es jurídicamente más relevante para la libertad religiosa que el laicismo tradicionalmente entendido. En un marco adecuado de libertad religiosa, el Estado únicamente debe cautelar dicha libertad, sin que sea un objetivo legítimo del Estado el promover o desincentivar la secularización.

Por último, surge la interrogante acerca de si requiere la libertad religiosa un principio de Estado laico, o es aquella compatible con distintos modelos de Estado. La última aseveración es propia de la concepción tradicional y puede evaluarse críticamente en base a la jurisprudencia comparada, como se verá en el apartado siguiente.

4. Los problemas de libertad religiosa en distintos modelos de Estado.

Según la concepción heredada de la libertad religiosa ésta es compatible con distintos modelos de Estado, lo cual es central en la relación entre judicatura nacional y supranacional y explica de una manera al parecer incontrovertible la necesidad del margen de apreciación. Como se verá a continuación, este postulado es problemático, y el margen de apreciación, a propósito de la libertad religiosa, funciona en la práctica como una válvula de escape frente a las presiones políticas y religiosas al interior de cada Estado.

Aunque la vigencia del pluralismo religioso en Inglaterra es indiscutible, y su grado de libertad religiosa refleja dicho pluralismo, es considerable la entidad y número de conflictos relativos a este derecho fundamental. La hegemonía de la Iglesia de Inglaterra, y en general del cristianismo, contrasta con la relación oficial frente a otros cultos. Según García Oliva, “del hecho de que existan muchas religiones no se puede deducir que haya una estrecha relación entre las mismas”, agregando que “los vínculos son adecuados con la Iglesia católica y tal vez con otros grupos cristianos, pero no se puede decir lo mismo respecto de otros colectivos minoritarios como los hindúes o musulmanes” y aún en peor situación se encuentran los Nuevos Movimientos Religiosos.³⁹³

Posiblemente la regulación inglesa más polémica que evidencia una preeminencia del cristianismo, y que genera una colisión directa con la libertad de expresión, es la relativa a la

³⁹³ GARCÍA OLIVA (2001) p. 320.

blasfemia. El precedente más antiguo, *Rex v. Taylor*, data de 1676, mientras que la última condena tuvo lugar en 1921, cuando el escritor John William Gott sufrió una pena de cárcel y trabajos forzados (que habrían acelerado su muerte) luego de publicar el escrito *Rib Ticklers or Questions for Parsons*, donde se representaba a Cristo como un payaso entrando a Jerusalén montado en dos burros.³⁹⁴

Aunque el de Gott fue el último caso de persecución pública por blasfemia, la regulación continúa vigente. En 1985 una comisión solicitó derechamente su abolición, y cuatro años después fue invocada por líderes musulmanes ante la publicación de la novela *Los Versos Satánicos* de Salman Rushdie, ocasión en la cual las Cortes inglesas estimaron que la regulación contra la blasfemia sólo protegía las doctrinas de la Iglesia de Inglaterra.³⁹⁵ En un caso que llegó a Estrasburgo, *Wingrove v. The United Kingdom* (1996), relativo a un cortometraje que contenía escenas reputadamente eróticas entre Santa Teresa de Ávila y Cristo, la Corte rechazó el requerimiento en virtud del margen de apreciación, argumentando que no estaba en sus facultades un “control de convencionalidad” de la regulación de la blasfemia en Inglaterra, reconociendo tácitamente la desigualdad y el trato preferente al cristianismo.³⁹⁶

El caso de Grecia es similar. También configurado como Estado religioso, la Constitución no sólo asegura la preeminencia de la Iglesia Ortodoxa Helénica, sino que también prohíbe el proselitismo religioso, cuyo ejercicio libre sería lo único que podría garantizar una libertad religiosa frente a una religión oficialmente promovida. Aunque el proselitismo religioso es común a muchos cultos cristianos, es especialmente intenso en los Testigos de Jehová, y como se señaló anteriormente, su proselitismo tiende a ser muy crítico de religiones establecidas o mayoritarias.

En el ya citado caso *Kokkinakis*, un hombre de edad fue encarcelado en virtud de una ley de 1938 que tipificaba un delito de proselitismo religioso, disposición penal coherente con la disposición constitucional que lo prohibía en términos generales. La Corte, entendiéndose incompetente para evaluar la legitimidad de las disposiciones griegas sobre proselitismo, realizó una distinción entre proselitismo religioso “propio” e “impropio”. Este último, llevado a cabo a través de medios abusivos, fraudulentos o violentos, no estaría amparado por la ECHR y la

³⁹⁴ GARCÍA OLIVA (2007) pp. 68-69.

³⁹⁵ GARCÍA OLIVA (2007) p. 71.

³⁹⁶ GARCÍA OLIVA (2007) pp. 75-76.

sanción penal sería legítima, pero en el caso en cuestión se comprobó un proselitismo “propio”, fallándose a favor del requirente.³⁹⁷ Como ya se ha mencionado, los conflictos relativos a los Testigos de Jehová son abundantes a nivel mundial y especialmente en países con iglesias establecidas o regímenes cooperacionistas, como Argentina en América Latina y Rusia en Europa.

En Estados no neutrales los conflictos son muy similares a los anteriores. El caso Lautsi en Italia es especialmente útil para ilustrarlo. Como se ha reseñado, los conflictos relativos a la presencia de crucifijos o símbolos religiosos institucionales en establecimientos educativos públicos se han convertido en una auténtica subcategoría de conflictos relativos a la libertad religiosa. En Italia, país con un alto porcentaje de católicos y de símbolos culturales tradicionales vinculados a la Iglesia Católica por razones históricas, el primer conflicto en llegar a la Corte fue el caso Lautsi, que como ya se revisó, en primera instancia fue resuelto a favor del requirente.

De acuerdo con el razonamiento de la Corte, la presencia de crucifijos en las salas de clases constituía una vulneración de la libertad religiosa tanto de los estudiantes como de sus padres. A diferencia de otros símbolos religiosos, el crucifijo posee una significación directa y poderosamente religiosa, lo cual impacta en los alumnos jóvenes.³⁹⁸ La decisión fue revocada por la *Grand Chamber* luego de una polémica considerable al interior de Italia con posterioridad al fallo de la Sala, argumentando que el crucifijo no implicaba coerción ni adoctrinamiento respecto de una creencia, y que en todo caso era competencia de la legislatura local.

Un Estado laicista como Francia también evidencia algunos conflictos, aunque en un sentido opuesto. El principio de laicidad en la educación pública ha llevado a prohibir el uso de *hijab* por parte de profesoras musulmanas, lo cual representa una carga inaceptable en la manifestación individual de una religión, y contraria al pluralismo religioso. Por razones coyunturales, las restricciones al Islam en Europa tienden a ser menos polémicas desde el punto de vista religioso. Algo similar ocurrió en Suiza con la reforma constitucional aprobada en referéndum que prohibió el emplazamiento de minaretes en 2009, y el reciente referéndum (2021) que legitimó la prohibición del velo islámico.

³⁹⁷ MARTÍNEZ-TORRÓN (2005) p. 606.

³⁹⁸ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014) p. 119.

Se modificó el orden anteriormente ensayado para las categorías de Estados: en última instancia son los Estados neutrales aquellos cuyo tipo de conflictos relativos a la libertad religiosa evidencian una mayor compatibilidad con la libertad religiosa en términos pluralistas. En el caso chileno, estos conflictos se producen, como se desarrollará, por anomalías de la regulación y no por un déficit del modelo en sí.

5. ¿Es Chile un Estado laico?

Las diferentes concepciones de Hunneus y Precht, aunque difícilmente comparables, son útiles para explicar la dualidad descriptiva y prescriptiva del concepto de Estado laico. En la concepción de Hunneus, la secularización tiene una primacía sobre la laicización, mientras que en la concepción de Precht es a la inversa. Por lo mismo, difieren en el contenido normativo del principio de laicidad. El Estado laico de Precht requiere una consagración expresa y literal, como lo hace únicamente la Constitución francesa y la ley mexicana, mientras que el Estado laico de Hunneus viene impuesto por las circunstancias sociales y puede desprenderse de una interpretación armónica de la Constitución.

Por distintas razones, la concepción de Hunneus es más adecuada. Valorando positivamente la configuración de un Estado laico, se impone exigir una consagración normativa básica que permita una interpretación compatible con el nivel de secularización. A nivel comparativo, la regulación constitucional chilena de la laicidad es más importante por lo que omite que por lo que consagra. Pese a que en la doctrina más conservadora (la que se desprende de las actas de la Comisión Ortúzar) la separación negociada entre Chile y la Santa Sede funciona como un cerrojo constitucional (interpretación que debe abandonarse), la ausencia de concordatos en Chile es uno de los aspectos más distintivos y notables de nuestra laicidad.

La expresión “Estado laico” también tiene un componente ideológico y retórico. A través de numerosas encíclicas el Vaticano ha insistido en la necesidad de configurar un laicismo “sano” (cooperacionista) y el laicismo “negativo” que identifica no con los Estados ateos, sino con los Estados neutrales. Humberto Lagos Schuffeneger, por su parte, califica el Estado laico chileno

como un “mito”, basándose en el discurso público legislativo a propósito de la tramitación de la Ley N° 19.638 y la Ley de Matrimonio Civil.³⁹⁹

Esta forma de entender la secularización, razonable pero insuficiente, también se encuentra implícita en el mencionado proyecto de reforma constitucional que modificaba el artículo 4° consagrando la laicidad del Estado de manera expresa. En un considerando del abandonado proyecto se señala que “un Estado laico está desvinculado de cualquier opción de fe, y ello se debiese reflejar de manera efectiva en las prácticas de sus órganos, que deben ser coherentes con los fundamentos constituyentes de esa concepción de organización política de un país o sociedad.

En un Estado laico los credos adquieren derechos y oportunidades de difusión y práctica de sus ritos de acuerdo a las leyes, pero, ninguno de ellos puede utilizar las estructuras del Estado para imponer sus valores y concepciones sobre toda la sociedad”, agregando a continuación que “es de público conocimiento que en diversas reparticiones de gobierno, la premisa indicada en el punto anterior, no está siendo efectivamente cumplida”.

Aunque la pregunta acerca de si puede considerarse a Chile un Estado laico ya fue contestada, conviene insistir en un par de aspectos adicionales. En primer lugar, Chile ha seguido el camino occidental de la era secular en las últimas décadas. El antiguo monopolio de la Iglesia Católica ha cedido terreno a otros cultos cristianos, el auge de expresiones religiosas o pseudorreligiosas orientales ha llevado a un sincretismo religioso, y los movimientos ateos y laicistas han ganado terreno en el debate público. La secularización chilena se encuentra en el mismo camino y desarrollo de la región y Europa, con lo cual el marco de derecho comparado para evaluar la libertad religiosa y el Estado laico se enriquece y simplifica considerablemente.

En segundo lugar, tanto por su regulación constitucional como legal, Chile es indiscutiblemente un Estado laico, sin perjuicio de mantener en su sistema jurídico algunas disposiciones incompatibles con esta calidad. Chile no es un Estado laicista y su modelo es compatible con la libertad religiosa en una concepción pluralista. Por esto, sin que sea necesario consagrar explícitamente un principio de laicidad, es conveniente la modificación de algunas disposiciones constitucionales y legales para que el Estado laico chileno sea plenamente

³⁹⁹ LAGOS SCHUFFENEGER (2005).

compatible con la concepción de la libertad religiosa ya formulada. Esto es lo que se desarrollará en los capítulos que siguen.

TERCERA PARTE
PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS

Capítulo 7

Elementos para un desarrollo iusfundamental de la libertad religiosa

1. Introducción.

En los capítulos precedentes se ha contrastado la concepción heredada con la concepción pluralista del derecho fundamental de libertad religiosa. Ambas concepciones se construyen a partir de un análisis jurisprudencial y de dogmática jurídica frente a disposiciones constitucionales y supranacionales muy similares y comunes a los sistemas jurídicos occidentales. El propósito del presente capítulo es formular una propuesta general y universal, dentro del marco teórico de la tesis y tomando como base la regulación chilena, para una construcción iusfundamental de la libertad religiosa tributaria de la concepción pluralista.

La Constitución chilena actualmente vigente contiene en su artículo 19 N° 6 cuatro reglas relativas al derecho fundamental de libertad religiosa: a) una garantía de libertad religiosa en sentido amplio; b) los límites al ejercicio de dicha libertad; c) una disposición sustancialmente transitoria que tenía por objeto regular la personalidad jurídica de la Iglesia Católica; y d) una norma de exención tributaria para las instituciones religiosas.

Las dos primeras reglas son comunes a la gran mayoría de disposiciones constitucionales y supranacionales comparadas. En este último ámbito, el artículo 9.1 de la ECHR garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, agregando el 9.2 que la libertad de manifestar la religión o las convicciones sólo puede ser objeto de restricciones previstas por la ley, y éstas sean necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de terceros. En términos muy similares, la CADH garantiza en su artículo 12.1 el derecho de toda persona a la libertad de conciencia y de religión, añadiendo el artículo 12.2 que estos derechos y sus consecuencias implícitas no pueden ser objeto de medidas restrictivas o menoscabos, y luego el artículo 12.3 que la libertad religiosa “está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”. A nivel nacional, la totalidad de las disposiciones analizadas en la tesis siguen a grandes rasgos el mismo paradigma, con distintas particularidades.

Las dos últimas reglas, en tanto, son propias de la regulación chilena y poco comunes en el derecho comparado.⁴⁰⁰ La disposición de naturaleza transitoria tiene una explicación histórica relativamente pacífica, y carece de importancia en un análisis dogmático de la libertad religiosa como derecho fundamental.⁴⁰¹ La exención tributaria de la segunda parte del inciso tercero, si bien es común en el derecho comparado, a diferencia de la regulación chilena es una regla generalmente consagrada a nivel legal. Estas dos últimas reglas, que debiesen ser excluidas de la normativa constitucional, se revisarán en el capítulo siguiente.

La regulación supranacional de la CADH agrega una regla que también es común en el derecho comparado, pero ausente de la regulación chilena sobre libertad religiosa. Señala el artículo 12.4: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Aunque se encuentra a propósito del derecho de educación, también la ECHR consagra este derecho, al señalar en su artículo 2 que los Estados deben respetar “el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

Como se señaló en el capítulo anterior, el principio de laicidad europeo del siglo XIX surgió justamente a propósito de la enseñanza pública, y aunque un análisis del derecho a la educación y la libertad de enseñanza excede el propósito de esta tesis, las reglas reseñadas sirven para un análisis más específico del mismo objeto y limitaciones de la libertad religiosa. ¿Cuál es la libertad religiosa de los menores, y cuál es el derecho que le corresponde a los padres respecto de ésta?

Uno de los argumentos del citado precedente *Reynolds*, y luego reiterado en *Smith*, señala que la libertad religiosa no puede construirse de manera que de cada persona sea una ley para sí misma. Aunque el fondo de este argumento se refiere a la necesidad indiscutible de evitar la

⁴⁰⁰ Como ya se mencionó, también la Constitución de Uruguay tiene una regulación similar en su artículo 5, que reconoce a la Iglesia Católica “el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos”, y declarando “exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones”. El laicismo de la Constitución de Uruguay es considerado uno de los más fuertes en América Latina. Ver BASTIAN (2014).

⁴⁰¹ Ver SALINAS ARANEDA (2016), CEA EGAÑA (2012) y SILVA BASCUÑÁN (2015). En síntesis, y como ya se ha señalado, las disposiciones de la Constitución actual replicaron gran parte de la regulación constitucional de 1925, y puesto que estas tienen su origen en un acuerdo entre el Estado de Chile y la Santa Sede para garantizar una transición pacífica del Estado confesional al Estado laico, las reglas transitorias se mantuvieron en el texto constitucional por esta razón histórica, según consta en las actas de la Comisión de Estudios (ver sesión 130ª, de 17 de junio de 1975).

afectación a los derechos de terceros, su forma es inadecuada ya que justamente la esencia de la libertad religiosa es la reivindicación de un modo de vida vinculado a un universo moral que puede prevalecer frente a ciertas obligaciones legales. En otras palabras, el problema no es que las personas sean una ley para sí mismas, sino en qué consisten dichas leyes. Por este motivo, una de las consecuencias de la libertad religiosa es la necesidad de regular la objeción de conciencia, cuya base normativa es muy insuficiente en el sistema jurídico chileno.

De lo anterior surgen al menos dos preguntas generales esenciales para un análisis interpretativo de la actual disposición constitucional chilena. La primera es por el objeto de protección, y la segunda por sus exclusiones y limitaciones. A continuación se propondrán desarrollos para tres elementos fundamentales de la concepción pluralista de la libertad religiosa: a) el objeto de protección de la libertad religiosa; b) las limitaciones a la libertad religiosa, en particular el concepto de “orden público”; y c) una construcción iusfundamental de la objeción de conciencia.

2. Objeto de protección de la libertad religiosa.

La respuesta a la pregunta acerca del objeto de protección de la libertad religiosa parece obvia, pero como ya se ha adelantado hay una diversidad de elementos habitualmente englobados en el derecho fundamental de libertad religiosa. La ECHR y la CADH mencionan la conciencia, la religión, las convicciones, los cultos y las creencias. Las cuatro últimas pueden pacíficamente agruparse en un concepto amplio de religión, pero este concepto único es muy difícil de delimitar de forma adecuada, como ya se insistió en capítulos anteriores. El concepto trivial, compatible con la concepción heredada, es el que define a una religión o culto a partir de la creencia en un ser supremo o divinidad, o en un sentido más amplio, un conjunto de creencias ulterioristas.

Una de las críticas desde la filosofía del derecho más recientes a este concepto es la de Ronald Dworkin, a quien ya se ha citado señalando que la religión es un “concepto interpretativo”: la libertad religiosa no puede definirse a partir de un concepto jurídico de religión que incluya o excluya determinadas prácticas o creencias, ya que la convicción que subyace a este concepto es personalísima. No hay un concepto de religión, sino infinitas tomas de postura

respecto a lo que debería ser una religión.⁴⁰² Coincidiendo con que un concepto de religión debe ir más allá de la creencia en una divinidad, no tiene mayor utilidad para reconceptualizar la religión o la libertad religiosa señalar únicamente que se trata de un “concepto interpretativo”, aun teniendo presente la dificultad de una definición tradicional.

La libertad de conciencia (vinculada con la aún más amplia “libertad de pensamiento” contemplada en la ECHR) frente a la libertad religiosa nos lleva a la distinción dominante en la dogmática entre el aspecto interno y el aspecto externo de este derecho fundamental. En rigor la libertad de conciencia, como se señaló en el debate de la Comisión Ortúzar, es inviolable en un sentido absoluto, por lo que la regulación jurídica se refiere únicamente al aspecto externo, el que puede desarrollarse a través del ejercicio público o ejercicio privado del culto, con todas las consecuencias que de ello se siguen, especialmente en cuanto a las limitaciones, que se tratarán en el apartado siguiente.⁴⁰³

Respecto del ejercicio público de las religiones, es necesario delimitar qué tipo de actos son específicamente religiosos y exceden la protección de, por ejemplo, la regulación genérica de la libertad de reunión y de asociación. Esto es especialmente importante para la ya mencionada “vertiente colectiva” de la libertad religiosa, y su relevancia práctica es la necesidad de definir si existe -y en la afirmativa, cuál es la naturaleza de- un estatuto especial para las instituciones o “personas jurídicas religiosas”, utilizando la expresión del derecho chileno.

En fin, es necesario definir si este derecho de libertad religiosa implica alguna protección, y de qué tipo, a las personas ateas, o que no profesan religión alguna.

2.1. Concepto de religión

Aunque ya se han dado algunos lineamientos, una definición jurídica de religión es muy compleja por tratarse, como señala Dworkin, de un concepto interpretativo y además no exento de consecuencias prácticas de importancia. Determinar si un conjunto de creencias es o no una religión tiene relevancia tanto en el mismo ámbito de protección de la libertad religiosa, como

⁴⁰² DWORKIN (2015).

⁴⁰³ Como ya se citó, el comisionado Guzmán señaló en la sesión 130ª, de 17 de junio de 1975, señaló que la libertad de conciencia es “la libertad del fuero interno [...] absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza”.

presupuesto de la objeción de conciencia, para determinar su estatuto corporativo, su forma de constitución y naturaleza jurídica, e incluso su tratamiento tributario.

Como se señaló en el capítulo primero, los recientes desarrollos legislativos vinculados a la libertad religiosa han tendido a regular a nivel legal el estatuto de las personas jurídicas religiosas en un régimen de igualdad. Gran parte de estas leyes tienden a identificar, como también se señaló, la existencia de una religión o culto con una organización hierocrática específica bien definida, y en este sentido las definiciones de religión o culto se simplifican considerablemente.

La ley peruana contiene una definición de “entidad religiosa”: “las iglesias, confesiones o comunidades religiosas integradas por personas naturales que profesan, practican, enseñan y difunden una determinada fe. Estas entidades cuentan con credo, escrituras sagradas, doctrina moral, culto, organización y ministerio propios” (artículo 5). El inciso segundo, además de prescribir que dichas entidades no tendrán fines de lucro, agrega una exclusión del conjunto de fines o actividades religiosas: “No se consideran religiosos los fines o actividades relacionados con fenómenos astrofísicos, psicológicos, parapsicológicos, adivinación, astrología, espiritismo, difusión de ideas o valores puramente filosóficos, humanísticos, espiritualistas u otro tipo de actividades análogas. Las actividades dedicadas al desarrollo de ritos maléficos, cultos satánicos o análogos se encuentran al margen de la presente ley”.

La ley española, por su parte, y sin definir lo que se entiende por religión o entidad religiosa, prescribe en su artículo tercero: “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”. En términos muy similares, la ley colombiana señala en su artículo 5: “No se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley las actividades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos; el satanismo, las prácticas mágicas o supersticiosas o espiritistas u otras análogas ajenas a la religión”.

Por último, la ley chilena dispone en su artículo 4: “Para los efectos de esta ley, se entiende por iglesias, confesiones o instituciones religiosas a las entidades integradas por personas

naturales que profesen una determinada fe”. El proyecto original contenía una exclusión idéntica a la de la ley peruana, pero que fue abandonada en su tramitación.⁴⁰⁴

Aunque a primera vista las exclusiones de estas disposiciones parecen razonables, en un análisis detenido resultan incomprensibles en un Estado laico e incompatibles con la libertad religiosa consagrada constitucionalmente. Las sociedades que estudian fenómenos psíquicos, parapsicológicos y de astrología, como también las sociedades espiritistas, evidencian inequívocamente creencias ulterioristas propias de una religión. La única diferencia de estas sociedades con los cultos tradicionales vendría en la administración del culto, que desde el punto de vista de la ley peruana, carecerían, al menos en su mayoría, de un “ministerio”. Las prácticas mágicas y supersticiosas (que, vistas externamente, están presentes en gran parte de los cultos tradicionales, como la transubstanciación en la eucaristía) son comunes en cultos vernáculos y paganos, como el druidismo y el vudú. El “satanismo”, si por esto entendemos a cultos adoradores de Lucifer u otros demonios propios de la mitología cristiana, también evidencia un conjunto de creencias (si no específicamente la creencia en una “divinidad”). Cosa distinta es la eventual realización de actos contrarios al orden público, no exclusivos ni esenciales al “satanismo”.

Por último, en la difusión de ideas o valores “puramente filosóficos” o humanísticos se encontrarían un gran número de sociedades iniciáticas y humanistas seculares como la Francmasonería o la Orden Rosacruz, cultos universales y centenarios. Si bien no es exacto calificar a algunas de estas sociedades como “seculares”, lo que las identifica frente a agrupaciones de mera divulgación esotérica o filosófica es que se trata de grupos que sí realizan determinados rituales simbólicos, los cuales bien pueden considerarse expresiones de una “experiencia numinosa”, en los términos de Otto.⁴⁰⁵

Otros factores que introducen aún más confusión en este desprolijo intento por excluir determinadas prácticas y creencias de la protección constitucional es la referencia a los “fines religiosos” y a las “actividades análogas”. Es posible afirmar que el reparto de utilidades de una asociación escapa a los fines religiosos, pero justamente esta prohibición del fin de lucro está contemplada en la legislación chilena. La exclusión de actividades análogas al satanismo puede

⁴⁰⁴ Ver SALINAS ARANEDA (1999).

⁴⁰⁵ OTTO (2001). En rigor, algunas de estas organizaciones (como la Francmasonería inglesa) sí reconocen la existencia de un ser supremo, por lo que bien pueden calificarse de “deístas”.

explicarse por la necesidad de excluir de la protección sectas o movimientos religiosos potencialmente destructivos, pero además de no ser algo exclusivo de dichas prácticas, su exclusión *prima facie* es contraria a una concepción pluralista.

Las exclusiones señaladas evidencian una confusión entre la creencia o conjunto de creencias (la fe, en la normativa chilena) con las prácticas realizadas al interior de ellas. No es clara la distinción entre una agrupación que no es una religión y una agrupación que, siendo una religión, realiza prácticas contrarias al orden público. De las disposiciones mencionadas, la chilena es la única compatible con un concepto amplio de religión y que no restringe ilegítimamente la libertad religiosa como derecho fundamental.

Existe un elemento común a religiones teístas, deístas y no deístas. Todas ellas tienen como objetivo la búsqueda del perfeccionamiento, mejoramiento y florecimiento del ser humano y su vinculación con el universo, lo cual incluye tanto a prácticas ceterioristas como ulterioristas. La negación de la divinidad y la inmortalidad del alma o trascendencia también implica el florecimiento del ser humano en el plano físico.

Como se expuso en la segunda parte, un concepto de religión compatible con la concepción pluralista puede construirse a partir de las obras de John Dewey y William James. Según Dewey, “lo religioso” no tiene una entidad específica identificable con alguna institución, sino que se configura como un conjunto de actitudes que pueden tomarse frente a cualquier objetivo, meta o ideal.⁴⁰⁶ Estas actitudes religiosas no tienen una conexión necesaria con el elemento sobrenatural de las religiones.⁴⁰⁷ Los ideales y metas humanas, incluyendo los vinculados de manera contingente a las instituciones religiosas, como la divinidad y las experiencias místicas, emergen cuando la imaginación idealiza la existencia utilizando las posibilidades del pensamiento y la acción. Existen al menos en potencia en la consciencia de cada ser humano, incluso en las personas ateas.

Las personas religiosas, por otra parte, comparten esta potencia con los ateos en el universo común de lo religioso, quizá más intensamente que lo que comparten el dogma de su propia religión. Esto le otorga pleno sentido a la manida expresión popular de ser creyente una persona “a su manera”. Lo religioso a nivel personal, aunque esté vinculado con un credo

⁴⁰⁶ DEWEY (1934) p. 9-10.

⁴⁰⁷ DEWEY (1934) p. 29-30.

específico, tiende a ser no dogmático y tolerante con las creencias de otros, tanto respecto de quienes se encuentran al interior de un grupo religioso, como de los de otros grupos, e incluso con los que ni siquiera adhieren a uno.⁴⁰⁸

El movimiento que acogió la tesis de Dewey fue el llamado humanismo religioso (actualmente denominado humanismo secular, o bien religión secular). En el texto conocido como Manifiesto Humanista de 1933 (*Humanist Manifesto I*), uno de cuyos firmantes fue justamente Dewey, se definen las religiones como aquellas acciones, propósitos y experiencias que son humanamente significantes, incluyendo el trabajo, el arte, la ciencia y la filosofía, rechazando la dicotomía entre lo secular y lo sagrado.⁴⁰⁹ El humanismo religioso considera como finalidad del ser humano la completa realización de su personalidad, buscando su desarrollo ceterior.

La conclusión de Dewey es anti-teísta, pero la obra de William James, aunque similar, concluye con un teísmo responsable con las necesidades humanas.⁴¹⁰ También distingue entre la rama institucional y la rama personal de una religión, siendo esta última el conjunto de sentimientos, actos y experiencias de los individuos en su soledad, y cuya autocomprensión se encuentra en función de la relación a lo que consideran divino.⁴¹¹ La divinidad no es un contenido esencial en este concepto. El elemento más importante y común a todas las experiencias místicas de cualquier religión, al “rango místico de la conciencia”, es su carácter panteísta y optimista.⁴¹² Estas características de las experiencias místicas, además, son personalísimas. Son autoritativas para los individuos que las viven, pero de ellas no emana una autoridad para imponer a quienes no las viven la aceptación de éstas de manera acrítica.⁴¹³ Una vez más, lo característico de las religiones no es la pertenencia a un grupo, sino las experiencias personales que pueden vivirse al interior del grupo o bien en la soledad más profunda.

⁴⁰⁸ HICKMAN (2009) p. 25.

⁴⁰⁹ “SEVENTH: Religion consists of those actions, purposes, and experiences which are humanly significant. Nothing human is alien to the religions. It includes labor, art, science, philosophy, love, friendship, recreation—all that is in its degree expressive of intelligently satisfying human living. The distinction between the sacred and the secular can no longer be maintained.”. El Manifiesto puede encontrarse en: <https://americanhumanist.org/what-is-humanism/manifesto1/>

⁴¹⁰ ROTH (1971) p. 54.

⁴¹¹ JAMES (1917) p. 32.

⁴¹² JAMES (1917) p. 414.

⁴¹³ “No authority emanates from them which should make it a duty for those who stand outside of them to accept their revelations uncritically”. JAMES (1917) p. 415.

Como las experiencias místicas son personalísimas, la consecuencia es que las verdades religiosas no pueden ser demostradas racionalmente.⁴¹⁴ Esto se aleja parcialmente de la concepción berliniana, aunque James propone como síntesis un “núcleo común” de los credos a pesar de sus discrepancias, representando por una inquietud ansiosa (*uneasiness*) sobre algo malo en nuestra existencia, y la solución a esta inquietud ansiosa: una conexión con los “poderes superiores” (*higher powers*).⁴¹⁵

Con todos estos elementos es posible esbozar un concepto de religión. El objeto de protección de la libertad religiosa es toda manifestación externa de una aspiración al perfeccionamiento moral individual a través de un sentido de lo sobrenatural que puede ser positivo o negativo, del mismo modo que el perfeccionamiento moral puede ser ceterior o ulterior.

2.2. El estatuto de las personas jurídicas religiosas.

La definición recién planteada de religión en virtud de la concepción pluralista no incluye en su concepto elementos institucionales de las religiones o cultos, como la hierocracia de curias o asambleas y su organización interna. Esto por cuanto, como se desarrollará a continuación, en principio no existe una necesidad jurídica de regular la institucionalidad religiosa frente a los miembros del culto, como tampoco para efectos de otorgarles beneficios frente a otras instituciones que realizan actividades benéficas. La única razón para regularlas es por su potencial afectación a derechos fundamentales de sus miembros al interior de los cultos.

Como ya se reseñó, durante los últimos años un fenómeno legislativo común en el derecho comparado es la regulación de las personas jurídicas religiosas. Esto ocurrió en Chile con la Ley 19.638, cuyos términos son muy similares a las legislaciones española y peruana. Dicha ley igualó el estatuto de las instituciones jurídicas religiosas como personas jurídicas de derecho público, lo cual era un corolario de la libertad religiosa entendida como igualdad de trato a los distintos cultos, pero que también conlleva distintos problemas no resueltos en la actual regulación.

⁴¹⁴ “In all sad sincerity I think we must conclude that the attempt to demonstrate by purely intellectual processes the truth of the deliverances of direct religious experience is absolutely hopeless”. JAMES (1917) p. 446.

⁴¹⁵ JAMES (1917) p. 499.

Además del estatuto general de la personalidad jurídica de derecho público, la Ley 19.638 contiene tres elementos relevantes y específicos a las instituciones religiosas. Éstos son: a) su autonomía; b) la prohibición de realizar actividades con fines de lucro; y c) la obligación de registro.

La autonomía de las entidades religiosas, regulada en su artículo 7, está garantizada “para el desarrollo de sus fines propios” e implica las facultades de: “a) Ejercer libremente su propio ministerio, practicar el culto, celebrar reuniones de carácter religioso y fundar y mantener lugares para esos fines; b) Establecer su propia organización interna y jerarquía; capacitar, nombrar, elegir y designar en cargos y jerarquías a las personas que correspondan y determinar sus denominaciones, y c) Enunciar, comunicar y difundir, de palabra, por escrito o por cualquier medio, su propio credo y manifestar su doctrina”.

La autonomía es, por supuesto, relativa, siendo una concretización de la autonomía constitucional general de los grupos intermedios. De hecho, el registro de la Iglesia de la Unificación fue rechazado justamente en virtud del abuso de autonomía constitucional. Lo más importante de esta disposición se encuentra en la letra b), que garantiza la no injerencia del Estado en la organización y reglamentación interna del culto, impidiendo conflictos como el ya reseñado del caso *Serif*.

En segundo lugar, la prohibición del fin de lucro se encuentra regulada a propósito de la facultad de las entidades religiosas de crear asociaciones, corporaciones, fundaciones y otros organismos destinados a realizar sus fines. El inciso segundo del artículo 9 señala: “Las entidades religiosas, así como las personas jurídicas que ellas constituyan en conformidad a esta ley, no podrán tener fines de lucro”. Esta prohibición tiene relación con el estatuto tributario de las entidades religiosas, y al igual que todas las personas jurídicas sin fines de lucro, su fiscalización es compleja y poco efectiva.

Por último, y aunque es un elemento actualmente generalizado en el derecho societario, las entidades religiosas deben inscribirse en un registro especial del Ministerio de Justicia. Esta inscripción es un requisito para la obtención de la personalidad jurídica, y como ya se señaló el Ministerio no puede denegar el registro, sino únicamente objetar la constitución por la falta de algún requisito formal.

No es común en el derecho comparado referencias constitucionales a las personas jurídicas religiosas. En Chile, la disposición constitucional actualmente vigente se refiere tangencialmente, en su disposición transitoria impropia, a las personas jurídicas religiosas, mientras que el inciso tercero también se refiere indirectamente a ellas por el beneficio tributario. Ambas disposiciones debiesen eliminarse de la Constitución y quedar entregadas a la legislación, por las razones que se expondrán en el capítulo siguiente.

2.3. Libertad frente a la religión o derecho al ateísmo.

¿Es parte del contenido de la libertad religiosa un derecho al ateísmo? Ya se ha señalado que, al menos en un sentido débil, la concepción pluralista considera este derecho subjetivo público *sui generis* ausente en el derecho comparado. La pregunta que toca responder es si este derecho puede encontrarse al menos implícitamente, y en qué sentido, en la disposición constitucional chilena y otras análogas.

En una sociedad pluralista, con un sistema jurídico que reconoce el valor de la pluralidad al interior de un rango que es abierto (contempla más de una opción) pero que está acotado (no contempla todas las opciones inteligibles), un “derecho a vivir en un ambiente libre de influencias religiosas” (propio, al menos en teoría, de un Estado ateo) significaría una limitación al ejercicio público de la religión de los creyentes. Lo propio de un Estado laico es el respeto a las creencias negativas y la garantía de su inclusión en el discurso público.

Pese a los defectos ya mencionados en el diseño de la laicidad chilena, y que serán retomados en el capítulo siguiente, su regulación contiene tres elementos de laicismo institucional ausente en otros sistemas: la ausencia de menciones deístas en la Constitución, una fórmula amplia de libertad religiosa que incluye la “libertad de conciencia” y la “manifestación de las creencias”, y la ausencia de una definición deísta de religión.

La literatura ha hecho poco hincapié en la ausencia de preámbulo de la Constitución chilena. Ninguno de los textos constitucionales de la historia de Chile contiene un preámbulo como tal, aunque hasta antes de la reforma de 2005 todos contienen mensajes promulgatorios con alguna referencia religiosa. El preámbulo-mensaje de la Constitución de 1828, por ejemplo, señala que ella “asegura a la santa religión que profesáis una eficaz protección, colocándola por medio de este privilegio al frente de todas las instituciones”. Más adelante, señala: “La

Constitución que participa de un carácter religioso y moral, el más conforme a nuestros hábitos y deseos, encierra en sí el germen de una perfección indefinida”. Y concluye el presidente Francisco Antonio Pinto: “[...] viéndome destinado por la Providencia para presentaros la Constitución que va a regir vuestros destinos”.

En la Constitución de 1833, en tanto, el brevísimo mensaje promulgatorio invoca “el nombre de Dios Todopoderoso, Creador i Supremo Legislador del Universo [*sic*]”, invocación que se repite en términos casi idénticos en la Constitución de 1925.⁴¹⁶ En la versión original de la Constitución de 1980 se mantuvo esta tradición de una invocación deísta en el mensaje promulgatorio, pero desapareció del texto constitucional con la reforma de 2005 y la fijación del texto refundido.

La discusión acerca de incorporar o no un preámbulo en el texto constitucional que sería aprobado en 1980 tuvo lugar en la sesión 37, de fecha 2 de mayo de 1974. Al iniciar la sesión, el presidente Ortúzar declara abierta la sesión “en el nombre de Dios”, agregando que lo hace “a fin de invocar su ayuda en la delicada y trascendental tarea que vamos a enfrentar”, dejando el acta constancia que el resto de la comisión comparte sus expresiones. El comisionado Silva Bascuñán es el primero en plantear como opción la existencia de un preámbulo conteniendo los principios inspiradores de la Constitución. El presidente Ortúzar secunda esta idea agregando, entre otros elementos, la posibilidad de incluir una referencia a la “concepción humanista y cristiana del hombre y de la sociedad”. El comisionado Guzmán, en tanto, señala que “es de opinión que la Constitución se inicie con disposiciones normativas y se mantenga en ese plano durante todo su desarrollo, en atención a que una declaración de principios adolece del inconveniente que se traduce en la dificultad de armonizar no sólo el lenguaje que se emplee, sino el matiz que se dé a cada concepto y la cantidad de principios que se quiera consagrar”.

La opinión anterior es compartida por el comisionado Díez, mientras que el comisionado Evans, en sentido contrario, manifiesta la necesidad de contar con un preámbulo, pero redactarlo una vez completado todo el texto constitucional. Finalmente, el comisionado Ovalle también manifiesta la falta de necesidad e inconveniencia de un preámbulo, siendo “contrario a toda declaración de principios que no pueda traducirse en una norma concreta”. Finalmente, en la sesión se concluye como acuerdo que la Constitución contenga un preámbulo, y que dicho

⁴¹⁶ Como ya se señaló, la invocación a Dios en la Constitución de 1925 fue una de las exigencias de la Santa Sede en la negociación para la laicización.

preámbulo se redacte al término del trabajo de la Comisión, aunque posteriormente el comisionado Ovalle pide dejar constancia de “que la idea de que en la Constitución se contemple un preámbulo, no importa un acuerdo definitivo de la Comisión y puede, por lo tanto, ser modificado y revisado”.

En segundo lugar, la fórmula chilena de la libertad religiosa se corresponde de manera casi perfecta con la regulación supralegal regional, algo especialmente destacable considerando que el texto de 1980 procede, con poquísimas modificaciones, de la Constitución de 1925, anterior a todas las regulaciones internacionales sobre derechos fundamentales.

Por último, la definición de entidad religiosa de la Ley 19.638, siendo bastante vaga, reafirma un elemento importante de la disposición constitucional: la ley está destinada a regular el estatuto de las personas jurídicas religiosas, pero no así el contenido de la libertad religiosa. Respetando el artículo 19 N° 26, una definición deísta de “entidad religiosa” sería incompatible con el artículo 19 N° 6.

En síntesis, la Constitución chilena reconoce la ponderación entre el ejercicio de una religión y el respeto tanto a quienes no profesan dicha religión, como a quienes no profesan religión alguna. Aunque esta conclusión parece trivial, tiene una serie de consecuencias relevantes. Por una parte, en lo que respecta a la educación religiosa en establecimientos públicos, es necesario garantizar, de una manera eficaz, el derecho de los alumnos que no deseen recibir educación religiosa alguna.

En Chile, esta materia está regulada de manera deficiente por el Decreto Supremo N° 924 de 1983, que reglamenta las clases de religión en establecimientos educacionales, señalando en sus artículos 3 y 4 que dichos cursos son de oferta necesaria, y pese a ser optativos, los alumnos y sus responsables sólo pueden optar por la exoneración o eventualmente por recibir clases de otro credo, “siempre que cuenten con el personal idóneo para ello y con programas de estudio aprobados por el Ministerio de Educación Pública”. En un sentido mucho más adecuado, la legislación colombiana considera, a propósito de los derechos que se entienden comprendidos en la libertad religiosa garantizada en la Constitución, el de “elegir para sí y los padres para los menores o los incapaces bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral según sus propias convicciones”, añadiendo que “los establecimientos docentes ofrecerán educación religiosa y moral a los educandos de acuerdo con la enseñanza de la religión

a la que pertenecen, sin perjuicio de su derecho de no ser obligados a recibirla” (artículo 6 letra h), Ley 133 de 1994).⁴¹⁷

En segundo lugar, en relación con los símbolos religiosos institucionales en el espacio público, se requiere un criterio para limitar la presencia de éstos, especialmente en el ámbito educacional (como crucifijos en salas de clases de establecimientos públicos o subvencionados) pero también en el ámbito general de la publicidad, como calles, plazas y parques. En gran medida, las referencias al imaginario cultural que contiene elementos judeocristianos son inevitables, pero la necesidad de incorporar en la ponderación el respeto a las personas que no poseen religión alguna, y a las que incluso pudiesen incomodarle los símbolos religiosos, exige un tratamiento distinto. En principio, debe establecerse como límite el financiamiento del símbolo o monumento (no puede provenir de arcas fiscales), conservando los símbolos religiosos que actualmente existen.

3. Las limitaciones a la libertad religiosa, y en particular el concepto de orden público.

En segundo lugar, es necesario definir los límites al ejercicio de las religiones, lo que en la Constitución chilena se contempla en la fórmula “moral, buenas costumbres y orden público”, mientras que la CADH, de una manera más precisa, señala que las limitaciones deben estar “prescritas por la ley” y ser necesarias “para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás” (artículo 12.3), a lo que la ECHR agrega que dichas limitaciones prescritas por ley deben ser “necesarias en una sociedad democrática” (artículo 9.2). Lo más importante en un análisis de estas limitaciones es que no afectan al reconocimiento de un culto o religión o, en otras palabras, sólo podemos decir que es contrario al orden público algo que previamente incluimos bajo el concepto de religión.

De acuerdo con la concepción pluralista ya desarrollada, los límites a la libertad religiosa deben ser estrictos y específicos, evitando limitaciones genéricas cuyo riesgo es la restricción inadecuada de cultos minoritarios en virtud del maniqueísmo valorativo.⁴¹⁸ En tal sentido, las referencias a la “moral” y a las “buenas costumbres”, además de ser extremadamente indefinidas, hacen depender el contenido de la libertad religiosa de la religión dominante e, incluso de manera

⁴¹⁷ Ver LEÓN CÁCERES (2020).

⁴¹⁸ Ver ORELLANA BENADO (2010).

más políticamente ilegítima, de la religión dominante en la cultura jurídica y la judicatura (en nuestras sociedades, la “moral cristiana”). En principio, la única limitación a la libertad religiosa debiese ser el derecho de terceros, como lo hace originalmente la Constitución ecuatoriana, lo que además es compatible con el liberalismo político clásico. El artículo 66.8 de la Constitución ecuatoriana garantiza el derecho a “practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos”.

La referencia a la moral y las buenas costumbres debiese ser eliminada de la disposición, razón por la cual se revisará en el capítulo siguiente.⁴¹⁹ Sin embargo, por las razones que se expondrán a continuación, parece conveniente conservar la limitación del “orden público”, aunque con un contenido más específico que el que tradicionalmente se le ha dado.

3.1. El concepto de orden público.

La legislación chilena no es la única que se refiere al orden público. Tanto la ECHR como la CADH la contemplan en su fórmula amplia de limitaciones al ejercicio de la libertad religiosa (“limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”). Algunas legislaciones contemplan únicamente la referencia al orden público. El artículo 16.1 de la Constitución española garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. El artículo 10 de la Constitución francesa prescribe: “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”. En ambas el concepto de orden público se identifica directamente con la reserva legal de las limitaciones, a diferencia de las disposiciones de la EHCR y la CADH. La regulación chilena, por su parte, no hace referencia a la reserva legal, sino que utiliza una fórmula común en el derecho chileno, añadiendo los actos contrarios a la moral y las buenas costumbres.

⁴¹⁹ Aunque escapa al objetivo de esta tesis, por el mismo motivo la referencia a la moral y las buenas costumbres debiese ser eliminada completamente del derecho chileno. Se volverá sobre esto en las conclusiones.

El concepto de orden público en la doctrina y jurisprudencia chilena es multívoco e impreciso. Se utiliza en el derecho privado para referirse a las normas irrenunciables por los particulares, y por lo mismo la excepción al principio general del derecho privado. La visión más tradicional reconoce un origen remoto de este término (de una forma bastante vaga) en el iusnaturalismo clásico.⁴²⁰ En el derecho público se utiliza como una limitación genérica al ejercicio de libertades públicas. Sus menciones en la Constitución son a propósito de la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), el derecho de asociación (art. 19 N° 15), el derecho a realizar actividades económicas (art. 19 N° 21) y naturalmente la libertad religiosa del 19 N° 12.

Los límites a cualquier derecho fundamental sólo pueden provenir del ejercicio de otros derechos fundamentales o de limitaciones inherentes al mismo ejercicio del derecho que deben haber sido consagradas en el ejercicio de la voluntad soberana.⁴²¹ Esta interpretación puede conciliarse con el texto de la disposición, entendiendo el concepto de orden público en un sentido restringido, en relación con el artículo 19 N° 26 y con el mismo texto de la Convención Americana. En virtud de esta interpretación, no son legítimas como limitaciones a la libertad religiosa aquellas que provienen de manifestaciones de la potestad administrativa en sentido amplio (la potestad reglamentaria del Presidente de la República, circulares u oficios de órganos fiscalizadores, u ordenanzas municipales, entre otras). En relación con la parte más arcaica de esta fórmula (“moral y buenas costumbres”), que ha sido generalmente interpretada en referencia a la moral sexual, carece de sentido al postular que las limitaciones al ejercicio de la libertad religiosa sólo pueden estar contempladas en la ley.⁴²²

Por último, existe una hipótesis de infracción al orden público establecido en la misma Ley N° 19.638. El artículo 9 inciso segundo prescribe: “Las entidades religiosas, así como las personas jurídicas que ellas constituyan en conformidad a esta ley, no podrán tener fines de lucro”. La prohibición incluye, notablemente, a las mismas personas jurídicas que constituyan las entidades religiosas en virtud del artículo 8, en un desvelamiento *ex ante* que confirma una relativa desconfianza del legislador hacia las entidades religiosas. En Alemania, la cienciaología ha sido permanente protagonista de conflictos a propósito de sus actividades comerciales que han motivado el rechazo a su reconocimiento como religión, rechazo notablemente generado no por

⁴²⁰ Ver, entre otros, MAC HALE (1968).

⁴²¹ En este mismo sentido, CEA EGAÑA (2012).

⁴²² Ver, entre otros, NOGUEIRA ALCALÁ (2006).

el Tribunal Constitucional Federal, sino por la Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*).⁴²³ Conflicto similar a nivel europeo es el de *X. and Church of Scientology v. Sweden*, relativo a la publicación por parte de la Cienciología de Suecia de un aviso relativo a un E-Metro (dispositivo electrónico utilizado por la Cienciología que supuestamente mediría la actividad electrodérmica de una persona), señalando que dicho aparato servía para medir el estado mental de una persona y sus cambios. El *Ombudsman* solicitó la eliminación de esta referencia en el aviso, lo que motivó el reclamo de la secta. La Comisión rechazó el requerimiento, señalando que el artículo 9 no protege declaraciones relativas a credos religiosos con un propósito únicamente comercial.⁴²⁴

3.2. Las consecuencias de la limitación del orden público.

En un problema común a la legislación comparada, de la lectura del artículo 19 N° 6 no queda clara la consecuencia de determinar una infracción al orden público. La limitación del orden público se refiere al aspecto externo de la libertad religiosa, esto es, el ejercicio libre de los cultos, en la disposición chilena. Pero ¿qué implica esa infracción? Una potencial infracción al orden público puede tener distintos grados. En casos extremos podría configurarse la comisión de un delito específico o incluso una asociación ilícita, habiendo una sanción penal. Ahora bien, ¿existe una consecuencia adicional a la sanción penal? Y ¿qué ocurriría con la infracción a otro tipo de normas, sin afectar directamente los derechos de terceros?

¿Qué consecuencias tendría para un culto realizar actos o prácticas contrarias al orden público? Es posible imaginar al menos tres posibles: a) la pérdida de la personalidad jurídica de derecho público en virtud de la Ley 19.638; b) la pérdida del beneficio tributario del inciso tercero del artículo 19 N° 6; y c) la prohibición cualquier actividad del culto. La consecuencia c) implica, naturalmente, las consecuencias a) y b), mientras que estas dos primeras pueden darse en conjunto o cada una por sí sola sin la ocurrencia de c), aunque lo más razonable es que igualmente la consecuencia a) implique al menos la b). Se revisará todo esto a continuación.

⁴²³ TAYLOR (2003) pp. 175-176

⁴²⁴ “The Commission is of the opinion that the concept, contained in the first paragraph of Article 9, concerning the manifestation of a belief in practice does not confer protection on statements of purported religious belief which appear as selling ‘arguments’ in advertisements of a purely commercial nature by a religious group”. *X. and Church of Scientology v. Sweden* (1979). Comisión Europea de DD.HH., N° 7805/77, decisión de fecha 5 de mayo de 1979.

En primer lugar, cabe preguntarse si es factible, en virtud de la Ley 19.638, la cancelación de la personalidad jurídica de derecho público. Aunque en virtud del artículo 11, y coherente con la calidad de derecho público de la personalidad jurídica que consagra la ley, el Ministerio de Justicia no podrá denegar el registro de la entidad religiosa, el estatuto sí contempla la posibilidad de disolución de la entidad religiosa, aunque es muy vago en sus términos. Señala el artículo 19: “La disolución de una persona jurídica constituida conforme a esta ley podrá llevarse a cabo de conformidad con sus estatutos, o en cumplimiento de una sentencia judicial firme, recaída en juicio incoado a requerimiento del Consejo de Defensa del Estado, el que podrá accionar de oficio o a petición de parte, en los casos que así corresponda”.

Una interpretación de los casos en que corresponde la disolución tiene que ver con la infracción a la limitación del orden público. Aunque el Ministerio no puede denegar el registro de plano, Salinas considera que incluso en la constitución de la entidad religiosa debe existir un examen de fondo en el sentido de evaluar si “la entidad religiosa que pretende que se reconozca su personalidad jurídica atenta contra la moral, las buenas costumbres o el orden público”, ya que el artículo 1° de la ley señala que el Estado garantiza la libertad religiosa “en los términos de la Constitución Política de la República”, lo que incluiría la limitación mencionada.⁴²⁵

En segundo lugar, la consecuencia -en principio evidente- que conlleva la cancelación de la personalidad jurídica es la pérdida del beneficio tributario del inciso tercero de la disposición constitucional. Es posible, sin embargo, establecer una diferencia normativa: mientras la personalidad jurídica especial de derecho público está contemplada en la Ley N° 19.638, el beneficio tributario emana directamente de la disposición constitucional. Aunque la ley no es explícita en adscribir el beneficio tributario a la personalidad jurídica, existe una disposición de naturaleza transitoria (aunque no contemplada como tal en el texto) que implica esta consecuencia. El artículo 17 señala: “Las personas jurídicas de entidades religiosas regidas por esta ley tendrán los mismos derechos, exenciones y beneficios tributarios que la Constitución Política de la República, las leyes y reglamentos vigentes otorguen y reconozcan a otras iglesias, confesiones e instituciones religiosas existentes en el país”.

Como se señaló, la pérdida de la personalidad jurídica religiosa conllevaría la pérdida del beneficio tributario. La única consecuencia que es imposible desprender de las regulaciones

⁴²⁵ SALINAS ARANEDA (1999) p. 320.

constitucional y legal, así como de ninguna de las disposiciones sobre libertad religiosa, es la proscripción de actividades de un culto que realice prácticas contrarias al orden público. Descontando la hipótesis de una asociación ilícita, nada obsta a que un culto se reorganice en virtud del derecho general de asociación. La entidad perdería, sin embargo, su personalidad jurídica de derecho público y el beneficio tributario correspondiente, mientras que sus miembros dejarían de estar amparados por el artículo 19 N° 6 de la Constitución.

4. Objeción de conciencia.

En un sentido abstracto todos los actos exteriores relativos al ejercicio de una religión se encuentran amparados por otros derechos fundamentales, como el derecho de reunión y la libertad de expresión, ambos reconducibles a un ideal general de libertad. Lo característico y específico de la libertad religiosa es que esta garantiza la protección de un ámbito individual de aplicación de normas morales incluso frente a la aplicación general de normas jurídicas. En otras palabras, garantiza la posibilidad de una objeción de conciencia.

En su ensayo clásico sobre la desobediencia civil, Rawls define la objeción de conciencia como “el incumplimiento de un precepto legal o administrativo más o menos categórico”.⁴²⁶ Sus mayores diferencias con la desobediencia civil serían que en aquella no se apela a un sentimiento de justicia de la mayoría de la población, y tampoco se pretende con su realización la modificación de alguna norma o política. El objetor de conciencia preferiría, en otras palabras, no tener que ser objetor de conciencia.⁴²⁷ Nogueira la define como un conflicto de conciencia que consiste en “obedecerse a sí mismo antes que al Estado, *negándose a actuar en contra de sus valores y creencias*, cualquiera sea su situación jurídica”.⁴²⁸

Algunas de las hipótesis más comunes y conocidas son la negativa a portar armas o realizar el servicio militar, la negativa a realizar actos de homenaje a símbolos nacionales, la negativa a trabajar en día sábado u otro día de descanso religioso, la negativa al pago de impuestos

⁴²⁶ RAWLS (2014) p. 209.

⁴²⁷ RAWLS (2014) p. 210.

⁴²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2006) p. 17 (cursivas en el original).

destinados a la industria armamentista o a costear una guerra (llamada “objeción fiscal”) y la negativa de un médico a practicar un aborto.⁴²⁹

De estas hipótesis sólo la última ha obtenido recientemente una consagración legal en el sistema jurídico chileno. El artículo 119 ter del Código Sanitario, modificado por la Ley N° 21.030, requiere que la objeción de conciencia (sin definir en qué consiste), que puede ser invocada tanto por el médico como por algún integrante de su equipo, sea previamente informada al director del establecimiento de salud en forma escrita, ante lo cual el establecimiento está obligado a reasignar otro profesional no objetante, y si no contare con éste, deberá derivarla en forma inmediata (salvo en la hipótesis de aborto terapéutico, en la cual el médico objetor no podrá excusarse).

La disposición del 119 ter se remite a un protocolo del Ministerio de Salud, aprobado por la Resolución Exenta N° 61 del 22 de enero de 2018, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2018. Dicha resolución fue dejada sin efecto por la Resolución Exenta N° 432 del 22 de marzo de 2018, publicada en el Diario Oficial el 23 de marzo de 2018, que estableció un nuevo protocolo. No obstante, esta última resolución fue representada por la Contraloría por ser contraria a derecho.

El dictamen 011781N18 de la Contraloría resolvió que dicho protocolo no se limitó a establecer las “instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados [...] de carácter referencial”, mandato de reglamentación dispuesto en el artículo 4 N° 14 del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud, sino que “además de contemplar instrucciones para operativizar la objeción de conciencia -entre ellos los documentos y medios a través de los cuales se deberá manifestar-, regula ciertos aspectos no desarrollados por la ley”, entre los que se encuentran “normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y requisitos que se deben cumplir para adquirir la calidad de objetor de conciencia y para efectuar la correspondiente manifestación, tanto aquella personal como institucional, además se regulan sus efectos, su eventual revocación, los derechos de las pacientes, y se establecen prohibiciones, entre otros aspectos que exceden las instrucciones sobre manejo operativo”.⁴³⁰ En síntesis, lo dispuesto en el protocolo debe ser de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución y el protocolo excede dicho ámbito.

⁴²⁹ Ver NOGUEIRA ALCALÁ (2006).

⁴³⁰ Dictamen N° 011781N18, disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/centro-de-documentacion/chile/jurisprudencia/1283-dictamen-de-la-contraloria-general-de-la-republica-sobre-objecion-de->

El que exista una regulación legal sobre la objeción de conciencia en los casos de aborto permitido es relevante por cuanto la mayoría de la dogmática ha señalado que la objeción de conciencia requiere una consagración legal específica.⁴³¹ En otras palabras, la sola regulación iusfundamental de la libertad de conciencia no es apta para legitimar la objeción de conciencia. Uno de los argumentos más habituales es que estimar la objeción de conciencia como un derecho constitucional implicaría una carga para el mismo objetor, en el sentido de existir una necesidad de impugnar la norma legal frente a la constitucional a través de los mecanismos procesales correspondientes.⁴³² Se agrega que esta concepción “anula el imperio de la ley” puesto que se desconoce “cuál es su fisonomía y sus límites”.⁴³³

Aunque este argumento pareciera ser razonable, no es más que una aplicación del ya criticado criterio de *Smith*: la libertad religiosa no prevalece frente a las “leyes de aplicación general”, un criterio que el mismo Congreso de EE.UU. consideró que acababa con la libertad religiosa, motivando la dictación de la RFRA. El problema de esta doctrina es que el ámbito de aplicación de una objeción de conciencia (que no es otra cosa que una colisión del derecho fundamental de libertad religiosa en sentido amplio con cualquier obligación prescrita por ley, o incluso por la Constitución) se ve reducido a la mínima expresión (únicamente los casos paradigmáticos ya mencionados) y bajo la necesidad de que dichas hipótesis hayan sido definidas mediante una ley.

Las hipótesis de objeción de conciencia pueden ser muy numerosas si se entiende la libertad religiosa en una concepción pluralista, y si bien es adecuado regularlas de manera precisa y específica, es inevitable que la pluralidad de religiones vaya un paso adelante de lo que pueda regular la voluntad soberana. Frente a este escenario, es imprescindible otorgar un contenido al menos residual a la objeción de conciencia a partir de la regulación iusfundamental, naturalmente sujeta a restricciones objetivas y justificables.

Considerando además el paradigma neoconstitucionalista de vinculación directa y efecto irradiatorio de la Constitución, es conveniente desarrollar una objeción de conciencia iusfundamental. Las limitaciones pueden estar perfectamente descritas en la misma disposición

[conciencia-institucional-que-determina-que-protocolo-aprobado-por-la-resolucion-exenta-nd-432-de-2018-del-ministerio-de-salud-no-se-ajusta-a-derecho/file](#)

⁴³¹ Ver FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2019).

⁴³² FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2019) p. 169.

⁴³³ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2019) p. 172.

constitucional, y como se desarrollará a continuación, las más importantes son las siguientes: a) la falta de actos previos contradictorios a la objeción de conciencia que se invoca; b) la sustituibilidad del destinatario de la norma; c) la reversibilidad de las consecuencias de la insumisión; y d) la no afectación de un bien jurídico superior en la ponderación de derechos fundamentales.

En primer lugar, y como cuestión de hecho, es necesario que una objeción de conciencia real esté respaldada por los actos anteriores a la insumisión. Por ejemplo, no podría alegar una objeción de conciencia válida al gasto militar o al servicio militar una persona que posea armas de fuego en su casa o que participe de una organización que utilice armas de fuego o similares, o incluso que, en su discurso (por ejemplo, académico), apoye o legitime aquello de lo cual pretende eximirse. La excepción se plantearía únicamente respecto de personas que hayan hecho un público arrepentimiento de actos previos.

En segundo lugar, es necesario que el objetor pueda ser eficazmente sustituido por otra persona no objetora para cumplir el mandato legal. Si la obligación sólo puede ser realizada, por limitaciones temporales o espaciales, por el objetor, éste no podrá excusarse válidamente dada la excepcionalidad de su situación, análoga a la posición de garante. Como ya se mencionó, esta limitación está regulada expresamente a propósito de la objeción de conciencia para la práctica de un aborto en las nuevas disposiciones del Código Sanitario a contar de la Ley N° 21.030. El artículo 119 ter nuevo del Código Sanitario señala que, en caso de objeción de conciencia del facultativo, “el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción”.

En tercer lugar, la insumisión no debe llevar a un punto de no retorno, o, en otras palabras, las consecuencias de la insumisión deben ser reversibles. Está estrechamente relacionado con el punto anterior, y también tiene una consagración normativa en el caso del aborto. Como es sabido, la Ley N° 21.030 legitimó la interrupción del embarazo únicamente en tres hipótesis: riesgo de vida de la madre, inviabilidad fetal y embarazo producto de una violación. En el caso de la primera hipótesis, la objeción de conciencia tiene una limitación particular. Señala el inciso final del artículo 119 ter del Código Sanitario que cuando dicha causal sea la invocada, y ante la

necesidad de una atención médica inmediata e impostergable, “quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención”.

Tanto la segunda como la tercera limitación implican la urgencia o la irreversibilidad de la consecuencia de la insumisión respecto de la obligación legal. Estas limitaciones de la objeción de conciencia son inevitables en el caso del aborto terapéutico, pero no se presentan, o no son tan relevantes en otras hipótesis. En el caso del servicio o gasto militares siempre existirá un obligado para reemplazar oportunamente al objetor. Para el aborto, el problema temporal inherente lleva a la última limitación.

Aunque es evidente, es necesario que la insumisión no afecte un bien jurídico superior en ponderación con otro derecho fundamental. Este es un análisis típicamente jurídico, pero puede realizarse en abstracto *ex ante*, de manera de evitar la irreversibilidad de la insumisión. La objeción de conciencia de un médico a practicar un aborto, por ejemplo, podría tener cabida en los abortos criminológicos o socioeconómicos, pero no en un aborto terapéutico ante el riesgo de vida de la madre.

Un último elemento importante para destacar es que la objeción de conciencia, en tanto derivación de la libertad de conciencia, sólo puede ser invocada por una persona natural. Este es el defecto más notable de la Ley N° 21.030, que sí contenía la limitación en su texto original. Como ya se señaló, el Tribunal Constitucional introdujo una modificación en la parte final del inciso primer del artículo 199 ter, quedando el texto definitivo: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”. El error en la sintaxis de la expresión se explica justamente por la intervención del Tribunal Constitucional, que eliminó la palabra “no” antes de “podrá”, permitiendo así la inclusión de la objeción de conciencia institucional de manera ilegítima con posterioridad al debate legislativo.⁴³⁴ El fallo del Tribunal Constitucional también es contradictorio en cuanto hace depender la objeción de conciencia directamente de la dignidad humana, lo cual tampoco puede predicarse de las personas jurídicas, independiente de la teoría que se proponga para la naturaleza de éstas.⁴³⁵

⁴³⁴ Ver ATRIA LEMAITRE (2017).

⁴³⁵ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2019) p. 162.

Como ya se mencionó, pese a su impropiedad, la objeción de conciencia institucional no es exclusiva del derecho chileno, y también ha sido invocada válidamente en EE.UU., en el ya mencionada caso *Hobby Lobby*. Independiente de los argumentos contrarios al mero reconocimiento de libertad de conciencia a las personas jurídicas, la afirmativa lleva a problemas ulteriores, como el tratamiento de personas jurídicas de derecho público en Estados laicos y, muy especialmente, el tratamiento de personas jurídicas privadas que reciben fondos directos del erario.

Esto último también fue parte del dictamen de la Contraloría ya citado (011781N18), el cual señala que, así como los establecimientos de salud públicos no pueden invocar la objeción de conciencia ya que deben cumplir con la garantía del artículo 19 N° 9 (acceso a la salud), tampoco lo pueden hacer los establecimientos privados que hayan celebrado convenios con los servicios de salud, ya que en dicha hipótesis la entidad privada “toma el lugar del respectivo servicio para los efectos de otorgar las prestaciones de salud convenidas, es decir, al ejecutar la acción de salud de que se trate, la entidad contratante se encontrará desarrollando una función pública”, y por lo mismo la entidad privada “no puede acogerse a la objeción de conciencia institucional en tanto se encuentre vigente la respectiva convención, pues si bien se trata de una entidad de carácter privado, tiene el deber de dar cumplimiento a una función pública -a la que voluntariamente se ha comprometido- y para cuyos efectos le han sido entregados recursos públicos”.

Debe agregarse a lo anterior que un Estado laico neutral no cooperacionista no debe incentivar una creencia o conjunto de ellas, incentivo que sería a lo menos indirecto al subvencionar instituciones que invocan en su labor de utilidad pública una objeción de conciencia en virtud de principios cristianos. En definitiva, y como ya se ha desarrollado, ninguna persona jurídica o institución es titular de libertad religiosa o de conciencia, por cuanto el sentimiento religioso (la relación personal con la trascendencia y el perfeccionamiento moral) es exclusiva de los seres humanos. Ni siquiera las personas jurídicas religiosas pueden reivindicar para sí dicha titularidad, sin perjuicio de su autonomía, que posee otros fundamentos.

Se han desarrollado distintos elementos de la regulación supralegal de la libertad religiosa compatibles con la concepción pluralista. Como se ha expuesto, en gran medida éstos pueden incorporarse dogmáticamente en una interpretación pluralista de la Constitución compatible con un principio de Estado laico. No obstante, ese necesario desarrollar además una propuesta de

reforma al derecho chileno, tanto a nivel constitucional como legal, que incorpore estos elementos de manera explícita.

Capítulo 8

Propuestas de reforma al derecho chileno.

1. Introducción.

De la misma propuesta de desarrollo iusfundamental de la libertad religiosa, así como del principio de Estado laico formulado en el capítulo 6, se desprende el problema de numerosas disposiciones legales en el derecho chileno incompatibles con la concepción pluralista. A diferencia de lo planteado en el capítulo anterior, de un alcance más amplio en el derecho comparado, las propuestas de reforma que se plantearán necesariamente involucran los procesos nomogénicos propios del sistema jurídico chileno, por lo que su alcance es limitado, si bien muchas de estas disposiciones también figuran en el derecho comparado.

Actualmente Chile se encuentra inmerso en un proceso constituyente, por lo que eventualmente se discutirá una posible reforma a la regulación constitucional de la libertad religiosa, y al mismo tiempo es posible que, de modificarse, muchas disposiciones legales sean revisadas por eventualmente ser contrarias a la nueva constitución. El único potencial límite a una hipotética nueva regulación de la libertad religiosa está dada por las normas supranacionales establecidas en tratados internacionales, aunque el límite es bastante oscuro.⁴³⁶

Las propuestas de reforma que se plantearán pueden dividirse en dos grupos: a) modificaciones a la regulación constitucional; y b) modificaciones a la normativa legal, tanto en la Ley N° 19.638 como en otros textos legales dispersos en el ordenamiento jurídico chileno que contienen elementos propios de la libertad religiosa.

2. Modificaciones a nivel constitucional.

Las modificaciones que se proponen en la disposición constitucional del artículo 19 N° 6 son las siguientes: a) eliminación de la referencia a la moral y las buenas costumbres como limitación de la libertad religiosa, incorporando, en cambio, una referencia a los derechos de terceros; b) eliminación del inciso segundo, y primera parte del inciso tercero; c) inclusión de la

⁴³⁶ Para el desarrollo de este problema, véase el capítulo final de conclusiones.

regulación *insfundamental* de la objeción de conciencia; d) consagración del beneficio tributario a nivel legal; y e) inclusión de una referencia a la enseñanza de religión en establecimientos educacionales públicos.

2.1. Eliminación de la referencia a la moral y las buenas costumbres e incorporación de la limitación relativa a los derechos de terceros.

Se mencionó anteriormente que, en principio, y partiendo del pluralismo liberal, la única limitación razonable para el derecho fundamental de libertad religiosa es que en el ejercicio de un culto no se lesionen los derechos de terceros, tal como prescriben la ECHR y la CADH. También se señaló que es útil conservar como limitación una referencia al orden público, ya que este concepto puede incluir determinados actos que sólo potencialmente podrían afectar derechos de terceros, como en la hipótesis de afectación de la salubridad pública.

No obstante, las referencias a la moral (también presentes en la ECHR y la CADH) y a las buenas costumbres deben ser eliminadas por su imprecisión en un marco pluralista, como se desarrollará a continuación.

Es común en distintas regulaciones del sistema jurídico chileno la referencia al orden público, acompañada de referencias a la moral y las buenas costumbres o alguna de éstas indistintamente. En tres ocasiones el Código Civil engloba buenas costumbres y orden público, y son numerosas las referencias a la moral, la moralidad o los hechos inmorales. En la Constitución política se utilizan los tres conceptos, además de la libertad religiosa, como limitación en la libertad de enseñanza. Como limitación al derecho de asociación y a la libertad económica se utiliza moral y orden público, y para los trabajos prohibidos en la regulación constitucional de la libertad de trabajo se utiliza únicamente la moral.

Supera el objetivo de esta tesis un análisis historiográfico sobre el origen de esta fórmula, pero existen antecedentes en las fuentes del Código Civil. El Código Civil Francés de 1804 contiene la referencia al orden público y las buenas costumbres (*“l'ordre public et les bonnes mœurs”*) en sus artículos 6º y 1133 (este último, idéntico al del Código Civil chileno, en la regulación de la causa ilícita de los contratos). Etimológicamente la moral (*“mores”*) se confunde con las costumbres, aunque el concepto de costumbre, como es sabido, tiene un significado técnico jurídico bastante preciso. De hecho, en las Siete Partidas, la expresión *“buena costumbre”* se

utiliza para designar aquella costumbre jurídica aceptable por el juez por no ser contraria a la “Ley de Dios”, la razón o el derecho natural.⁴³⁷ En este sentido, los términos “moral” y “buenas costumbres” son sinónimos, y es difícil construir una interpretación lógica que elimine el pleonismo de esta fórmula.

En el entendido que buenas costumbres y moral son, al menos, términos estrechamente relacionados, es útil centrarse en este último. La referencia a la moral comúnmente se establece como una limitación para determinados actos y contratos, los que pasarían a ser ilegítimos o nulos de vulnerar la prohibición. Como es sabido, no existe norma alguna que defina en qué consiste la moral, por lo que la definición de qué es un acto contrario a la moral queda entregado al intérprete.

Al igual que la normativa propia de la libertad religiosa, las referencias a la moral provienen de épocas en las cuales existía una hegemonía de una visión restringida de la moral social vinculada al universo moral del cristianismo. Desde un punto de vista iusnaturalista, y a modo ejemplar, John Finnis ha planteado, siguiendo de cerca a Tomás de Aquino, que el bien común, en cuanto criterio sustancial de legitimidad del derecho, puede dividirse analíticamente en determinados “bienes humanos básicos”, los que serían “evidentes, premorales y fundamentales”, y dentro de los cuales se encuentra la religión.⁴³⁸

La existencia de un orden moral objetivo también se desprende de posturas antipositivistas más progresistas, como las de Dworkin y Alexy. Luque engloba a ambos autores en la “perspectiva irenista” de los desacuerdos jurídicos.⁴³⁹ Esta perspectiva análoga al descriptivismo moral asigna un valor de verdad a estos juicios, correspondiéndose con el postulado que no existen “desacuerdos intachables” (*faultless*) en el derecho. El derecho estaría “globalmente determinado” (por lo que todo caso tiene una única respuesta jurídica correcta, en la expresión de Dworkin) y sus valores o bienes jurídicos pueden jerarquizarse a través de una argumentación moral. En la conocida teoría de Dworkin del derecho como integridad, la respuesta correcta en un caso jurídico es la que mejor encaja con los valores que explican y justifican la existencia de un sistema jurídico concreto. La respuesta correcta, en ambos casos,

⁴³⁷ BRAVO LIRA (1984) pp. 60-61.

⁴³⁸ Ver FINNIS (1980).

⁴³⁹ Ver LUQUE (2013).

está dada no por un rango de resultados posibles, sino por un análisis jerárquico de los resultados posibles y la selección del más adecuado.

Por el contrario, desde el punto de vista del pluralismo valorativo, no existe tal cosa como “la” moral, sino un rango abierto pero acotado de modos de vida razonables y aceptables en virtud de distintos universos morales.⁴⁴⁰ La tesis de la “única respuesta correcta” en moral y en derecho es contraintuitiva frente a las prácticas, y no explica por qué sería deseable la exclusión de otras respuestas adecuadas o razonables en un rango abierto pero acotado. La diversidad de respuestas adecuadas, en cambio, se condice con las prácticas sociales y enriquece nuestros debates, ampliando nuestras concepciones del mundo. En una disposición jurídica, las referencias genéricas a la moral sólo evidencian un monismo valorativo impreciso.

Por las razones anteriores, los conceptos de moral y buenas costumbres debiesen ser eliminados de la disposición constitucional. Sin embargo, es conveniente mantener la referencia al orden público, e incorporar el respeto a las libertades y los derechos de terceros. Como se revisó en el capítulo 5, existe un rango de prácticas de cultos religiosos que pueden afectar a terceros en mayor o menor medida. En el primer caso, el límite es el derecho de terceros. En el segundo, la referencia al orden público es útil para limitar afectaciones eventuales.

2.2. Eliminación del inciso segundo del artículo 19 N° 6, y la primera parte del inciso tercero.

Como ya se ha señalado, el inciso segundo y la primera parte del inciso tercero del artículo 19 N° 6 tienen su origen histórico en la laicización consensuada del Estado chileno consagrada por la Constitución de 1925. El artículo 10 N° 2 aseguraba a todos los habitantes de la república, en su inciso primero: “La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”. El inciso segundo, en tanto, prescribía lo siguiente: “Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con

⁴⁴⁰ Ver ORELLANA BENADO (2011).

respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor; pero quedarán sometidas, dentro de las garantías de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros”.

El inciso segundo de la disposición constitucional actualmente vigente replica la segunda parte del inciso primero de 1925: “Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”. El inciso tercero actual, previo a mencionar la exención tributaria, señala: “Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor”. La reestructuración de ambas disposiciones, prácticamente idénticas, se debió -como ya fuera reseñado- a algunas objeciones de forma en el seno de la Comisión Ortúzar, sin innovar en lo referente al contenido de la libertad religiosa.

El inciso segundo del artículo 19 N° 6 era redundante incluso en la Constitución de 1925, ya que es evidente que los cultos religiosos no quedan exentos de la regulación común relativa a las disposiciones de policía (está incluido en el concepto de orden público), aunque en 1925 tenía el propósito de resolver el problema de los templos y cultos no oficiales a la fecha, parcialmente autorizados o tolerados por la ley interpretativa de 1865.

Según Silva Bascuñán, la disposición tuvo el propósito de “esclarecer que la Iglesia Católica no estaba obligada a pedir la autorización para conservar sus bienes raíces, exigida a las personas jurídicas de derecho privado, conforme al artículo 556 del Código Civil”, y también asegurar que las confesiones religiosas de cualquier culto “quedarán sometidas al régimen común aplicable para todas las demás personas naturales y jurídicas en orden al régimen de sus bienes, es decir, que no se pudiera discriminar en contra de ellas”.⁴⁴¹ La disposición, consensuada con la Santa Sede, se explicaría además por “el temor de que el anticlericalismo impusiera, como en Francia, la expropiación de los templos, que pasaron a dominio del Estado o de las comunas y cuyo simple uso se entregó precariamente a las asociaciones culturales”.⁴⁴²

La disposición tenía una importancia práctica en el contexto de la separación, pero en la regulación actual no tiene sentido alguno, y la única razón de la Comisión Ortúzar para

⁴⁴¹ SILVA BASCUÑÁN (1991) p. 66.

⁴⁴² SILVA BASCUÑÁN (1991) p. 69.

conservarlo fue la deferencia al acuerdo con la Santa Sede, deferencia que no tiene legitimidad alguna en términos normativos. Propuso el comisionado Silva Bascuñán “que se mantenga, sin hacerle alteración alguna, este precepto del artículo 10° de la Constitución”, ya que “fue la consecuencia de una larga, difícil, compleja, generosa y patriótica tramitación”, agregando que “la Comisión, en cierta manera, tal como el país entero, no tienen la libertad que corresponde a la posibilidad de decidir solos, porque aquí se tiene la consecuencia de que esto fue el resultado de una decisión nacional en que intervinieron factores de diversas especies”. En el mismo sentido, el comisionado Evans agrega que se trata de una disposición “que emana de un indiscutible acuerdo entre el Estado y la Santa Sede”, por lo que “la Comisión no puede tener la libertad tan amplia de que goza frente a otros preceptos”.⁴⁴³

Aunque no se evidencia una argumentación al respecto en la Comisión, resulta incomprensible que un acuerdo informal (ni siquiera un concordato o *modus vivendi*) limite un pretendido poder constituyente originario que no innovaba en relación a la laicidad del Estado. En sentido contrario, la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto la inconstitucionalidad sobreviniente de muchas disposiciones que dependían del Concordato con la Santa Sede anteriores a la vuelta al Estado laico de Colombia en virtud de la Constitución de 1991.⁴⁴⁴

Existe, no obstante, un problema práctico que debe considerarse en la eliminación de estas disposiciones. De quedar la Iglesia Católica sometida a la regulación general, debiese renovar su personalidad jurídica de derecho público en cada diócesis o arquidiócesis existente en el país, o bien definirlo vía concordato con la Santa Sede. En el primer caso la imposición es excesivamente gravosa, y en el segundo produce una desigualdad en el tratamiento de los cultos y un alejamiento del aspecto más incuestionable en la laicidad del Estado chileno.

Por otra parte, eliminar la disposición estableciendo una excepción para la Iglesia Católica, también podría interpretarse como un cooperacionismo que, en rigor, no es más que un resabio histórico ineludible, como también es innegable el hecho que la Iglesia Católica tiene una estructura administrativa incomparablemente más compleja que el de la inmensa mayoría de cultos con personalidad jurídica.

⁴⁴³ Actas comisión Ortúzar, sesión 130ª, 17 de junio de 1975.

⁴⁴⁴ Ver GARCÍA JARAMILLO (2013).

La alternativa más adecuada es consagrar constitucionalmente la igualdad en el tratamiento de los cultos, junto con una referencia abstracta a las distintas condiciones administrativas e históricas de los cultos para efectos de su reconocimiento legal.

2.3. Objeción de conciencia iusfundamental.

Una consecuencia de la libertad religiosa entendida en términos pluralistas es la vinculación directa de la objeción de conciencia. Esta no es la postura mayoritaria en la dogmática, que en general requiere la existencia de disposiciones legales específicas que la consagren.

No obstante lo anterior, existen algunos ejemplos en el derecho comparado de intentos de regulación iusfundamental de la objeción de conciencia. La Constitución de Colombia, que separa la libertad de conciencia de la libertad religiosa (ésta última consagrada en su artículo 19), señala en su artículo 18: “garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. La Constitución de Ecuador es aún más precisa, garantizando a las personas en su artículo 66.12: “El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza”. El inciso segundo hace hincapié en la objeción militar: “Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar”.

En un sentido contrario, la Constitución de Brasil limita expresamente la objeción de conciencia en su artículo 5-VIII, el cual señala: “Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rehusase cumplir la prestación alternativa, fijada por ley”.⁴⁴⁵ La disposición deja abierta la posibilidad de una consagración legal de objeción de conciencia, con el requisito adicional de establecer una prestación alternativa. A propósito del servicio militar existe una norma específica en el artículo 143.1, que luego de señalar su obligatoriedad, prescribe: “Es competencia de las Fuerzas Armadas, en la forma de la ley, establecer un servicio alternativo para aquellos que, en tiempo de paz, después de alistados, alegaren objeción de conciencia, entendiéndose como tal, la derivada de creencia religiosa o convicción filosófica o política, para

⁴⁴⁵ “[N]inguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

ser eximido de actividades de carácter esencialmente militar”.⁴⁴⁶ La Constitución de España posee una disposición muy similar en su artículo 30.2: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”.

Como ya se señaló, la objeción de conciencia a nivel constitucional debe contener al menos las siguientes limitaciones: que no existan actos previos contradictorios a la objeción de conciencia que se invoca, la sustituibilidad del destinatario de la norma sujeto a la obligación legal, la reversibilidad de las consecuencias del incumplimiento de la obligación y la no afectación de un bien jurídico superior. Aunque es un corolario obvio, es conveniente añadir que la falta de cumplimiento de una obligación legal no obsta al establecimiento de responsabilidades ulteriores de acuerdo con las reglas generales.

Adicionalmente, y pese a que también es una consecuencia de la concepción pluralista, es necesario limitar expresamente la objeción de conciencia a las personas naturales, considerando que la dogmática de derechos fundamentales hace extensibles algunos de éstos a las personas jurídicas. Esto ciertamente puede predicarse del derecho de propiedad o la libertad económica, pero no respecto de la libertad religiosa.

Por último, la objeción de conciencia constitucionalmente dispuesta en términos amplios puede ser limitada por disposiciones legales, sin otra restricción que la precisión de las limitaciones a la objeción de conciencia. En este sentido, la regulación de la objeción de conciencia a la práctica del aborto en el Código Sanitario chileno es, salvando la inexistencia actual de protocolos y la objeción de conciencia institucional, adecuada.

2.4. Eliminación de la segunda parte del inciso tercero, y consagración del beneficio tributario a nivel legal.

Ya se mencionó que la exención tributaria a las instituciones religiosas es común en el derecho comparado, aunque no así su consagración constitucional. Esta particularidad se explica

⁴⁴⁶ “Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”.

por el origen histórico de la libertad religiosa en Chile, que incluyó en la disposición constitucional de laicización la primera regulación secular de los templos y sus dependencias. La disposición de 1925 señalaba: “Los templos y sus dependencias, destinados al servicio de un culto, estarán exentos de contribuciones”; mientras que la actual prescribe: “Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones”.

La adición del vocablo “exclusivamente” calificando la destinación del templo y sus dependencias al servicio de un culto para efectos del beneficio tributario tiene un origen curioso que se explica por el contexto de su concepción. El vocablo se introdujo en las sesiones del Consejo de Estado, según Pedro Ibáñez, con “un carácter notificadorio muy saludable, toda vez que ha habido experiencias de conventos y escuelas que se destinan a campos de entrenamiento y alojamiento de terroristas y, además, porque si se sostiene el derecho de las iglesias a intervenir en política, no puede, al mismo tiempo, invocarse privilegios”.⁴⁴⁷

La adición de “toda clase de” contribuciones, por su parte, tuvo como finalidad ampliar el beneficio a todos los impuestos y no únicamente el territorial, aunque la fórmula es deficiente. Para el comisionado Ovalle, que planteó la modificación, “la exención aparece referida, por la forma como está redactada, tan sólo a las contribuciones de bienes raíces, y puede haber otros tipos de contribuciones que se creen en relación a los templos y sus dependencias”.⁴⁴⁸ Aunque existen buenas razones para mantener un beneficio tributario a las entidades religiosas, la regulación actual contiene dos falencias. La primera es su consagración constitucional, y la segunda, vinculada con la anterior, es su imprecisión y vaguedad, lo que es especialmente defectuoso en una regulación tributaria.

Sobre lo primero, ya se ha dicho que la exención tributaria de templos y dependencias religiosas no forma parte de los contenidos materiales que deben quedar sustraídos a la legislación, sino justamente lo contrario. Fernando Atria utiliza esta disposición como un ejemplo de aquellas normas “formalmente constitucionales, pero substantivamente legales”.⁴⁴⁹ La cuestión no es si las instituciones religiosas debiesen tener o no un beneficio tributario, sino que esta decisión no le pertenece al constituyente, particularmente en el marco de un Estado

⁴⁴⁷ Citado por CEA EGAÑA (2012), p. 227.

⁴⁴⁸ Ver Actas Comisión Ortúzar, sesión 130.

⁴⁴⁹ ATRIA LEMAITRE (2013) P. 19.

laico. Como la exención tributaria a las instituciones religiosas y su regulación específica no es algo autoevidente, tampoco puede su discusión quedar excluida de la voluntad soberana.

El segundo defecto de la regulación chilena, vinculado a que su *locus* en el sistema jurídico es impropio, es su notable imprecisión en la regulación. La mención genérica a los “templos” parece circunscribirse a cultos ulterioristas, mientras que el vocablo “dependencias” es tan impreciso que fue entendido de distinta manera por los mismos comisionados (**citar**). La expresión “contribuciones” tiene un significado técnico, y aunque existen buenas razones para ampliar la exención a otro tipo de tributos, no existe claridad alguna acerca de un hecho imponible que no se adscriba territorial o funcionalmente a los templos y dependencias. Se volverá sobre esto a propósito de las modificaciones a nivel legal.

2.5. Derecho preferente de educación en materia religiosa.

El vínculo de la libertad religiosa con el derecho a la educación es el llamado derecho preferente de educación de los padres. En el derecho comparado tienden a confundirse el derecho a la educación con la libertad o derecho a la enseñanza.⁴⁵⁰ La ECHR señala en su artículo 2, a propósito del derecho a la educación, en una redacción muy deficiente: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. La CADH, por su parte, regula este derecho a propósito de la libertad religiosa en el artículo 12.4: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

En la Constitución chilena el derecho preferente tiene un alcance aún más amplio. El artículo 19 N° 10, que regula el derecho a la educación (uno de los derechos fundamentales no amparados por la acción de protección del artículo 20), señala en su inciso tercero: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”.

⁴⁵⁰ Sobre la relación entre ambos en el marco del derecho chileno, véase PEÑA GONZÁLEZ (2016).

Puede apreciarse que tanto en la regulación chilena como en la ECHR el derecho preferente se encuentra regulado a propósito del derecho a la educación, lo que le da un contenido fuerte a aquél. En la educación existe una relación no igualitaria entre educador y educando, siendo inferior el margen de autonomía de este último. En cambio, situando el derecho preferente a propósito de la libertad religiosa, éste puede ejercerse frente a todos salvo frente al menor, que conserva íntegra su propia libertad religiosa y todas las consecuencias futuras que de ello se derivan. En este sentido, el derecho preferente sería una reafirmación del voto de minoría del caso *Yoder*.

La Constitución chilena actualmente vigente no contempla en su texto un estatuto diferenciado de NNA, sin perjuicio de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y su supremacía en virtud del artículo 5° inciso segundo. El proyecto de nueva Constitución presentado por la Presidenta Bachelet el año 2018 incorporaba esta mención en su artículo 19 N° 3, garantizando el derecho de niños, niñas y adolescentes “al respeto de su integridad y desarrollo moral, físico, psíquico y sexual. Igualmente, tienen derecho a ser tratados de acuerdo a su grado de madurez y autonomía progresiva en los asuntos que les afecten”. Aunque todo lo anterior puede desprenderse de la Constitución actual y su interpretación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la mención es útil para ilustrar el límite inherente al derecho preferente de educación.

Existen buenas razones para restringir, en virtud de un principio de igualdad, el derecho preferente de educación de los padres, especialmente en su vinculación con la libertad de enseñanza, pero la educación religiosa de los menores es, en principio, el ámbito irreductible del derecho preferente. Como las creencias relativas a una religión forman parte del ámbito íntimo y más sensible del ser humano, estas necesariamente deben ser de responsabilidad de la o las personas que están a cargo, en sentido amplio, de la educación de un menor. Por este motivo, una adecuada regulación iusfundamental de la libertad religiosa debe incluir el derecho preferente, con la necesaria limitación del interés superior del menor.

2.6. Propuesta de nueva disposición constitucional.

A modo de conclusión, la propuesta de disposición constitucional que mejor refleja el sentido de la concepción pluralista de la libertad religiosa como derecho fundamental es la siguiente:

“La Constitución garantiza a todas las personas:

La libertad de conciencia y de religión y las manifestaciones externas de las creencias, salvo en cuanto sean contrarias al orden público o los derechos de terceros.

Nadie será obligado a actuar en contradicción con sus creencias. La objeción de conciencia frente al cumplimiento de obligaciones legales sólo será válida cuando éste represente una carga insuperable para el obligado, cuyas actuaciones previas deben ser estrictamente compatibles con la objeción que invoca. La objeción de conciencia no procederá cuando no exista posibilidad de sustitución eficaz del obligado o se afecte un bien jurídico superior. Será siempre personal y no podrá ser invocada por una institución.

La ley podrá establecer restricciones adicionales a la objeción de conciencia señalada en el inciso precedente, sin otra limitación que precisar de manera estricta dichas restricciones.

Los padres y tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación y enseñanza religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin perjuicio del interés superior de los menores”.

3. Modificaciones a nivel legal.

Como ya se ha expuesto, existen diversos estatutos legales que regulan directamente o se refieren tangencialmente a la libertad religiosa. En la mayoría de los casos estas regulaciones son complementos necesarios a la regulación constitucional, y como se desarrolló en el capítulo 6, en el caso chileno gran parte de estas regulaciones es incompatible con el Estado laico y con la concepción pluralista de la libertad religiosa.

Las modificaciones que se proponen a nivel legal son las siguientes: a) modificación de la institucionalidad relativa a las confesiones religiosas; b) modificación del beneficio tributario; c)

modificación de disposiciones relativas al “deísmo ceremonial”; d) limitación de los símbolos religiosos institucionales en el espacio público; y e) regulación de la enseñanza religiosa en establecimientos educacionales públicos.

3.1. Modificación de la institucionalidad relativa a las personas jurídicas religiosas.

Ya se ha mencionado la falta de necesidad de los incisos segundo y la primera parte del inciso tercero del artículo 19 N° 6 de la Constitución política. Aunque estas disposiciones no regulan de manera detallada el estatuto de personalidad jurídica de las entidades religiosas, se han interpretado tradicionalmente como referida a una de ellas: la personalidad jurídica de derecho público de fuente constitucional (e incluso supraconstitucional, según la opinión de los comisionados) de la Iglesia Católica.

Escapa al ámbito material de competencia de la potestad constituyente la regulación de las asociaciones públicas y privadas (salvo en lo que respecta a la regulación iusfundamental de la libertad de asociación), lo cual es materia de ley. La regulación de las entidades religiosas en Chile se encuentra radicada esencialmente en la Ley N° 19.638, aunque su regulación es igualmente deficiente debido a la uniformización de todas las entidades religiosas como personas jurídicas de derecho público. Como es unánime en la dogmática civil chilena, la fuente de la personalidad jurídica de derecho público es la ley, y no una resolución administrativa. En los casos en que una resolución administrativa se contemple como el trámite final para el funcionamiento de una persona jurídica de derecho público, dicha resolución es declarativa y no constitutiva.

La regla general en las personas jurídicas de derecho público es que estas sean reguladas en su totalidad por una ley específica, como ocurre con Televisión Nacional de Chile (Ley N° 19.132), o formen parte de la administración descentralizada, como ocurre con las municipalidades, también reguladas por una ley orgánica constitucional (N° 18.695). En el caso de las entidades religiosas ocurre algo distinto que problematiza su condición de personas jurídicas de derecho público. La Ley N° 19.638 establece un procedimiento de registro ante el Ministerio de Justicia para obtener la personalidad jurídica de derecho público, aunque dicha personalidad se concede *ex ante* y de manera general a toda entidad religiosa, por lo que la

resolución del Ministerio es meramente declarativa de la personalidad jurídica otorgada por el sólo ministerio de la ley.

El problema, como puede apreciarse, es que la Ley 19.638 funciona como una ley en blanco que otorga la personalidad jurídica de derecho público a cultos religiosos no identificados en la misma ley, y consecuente con esta condición, señala la ley en su artículo 11 que el Ministerio de Justicia no podrá denegar el registro, sino únicamente objetarlo en caso de que faltare algún requisito de forma. Esto conlleva el riesgo de tener que admitir a registro -y concederles la personalidad jurídica a- cultos potencialmente peligrosos.

Es también deficiente e incompleta la regulación de la disolución de las entidades religiosas. Señala el artículo 19 de la ley: “La disolución de una persona jurídica constituida conforme a esta ley podrá llevarse a cabo de conformidad con sus estatutos, o en cumplimiento de una sentencia judicial firme, recaída en juicio incoado a requerimiento del Consejo de Defensa del Estado, el que podrá accionar de oficio o a petición de parte, en los casos que así corresponda”. La disolución de acuerdo con los estatutos pareciera equiparar estas entidades con personas jurídicas de derecho privado, mientras que la disolución por sentencia judicial firme omite por completo qué tipo de circunstancias deben verificarse para que el Consejo de Defensa del Estado solicite la disolución de una entidad religiosa. El Oficio 5045 que rechazó el registro de la Iglesia de la Unificación en Chile fundó el rechazo en el artículo 19 N° 15 inciso sexto, que declara inconstitucionales “los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional”, aunque la misma disposición otorga al Tribunal Constitucional la competencia exclusiva para declarar dicha inconstitucionalidad.

La personalidad jurídica de las entidades religiosas debe tener una estructura híbrida, equiparando la calidad de persona jurídica de derecho público de las distintas entidades religiosas, pero estableciendo, por las razones ya señaladas, la potestad del órgano administrativo para rechazar la constitución y cancelar la personalidad jurídica ya constituida. Es necesario, además, establecer una causal genérica y al menos una específica, en la actual regulación, para el rechazo o cancelación. Por una parte, es evidente que todo culto contrario al orden público o que afecte derechos de terceros debe ser rechazado o cancelado, si bien como ya se señaló esta limitación debe ser interpretada restrictivamente. Y por otra, la misma ley actualmente considera una prohibición necesaria que debiese llevar a la cancelación del registro. Señala el artículo 9 inciso

segundo: “Las entidades religiosas, así como las personas jurídicas que ellas constituyan en conformidad a esta ley, no podrán tener fines de lucro”.

Tanto los fines de lucro como la afectación al orden público y a los derechos de terceros son infracciones que deben estar bajo una vigilancia activa de la autoridad. En la institucionalidad actual -y parece razonable mantenerlo- dicha autoridad es el Ministerio de Justicia, que al igual que con corporaciones y fundaciones debiese llevar una fiscalización de las entidades religiosas, lo cual puede realizarse adecuadamente a través de la Oficina Nacional de Asuntos Religiosos. Del mismo modo, es necesario crear una vía cautelar para los potenciales afectados, lo cual podría también incoarse por vía administrativa, junto con una eventual reclamación a la judicatura constitucional como instancia judicial.

3.2. Modificación del beneficio tributario.

En relación con la segunda parte del inciso tercero de la disposición constitucional (la exención tributaria), es necesario además preguntarse por su legitimidad a nivel de regulación legal. Como ya se analizó, las prácticas religiosas no generan por sí mismas externalidades positivas que requieran un incentivo a través de beneficios tributarios. La mayoría de las confesiones religiosas realizan actividades de beneficencia, filantrópicas, educacionales y de distinto tipo, pero dichas actividades no son en caso alguno exclusivas de las confesiones religiosas, y por el mismo motivo deben optar a los beneficios tributarios de modo similar que cualquier organización no religiosa. El defecto de la segunda parte del inciso tercero del artículo 19 N° 6 es triple: su regulación es técnicamente deficiente e insuficiente, su consagración constitucional representa un límite a la voluntad soberana, y por último, y posiblemente más importante, el beneficio tributario se adscribe por el solo hecho de configurarse como religión o culto y contar con un templo.

La exención tributaria de los templos y sus dependencias, y sus condiciones precisas de configuración, debiesen ser entregados, bien a la legislación tributaria, bien a la misma Ley N° 19.638. En la legislación tributaria existen distintas disposiciones que actualmente se refieren a beneficios tributarios para entidades religiosas. El artículo 40 N° 1 del DL 824 sobre impuesto a la renta declara exentas las rentas percibidas, en general, por todas las personas jurídicas de derecho público, mientras el N° 2 del mismo artículo se remite a “las instituciones exentas por

leyes especiales”. Por su parte, la Ley N° 17.235, sobre impuesto territorial, consagra en su cuadro anexo N° 1 una exención directa a “Las iglesias y templos de algún culto religioso”; y “Las habitaciones anexas a iglesias o templos de algún culto religioso, ocupados por los funcionarios del culto y siempre que no produzcan renta”.

La ventaja de contar con disposiciones específicas en la legislación tributaria radica en la importancia de la jurisprudencia especializada y el desarrollo de circulares y oficios de la autoridad administrativa. No obstante, existen buenas razones para establecer una meta-regla en la ley sobre entidades religiosas, de manera similar a la actual disposición constitucional, aunque superando sus deficiencias.

Una meta-regla adecuada y compatible con la concepción pluralista desarrollada debe contener los siguientes elementos. En primer lugar, debe determinar adecuadamente qué tipo de tributos son los contemplados por la exención. Como ya se mencionó, aunque la expresión “contribuciones” se refiere a los impuestos territoriales, el espíritu de la disposición constitucional es que los cultos religiosos estén exentos de todo tributo, lo que no tiene sentido en la redacción vigente. Por una parte, la disposición constitucional no describe un hecho imponible, sino que adscribe el tributo a un espacio físico, lo cual es únicamente compatible con la contribución territorial. Muchos templos realizan actividades que generan hechos imponibles, como la venta de artículos religiosos.

En segundo lugar, debe adscribirse el beneficio tributario a la ausencia estricta de fines de lucro de las entidades religiosas. Esto no lo hace expresamente la Ley 19.638, pero sí contiene una disposición (artículo 9 inciso segundo) que prohíbe que las entidades religiosas desarrollen actividades con fines de lucro. Este es un buen elemento para establecer una exención tributaria de impuesto a la venta de artículos religiosos, con la salvedad que las utilidades que provengan de estas ventas sean reinvertidas en labores o necesidades del templo.

Por último, ante el rechazo del registro de una entidad religiosa o su cancelación (de acuerdo a lo señalado anteriormente), igualmente debe caducar el beneficio tributario de manera automática. Esto se hace necesario por cuanto un culto cancelado podría igualmente realizar actividades compatibles con el sistema jurídico, pero distintos de una práctica religiosa ligada a externalidades positivas.

3.3. Modificación de disposiciones relativas al deísmo ceremonial.

Ya se ha señalado que, partiendo de una condición fundamental de neutralidad del Estado laico, todas las disposiciones legales que contienen fórmulas sacramentales tales como juramentos o invocaciones a la divinidad son inconstitucionales al afectar tanto el derecho de libertad religiosa de las personas no creyentes como las prácticas y creencias de religiones que las prohíben. De hecho, la Constitución chilena sólo prescribe un “juramento o promesa” para el presidente electo (artículo 27 inciso final) que es corroborado por el juramento de diputados y senadores, sólo mencionado en el artículo 61, pero desarrollado también como “juramento o promesa” en el artículo 5 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional.

No obstante, muchas disposiciones de rango legal exigen un juramento deísta, o incluso cristiano. Algunas de estas disposiciones son los artículos 304 (juramento de jueces), 471 (juramento de los auxiliares de la administración de justicia) y 522 (juramento de abogados) del Código Orgánico de Tribunales. Esta última disposición solo habla de juramento y no prescribe una fórmula especial. Por el contrario, el juramento de jueces posee la siguiente fórmula: “¿Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las leyes de la República?”, a lo que el interrogado debe responder “Sí, juro”, respondiéndosele “Si así lo hicieréis, Dios os ayude, y si no, os lo demande”, fórmula casi idéntica a la utilizada en el juramento de los auxiliares de la administración de justicia.

También existen disposiciones relativas a juramentos en el Código de Procedimiento Civil. El artículo 63 inciso final se refiere al juramento de intérpretes, el artículo 282 establece el juramento como medida prejudicial, el artículo 363 se refiere al juramento de testigos, y el artículo 390 regula el juramento en la absolución de posiciones. Sin embargo, la fórmula general de juramentos para todas las actuaciones judiciales se contempla en el artículo 62, con un talante inequívocamente deísta. Prescribe dicho artículo: “Siempre que en una actuación haya de tomarse juramento a alguno de los concurrentes, se le interrogará por el funcionario autorizante al tenor de la siguiente fórmula: ‘¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?’, o bien, ‘¿Juráis por Dios desempeñar fielmente el cargo que se os confía?’, según sea la naturaleza de la actuación. El interrogado deberá responder: ‘Sí juro?’”

Ni el Código Orgánico de Tribunales ni el Código de Procedimiento Civil contienen la promesa. Reafirmando el arcaísmo de las fórmulas anteriores, el Código Procesal Penal, de

mucho más reciente data, prescribe en su artículo 306 el “juramento o promesa” de los testigos en el proceso penal, haciendo aplicables las penas relativas al falso testimonio del Código Penal. Misma fórmula se utiliza, de acuerdo con el artículo 329, para los peritos.

Como se ha señalado, las fórmulas sacramentales deístas tienen un contenido tradicional y simbólico sin mayores efectos prácticos, pero son inaceptables en un Estado laico pluralista por excluir, al menos de manera simbólica, las prácticas de no creyentes e incluso de algunos creyentes. De la misma manera, no existe problema práctico alguno en unificar la fórmula “juramento o promesa”, que siendo exclusiva para el Presidente electo y la instalación de miembros del Congreso, representa además por este hecho una infracción de la igualdad ante la ley.

3.4. Limitación de símbolos religiosos institucionales en el espacio público.

Por la misma razón por la que debiese proibirse el deísmo ceremonial, los símbolos religiosos institucionales (crucifijos, estatuas, monumentos, entre otros) deben estar limitados en el espacio público. No únicamente en reparticiones públicas (espacios públicos en sentido estricto), sino también en lugares de libre acceso al público, como calles, plazas, parques, y en general en los llamados bienes nacionales de uso público.

En un Estado laico neutral, es ilegítimo que los órganos del Estado emplacen símbolos religiosos, ya que supone una vulneración al principio de laicidad. Pero además, en relación a los lugares del libre acceso al público, el Estado laico debe garantizar, al menos en un sentido débil, una libertad frente a la religión. Esta libertad religiosa en sentido amplio implica necesariamente una distinción entre el ejercicio público y privado de las religiones, no proscribiendo su ejercicio público, pero sí limitando la presencia permanente de símbolos o monumentos vinculados a una religión o grupo de religiones.

Como ya se mencionó, algunos autores señalan que la existencia de símbolos religiosos en el espacio público responde a una tradición cultural y refleja el patrimonio histórico de una nación.⁴⁵¹ Si bien esto es efectivo, esta explicación omite la existencia de otra vía de desarrollo

⁴⁵¹ MARTÍNEZ-TORRÓN (2014); DURHAM (1992).

cultural e histórico propio de la secularización y laicización, el cual es justamente la pluralidad de religiones en las sociedades globalizadas occidentales.

La alternativa más razonable para este conflicto es, por una parte, respetar los símbolos institucionales ya existentes en el espacio público en sentido amplio, que pertenecen efectivamente a una tradición cultural compartida, pero limitar la incorporación de nuevos símbolos por el mismo motivo anterior. La limitación a los símbolos religiosos institucionales puede tener distintas vías, pero la que mejor representa la concepción pluralista es la que implica una participación comunitaria directa. En el citado caso del crucifijo en Baviera, acerca de la legitimidad de los crucifijos en las salas de escuelas primarias, se aceptó la posibilidad de una consulta a la comunidad académica para intentar respetar la voluntad de la mayoría de los involucrados.

No parece razonable que la creencia negativa de una minoría de personas contrarias a emplazar, por ejemplo, un monumento representativo de las tablas de la ley, prevalezca frente a una gran mayoría de personas favorables a dicho emplazamiento. La mejor solución para este problema es una consulta ciudadana local vinculante precedida de un debate abierto en torno al símbolo en cuestión.

3.5. Regulación de enseñanza religiosa en establecimientos educacionales públicos.

Por último, se requiere garantizar a nivel legal el derecho de educandos y padres o tutores a recibir una enseñanza religiosa de acuerdo con sus convicciones, o no recibir enseñanza religiosa alguna. En Chile no existen normas de rango legal que se refieran a este asunto. La materia está regulada por el Decreto supremo N° 924 de 1983 que regula específicamente las clases de religión en establecimientos educacionales tanto públicos como privados. El decreto comienza señalando que “los principios que inspiran las líneas de acción del actual Gobierno, se basan en valores morales y espirituales propios de nuestra tradición cultural humanista occidental”. El decreto se refiere genéricamente a “clases de religión” sin identificar una religión en específico.

En síntesis, el decreto prescribe que los cursos de religión son de oferta necesaria, pero optativas para el alumno y la familia. Los alumnos y sus responsables pueden optar por la exoneración del curso, y eventualmente por recibir clases de otro credo, “siempre que cuenten

con el personal idóneo para ello y con programas de estudio aprobados por el Ministerio de Educación Pública” limitación que en la práctica tiende a excluir la oferta de cursos relativos a religiones distintas de la católica, además del problema logístico y económico que implica costear profesores para dichos credos.

Los decretos supremos N° 40 de 1996 y N° 220 de 1998 complementan la regulación anterior para la enseñanza básica y media, respectivamente, estableciendo que, en caso de optarse por no cursar la asignatura de religión, la escuela deberá arbitrar medidas para que dichos alumnos “destinen el tiempo correspondiente en actividades sistemáticas y regulares de estudio personal o grupal, dirigido o supervisado”. El problema de la implementación práctica de este reemplazo ha sido que los alumnos deben permanecer en el mismo espacio en el que se dicta la clase de religión, por lo que no están ajenos a un potencial adoctrinamiento.

Como puede apreciarse, la educación religiosa es regulada únicamente por la potestad reglamentaria. A diferencia de otras legislaciones, la Ley sobre personas jurídicas religiosas (que regula someramente el ejercicio de la libertad religiosa) no incluyó referencia alguna a esta materia.⁴⁵² La regulación no es en sí vulneradora de la libertad religiosa, pero sí insuficiente, tanto por la limitación del artículo 4°, como por el hecho que sólo existe una exoneración y no una alternativa de enseñanza secular, como lo hace la legislación colombiana.

Existen muchas razones por las cuales la enseñanza religiosa debiese estar regulada por ley. La más importante es que se trata de una regulación y eventual limitación a un derecho fundamental, por lo que es competencia exclusiva de la potestad legislativa en virtud del mandato del artículo 19 N° 26. Pero además de lo anterior, la matriz religiosa en Chile se encuentra en gran medida determinada geográficamente, por lo que el debate en torno a la materia debiese tener lugar en la instancia de representación popular más importante (en la actualidad, el Congreso). Al igual que en lo señalado a propósito de los símbolos religiosos, la opción más razonable es una participación comunitaria a través de instancias locales o mediante las mismas comunidades educativas, como se resolvió en el caso del crucifijo en Baviera.

⁴⁵² LEÓN CÁCERES (2020).

Conclusiones

1. Recapitulación

El objetivo principal de esta investigación ha sido el de acusar el déficit de la concepción actualmente dominante de la libertad religiosa como derecho fundamental (denominada para estos efectos concepción heredada), el que se manifiesta a nivel legislativo, jurisprudencial y dogmático, y proponer una nueva concepción, la concepción pluralista, que supera dicho déficit en distintos aspectos jurídicamente relevantes.

La primera parte de la tesis surge de una constatación histórica y un análisis sociológico. El Estado laico y la libertad religiosa como derecho fundamental son conquistas de la modernidad y surgen de forma coetánea con la independencia de EE.UU. y la Revolución Francesa. La Declaración de Virginia señala que “todos los hombres tienen el mismo derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de la conciencia”, mientras que la Declaración Francesa agrega que “Nadie será molestado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto éstas no perturben el orden público establecido por la ley”.

Aunque laicización y secularización son procesos distintos, este último también surge con la Ilustración, y de manera más remota, con el pluralismo religioso que surge luego del cisma de la Iglesia Católica. La secularización antecedió a la laicización, le dio su fundamento, y luego fue reafirmada por ésta. Entre mediados del siglo XIX y mediados del XX la inmensa mayoría de Estados occidentales procedieron a la separación o *disestablishment*. Algunos retrocesos en la laicización, debidos en general a coyunturas políticas tanto en Europa como en América Latina, fueron contenidos por el proceso natural de la secularización. En América Latina los países que abandonaron la confesionalidad reconocían a la religión de la Iglesia Católica Apostólica Romana como la oficial o estatal, y sus particularidades en cuanto institución (en especial su subjetividad de derecho internacional) también han ocasionado conflictos en el proceso de laicización.

El surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos reafirmó la vigencia e importancia de la libertad religiosa, siendo consagrada por diversos instrumentos internacionales, universales y regionales. Sin embargo, la fórmula del derecho no ha variado sustancialmente de sus primeras formulaciones, tributarias de las declaraciones de Virginia, de la Revolución Francesa y posteriores. Se garantiza en términos amplios una libertad religiosa, con la única

excepción de las prácticas contrarias a la ley o al orden público. No obstante, en un contexto casi exclusivamente cristiano, y descontando los casos de *Reynolds* y *Cantwell*, las prácticas religiosas se caracterizaban por su uniformidad y falta de conflictividad frente a la moral dominante.

Por lo anterior, el derecho de libertad religiosa ha quedado al menos parcialmente incompleto e ineficaz frente a su objeto de protección. La protección de minorías religiosas principalmente cristianas frente a una hegemonía católica o de la iglesia nacional respectiva no es adecuada para englobar la complejidad de los fenómenos religiosos de la era secular, en donde el sincretismo religioso, las reivindicaciones culturales relativas a religiones vernáculas y los flujos migratorios de la globalización, entre otros fenómenos, han dado lugar a lo que Taylor llama el “efecto nova”: la dualidad humanismo-cristianismo se ha transformado en una multiplicidad de opciones morales y espirituales en constante expansión, un fenómeno que, aunque partió en las elites, se ha extendido a toda la sociedad occidental.⁴⁵³

Blancarte cuestiona el supuesto regreso de la religión a la esfera pública. La relación entre religiones y Estado ha cambiado sustancialmente, pero la religiosidad jamás ha abandonado la esfera pública, según ilustra Sol Serrano en la historiografía chilena.⁴⁵⁴ De haberse cumplido el pronóstico de la primera tesis de la secularización (esto es, que la religión se privatizaría), sería innecesario un derecho fundamental específico a la libertad religiosa, el que quedaría cubierto por la libertad de expresión y el derecho de asociación, entre otros derechos fundamentales. Sin embargo, la persistencia de la religiosidad y los nuevos fenómenos a su respecto han perpetuado la importancia de este derecho frente al surgimiento de conflictos nuevos y la permanencia de los antiguos.

Para efectos de la presente tesis, se han agrupado elementos desarrollados por la dogmática dominante y la jurisprudencia mayoritaria, o que se desprenden de ellas, sobre el derecho fundamental de libertad religiosa, en el marco de lo que se ha denominado la concepción heredada de la libertad religiosa como derecho fundamental. En primer lugar, la concepción heredada le otorga primacía a una vertiente colectiva o institucional de la libertad religiosa, frente a una vertiente individual que, si bien está presente, es relegada a un segundo plano. Esta primacía no está planteada directamente por la dogmática ni por la jurisprudencia, pero puede

⁴⁵³ TAYLOR (2015).

⁴⁵⁴ BLANCARTE (2015); SERRANO PÉREZ (2008).

desprenderse del tratamiento de la autonomía que se le reconoce a las instituciones religiosas, incluso en desmedro de la autonomía del individuo, como ocurrió en el caso Pavez. La definición de Weber para “Iglesia” (organización institucional permanente cuyo aparato administrativo se vale del monopolio de la coacción hierocrática legítima) es particularmente ilustrativa de esta forma de comprender el derecho de libertad religiosa.⁴⁵⁵ El desarrollo más reciente del derecho de libertad religiosa a nivel legal en el derecho comparado coincide con esta primacía, ya que el objeto central de la regulación son las instituciones que administran las religiones, definiendo su estatuto jurídico, forma de constitución y derechos “colectivos”.

En segundo lugar, la concepción heredada no reconoce la existencia de una “libertad frente a la religión”, la cual sería propia de los Estados ateos y del “laicismo negativo”, y en todo caso amparada únicamente por la libertad de conciencia, cuyo reconocimiento no tiene mayor importancia práctica. El conflicto más habitual a propósito de este déficit tiene que ver con la presencia de símbolos religiosos en el espacio público, los cuales deben ser tolerados por los no creyentes, quienes no poseen un derecho análogo a los creyentes en el respeto a su creencia negativa, lo que afecta directamente el derecho de los padres respecto de la educación de sus hijos, como ocurrió en el caso del crucifijo en Baviera.

En tercer lugar, el concepto de religión que subyace a la concepción heredada es reducido, deísta y ulteriorista. Las definiciones excluyentes de religión de la legislación española, colombiana y peruana implican no sólo la exigencia de una divinidad, sino también la exclusión de cultos deístas no tradicionales. A nivel doctrinario, mientras la mayoría de los autores no analizan conflictos relativos a nuevos movimientos religiosos, algunos postulan como elemento esencial de las religiones la relación dialógica con la divinidad.⁴⁵⁶ El concepto se restringe aún más si se considera la exclusión de cultos ulterioristas no deístas, como los panteístas y los parasicológicos.

En cuarto lugar, la concepción heredada carece de un criterio claro para dirimir los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, apostando por un desarrollo “caso a caso”. Desde un punto de vista general, naturalmente el desarrollo casuístico es inevitable en la jurisprudencia, pero como categoría dogmática equivale a renunciar a la delimitación de algunos conceptos indeterminados fundamentales en la aplicación de la libertad religiosa, como las

⁴⁵⁵ WEBER (2014) p. 180.

⁴⁵⁶ Ver HERVADA (1984) y SALINAS ARANEDA (2011).

limitaciones “necesarias en una sociedad democrática” en la ECHR, o el “*compelling state interest*” en EE.UU. Este desarrollo *ad casum* también está potenciado por la doctrina del margen de apreciación, que fue rechazada por el Sistema Interamericano por su deficiencia y por ser contraria a los fundamentos de una judicatura supranacional.

Por último, la concepción heredada carece de un compromiso con un modelo específico de relaciones entre las religiones y el Estado para efectos del derecho de libertad religiosa. La libertad religiosa puede ser garantizada de igual manera por un Estado laico, un Estado cooperacionista e incluso un Estado confesional. Este postulado es un pilar fundamental del sistema europeo. El derecho fundamental de libertad religiosa obliga también a los Estados cooperacionistas o con iglesias nacionales, lo cual acentúa el margen de apreciación respecto de ellos. Por cierto, un Estado no laico puede ser tolerante con la diversidad religiosa (es el caso de Inglaterra) o intolerante (como ocurre en Grecia, que sanciona el proselitismo como delito), pero esto no significa que la protección a la libertad religiosa en un Estado tolerante sea equivalente a la de un Estado laico.

En la segunda parte de la tesis se desarrolló la concepción pluralista del derecho fundamental de libertad religiosa, cuya denominación se debe a su principal fuente, el pluralismo valorativo de la obra de Berlin. Este pluralismo valorativo reconoce que las metas humanas son muchas, inconmensurables, en perpetua rivalidad, y cuyos valores subyacentes no pueden ser graduados en una misma escala. Aunque el análisis de Berlin no se limita a las religiones, es en ellas donde con mayor intensidad se encuentran doctrinas comprehensivas (en la formulación de Rawls) relativas a valores y modos de vida. La formulación clásica de Berlin ha sido objeto de desarrollos y debates que llegan hasta la actualidad, y aunque existen otras interpretaciones, el debate se ha canalizado en torno a la relación entre el pluralismo y el liberalismo.

El diálogo entre William Galston y George Crowder es especialmente útil para ilustrar el problema de la concepción heredada. Galston, siguiendo el argumento de *Wisconsin vs. Yoder*, sostiene que el Estado debe garantizar la movilidad entre los distintos modos de vida que implican las religiones y otras doctrinas comprehensivas, pero no debe juzgar las prácticas (incluso antiliberales) al interior de dichos modos de vida, con lo cual reivindica un liberalismo “pro-diversidad” o “pro-tolerancia”. Crowder, por el contrario, se sitúa en el ámbito del liberalismo “pro-autonomía”, que incorpora el problema que implica el costo de abandonar un grupo o modo de vida y cuestiona el grado efectivo de libertad que tiene un individuo para

ejercer el “derecho de abandono”, libertad que está especialmente limitada en los cultos religiosos debido a la administración de los “bienes de salvación”, en la expresión de Weber.

En contraposición a la concepción heredada, la concepción pluralista desarrollada en la tesis sostiene cinco postulados opuestos en la configuración de la libertad religiosa. Estos postulados no son una formulación *ex novo*, sino que en su mayoría pueden desprenderse o reconstruirse de “anomalías” (en términos kuhnianos) presentes en la jurisprudencia y dogmática dominantes. En primer lugar, otorga una primacía a la vertiente individual de la libertad religiosa frente a la vertiente colectiva. Siguiendo el pluralismo liberal en la versión de Crowder, esta primacía individual implica una mayor autonomía del individuo al interior del grupo que del grupo religioso en sí.

En segundo lugar, plantea que el derecho fundamental de libertad religiosa debe incorporar una “libertad frente a la religión”, entendiendo que el *locus* jurídico del ateísmo es el mismo derecho fundamental de libertad religiosa -al igual que el teísmo y el deísmo-, si bien dada la garantía del ejercicio público de las religiones un Estado no puede prohibir las manifestaciones religiosas de los creyentes. En un sentido fuerte no existe una “libertad frente a la religión” o derecho de los ateos a vivir en un ambiente libre de influencias religiosas, ya que esto significaría la violación de la libertad religiosa de los creyentes. No obstante, esta libertad frente a la religión implica a lo menos la inconstitucionalidad de las normas de deísmo ceremonial y la limitación de los símbolos religiosos institucionales en el espacio público.

En tercer lugar, la concepción pluralista sostiene un concepto amplio de religión, no restringido a los cultos deístas. Las obras de John Dewey y William James contienen elementos relevantes para un concepto pluralista de religión. Según Dewey, una religión denota una actitud hacia cualquier objeto o ideal propuesto.⁴⁵⁷ James, en tanto, define religión como el conjunto de sentimientos, actos y experiencias de los individuos en su soledad, y cuya autocomprensión se encuentra en función de la relación a lo que consideran divino.⁴⁵⁸ El individuo es su propio constructor moral y espiritual, y una religión es una cosmovisión relativa a su perfeccionamiento moral a través de un sentido de lo sobrenatural.

⁴⁵⁷ DEWEY (1934) p. 9-10.

⁴⁵⁸ JAMES (1917) p. 32.

En cuarto lugar, establece un conjunto de elementos que sirven de directrices para dirimir los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, superando la aproximación casuística y el margen de apreciación de la concepción heredada. Entre estos conflictos se encuentran el de la libertad religiosa y el derecho a la vida, la supremacía de la libertad religiosa frente al cumplimiento de obligaciones legales (objeción de conciencia), la libertad religiosa y la libertad de expresión, y la libertad religiosa frente al derecho de reunión.

Por último, la concepción pluralista sí reivindica un modelo de Estado, el Estado laico neutral, como elemento necesario para garantizar el derecho fundamental de libertad religiosa. La neutralidad del Estado laico supera el contenido de la educación pública e implica una neutralidad activa que se manifiesta, entre otros aspectos, en la fiscalización de las entidades religiosas. No obstante, el Estado laico neutral tampoco implica la prohibición de manifestaciones externas individuales de religiosidad, como sería el extremo de los Estados ateos y algunos fallos franceses y suizos en relación con el velo islámico, según lo ya expuesto en la investigación.

En la tercera parte y final de la tesis se desarrollan las perspectivas de la concepción pluralista en las disposiciones jurídicas sobre libertad religiosa en el sistema jurídico chileno. En primer lugar, una propuesta de interpretación para las disposiciones actualmente vigentes, y en segundo lugar una propuesta de un conjunto de modificaciones de la normativa actual.

En cuanto a la disposición constitucional chilena actualmente vigente, se esboza un concepto pluralista de religión que engloba religiones deístas y no deístas, ceterioristas y ulterioristas, y la consecuencia de una libertad frente a la religión de los ateos, incluyendo una interpretación restrictiva del concepto de orden público, vinculado a una perspectiva liberal clásica de una afectación al menos potencial de los derechos de terceros.

La colisión de la libertad religiosa con las obligaciones legales también forma parte de su contenido iusfundamental, algo rechazado por la doctrina mayoritaria tanto nacional como extranjera. Esta colisión se manifiesta en la objeción de conciencia, que puede desprenderse directamente de modo general de la disposición constitucional, aunque el alcance de la objeción de conciencia requiere una regulación que especifique su procedencia. Esta regulación debiese contener como elementos la no existencia de actos previos contradictorios a la objeción de conciencia que se invoca, la sustituibilidad del destinatario de la norma, la reversibilidad de las

consecuencias del incumplimiento de la obligación, la no afectación de un bien jurídico superior y la titularidad únicamente respecto de personas naturales.

Finalmente, se propone eliminar la referencia a la moral y las buenas costumbres y los incisos segundo y tercero del artículo 19 N° 6, los cuales carecen de sentido en la institucionalidad religiosa vigente. La exención tributaria, si bien puede conservarse a nivel legal, debe estar vinculada a las actuaciones y fiscalización de los cultos, especialmente a la ausencia de fines de lucro que exige la ley 19.638.

A nivel legal, por último, se propone una modificación no sustancial al estatuto de dicha ley en relación con el registro, cancelación y fiscalización de las instituciones religiosas, y finalmente, en virtud del principio de laicidad, la eliminación de las disposiciones relativas al deísmo ceremonial y la eliminación de los símbolos religiosos en el espacio público, o al menos su legitimación a través de la participación ciudadana.

2. Aspectos conclusivos relevantes.

Cinco aspectos que se desprenden de la presente investigación conectan sus distintos elementos: la dinámica entre secularización y laicización; la importancia de la autonomía individual en la libertad religiosa; la relación entre libertad religiosa y Estado laico; la relación entre el pluralismo valorativo y los derechos fundamentales; y la proyección de una matriz comparada para el análisis de conflictos jurídicos relativos a la libertad religiosa.

La sociología de la religión distingue entre secularización y laicización, siendo la primera un proceso social y la segunda un proceso institucional. El vocablo *secularization* tiende a confundir ambos procesos que poseen una dinámica compleja entre sí. En América latina y gran parte de Europa la secularización social ha precedido a la laicización institucional, pero en EE.UU. la laicización parece haberse impuesto con anterioridad a la secularización. La disociación de las vías de la secularización y de la laicización es una fuente directa de conflictos jurídicos relativos a la libertad religiosa. Algunas religiones más ortodoxas, como el Islam, han tenido mayores conflictos en países con un alto grado de secularización, como Francia, Suiza y EE.UU. Como contrapartida, países cuya secularización parece seguir a Occidente, como Grecia y Rusia, evidencian conflictos relativos a cultos minoritarios por su cooperación o apoyo a una religión establecida o mayoritaria.

Las vías de la secularización y la laicización pueden explicar también la relativa ausencia de conflictos religiosos en América latina en contraste con Europa y EE.UU. No obstante, en las últimas décadas es posible percibir otros fenómenos que han llevado a conflictos políticos que repercuten al menos indirectamente en la concepción de la libertad religiosa. En una región históricamente católica, y con Estados que siguen reconociéndola como la religión oficial o mayoritaria, movimientos cristianos integristas se han agrupado ecuménicamente con la Iglesia Católica en oposición a movimientos y reivindicaciones progresistas vinculadas al laicismo político. El enfrentamiento en la arena política, como señala de manera muy precisa Dworkin, ya no se da entre las distintas religiones, sino entre el conjunto de éstas frente a los ateos militantes de gran auge en las últimas décadas.⁴⁵⁹ Las reivindicaciones del ateísmo militante, de reciente aparición en la esfera política, parecieran dirigirse al propósito adelantado por la primera teoría de la secularización: la privatización completa de las religiones y su remoción total del espacio y debate público.

La diferencia entre los grados de secularización y laicización de un país evidencia además un conflicto propio de la democracia constitucional. Argentina es posiblemente el mejor ejemplo de una sociedad altamente secularizada con una regulación jurídica de la libertad religiosa que va en un sentido opuesto. La configuración religiosa de una sociedad es, como lo señala la literatura clásica, una parte esencial de su identidad nacional y su tradición cultural e histórica. En el caso de Inglaterra esto explica la persistencia tanto de su iglesia nacional como de la monarquía, ambas además estrechamente relacionadas en términos jurídicos. Esto explica también que los Estados religiosos occidentales han tendido igualmente hacia el reconocimiento de la libertad religiosa en un marco de pluralismo. La libertad religiosa como derecho fundamental se encuentra más ligada al grado de secularización y a la voluntad soberana, mientras que la laicización se encuentra más o menos anclada a la tradición constitucional nacional.

La libertad religiosa ha formado parte del primer grupo de derechos fundamentales, los llamados derechos individuales de la “primera generación”. Por una razón histórica y relativa a los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las regulaciones de la segunda mitad del siglo XX comenzaron a incluir el “derecho colectivo” de libertad religiosa,

⁴⁵⁹ DWORKIN (2015) p. 17.

entendido como un derecho a asociarse con fines religiosos y un conjunto de consecuencias jurídicas que de este “derecho colectivo” se derivan.

No obstante, no existe nada específico en el derecho de asociación religiosa que no esté protegido por otros derechos fundamentales. El mismo derecho de fundar o crear asociaciones y corporaciones, el derecho de reunión con fines pacíficos y la libertad de expresión implícita en el proselitismo religioso, todos derechos reconocidos por las regulaciones legales de la libertad religiosa, son meras reiteraciones de los derechos fundamentales. La vertiente colectiva del derecho fundamental de libertad religiosa tiende, como ya se revisó, a distorsionar su vertiente individual, ya que implica una cualidad especial de las personas jurídicas e instituciones religiosas, irradiando la hierocracia a los universos morales propios de cada culto.

Este último aspecto es esencial a la concepción pluralista (en clave de autonomía personal) de la libertad religiosa. Como se describió en la segunda parte, la libertad religiosa en términos de autonomía puede colisionar con la libertad religiosa del grupo. Esto es especialmente notable en las sectas, donde existe un déficit de autonomía para abandonar el grupo, pero también se da al interior de religiones tradicionales, como en el reseñado caso colombiano de la monja de claustro o en el caso Pavez ante la Corte Interamericana.

A este respecto resulta esencial la distinción de Dewey entre las religiones históricas y el concepto de lo religioso. Mientras las religiones poseen prácticas y creencias institucionalmente organizadas, lo religioso es una actitud hacia cualquier objeto o ideal propuesto, siendo éstos personalísimos e inconmensurables. De manera similar, William James distingue entre la rama institucional y la rama personal de una religión. La religión personal de un individuo involucra experiencias místicas que son personalísimas, y autoritativas para los individuos que las viven, pero no a quienes no las experimentan, aunque se encuentren en la religión institucional.

La primacía de la vertiente colectiva de la libertad religiosa ha dado lugar recientemente a distintos conflictos políticos. En la investigación se mencionaron los conflictos de *Hobby Lobby* y el relativo a la llamada “objeción de conciencia institucional” en el Código Sanitario. Aunque las instituciones religiosas tienen características especiales, esto no las dota de una conciencia en sentido jurídico fundamental, conclusión que se aplica al resto de las personas jurídicas. Incluso si se entiende la persona jurídica de una manera tan orgánica como lo hace Gierke, las personas

jurídicas jamás poseerán dignidad humana, de la cual se deriva la libertad religiosa y la objeción de conciencia, esto es, la libertad para elegir no cumplir una obligación legal por motivos morales.

En tercer lugar, la distinción entre Estado laico y libertad religiosa, cuyo análisis no ha sido adecuadamente separado por la dogmática, se justifica de manera análoga a la distinción entre laicización institucional y secularización social. Por diversas coyunturas históricas, existen Estados religiosos que garantizan la libertad religiosa y Estados laicos que no la garantizan. No obstante, la distinción es útil porque demuestra que, a diferencia de lo que sostiene la concepción heredada, la libertad religiosa sí requiere un modelo específico de Estado para ser garantizada de manera adecuada.

La existencia en el marco europeo de Estados con distintos modelos de relación con las religiones ha potenciado la idea del margen de apreciación. A diferencia del panorama más homogéneo de América latina y el sistema interamericano, la existencia de iglesias nacionales y Estados confesionales o cooperacionistas configura un mosaico de relaciones con las distintas religiones mayoritarias y minoritarias. Esto explica el mayor grado de conflictividad de las religiones en Europa frente al sistema interamericano, y justifica también el rechazo al margen de apreciación por innecesario.

El Estado laico neutral es una necesidad en el ejercicio y protección de la libertad religiosa. No existe una fórmula unívoca para un principio constitucional de laicidad, pero la neutralidad del Estado es una condición de la concepción pluralista de la libertad religiosa, para la cual no existe tal cosa como una “religión verdadera” ni siquiera en un sentido cultural o simbólico. Tampoco puede el Estado configurar una política de preferencia hacia la religiosidad o creencias positivas frente a las creencias negativas, ya que el modo de vida y la relación con la trascendencia de los no creyentes es tan valiosa como la de los creyentes.

El problema que representan los Estados confesionales y cooperacionistas en Europa es complejo, ya que lo que efectivamente no puede hacer la Corte de Estrasburgo es modificar el modelo de los Estados miembros del sistema supranacional. No obstante, considerando el exceso de afectaciones a la libertad religiosa en dichos Estados sí debe configurar un sistema más estricto de protección a la libertad religiosa de los disidentes. El margen de apreciación hace justamente lo contrario.

El objetivo principal de esta investigación fue desarrollar una concepción pluralista del derecho fundamental de libertad religiosa, que incorpora elementos del pluralismo valorativo en el análisis jurídico. Señala Orellana Benado que en un marco valorativo pluralista “las distintas tradiciones culturales que coexisten en la sociedad internacional pueden relacionarse de manera respetuosa y productiva”.⁴⁶⁰ Estas tradiciones culturales son supranacionales, por lo que dependen de un denominador común a la humanidad que, en términos jurídicos, queda reflejado en la doctrina de los derechos humanos.

Según se señaló, la Corte de Estrasburgo reconoce el pluralismo como esencial en una sociedad democrática, pero no especifica en qué consiste. En el ámbito de la libertad religiosa, suele utilizarse como sinónimo de pluralidad o diversidad, pero el pluralismo implica además una valoración de esa diversidad. La ponderación de los derechos fundamentales implica la consideración de los distintos modos de vida y metas humanas en, a lo menos, las dimensiones religiosa, étnica y política, composición plural que podemos constatar tanto en Chile como en las demás sociedades occidentales.⁴⁶¹

Un aspecto útil y menos ambicioso del pluralismo valorativo para el análisis jurídico es la crítica a categorías tradicionales que evidencian un monismo insostenible en las sociedades actuales. En este ámbito, se destacó la imprecisión de la fórmula “moral y buenas costumbres”, términos que la jurisprudencia ha entendido como intercambiables y que también están presentes en la legislación en distintas combinaciones o en conjunto con “orden público” tanto en el Código Civil como en la Constitución política. También se utilizan en conjunto o indistintamente con conceptos como “orden social” y “pudor” (Código Penal), “moralidad” (Código del Trabajo), “moralidad pública” (Ley de matrimonio civil) o “conducta moralmente intachable” (Ley orgánica de bases generales de la Administración del Estado y Estatuto administrativo).

Las leyes más recientes han abandonado estas fórmulas. El proyecto de nueva Constitución de la Presidenta Bachelet sólo menciona la moral a propósito del derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes al respeto de su integridad y desarrollo moral, físico, psíquico y sexual (artículo 19 N° 3). El Código Procesal Penal omite por completo referencias similares. Y en el ámbito de la libertad religiosa, en la Ley 19.638 la única referencia a la moral se encuentra a propósito del derecho de toda persona a elegir la educación religiosa y

⁴⁶⁰ ORELLANA BENADO (2011) p. 29.

⁴⁶¹ ORELLANA BENADO (2011) p. 110.

moral que esté de acuerdo con sus convicciones, para sí y para los incapaces bajo su tuición y cuidado (artículo 6 letra d).

El pluralismo valorativo ha permeado el sistema jurídico, llevando una eliminación o modificación paulatina de categorías y conceptos moralmente densos que implican un monismo valorativo. No obstante, el desafío más importante al cual esta tesis se aproxima es incorporar el marco valorativo pluralista en la interpretación de los derechos fundamentales. La aplicación del pluralismo valorativo en este ámbito es esencial en un ámbito supranacional, y evitaría los riesgos asociados con categorías como el margen de apreciación.

A lo largo de la investigación se han presentado distintos casos de conflictos relativos a la libertad religiosa en el marco comparado Europa-América Latina-EE.UU. El tipo de conflictos, no obstante, tiende a reiterarse en las tres regiones. Los conflictos que representan la gran mayoría de casos que llegan a instancias judiciales superiores son los relativos al velo islámico, el proselitismo y otras prácticas de los Testigos de Jehovah, los crucifijos y símbolos religiosos en el ámbito público y especialmente en establecimientos educacionales, la libertad frente a la religión de los ateos y el deísmo ceremonial. Estos conflictos evidencian varios de los problemas de la concepción heredada, especialmente la falta de un modelo específico de Estado y el concepto limitado de religión. No es casualidad que Estados de las tres regiones analizadas, con normativas muy similares sobre libertad religiosa (aunque distintos modelos de Estado y distintos grados de secularización en las sociedades) presenten los mismos conflictos jurídicos.

Aunque no es el propósito de esta tesis desarrollar de manera sistemática y completa una matriz comparada para la libertad religiosa, con estos elementos es posible proyectar una perspectiva de análisis para la jurisprudencia comparada.

3. Proyecciones de la libertad religiosa en el proceso constituyente.

En la tercera parte de la tesis se ha desarrollado una propuesta de *lege ferenda* en el marco de la Constitución chilena. Esta propuesta coincide, de una manera no prevista por el proyecto de tesis inicial, con el proceso constituyente chileno iniciado con la Ley 21.200 de 24 de diciembre de 2019, que incluyó en el capítulo XV de la Constitución el epígrafe “Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República”. El proceso constituyente aún no se había iniciado al iniciar la presente investigación y, sin perjuicio del

proyecto de nueva Constitución presentado en los últimos días de gobierno de la Presidenta Bachelet, era impensable un desarrollo tan frenético de este momento constitucional como en definitiva ocurrió luego de octubre de 2019. ¿En qué sentido podría modificarse la libertad religiosa en una eventual nueva Constitución?

La regulación actual de la libertad religiosa en la Constitución chilena es, a grandes rasgos, adecuada y en sintonía con el derecho comparado. Es uno de los aspectos de la Constitución en que no es urgente ni necesario innovar de manera radical, ya que contiene los dos elementos esenciales de la libertad religiosa presentes en la totalidad de las Constituciones actuales en países occidentales: a) una libertad pública amplia para el ejercicio de las religiones; y b) los límites al ejercicio de una religión (moral, buenas costumbres y orden público).

Como se señaló en la última parte, algo que no contiene la Constitución chilena es una referencia explícita a la laicidad del Estado. No obstante, esta ausencia no tiene mayor importancia práctica, ya que como contrapartida no existen disposiciones que revelen una preferencia institucional del Estado por alguna religión. Incluso más, a diferencia de otras constituciones de Estados que suelen reconocerse inequívocamente laicos, la Constitución chilena al carecer de preámbulo no realiza invocaciones a la divinidad. Esto podría verse alterado por la nueva Constitución en relación a los pueblos originarios, aunque está por verse si una eventual invocación puede considerarse una afectación al principio de laicidad o un mero reconocimiento simbólico de otras formas de religiosidad.

Posiblemente el único déficit importante en la Constitución chilena sea la falta de laicidad de la educación pública. Este fue el elemento seminal de la laicidad consagrado en las Constituciones belga e italiana durante el siglo XIX, y se convirtió en el estandarte para las reivindicaciones laicas chilenas de fines del mismo siglo. No obstante, y considerando que la Constitución debe tener un contenido mínimo y fragmentario (expresión de Böckenförde), puede estimarse que una consagración constitucional de la laicidad de la educación pública no es estrictamente necesaria, sino que puede quedar entregada a la voluntad soberana. Lo mismo puede decirse de la exención tributaria que, si bien es general en el derecho comparado, su inclusión en el texto constitucional es innecesaria.

Aunque se aparta del objetivo de esta tesis, para efectos de lo recién expuesto es necesario consignar al menos un elemento relevante de la Ley 21.200, en concreto el nuevo artículo 135

de la Constitución política, de naturaleza eminentemente transitorio, pero que quedó incorporado en el texto permanente de la Constitución. Dicho artículo, cuya redacción es muy imperfecta y ha dado origen a numerosas interpretaciones, señala en su inciso final: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Independiente de la importancia y el interés de los otros aspectos, para efectos del análisis del derecho fundamental de libertad religiosa lo relevante es la última limitación: la nueva Constitución deberá respetar el contenido de los tratados internacionales. Aunque incomprensiblemente la disposición no se limita a los tratados sobre derechos fundamentales, son estos últimos los que se refieren a la libertad religiosa, entre los cuales encontramos la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño y las declaraciones Universal y Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁶²

Lo anterior implica que, en principio, la nueva Constitución (eventualmente aprobada en el futuro plebiscito) no podrá apartarse de la regulación supranacional de la libertad religiosa, la que, como ya se ha analizado, es bastante similar a la actual regulación chilena. No obstante, la cláusula pétrea impropia del artículo 135 es tan deficiente que está excluida de la reclamación del artículo 136, por lo que la limitación del artículo 135 no pasa de ser una declaración de principios incoercible.⁴⁶³

Aunque el grueso del debate constitucional ha estado enfocado en otros temas, como la participación política, el modelo económico y los derechos sociales, el derecho fundamental de libertad religiosa también ha sido invocado en distintos niveles de la discusión. En la campaña del llamado “plebiscito de entrada”, muchos grupos cristianos integristas abogaron explícitamente por la opción del rechazo en la franja televisiva, señalando que un proceso constituyente ponía en riesgo la libertad religiosa. Con posterioridad, el Concilio de Iglesias

⁴⁶² Ver BADILLA POBLETE (2008).

⁴⁶³ El artículo 136 consagra una acción especial de reclamación por eventuales infracciones a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención. No obstante, y como lo señala el mismo artículo, esta reclamación no es válida para aspectos sustanciales de lo acordado por la Convención. El inciso final del artículo 136 señala: “No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución”.

Protestantes Históricas de Chile rechazó el llamado a votar rechazo, señalando que “al interior de cada iglesia sus miembros representan diversas opciones y miradas”, y una declaración particular “representa generalmente la opinión de las directivas, resultado de procesos deliberativos propios de cada organización, y no la de todos y cada uno de los integrantes de la iglesia”.⁴⁶⁴

En el marco del citado caso Pavez, un conjunto de autoridades y representantes de distintas religiones en Chile (Arzobispado de Santiago, Arquidiócesis Ortodoxa, Iglesia Anglicana, Mesa ampliada de Organizaciones Evangélicas, Comunidad Musulmana y Comunidad Judía) presentaron un *amicus brief* en contra de la solicitud, señalando que la argumentación de la solicitante “cuestiona la autonomía de las comunidades religiosas para calificar, sin interferencia del Estado, la idoneidad de los profesores de clases de religión de carácter confesional” y agregando que de acogerse la demanda “múltiples derechos humanos de distintos actores se verán vulnerados, especialmente, la libertad religiosa”. En un análisis del que se desprende la primacía de la vertiente colectiva de la libertad religiosa, destaca el siguiente argumento: “La organización interna de una comunidad religiosa y la autonomía para darse dicha regulación debe verse como una expresión de sus creencias y medio para mantener sus tradiciones, de manera que, si no es protegida, los aspectos individuales de la libertad religiosa también se ven comprometidos”.⁴⁶⁵

A nivel comparado es posible desprender algunas tendencias similares, aunque naturalmente con particularidades que dependen del grado de secularización y los procesos políticos y sociales de cada nación. En Argentina las reivindicaciones por el aborto libre, lideradas por movimientos feministas, han tenido un fuerte componente anticlerical y laicista, reivindicaciones que también han tenido eco en otros países de la región.⁴⁶⁶ En EE.UU. y Brasil los movimientos cristianos conservadores que apoyaron las elecciones de Trump y Bolsonaro demostraron una convocatoria política considerable en sociedades relativamente secularizadas insertas en Estados laicos.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ La declaración completa puede encontrarse en: <http://fasic.cl/wp/tag/declaracion/>

⁴⁶⁵ El texto del informe puede revisarse en: <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2021/05/Iglesias-contra-Sandra-Pavez.pdf>

⁴⁶⁶ Ver FELITTI Y PRIETO (2018).

⁴⁶⁷ Ver AMORIM Y ALVES (2020).

Aunque supera el objetivo de esta tesis, los elementos y categorías de pluralismo valorativo útiles para el análisis del derecho fundamental de libertad religiosa también sirven para iluminar otros derechos fundamentales que implican la coexistencia pacífica de doctrinas razonables comprensivas, utilizando la expresión de Rawls. Ya instalada la Convención constitucional, algunos de los convencionales que representan a pueblos indígenas han planteado reivindicaciones relativas a religiones vernáculas, como la invocación a la Pachamama y los “derechos de la naturaleza”. Como se señaló recién, la entidad de esta invocación dependerá de la forma de consagración en la Constitución. ¿Es el reconocimiento a los pueblos originarios un reconocimiento específico a sus religiones o a las creencias positivas que subyacen?

4. Conclusiones finales

El derecho fundamental de libertad religiosa posee un velo peculiar. Erróneamente se considera un derecho de escasa conflictividad en las sociedades actuales, pero su necesidad de reafirmación y precisión es tan contingente como la pandemia del COVID-19, que demostró la necesidad de delimitarlo frente al derecho de reunión. Y aunque muchas veces suele subordinarse a la libertad de expresión o de asociación, sus conflictos tienden a ser mucho más intensos que los anteriores.

Las primeras formulaciones del derecho fundamental de libertad religiosa tuvieron como marco histórico en occidente una hegemonía cristiana y católica, que se mantuvo hasta después del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, que consagró la libertad religiosa en términos muy similares al denominador común en el derecho comparado. La era secular y su “efecto nova” señalado por Taylor han dado cabida a nuevas formas de religiosidad en expansión. Estas nuevas formas religiosas representan modos de vida y universos morales que pueden resultar incompatibles entre sí y podrían desarrollarse hasta estallar en conflictos de relevancia.

Pero el conflicto podría no ser real, sino gestáltico. Schopenhauer cuenta la anécdota de un “hombre blanco” preguntándole a un “piel roja” si sus muertos (a quienes llevan alimentos como ofrenda a sus tumbas) se levantarían para disfrutar de los manjares. El “piel roja” le contesta que lo harán el mismo día que los muertos del “hombre blanco” puedan apreciar las

hermosas flores que les llevan a sus tumbas.⁴⁶⁸ En un sentido muy similar, en la novela *El Símbolo Perdido* de Dan Brown, el personaje Robert Langdon describe la Eucaristía como una reunión en el día pagano del dios Ra para realizar el ritual de arrodillarse ante un instrumento de tortura y consumir carne y sangre humana. En ambas los actos representan la práctica de honrar a los muertos o a la divinidad, una costumbre que caracteriza a todas las religiones.

Para cerrar esta investigación, conviene tener nuevamente presente las palabras de William Blake en *El matrimonio de cielo e infierno* citadas en el epígrafe que sintetizan de manera perfecta la concepción pluralista. La mitopoiésis surge del ser humano, sin mediación institucional: todas las deidades residen en el pecho humano.

⁴⁶⁸ Schopenhauer, citado en ORELLANA BENADO (2010) pp. 276-277.

Referencias bibliográficas

- Aguilar Cavallo, Gonzalo. 2010. Derechos fundamentales – Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 127, pp. 15-71. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2010.127.4594>
- Aldunate Lizana, Eduardo. 2008. *Derechos fundamentales*. Legal Publishing. Santiago de Chile.
- Amorim Neto, Octavio y Alves Pimenta, Gabriel. 2020. The first year of Bolsonaro in office: same old story, same old song? *Revista de Ciencia Política*, Vol. 40, N°2, pp. 187-213. Santiago de Chile. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2020005000103>
- Arlettaz, Fernando. 2011. La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año I – N 39 0 1. ISSN 2250-5210. www.revistaidh.org
- Atria Lemaitre, Fernando. 2013. *La Constitución tramposa*. LOM Ediciones. Santiago de Chile.
- Atria Lemaitre, Fernando. 2017. La burla del Tribunal Constitucional. Columna de opinión en *El Mostrador*, 2 de septiembre de 2017. En línea: [<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/09/02/la-burla-del-tribunal-constitucional-2/>] Consulta: 30 de mayo de 2020.
- Badilla Poblete, Elvira. 2008. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, pp. 341 – 364. Santiago de Chile.
- Baradaran-Robison, Shima et al. 2005. Religious Monopolies and the Commodification of Religion, 32 *Pepperdine L. Rev.* 885.
- Baubérot, Jean. 1990. *La laïcité, quel heritage?* Labor et Fides, Ginebra.
- Benavides, María Angelica. 2009. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 1, Pp. 295-310.
- Berger, Peter. 2005. Pluralismo global y religión. *Revista del Centro de Estudios Públicos*, Chile, N° 98.

- Berlin, Isaiah. 1969. Two concepts of Liberty. En: Four Essays On Liberty. Oxford University Press. Pp. 118-172.
- Berlin, Isaiah. 2015. Las raíces del Romanticismo. Taurus, Madrid.
- Blancarte, Roberto. 2004. Laicidad y secularización en México. En: Bastian, Jean Pierre (coord.). La modernidad religiosa: Europa latina y América latina en perspectiva comparada. Fondo de cultura económica, México.
- Blancarte, Roberto. 2012. Religión y sociología; cuatro décadas alrededor del concepto de secularización. Estudios Sociológicos XXX, México, número extraordinario, Vol. 30. DOI 10.24201/ES.2012V30NEXTRA.185
- Blancarte, Roberto. 2014. Dilemas del pasado y retos del presente para la laicidad en América latina. En: Stiven, Ana María (Ed.). La religión en la esfera pública chilena ¿Laicidad o secularización? Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Pp. 93-127.
- Blancarte, Roberto. 2015. ¿Por qué la religión “regresó” a la esfera pública en un mundo secularizado? Estudios Sociológicos XXXIII: 99, México. Pp. 659-673.
- Blancarte, Roberto. 2016. El Estado laico y Occidente. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México. Año LXI, No 226, Enero-Abril 2016. Pp. 141-158.
- Bouazza, Omar. 2008. Notas de jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Madrid, Revista de Administración Pública N° 176, mayo-agosto. Pp. 289-308. ISSN: 0034-7639.
- Bravo Lira, Bernardino. 1984. Vigencia de las Partidas en Chile. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Vol. 10, pp. 43-105. Santiago de Chile.
- Carbonell, Miguel. 2015. Los orígenes del Estado constitucional y de la filosofía del constitucionalismo. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. En línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/6.pdf>. Consulta: 4 de septiembre de 2019.

- Catanzaro, Mariana. 2016. El Estado argentino: ¿un Estado confesional o laico? Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13, N° 46. En línea: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/58101>. Consulta: 7 de junio de 2020.
- Cea, José. 2012. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- Cervantes, Luis. 2004. Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos N° 5, p. 123-144. ISSN 1677-1419. En línea: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/68>. Consulta: 7 de julio de 2019.
- Chuaqui, Tomás. 2005. La Ciudad de Dios de Agustín de Hipona: selección de textos políticos. Estudios Públicos 99, Santiago de Chile.
- Contreras Vazquez, Pablo. 2017. Titularidad de los Derechos Fundamentales. En: Manual sobre derechos fundamentales. Teoría General. Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores). Santiago, LOM Ediciones.
- Cristi Becker, Renato y Ruiz-Tagle Vial, Pablo. 2006. La República en Chile: Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano. 1ª edición. LOM ediciones, Santiago de Chile.
- Crowder, George. 2007. Two concepts of liberal pluralism. Political Theory, Vol. 35, No. 2, pp. 121-146. Sage publications. En línea: <http://www.jstor.org/stable/20452543>. Consulta: 8 de octubre de 2018.
- Cox, Harvey. 1965. The Secular City: Secularization and Urbanization in Theological Perspective. New York, Macmillan.
- David, René y Jauffret-Spinozi, Camille. 2010. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dawkins, Richard. 2015. El relojero ciego. Por qué la evolución de la vida no necesita ningún creador. Barcelona, Tusquets Editores.
- Del Picó, Jorge. 2013. Libertad religiosa y orden público. La colisión entre la noción imperante de orden público y los fines religiosos en el caso de la objeción de la inscripción en el

- Registro de Entidades Religiosas a la Iglesia de Unificación. Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2. Pp. 451 – 494.
- De Roux, Rodolfo. 2004. Las etapas de la laicización en Colombia. En: Bastian, Jean Pierre (coord.). La modernidad religiosa: Europa latina y América latina en perspectiva comparada. Fondo de cultura económica, México.
- Dewey, John. 1934. A Common Faith. The Terry Lectures. New Haven, Yale University Press.
- Díez-Picazo, Luis. 2003. Sistema de derechos fundamentales. Thomson-Civitas. Madrid.
- Dorfman, Avihay. 2008. Freedom of Religion. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. XXI, No.2. Pp. 279-320.
- Durham, W. Cole Jr. 1992. Religious Liberty and the Call of Conscience. DePaul Law Review, Vol. 42, pp. 71-88.
- Durham, W. Cole Jr. 1994. Freedom of Religion: The United States Model. The American Journal of Comparative Law. Vol. 42, pp. 617-638.
- Durham, W. Cole Jr. 1999. Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework. En: Jackson et al, “A Comparative Model for Analysing Religious Liberty on the Chapter X of “Comparative Constitutional Law”, University Case Book Series, págs. 1157-1167.
- Durham, W. Cole Jr. 2012. Religious Freedom in a Worldwide Setting: Comparative Reflections. En: Universal Rights in a World of Diversity. The Case of Religious Freedom Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 17.
- Dworkin, Ronald. 2015. Religión sin Dios. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Epstein, Steven. 1996. Rethinking the Constitutionality of Ceremonial Deism. Columbia Law Review, Vol. 96, No. 8, pp. 2083-2174. En línea: <http://www.jstor.org/stable/1123418>. Consulta: 20 de octubre de 2019.
- Evans, Carolyn. 2010. Individual and group religious freedom in the European Court of Human Rights: cracks in the intellectual architecture. Journal of Law and Religion. Cambridge University Press. Vol. 26, No. 1. Pp. 321-343. En línea: <http://www.jstor.org/stable/41428242>. Consulta: 3 de abril de 2020.

- Felitti, Karina y Prieto, Sol. 2018. Configuraciones de la laicidad en los debates por la legalización del aborto en la Argentina: discursos parlamentarios y feministas (2015-2018) *Revista Salud Colectiva*. Universidad Nacional de Lanús. ISSN 1669-2381. DOI: 10.18294/sc.2018.2027.
- Figuroa García-Huidobro, Rodolfo. 2019. Objeción de conciencia en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales. En: *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización*. Compiladoras: Lidia Casas Becerra y Gloria Maira Vargas. Centro de Derechos Humanos UDP. Santiago. Pp. 151 – 178.
- Finnis, John. 1980. *Ley Natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fix Zamudio, Héctor. 1998. Libertad religiosa en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. En *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, compilado por Martínez-Torrón, J., 95–105. Granada: Comares.
- Foxley Detmer, Verónica. 2017. *Cinco gotas de sangre: La historia íntima de Antares de la Luz y la secta de Colliguay*. Editorial Catalonia.
- Galston, William. 1995. Two Concepts of Liberalism. *Ethics*, Vol. 105, N° 3. Pp. 516-534. The University of Chicago Press. En línea: <https://www.jstor.org/stable/2382140>. Consulta: 1 de marzo de 2019.
- Galston, William. 2002. *Liberal Pluralism: The implications of Value Pluralism for political theory and practice*. Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9780511613579.
- Galston, William. 2009. Moral Pluralism and Liberal Democracy: Isaiah Berlin's Heterodox Liberalism. *The Review of Politics*, Vol. 71, N° 1, Political Philosophy in the Twentieth Century. Pp 85-99. Cambridge University Press for the University of Notre Dame du lac on behalf of Review of Politics. DOI:10.1017/S0034670509000072
- García Jaramillo, Leonardo. 2013. El influjo del principio de laicidad en el constitucionalismo colombiano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca. Pp. 425-450.

- García Oliva, Javier. 2001. Consideraciones sobre la Iglesia de Inglaterra y su relación con el Estado. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N° 17, págs. 311-374.
- García Oliva, Javier. 2007. The legal protection of believers and beliefs in the United Kingdom. *Ecclesiastical Law Journal*, 9(1), 66-87. DOI: 10.1017/S0956618X07000063.
- García Roca, Javier. 2010. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Cizur Menor, Navarra. Cuadernos Civitas - Instituto de Derecho Parlamentario.
- Gierke, Otto von. 2015. La función social del derecho privado y otros estudios. Traducción por José M. Navarro de Palencia. Editorial Comares, Granada.
- González de la Vega, Geraldina. 2008. Two different approaches in constitutional interpretation with special focus in religious freedom. A comparative study between Germany and the United States. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLI, núm. 122, mayo-agosto, pp. 795-833. ISSN 0041 8633. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.122.3991>.
- Haarscher, Guy. 2002. Freedom of religion in context. *Brigham Young University Law Review*. Pp. 269-282.
- Häberle, Peter. 2002. Pluralismo y Constitución. España, Tecnos.
- Habermas, Jürgen. 1998. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid, Trotta.
- Habermas, Jürgen. 2006. Entre naturalismo y religión. Buenos Aires, Paidós.
- Hervada, Javier. 1984. Libertad de Conciencia y error sobre la moralidad de una terapia. *Persona y Derecho*, Vol. 11. Pp. 13-53.
- Hickman, Larry A. 2009. Secularism, Secularization, and John Dewey. *Education and Culture*, Vol. 25, No. 2, John Dewey at 150: Reflections for a New Century. Pp. 21-33. Purdue University Press. En línea: <https://www.jstor.org/stable/10.5703/educationculture.25.2.21>. Consulta: 21 de agosto de 2020.
- Hirschl, Ran. 2010. *Constitutional Theocracy*. Harvard University Press.

- Huaco, Marco. 2018. Convención Americana de Derechos Humanos. En: Blancarte, Roberto (coord.). Diccionario de religiones en América Latina. Fondo de Cultura Económica, México.
- Hunneus Zegers, Jorge. 2016. La Constitución ante el Congreso: primera parte Artículos 1 á 49 [1 á 58]. Disponible en: <https://doi.org/10.34720/sz3p-n868>.
- James, William. 1917. *The Varieties of Religious Experience. A Study in Human Nature*. Longmans, Green, And Co, New York.
- Karandrea, Evis. 2003. Church and State in Albania. En: *Law and Religion in Post-Communist Europe*. Silvio Ferrari, W. Cole Durham, Jr. y Elizabeth Sewell (eds.) Peeters.
- Kaufmann, Sebastián. 2014. El estatuto de las creencias religiosas en el espacio público: desafíos a la noción de traducción. En: Stiven, Ana María (Ed.). *La religión en la esfera pública chilena ¿Laicidad o secularización?* Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Pp. 27-49.
- Kirven, Gerald. 1962. Freedom of Religion or Freedom from Religion? *American Bar Association Journal*, Vol. 48, No. 9. Pp. 816-819. En línea: <http://www.jstor.org/stable/25722106>. Consulta: 30 de mayo de 2019.
- Lagos Schuffeneger, Humberto. 2005. *Chile y el mito del Estado laico*. Icthus, Santiago de Chile.
- Lazzaro, Anthony. 2010. Freedom from religion: RLUIPA, religious freedom, and representative democracy on trial. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, No. 2. Pp. 571-608. En línea: <http://www.jstor.org/stable/20698338>. Consulta: 30 de mayo de 2019.
- León Cáceres, Mauricio. 2020. ¿Qué es el “ejercicio público” de una religión? Un análisis comparado en Latinoamérica. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*. Centro UC Derecho y Religión. Vol. 6, Núm 1. DOI: <https://doi.org/10.7764/RLDR.9.112>.
- Locke, John. 1987. Carta sobre la tolerancia. *Estudios Públicos* N° 28.
- López Calera, Nicolás. 2012. Guillermo de Ockham y el nacimiento del laicismo moderno. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, 263-280. Universidad de Granada.

- Lovatón, David. 2018. ¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional? *Estudios Constitucionales* Universidad de Talca, Año 16, N° 2. ISSN 07180195. Pp. 339-368.
- Luque, Pau. 2013. Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36. ISSN: 0214-8676. Pp. 439-460.
- Lyon Puelma, Alberto. 2003. *Personas jurídicas*. 3ª Edición. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Mac Hale, Tomás P. 1968. Orden, orden público, y orden público económico. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad de Chile. Cuarta Época. VIII (8).
- Martínez-Torrón, Javier. 2005. Limitations on religious freedom in the case law of the European Court of Human Rights. *Emory International Law Review*, Vol. 19, Pp. 587- 636
- Martínez-Torrón, Javier. 2014. Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa. *Ius Canonicum* Vol. 54, pp. 107-144. ISSN 0021-325X.
- Nash, Claudio. 2018. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11. Universidad del Rosario, Colombia. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>.
- Nickel, James. 2005. Who Needs Freedom of Religion? *University of Colorado Law Review*, 76(4), 941-964.
- Nogueira, Humberto. 2003. *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México, UNAM.
- Nogueira, Humberto. 2006. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Ius et Praxis*, 12 (2). Pp. 13 – 41.
- Nussbaum, Martha. 2008. Under God: The Pledge, Present and Future. En línea: <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall2008/undergod>. Consulta: 31 de marzo de 2019.

- Orellana Benado, M. E. 2010. Negociación Moral. En: Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile: Catalonia.
- Orellana Benado, M. E. 2011. Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica. Ediciones Universidad Diego Portales.
- Otto, Rudolf. 2001. Lo santo. Lo racional y lo irracional en la idea de Dios. Madrid: Alianza Editorial.
- Parker Gumucio, Cristian. 1998. Modern Popular Religion: A Complex Object of Study for Sociology. *International Sociology*, vol. 13 (2), pp. 195-212.
- Peña González, Carlos. 2014. Religión y Política. En: Stiven, Ana María (Ed.). La religión en la esfera pública chilena ¿Laicidad o secularización? Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Pp. 51-57.
- Peña González, Carlos. 2016. Derecho a la educación y Libertad de enseñanza. *Estudios públicos* 143, pp. 7-34.
- Precht Pizarro, Jorge. 2006. La laicidad del Estado en cuatro constituciones latinoamericanas. *Estudios Constitucionales*. Año/Vol. 4. Número 002. Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile. Pp. 697-716. ISSN: 0718-0195.
- Precht Pizarro, Jorge. 2012. Una cuestión de principios: la laicidad del Estado en Chile. En: *Anuario de filosofía jurídica y social* N° 30. Edeval. Pp. 237-245.
- Prieto, Vicente. 2012. Reconocimiento jurídico de las entidades Religiosas en el derecho colombiano: análisis crítico de la ley estatutaria de libertad Religiosa. *Dikaion*, Año 26 - Vol. 21 N° 1. Pp. 285-314. Chía, Colombia. ISSN 0120-8942.
- Prieto, Vicente. 2015. Estado laico y autonomía de las confesiones religiosas. A propósito de una sentencia reciente de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 14, N° 28, pp. 63-78. Medellín, Colombia. ISSN 1692-2530.
- Prieto Sanchís, Luis. 2005. Religión y política (a propósito del Estado laico). *Persona y Derecho* 53, pp. 113-138.
- Puppincck, Grégor. 2012. El caso Lautsi contra Italia. *Ius Canonicum* Vol. 52, pp. 685-734. ISSN 0021-325X.

- Quiroz, Esteban y Maldonado, Alexandra. 2020. Libertad de conciencia y religión en el proceso constituyente chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*. Centro UC Derecho y Religión. Vol. 6, Núm 1. DOI: <https://doi.org/10.7764/RLDR.9.113>.
- Rawls, John. 1985. Justice as Fairness: Political not Metaphysical. *Philosophy and Public Affairs*, 14 (3), 223-251.
- Rawls, John. 1995. *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Rawls, John. 1999. The idea of public reason revisited. En (del mismo): *Collected papers*. Cambridge, Harvard University Press.
- Rawls, John. 2014. Teoría de la desobediencia civil. En: *La Filosofía del Derecho*. Ronald Dworkin (compilador). Segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México.
- Roth, John K. 1971. William James, John Dewey, and the 'Death-of-God'. *Religious Studies*, Vol. 7, No. 1, pp. 53-61. Cambridge University Press. En línea: <https://www.jstor.org/stable/20004859>. Consulta: 15 de abril de 2021.
- Salinas, Carlos. 1999. Una primera lectura de la ley chilena que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*. Pp. 299-341.
- Salinas, Carlos. 2001. *Sectas y Derecho. La respuesta jurídica al problema de los nuevos movimientos religiosos*. Ediciones Universidad Católica de Valparaíso.
- Salinas, Carlos. 2008. Estado no confesional y laicismo. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1.
- Salinas, Carlos. 2011. Capítulo IV. Relaciones Iglesia – Estado. En: *Historia de la Iglesia en Chile. Tomo III. Los nuevos caminos: la Iglesia y el Estado*. Marcial Sánchez Gaete (Director). Editorial Universitaria, 1ª edición, 2011.
- Salinas, Carlos. 2015. Un primer avance para un futuro acuerdo entre Chile y la Santa Sede (I): una propuesta de cláusulas concordatarias a partir de las materias reguladas en los proyectos de concordato preparados en Chile en 1928. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 1. Pp. 433-478.

- Salinas, Carlos. 2016. Derecho y religión en la primera legislación chilena posterior a la libertad de cultos (1925-1939): del Estado confesional a la laicidad realista. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXVIII*. Valparaíso, Chile. Pp. 331-355.
- Sánchez-Lasheras, Miguel. 2016. Derecho y factor religioso en Chile y en el Perú. ¿Hacia la gestión pública de la diversidad religiosa? *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 1, pp. 165 – 188.
- Sapir, Gidon y Statman, Daniel. 2005. Why Freedom of Religion Does Not include Freedom from Religion. *Law and Philosophy*, Vol. 24, No. 5, pp. 467-508. En línea: <http://www.jstor.org/stable/30040357>. Consulta: 30 de mayo de 2019.
- Schirin Amir-Moazami. 2016. Investigating the Secular Body: The Politics of the Male Circumcision Debate in Germany. *ReOrient*, 1(2), 147–170. <https://doi.org/10.13169/reorient.1.2.0147>
- Serrano Pérez, Sol. 2008. ¿Qué hacer con Dios en la República? Política y secularización en Chile (1845-1885). Chile, Fondo de Cultura Económica.
- Silva Bascuñán, Alejandro y Silva Gallinato, María Pía. 1991. Personalidad jurídica de las iglesias. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 18, N°1, pp. 61-71.
- Silva Irrázaval, Luis. 2016. Lucro, empresa y religión: el caso hobby lobby. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 1, pp. 39 - 59.
- Stoll, Sandra. 2018. Espiritismo: entre Francia y Brasil. Versiones de una misma doctrina. En: Blancarte, Roberto (coord.). *Diccionario de religiones en América Latina*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Taylor, Charles. 2015. *La Era Secular*. Barcelona: Gedisa.
- Taylor, Greg. 2003. Scientology in the German Courts. *Journal of Law and Religion*, Vol. 19, No. 1, pp. 153-198. En línea: <http://www.jstor.org/stable/3649169>. Consulta: 10 de agosto de 2021.
- Torretti Edwards, Roberto. 2006. *Estudios filosóficos, 1957-1987*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

- Tschannen, Olivier. 2004. La revalorización de la teoría de la secularización mediante la perspectiva comparada Europa latina-América latina. En: Bastian, Jean Pierre (coord.). 2004. La modernidad religiosa: Europa latina y América latina en perspectiva comparada. Fondo de cultura económica, México.
- Tushnet, Mark. 2001. The Redundant Free Exercise Clause? Loyola University Chicago Law Journal. Vol. 33. En línea: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12956300>. Consulta: 30 de mayo de 2019.
- Weber, Max. 2012. La Ética Protestante y el espíritu del capitalismo. Ediciones Briones S.L., Barcelona.
- Weber, Max. 2014. Conceptos sociológicos fundamentales. Segunda Edición, Alianza Editorial, Madrid.
- Wilson, Bryan. 1978. Sects and society: the sociology of three religious groups in Britain. Greenwood Press, Connecticut.
- Zúñiga, Yanira. 2011. Restricciones a porte de velo islámico. Reflexiones sobre la discusión comparada y la incipiente jurisprudencia chilena (Corte de Apelaciones de Santiago). Sección Jurisprudencia comentada. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXIV, N° 2. Pp. 245-251.
- Zweigert y Kotz. 2002. Introducción al derecho comparado. A. Vázquez (trad.). México D.F.: Oxford University Press.

Jurisprudencia citada

1. Corte Suprema de los Estados Unidos.

(Disponibles en: <https://supreme.justia.com/>)

Abington School District v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963)

Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961).

Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457 (1892).

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

Davis v. Beason, 133 U.S. 333 (1890).

Doremus v. Board of Education, 342 U.S. 429 (1952).

Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc, 366 U.S. 617 (1961).

Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006).

Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984).

McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky, 545 U.S. 844 (2005).

McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).

Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878).

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

Stone v. Graham, 449 U.S. 39 (1980).

Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677 (2005).

2. Corte Europea de Derechos Humanos.

(Disponibles en: <https://hudoc.echr.coe.int/>)

Buscarini and others vs. San Marino (1999). Corte Europea de DD.HH., N° 24645/94, sentencia de 18 de febrero de 1999.

Ebrahimian v. France (2015). Corte Europea de DD.HH., N° 64846/11, sentencia de 26 de noviembre de 2015.

Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia (2010). Corte Europea de DD.HH., N° 302/02, sentencia de 22 de noviembre de 2010.

Kokkinakis v. Greece (1993). Corte Europea de DD.HH., N° 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993.

Lautsi and others v. Italy (2011). Corte Europea de DD.HH., N° 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011.

Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany (2008). Corte Europea de DD.HH., N° 58911/00, sentencia de 6 de noviembre de 2008.

Leyla Şahin v. Turkey (2005). Corte Europea de DD.HH., N° 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005.

Serif v. Greece (1999). Corte Europea de DD.HH., N° 38178/97, sentencia de 14 de diciembre de 1999.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(Disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>)

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile (2001). Corte Interamericana de DD.HH., sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas).

Caso Masacres de río negro *vs.* Guatemala (2012). Corte Interamericana de DD.HH., sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Legislación

1. Textos constitucionales.

(Salvo donde se indica algo distinto, todos los textos fueron obtenidos de <https://www.constituteproject.org/> y corresponden a la última versión oficial en idioma español)

Alemania (Ley Fundamental para la República Federal)

Argentina (Constitución de la Nación)

Bolivia (Constitución Política del Estado plurinacional)

Brasil (Constitución de la República Federativa)

Chile (Constitución Política de la República). Versión oficial disponible en:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Colombia (Constitución Política)

Costa Rica (Constitución Política)

Cuba (Constitución de la República). La Constitución Cubana de 1976 en su versión original en:
<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Cuba/cuba1976.html>

Ecuador (Constitución de la República)

España (Constitución)

EE.UU. (Constitución y *Bill of Rights*)

Francia (Constitución)

Grecia (*Sýntagma*)

Italia (Constitución de la República)

México (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

Perú (Constitución Política)

Uruguay (Constitución de la República Oriental)

2. Normativa legal.

Chile. Ley 19.638. Establece normas sobre la constitución jurídica de iglesias y organizaciones religiosas. Publicada el 14 de octubre de 1999. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=145268>

Colombia. Ley 133 de 1994 “Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política”. Diario Oficial No. 41.369, de 26 de mayo de 1994. Disponible en: https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0133_1994.pdf

España. Ley Orgánica de Libertad Religiosa (7/1980, de 5 de julio). Publicado en BOE N° 177, de 24 de julio de 1980. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1980/07/05/7/con>

EE.UU. *Religious Freedom Restoration Act*, 42 U.S.C. § 2000bb. Disponible en: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title42/chapter21B&edition=prelim>

EE.UU. *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 42 U.S.C. § 2000cc. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ274/html/PLAW-106publ274.htm>

México. Ley de asociaciones religiosas y culto público. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992. Última reforma publicada DOF 17-12-2015. Disponible en: <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-asociaciones-religiosas-y-culto-publico/gdoc/>

Perú. Ley de libertad religiosa N° 29.635 de 2010. Publicada el martes 21 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29635.pdf>