

CAPÍTULO TERCERO

LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL LEGAL. UNA PERSPECTIVA RAWLSIANA^{*205}

Me gustaría considerar algunas conclusiones respecto de la filosofía política de John Rawls en lo referente a la libertad religiosa como un derecho fundamental en el Estado democrático constitucional. Cabe precisar que en este pequeño texto es imposible realizar más que un esbozo de las características de la teoría de Rawls que están relacionadas con la cuestión de la libertad religiosa en los Estados democráticos constitucionales.

1. La teoría de la justicia de Rawls

En *La justicia como equidad*, Rawls propone una concepción política de la justicia para el Estado democrático constitucional.²⁰⁶ La cultura política pública del Estado democrático constitucional

* Versión original en inglés publicada en Borowski, Martin, "Religious Freedom as a Fundamental Legal Right. A Rawlsian Perspective", en Soeteman, Arend (ed.), *Pluralism and Lawproceedings of the 20th IVR World Congress*, Stuttgart, Steiner, 2003, suplemento 88, pp. 53-56.

²⁰⁵ Estoy agradecido con Stanley L. Paulson por los comentarios y por la ayuda con el texto en inglés (nota del autor).

²⁰⁶ Las limitaciones del rango de aplicación de las teorías constructivistas en la forma de sociedad examinada derivan de la naturaleza de dichas teorías. Respecto a la limitación explícita del Estado democrático constitucional, véase Rawls, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, New York, Journal of Philosophy, vol. 77, p. 518.

74 / Martin Borowski

consiste en aquellas ideas y principios básicos que se prestan al desarrollo de una concepción de justicia mediante una reconstrucción crítica.²⁰⁷ En particular, el autor dirige la atención en el pluralismo razonable, es decir, las diferencias entre aquellas doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales que se manifiestan en el Estado democrático constitucional. El pluralismo, más que ser un fenómeno histórico transitivo, es un atributo duradero de las democracias modernas²⁰⁸ traído por las "cargas del juicio".²⁰⁹ Básicamente, se pueden distinguir dos elementos principales en la teoría de Rawls. El primero es la "posición original", que se presenta como una situación hipotética, no histórica,²¹⁰ en la cual cada individuo toma una decisión fundamental en el marco de una teoría contractual. El segundo es el método de examen y, de ser necesario, de corrección de los resultados de la posición original. En sus primeros escritos, Rawls empleó el instrumento del "equilibrio reflexivo", mediante el cual nuestros "juicios bien considerados" deben ser compatibles con los resultados de la posición original.²¹¹ En escritos posteriores, el autor enfatiza la idea de un "consenso traslapado", que tiene que prevalecer entre aquellos que apoyan una doctrina comprensiva religiosa, filosófica y moral en la sociedad.²¹² Su concepción política de justicia no es en sí una doctrina comprensiva, sino una concepción política independien-

²⁰⁷ Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, en pp. 8, 13-15, 43, 44, 97 y 192.

²⁰⁸ *Ibidem*, pp. 3, 4, 36, 144, 216 y 217. Véase Rawls, John, *The Law of Peoples*, Cambridge-Mass-Londres, Harvard University Press, 1999, pp. 11, 12, 31, 60, 124, 131 y 136.

²⁰⁹ Respecto de las "cargas del juicio", véase Rawls, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 54-58, 60-63, 119-121.

²¹⁰ Rawls enfatiza que su "posición original" es solamente "un instrumento de representación". Véase Rawls, *"Political Liber..."*, *cit.*, pp. 24-27, 35, 75, 103 y 106; véase también Rawls, *The Law of...*, *cit.*, pp. 30-62, 61 y 63.

²¹¹ Rawls, John, *A theory of Justice*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 17-19, 42-45, 104, 379, 381, 507 y 508. Véase también Rawls, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 8, 28, 72-77 y 89-90.

²¹² Rawls, John, *Political Liber...cit.*, pp. 10, 15, 90, 95-97 y 113-172.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 75

te, que se limita a los valores políticos fundamentales y los valores constitucionales.²¹³

En la "posición original", personas morales libres e iguales,²¹⁴ gozando de autonomía²¹⁵ racional, deciden sobre los principios de justicia con base en una carencia limitada de información, representada por el "velo de la ignorancia".²¹⁶ De acuerdo con el concepto liberal rawlsiano de persona, las personas tienen dos poderes morales, y respectivamente dos intereses de orden mayor para la realización y ejercicio de estos poderes. El primer poder moral es la capacidad de un sentido de justicia; el segundo es la capacidad para una concepción del bien.²¹⁷ Adicionalmente, las personas tienen un tercer interés de grado mayor, que consiste en proteger y promover su propia concepción del bien.²¹⁸ Detrás del "velo de la ignorancia", las personas en la "posición original" no tienen una concepción individual del bien. Esto lleva a Rawls a formular la concepción de bienes primarios. Los bienes primarios son aquellas condiciones de trasfondo social y medios generales para todo propósito que son requeridos normalmente para el desarrollo y ejercicio de los dos poderes morales y para la efectiva búsqueda de las concepciones del bien.²¹⁹ Rawls distingue cinco categorías de bienes primarios: *i*) derechos fundamentales y libertades, *ii*) libertad de movimiento y de elegir una ocupación, *iii*) poderes y prerrogativas de oficios y posiciones de responsabilidad, *iv*) ingresos y riqueza, y *v*) base social del autorrespeto.²²⁰

²¹³ *Ibidem*, pp. 10-13, 125 y 126.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 25, 26, 272 y 273. Véase también Rawls, John, *A Theory of...*, *cit.*, pp. 131 y 132.

²¹⁵ Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 28 y 72-77. Véase también, Rawls, John, *A Theory of...*, *cit.*, pp. 123-130.

²¹⁶ Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 23-25, 70, 75, 79, 272-274 y 305. Véase también Rawls, John, *A Theory of...*, *cit.*, pp. 11, 17 y 118-123.

²¹⁷ Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 19, 103, 104 y 312-323.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 74, 76, 77, 106 y 107.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 75, 76, 178-190 y 307.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 76, 181, 308 y 309.

76 / Martin Borowski

Este esquema encamina a las partes en la posición original a dos principios de justicia, que están ordenados de la siguiente manera:²²¹

- a. Cada persona tiene una afirmación equitativa para un completamente adecuado esquema de derechos fundamentales y libertades iguales, cada esquema es compatible con el mismo esquema general para todos; y en este esquema las libertades políticas iguales, y solamente esas libertades están para ser garantizado su justo valor.
- b. Inequidades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: Primero, éstas son para ser fijadas a posiciones y oficios abiertos a todos bajo condiciones de oportunidades de equidad justas; y segundo, éstas son para el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.²²²

Los principios de justicia no son aplicables a los casos individuales, porque requieren una concretización en cuatro etapas. En la primera, cada persona escoge los principios de justicia en la "posición original". La segunda etapa consiste en una concretización en la asamblea constituyente. En la tercera etapa, se lleva a cabo una concretización en la legislación, y en la cuarta, una concretización en la aplicación de las reglas en los casos particulares, esto es, por parte de los jueces y administradores.²²³

²²¹ *Ibidem*, p. 6. Véase Rawls, John, *Theory of...*, *cit.*, pp. 37, 38, 52, 53, 130 y 131.

²²² Rawls, John, "*Political Liber...*", *cit.*, pp. 5, 6, 271 y 291. Esta declaración difiere de aquella de sus primeros escritos. Véase Rawls, *Theory of...*, *cit.*, p. 53; véase también Dokyun Kim, "Justicia y Constitución" (en prensa).

²²³ Rawls, John, *Theory of...*, *cit.*, pp. 171-176; especialmente sobre la concretización de las libertades básicas, véase Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 293, 298 y 331-340.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 77

Rawls extendió su *Justicia como equidad* desde una concepción pensada para el Estado democrático constitucional hacia una concepción de *Derecho de gentes*, adaptando ciertos elementos de su teoría para este fin. El pluralismo en *Derecho de gentes* es el pluralismo entre las personas, no entre los ciudadanos.²²⁴ En la "segunda posición original" las partes representan personas que no tienen una concepción del bien, pero que tienen una concepción política de la justicia.²²⁵ Las partes seleccionan de entre las diferentes formulaciones e interpretaciones de los ocho principios²²⁶ del *Derecho de gentes*.²²⁷ Adicionalmente, los resultados de la segunda posición original tienen que cuadrar con nuestros juicios bien considerados.²²⁸ Los derechos humanos, definidos como una clase estrecha de derechos urgentes, son observados por los pueblos bien ordenados. Su cumplimiento es una condición para lo que Rawls llama la decencia de la sociedad; los derechos humanos establecen un límite al pluralismo entre las personas, y su violación puede justificar la intervención de otras personas.²²⁹

La concepción de Rawls sobre libertades básicas es de particular importancia para la interpretación de la libertad religiosa como derecho fundamental en el Estado democrático constitucional. En su lista de libertades básicas se encuentran la libertad de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas, la libertad de asociación, los derechos de libertad e integridad de la persona, los derechos y libertades amparados por el *rule of law*,²³⁰ y el derecho

²²⁴ Rawls, John, *The Law of...*, cit., pp. 11, 12, 18, 40, 54 y 55.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 32-35 y 40-42.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 37, 41 y 42.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 40-42, 60 y 81.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 58 y 86.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 48, 49, 65 y 79-81.

²³⁰ Rawls, John, "*Political Liber...*", cit., p. 291. Desde un primer vistazo, la lista de Rawls parece hacer una clara identificación de las libertades básicas posibles. En tal lista no encontramos la libertad de movimiento o de ocupación en la lista; éstas caen en la categoría de bienes primarios, distintos de las libertades básicas (cfr. *ibidem*, p. 308). Éste es un argumento que alimenta la tesis de que estas libertades no son entendidas como libertades básicas. Esta perspectiva es confirmada por la concepción de Rawls de "esen-

78 / Martin Borowski

a la propiedad individual.²³¹ La libertad de conciencia, de acuerdo con Rawls, es la libertad de escoger un punto de vista religioso, filosófico y moral,²³² y, de este modo, el contenido de la libertad religiosa está incluido en el Estado democrático constitucional. Una característica de todas las libertades básicas es su prioridad respecto a razones de bien público y de valores perfectibles.²³³ Una restricción a una libertad básica sería posible solamente con base en otras libertades básicas.²³⁴ El delimitar el número de las libertades básicas solamente a las más importantes busca evitar incertidumbres y problemas indeterminados de ponderación,²³⁵ y la prioridad de las libertades básicas sobre los bienes colectivos ilustra las complejas razones *prima facie* que tienen expresión en el día a día.²³⁶ Rawls intenta suavizar su tesis de la prioridad absoluta de las libertades básicas sobre otros derechos, libertades y bienes colectivos por medio de una distinción entre la restricción y la regulación. No habrá violación a la prioridad de las libertades básicas cuando

cias constitucionales". La libertad de movimiento y la libertad de elegir una ocupación son, de acuerdo con Rawls, "esencias constitucionales" no porque sean libertades básicas, sino porque son una parte de los "principios que suplen las inequidades sociales y económicas" (*ibidem*, pp. 228-230). Por otro lado, la negativa a la libertad de movimiento o a la libre elección de una ocupación viola la libertad e integridad de la persona, y el ser liberado de estas formas de interferencia por lo tanto tiene el estatus de una libertad básica (*ibidem*, p. 335). Esto presupone una relación de inclusión o como un medio para un fin, que puede ser usado como un argumento para dar a la libertad de movimiento y a la libertad de elegir una ocupación el estatus de una libertad básica. Véase Alexy, Robert, "John Rawls «Theorie der Grundfreiheiten»", en Hinsch, Wilfried (ed.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 273.

²³¹ Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, p. 298.

²³² *Ibidem*, pp. 310 y 311.

²³³ *Ibidem*, pp. 294 y 295.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 295 y 341.

²³⁵ *Ibidem*, p. 296.

²³⁶ Rawls, John, "Kantian Constructivism...", *cit.*, p. 562; sobre la prioridad de la libertad de conciencia respecto del segundo principio de justicia como "evidente", desde la explicación de esta libertad como libertad básica, *cfr.* Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, p. 309.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 79

estén meramente reguladas, ya que la regulación respeta el rango central de aplicación.²³⁷

II. Libertad religiosa en el Estado democrático constitucional

Nos enfocamos en esta segunda parte sobre algunos aspectos de la posición de Rawls en *Justicia como equidad* relativos a la interpretación de la libertad religiosa en el Estado democrático constitucional.

El problema central es comprender cómo es que las libertades básicas, como parte de una concepción política de justicia, se transforman en derechos constitucionalmente protegidos. Lo anterior corresponde a la transición de la primera a la segunda etapa en el esquema rawlsiano de las cuatro etapas de concretización. Desafortunadamente, Rawls no es claro sobre el proceso de transición. Por un lado, los derechos fundamentales como parte del derecho constitucional se presentan simplemente como la aplicación del primer principio de justicia en la etapa de la asamblea constituyente.²³⁸ Si se toma en consideración el hecho de que las libertades básicas son concretizadas mediante legislación,²³⁹ la transformación parece una mera adopción de las libertades básicas. Por otro lado, Rawls ha señalado en varias ocasiones que la transición de la etapa más alta a la más baja está conectada por medio de la concretización.²⁴⁰ Es decir, la transición de la primera etapa a la segunda tiene que ser algo más que una mera adopción de las libertades básicas. Pero el significado de esta diferencia no debe ser sobreestimado, porque las Constituciones contienen solamente un puñado de preceptos generales, no un catálogo de preceptos detallados para resolver completamente los problemas de aplicación.

²³⁷ Rawls, John, *Political Liber...*, cit., pp. 295 y 296.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 336 y 337.

²³⁹ *Ibidem*, p. 338.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 293, 298, 331, 341 y 342.

80 / Martin Borowski

1. *El alcance de protección de las varias concepciones de bien*

De acuerdo con Rawls, una característica del ciudadano en las sociedades bien ordenadas es que tiene una concepción del bien.²⁴¹ El posible contenido de la concepción del bien, cuya promoción y desarrollo son asegurados por los bienes primarios, en particular por las libertades básicas, es extensivo. Una concepción del bien establece un esquema más o menos determinado de los fines últimos del ciudadano,²⁴² que son realizados ya sea por su propia voluntad, por apego a otras personas o por lealtad a uno o varios grupos y asociaciones.²⁴³ Como remarca Rawls en varias ocasiones, la raíz histórica del liberalismo político, con su extensiva protección de las diferentes concepciones del bien, reside en el principio de tolerancia religiosa desarrollado en Europa en los siglos XVI y XVII.²⁴⁴ El alcance de aplicación de tal principio fue extendido en el transcurso de un amplio desarrollo comprensivo del liberalismo político, y ya no está confinado a la religión en sentido estrecho, sino que alcanza todas las concepciones morales y filosóficas del bien. Al ser un complemento de la libertad de religión en sentido estrecho, la libertad de creencia está también garantizada. De este modo, la libertad de conciencia de Rawls alcanza e incluye la libertad de escoger una visión religiosa, filosófica y moral.²⁴⁵

En varias Constituciones y tratados internacionales, la libertad de religión y la libertad de creencia son garantizadas simultáneamente; por ejemplo, en el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana, o en el artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Aun así, pueden emplearse diferentes sistematizaciones de estas dos libertades. En primer lugar, y siguiendo a Rawls, se puede entender la libertad de creencia o li-

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 333 y 334.

²⁴² *Ibidem*, pp. 19, 74 y 108.

²⁴³ *Ibidem*, p. 19.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 154, 159, 303 y 304.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 310 y 311.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 81

bertad de conciencia como un término general, y la libertad de religión, como un término específico. O, a la inversa, se puede entender "libertad de religión" como un término general, y "libertad de creencia" como uno específico. En la tercera sistematización, la libertad de religión y la libertad de creencia son elementos de mismo rango. ¿Cuál sistematización debe preferirse? es una cuestión de interpretación de la Constitución en específico o del tratado internacional en cuestión. No obstante, la libertad de conciencia de Rawls *qua* libertad básica enfatiza que las libertades de religión y de creencia tienen que ser promulgadas en una asamblea constituyente como un derecho comprensivo de autonomía, y que las disposiciones constitucionales tienen que ser interpretadas de manera acorde con ellas. Esto tiende a contrarrestar todos los intentos de interpretar la libertad de religión y de creencia en los Estados democráticos constitucionales en un sentido estrecho. Una delimitación de la libertad de religión a una clase particular de religión, es decir, a las grandes religiones, o, peor aún, solamente a la cristiana, no cuenta como una transformación suficiente de las libertades básicas de Rawls.²⁴⁶ Incluso, si se entiende la transformación como una concretización, no se entiende cómo personas morales libres e iguales puedan estar de acuerdo respecto a una completa exclusión de determinada religión en la etapa de la asamblea constituyente.²⁴⁷ Esto corresponde a una ex-

²⁴⁶ El argumento que justifica limitar la libertad de religión (como derecho fundamental legal) a variantes específicas de religión, por considerarla una limitación necesaria o una limitación dentro de la familia de las libertades básicas, no es convincente. No se puede justificar por qué la libertad de conciencia debería ser limitada por sí misma o por qué otra libertad básica debería limitar la libertad de conciencia en la manera descrita. Esto corresponde al hecho de que las limitaciones sobre la protección de los derechos fundamentales de religiones específicas o grupos de religiones son usualmente justificados por medio de una decisión autoritaria de la asamblea constituyente, no por medio de los derechos fundamentales en conflicto. Véase, por ejemplo, Starck, Christian, en Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 4a. ed., Munich, C. H. Beck, 1999, vol. 1, artículo 40. Abs. 1, 2 GG, en el margen núm. 55.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 311.

82 / Martin Borowski

tendida interpretación de la libertad de religión en el Estado democrático constitucional.

2. La posición básica de la libertad de religión

La concepción de Rawls de las libertades básicas se presenta como una reconstrucción de la posición base de ciertos derechos fundamentales y libertades en el Estado democrático constitucional. Como el autor señala, la libertad de religión como un derecho fundamental tiene una posición básica, porque proviene de la transformación de la libertad de conciencia *qua* libertad básica en norma constitucional. Se puede identificar fácilmente la posición básica de la libertad de conciencia en Rawls dentro del catálogo de libertades por el hecho de que encabeza esta lista;²⁴⁸ además, porque Rawls toma la libertad de conciencia como ejemplo para ilustrar las características de las libertades básicas en general.²⁴⁹ En su *Derecho de gentes*, los derechos humanos son entendidos como una clase estrecha de derechos urgentes, entre ellos la libertad de conciencia.²⁵⁰ Más importante aún es el hecho de que Rawls introduce un criterio sustancial para identificar la importancia de una libertad básica: su importancia depende de su grado en involucramiento social o de si es un medio institucional más o menos necesario para garantizar el completo, informado y efectivo ejercicio de los poderes morales.²⁵¹ Para los dos poderes morales, las libertades básicas tienen diferente importancia. Para la capacidad de un sentido de justicia, tanto la libertad de pensamiento como las libertades políticas son de particular importancia. Por otro lado, para la capacidad de

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 291 y 308.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 310-315 y 341; véase Rawls, John, *Theory of...*, *cit.*, p. 177.

²⁵⁰ Rawls, John, *The Law of...*, *cit.*, pp. 65 y 79.

²⁵¹ Rawls, "Political Liber...", *cit.*, p. 335. Rawls utiliza la importancia anulatoria de las libertades básicas en realidad para la protección y el ejercicio de dos poderes morales como un argumento para la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo. Cfr. *ibidem*, pp. 367 y 368.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 83

tener una concepción del bien es primordial la libertad de conciencia conectada con la libertad de asociación.²⁵² Ello corresponde al hecho de que Rawls da prioridad a la libertad de conciencia entre las libertades básicas²⁵³ y designa a las otras libertades básicas como meramente de "apoyo".²⁵⁴

La posición básica de la libertad de religión es evidente también en la práctica de interpretación de los derechos fundamentales dentro del Estado democrático constitucional. El Tribunal Federal Constitucional alemán, en una serie de decisiones, ha presentado a la libertad religiosa, establecida en el artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, como una concretización especial de la dignidad humana,²⁵⁵ y ha remarcado en otras decisiones que la libertad de religión está en cercana conexión con la dignidad humana como el valor más alto entre los derechos fundamentales.²⁵⁶

3. Restricción y regulación de la libertad de religión

Respecto a la cuestión de la disminución del contenido de las libertades básicas, Rawls distingue entre restricción y regulación. Ilustra lo anterior con el ejemplo de la libertad de expresión: las interferencias con el contenido de la expresión cuentan como restricción, mientras que las interferencias con las modalidades de la expresión, tales como el lugar y el tiempo, cuentan como meras

²⁵² *Ibidem*, pp. 332-335. En varios puntos Rawls enfatiza la importancia de la libertad de asociación para la libertad de la conciencia (cfr. *ibidem*, pp. 228, 309, 332, 335, 337 y 338). Esto refleja el hecho de que el ejercicio de la libertad de religión en el Estado democrático constitucional no es esencialmente una cuestión atómica individual sino de asociaciones. Tribe, Laurance, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola y Nueva York, Foundation Press, 1978, p. 812: "La vida religiosa es inherentemente asociativa".

²⁵³ Rawls, John, *Political Liber...*, cit., pp. 11, 64, 155, 164 y 221 y 222; Rawls, John, *The Law of...*, cit., pp. 151 y 152.

²⁵⁴ Rawls, John, *Political Liber...*, cit., pp. 335 y 337.

²⁵⁵ Cfr. decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE) 12, 45 (53-54); 33, 23 (28-29); 48, 127 (163).

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 32, 98 (108); 35, 367 (376).

84 / Martin Borowski

regulaciones.²⁵⁷ Asimismo, las regulaciones no atentan en contra de las libertades básicas, sino que las muestran como autolimitables.²⁵⁸ Sin embargo, lo anterior implica que el rango central de aplicación de las libertades básicas debe ser respetado.²⁵⁹ Debe asumirse, en la teoría de Rawls, que la distinción entre restricción y regulación sobrevive a la transformación de libertad básica a derecho o libertad fundamental, de tal manera que la distinción puede encontrarse también en la etapa de ley constitucional. Esto abre la pregunta de si esta distinción puede servir como una adecuada reconstrucción de la protección constitucional efectuada por la libertad de religión.

A. Contenido y modalidad

Inicialmente, la respuesta tiene que ver con la relevancia de la distinción entre el contenido y la modalidad de una acción. Se podría apoyar la tesis de que el Estado está incapacitado para interferir con el servicio religioso sólo en relación con el contenido, y no con el lugar y el tiempo. En efecto, es usual que una religión prescriba no solamente el contenido de una acción, sino también el lugar y el tiempo en los cuales debe llevarse a cabo. En muchos casos, la modalidad de una acción es consustancial a la misma, y no constituye, por lo tanto, una mera parte subsidiaria. Asimismo, no hay argumento para una distinción nítida entre interferencia con respecto al contenido y a la modalidad de una acción. Las interferencias con la modalidad son con frecuencia menos intrusivas, y por lo tanto menos intensas, en particular porque la acción puede ser llevada a cabo con otra modalidad. Ello, sin

²⁵⁷ Rawls señala que esta distinción es familiar e importante en la ley constitucional americana, citando a Tribe, Laurance, *op. cit.*, respecto a la libertad de expresión. Esta idea es extendida y puede encontrarse en la ley constitucional alemana también. Véase Starck, Christian, en Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *op. cit.*, artículo 5 sección 1, 2 GG, margen número 182.

²⁵⁸ Rawls, John, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 295, 296 y 341.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 295-297, 348 y 358.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 85

embargo, es sólo una cuestión de grado, y las interferencias con la modalidad pueden ser más intensas que aquellas dirigidas al contenido. Ambos tipos de interferencias pueden justificarse apelando a un mismo criterio, pero tienen que ser justificadas.

B. Limitación y autolimitación

Otro criterio para la distinción entre restricción y regulación remite a la razón de la limitación. Las libertades básicas pueden ser restringidas por otra libertad básica y pueden ser autorregulables. Lo que se entiende como restricciones emanadas de otras libertades es bastante claro. Ello ocurre cuando la libertad L1 del portador de la libertad A es limitado por la libertad L2 del portador de libertad B. Pero ¿a qué se refiere Rawls con autolimitación? El ejemplo que utiliza presupone la siguiente estructura: una libertad L1 del portador A es limitada porque entra en conflicto con la misma libertad L1 de otro portador B. Que podamos denominar tal cosa como "autolimitable" depende de cómo identificamos una "libertad". En primer lugar, se pueden enfatizar las diferencias entre libertades, tal como se hace en los catálogos constitucionales de derechos fundamentales. Así como lo hace Rawls cuando habla de una "familia" de libertades básicas,²⁶⁰ si empleamos tal catálogo de libertades, podemos concebir una de estas libertades, L1 —libertad de expresión, en el ejemplo de Rawls— como una entidad, independientemente del número de portadores en cuestión. La libertad es "la libertad de expresión". Sin embargo, en este sentido, la sistematización de las libertades es contingente; un catálogo puede detallar distinciones de las libertades en diferentes grados. Puesto que no hay un criterio claro para distinguir entre libertades, tampoco hay un criterio claro para distinguir entre limitación y autolimitación.

Por otro lado, se puede enfatizar que todas estas libertades constituyen diferentes aspectos de la libertad general de cada per-

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 358.

86 / Martin Borowski

sona.²⁶¹ Si se adopta esta visión, la entidad "libertad" es la libertad total del individuo. Una limitación de las libertades de A por medio de las libertades de B constituye, entonces, no una autolimitación, sino una limitación externa. En resumen, la figura de autolimitación formulada por Rawls no expresa nada que pueda ser productivamente distinguido de las limitaciones.

C. Justificación de las restricciones y regulaciones

A pesar de los problemas que surgen al distinguir restricciones y regulaciones, se pueden introducir diferentes criterios para justificar los dos tipos de disminuciones.²⁶² Se puede hacer una distinción entre criterios formales y criterios materiales de justificación. Rawls no menciona criterio formal alguno. Materialmente, una regulación tiene que respetar el "rango central de aplicación" de una libertad básica. Sin embargo, esto aplica también a las restricciones,²⁶³ y no puede dar lugar a diferencia alguna. Cada disminución de un derecho básico o libertad básica, esté o no basada en el contenido o en la modalidad de una acción ciudadana, es una restricción, y como tal tiene que ser justificada. Por lo tanto, se puede afirmar que la distinción entre restricciones y regulaciones es prescindible.

4. Las razones de admisibilidad para restringir la libertad de religión

Otro problema es la clase de razones de admisibilidad para restringir de la libertad de religión. De acuerdo con Rawls, las liber-

²⁶¹ Kant, Immanuel, "Methaphysik der Sitten", *Kant's gesammelte Schriften*, Berlin, editado por el Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Reimer, 1907, vol. 6, p. 237.

²⁶² Véase por ejemplo, Jarass, Hans Dieter, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, núm. 120, p. 392.

²⁶³ Rawls, John, *Political Liber...*, cit., p. 297.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 87

tades básicas pueden ser restringidas sólo por otras libertades básicas, no por bienes colectivos.²⁶⁴ El argumento para sostener esta prioridad absoluta se articula en dos partes. La primera es la tesis según la cual las libertades básicas y los derechos básicos son las libertades y los derechos más importantes; la segunda es la idea de que la prioridad absoluta debe evitar la ponderación, a la que Rawls señala como incierta e indeterminada, con el resultado de que su uso debilitaría la protección de libertades importantes.²⁶⁵

A. Las libertades básicas como libertades importantes

La lista de libertades básicas de Rawls contiene libertades y derechos importantes. Sin embargo, algunos otros no se encuentran en la lista; por ejemplo, la libertad de movimiento y la libre elección de ocupación, o derechos importantes como el derecho a un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos.²⁶⁶ En el sistema de Rawls, estos derechos y libertades son simples "esencias constitucionales",²⁶⁷ y, por lo mismo, no pueden restringir las libertades básicas, que son consideradas como más urgentes. Los derechos humanos, de acuerdo con Rawls, son "un apropiado subconjunto de derechos en posición de los ciudadanos dentro de un régimen liberal constitucional",²⁶⁸ y "una clase especial de derechos urgentes".²⁶⁹ De este modo, se podría esperar que el subconjunto de las libertades más importantes está representado por los derechos humanos. En la lista de derechos humanos de Rawls, sin embargo, encontramos algo más: como parte del derecho a la vida se encuentra el derecho al mínimo social de subsistencia, incluyendo la seguridad económica mínima.²⁷⁰ Esto

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 6 y 294.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 296.

²⁶⁶ Véase pie de nota 26.

²⁶⁷ Rawls, John, *Political Liber...*, cit., pp. 228-230.

²⁶⁸ Rawls, John, *Law of...*, cit., p. 81.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 79.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 65.

88 / Martin Borowski

constituye una parte del derecho a un mínimo social que cubra las necesidades esenciales de los ciudadanos, que es una simple "esencia constitucional". ¿Por qué el derecho a un mínimo social es más urgente que algunas de las otras libertades básicas en el sistema de Rawls? Como simple "esencia constitucional", podría esperarse que este derecho se quedara corto frente al estándar reflejado por el subconjunto de los derechos humanos. Y si esto es así, ¿por qué este derecho puede ser limitado en su contenido, considerando que el derecho de asociación, que no es un elemento del "apropiado subconjunto de libertades básicas", a saber del grupo de los derechos humanos, no puede serlo?²⁷¹ Esta aparente inconsistencia muestra qué tan difícil es definir una clase de derechos mientras al mismo tiempo se da prioridad absoluta a otra clase de derechos.

B. *Prioridad absoluta y prioridad relativa*

Debemos conceder un punto a Rawls, en el sentido de que la ponderación no tiene un resultado previsible en todos los casos. Diferentes personas pueden y llegan a diferentes resultados al pensar y ponderar derechos. El ejercicio de ponderación es, con todas sus críticas, un procedimiento racional para tomar decisiones en problemas normativos.²⁷² La tesis de prioridad absoluta de Rawls es demasiado fuerte. Muchas restricciones a las libertades básicas o derechos básicos pueden justificarse mediante el conflicto de libertades básicas o derechos básicos.²⁷³ Por ejemplo, asegurar la protección de los animales en contra de la tortura no está amparado por un derecho básico. Si las reglas religiosas prescriben o permiten el consumo de carne solamente si el animal ha sido matado por un método especial sin anestesia, no hay, de acuerdo con

²⁷¹ Rawls, John, *Political Liber...*, cit., p. 364.

²⁷² Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1998, pp. 134-154.

²⁷³ Esto presupone que no todos los bienes colectivos pueden ser reducidos completamente a derechos individuales. Véase Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, pp. 243-256.

La libertad religiosa como un derecho fundamental legal... / 89

Rawls, ninguna base para la prohibición de la práctica. Aunque no es un resultado imposible, es considerado como contraintuitivo.²⁷⁴

La ausencia de una prioridad absoluta no implica la inexistencia de una prioridad como tal. "Prioridad" puede ser utilizado en un sentido relativo. Esta prioridad relativa es una prioridad *prima facie* que puede asumir distintos grados de fuerza, dependiendo del peso general asignado a los diferentes derechos y bienes, ya sea desde una prioridad débil hasta una prioridad fuerte, casi absoluta. Un amplio rango de intensidades variables de prioridad es posible.²⁷⁵ El resultado es un modelo más flexible, y la prioridad *prima facie* vincula peso y ponderación de tal manera que una indeterminación grave no pueda debilitar la protección de los derechos fundamentales.

²⁷⁴ Starck, Christian, en Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *op. cit.*, artículo 4o., secciones 1, 2 GG, en el margen número 36.

²⁷⁵ Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 43-47 y 310.