

| ARTÍCULO

El orden público ante la libertad religiosa. Reflexiones sobre un debate¹**Public order before religious freedom. Reflections on a debate**

Patrice Rolland
Profesor emérito
EPHE / CNRS, Groupe Sociétés, Religions, Laïcités (GSRL)
Universidad Paris Est Val de Marne

Fecha de recepción 24/05/2020 | De aceptación: 13/10/2020 | De publicación: 28/12/2020

RESUMEN.

Una práctica religiosa –el uso del velo integral– abrió un debate importante sobre los límites del orden público en relación con la libertad religiosa. A raíz del *Étude* del Consejo de Estado adoptado en 2010,² se hicieron varias distinciones: entre una concepción material e inmaterial del orden público, entre una concepción clásica y una concepción renovada y, en el plano político, entre una concepción liberal y una concepción «republicana». El vínculo del orden público respecto a la libertad religiosa no es exactamente igual al que mantiene con el resto de libertades, ya que la historia política los ha unido en la reflexión sobre los fundamentos del Estado moderno. La búsqueda y justificación de los límites de la libertad religiosa conduce a un cuestionamiento más general del modelo político y social de la comunidad humana. Dicho de otro modo, este debate sobre el contenido del orden público se basa en si a las religiones, más allá del respeto del orden público en sentido estricto, se les puede exigir respetar el orden moral de una sociedad secularizada.

PALABRAS CLAVE.

Orden público, libertad religiosa, Estado de derecho, laicidad, velo integral.

ABSTRACT.

A religious practice –the use of the integral veil– opened an important debate on the limits of public order in relation to religious freedom. Following the *Étude* of the Council of State adopted in 2010, several distinctions were made: between a material and immaterial conception of public order, between its classical conception and a renewed one and, on the political level, between the liberal and the «republican» conception. The link between public order and religious freedom is not exactly the same as the one it maintains with other freedoms, since political history has united them in reflecting on the foundations of the modern state. The search and justification of the limits of religious freedom leads to a more general questioning of the political and social model of the human community. In other words, this debate on the content of public order is based on whether religions, beyond respecting public order in the strict sense, can be required to respect the moral order of a secularized society.

KEY WORDS.

Public order, religious freedom, rule of law, secularism, integral veil.

¹ El presente trabajo, con traducción del francés de Emilia Bea Pérez, se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+I «Justicia penal preventiva y tutela del orden público» (ref.: DER2016-77947-R; Ministerio de Ciencia e Innovación, AEI/ FEDER, UE).

² FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. Informe aprobado por la asamblea general plenaria del Consejo de Estado el jueves 25 de marzo de 2010.

Sumario: 1. La libertad religiosa frente al orden público. 1.1. El orden público liberal y la cuestión religiosa. 1.2. La confrontación de dos órdenes globales. 2. La libertad religiosa cuestiona la noción de orden público. 2.1. Una pregunta sobre la naturaleza del orden público. 2.2. Una respuesta constitucional incierta, 3. ¿Qué orden público para la libertad religiosa? 3.1. La libertad religiosa y el orden en el Estado. 3.2. La libertad religiosa y el orden en la sociedad. Conclusión. Bibliografía

1. La libertad religiosa frente al orden público.

En relación con estos límites del orden público, ¿está la libertad religiosa en la misma situación que otras libertades? Si es así formalmente, desde un punto de vista material sus propias características la colocan en una posición bastante diferente. Su relación recíproca es una de las cuestiones políticas y jurídicas más importantes de la vida social.

1.1. El orden público liberal y la cuestión religiosa.

Existe un vínculo histórico excepcional entre la libertad religiosa y la construcción del orden público liberal. Este se formó resolviendo la cuestión de la pluralidad conflictiva de las creencias religiosas y asegurando la supremacía del Estado sobre las religiones. La elección liberal —la que hace hincapié en la preservación de los derechos y las libertades— se ha basado en la cuestión teológico-política. En 1776, la declaración del Estado de Virginia proclamó en el artículo 18 la libertad de conciencia y de culto «salvo que, bajo el pretexto de la religión, se perturbara la paz, la felicidad o la seguridad de la sociedad». En 1789, en lo que concierne a la libertad de opiniones «inclusive religiosas», el artículo 10 de la Carta de Derechos reconocía este mismo principio «siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley». La religión se libera de todas las limitaciones o tutelas siempre que respete el orden público de una comunidad política cuyo único propósito es garantizar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. La Ley de 1905 completa, con el principio de separación, lo que la Declaración de 1789 había prometido y dejado entrever. Por primera vez en Francia, se concede una auténtica y completa libertad religiosa. La separación de los dos ámbitos, el religioso y el político, puso fin a las relaciones inestables y desiguales entre el Estado y las creencias religiosas. Con la derogación del Concordato y los artículos orgánicos, el alcance de la libertad religiosa depende ahora del contenido concreto que las autoridades den al concepto de orden público. La importancia de la cuestión del respeto al orden público está en consonancia con la libertad y autonomía que se concede a las religiones.

Por lo tanto, desde un punto de vista formal, la libertad religiosa se trata de la misma manera que todas las demás libertades. El principio del laicismo del Estado y el principio de separación establecido en 1905 marcan el sometimiento de las convicciones religiosas a la soberanía del Estado en el ámbito temporal y el fin de los conflictos de autoridad entre el poder civil y el religioso. Los principios de libertad de conciencia e igualdad ante la ley abrogan la distinción entre las religiones reconocidas y no reconocidas y entre las creencias no religiosas y religiosas. El legislador de 1905 dedujo inmediatamente el sometimiento de las religiones al derecho común que rige las libertades. El artículo 25, dispensando de las formalidades del artículo 8 de la Ley de Reuniones Públicas de 1881, asimila las reuniones para el culto y les restituye una libertad de organización significativa. La ausencia del dispositivo encargado de prohibir el discurso contrario al orden público y a la moral es una presunción liberal, pero el principio no puede desaparecer: exentas de esta obligación, las reuniones religiosas «permanecen bajo la supervisión de las autoridades en interés del orden público». Para no hacer una excepción en favor de la religión, el legislador, por ley de 28 de marzo de 1907, prefirió incluso modificar el derecho común liberalizándolo por la abolición de la obligación de declaración previa de reunión pública «cualquiera que sea su propósito». La prueba más explícita de esta sujeción al orden público de derecho común, que también es una marca de liberalismo en el reconocimiento de la expresión religiosa, es el principio establecido en el artículo 25 de la Ley de 1905. Si bien el proyecto del Gobierno, apoyado a este respecto por el ponente Aristide Briand, había previsto la prohibición de las ceremonias de culto externas, la Cámara de Diputados, en un breve debate, optó por someterlas a los principios del orden público común. En la reunión de 26 de junio de 1905 en la Cámara de Diputados, las intervenciones y enmiendas de Groussau, Noulens y Ribot obtuvieron el rechazo del proyecto gubernamental. Ribot dijo: «No hagamos distinción entre las manifestaciones de carácter religioso y las que tengan un carácter completamente diferente. ¿Afecta al orden público, sí o no? Esa es la cuestión fundamental³.» Desde entonces, la solución consistía en someter al derecho común –el del actual artículo L. 2212-2 3- CGCT– la expresión de todas las creencias. El Consejo de Estado dio inmediatamente cobertura a esta nueva libertad en las ceremonias de culto externas que menos afectaban al orden público en la calle (la administración domiciliaria del viático y los funerales). El argumento de mantener el orden público por el riesgo de desórdenes justificó las prohibiciones de las procesiones durante un periodo de tiempo; pero progresivamente antes de 1914 y luego completamente entre las dos guerras, el Consejo de Estado cambió la antigua presunción de

³ *Journal Officiel de l'Assemblée Nationale*, 26 junio de 1905, p. 2490; véase también P.-H. PRÉLOT, « Les signes religieux et la loi de 1905 », *Société, droit et religions*, n° 2, 2011, p. 29-33.

riesgo de disturbios en favor de las procesiones tradicionales⁴. Esta posición se mantuvo cuando surgieron los «nuevos movimientos religiosos», confirmando el carácter liberal de la sujeción al derecho común. La prohibición de la prefectura respecto a las manifestaciones religiosas en un edificio privado podría basarse en la seguridad pública o la tranquilidad pública, pero no en la prohibición de la celebración de «manifestaciones, ceremonias, reuniones u oficios de cualquier tipo». La prohibición absoluta no correspondía a las «necesidades del orden público» previstas en el artículo 1° de la Ley de 1905.⁵

1.2. La confrontación de dos órdenes globales

La creencia religiosa tiene un carácter comprensivo que no pertenece a otras libertades. Esto la diferencia materialmente de las convicciones filosóficas, aunque todas ellas están tratadas por igual por la ley. Las religiones pueden pretender, y lo han hecho muy a menudo, orientar toda la vida y las acciones del creyente⁶. A diferencia de las opiniones o creencias filosóficas, la religión suele generar un fuerte sentido de obligación en el creyente. Desarrolla a menudo normas morales relativas a la sexualidad, el matrimonio, la paternidad y la familia en general, que pueden regirse por normas de derecho interno (derecho canónico, disciplina, etc.) que acentúan el sentido de la obligación, aunque normalmente no están sancionadas por la ley estatal. En muchos casos, la religión todavía inspira prácticas individuales o colectivas, de carácter corporal, alimentario, etc. que tienen un significado social más allá de la privacidad. Aunque no todas tienen un enfoque «integrista», la virtualidad existe dentro de las grandes tradiciones religiosas.

Por lo tanto, son dos órdenes globales o comprensivos los que se enfrentan, el del orden público del Estado liberal, que pretende servir como marco y condición de existencia para todas las demás doctrinas que guían al hombre en su vida y actividad, y el que la religión propone al creyente para poner en orden su existencia. Están, en teoría, jerarquizados y el choque de la religión y el Estado en el mundo occidental se ha resuelto históricamente por el sometimiento de las religiones a la soberanía del orden estatal. Su orden público se impone incontestablemente y la jerarquía de órdenes (jurídicos) está claramente determinada. Las tensiones son siempre posibles, ya sea por pretensiones religiosas integristas más o

⁴ Sobre todas estas cuestiones, véase el estudio detallado de J.-F. AMEDRO en su tesis *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République*, Panthéon-Assas Paris II, 2011, especialmente p. 573-616.

⁵ Conseil d'État, 14 mai 1982, *Association internationale pour la conscience de Krisna (AICK)* : D. 1982, p. 516, note BOINOT et DEBOUY.

⁶ La doctrina católica de la *societas perfecta* lleva al extremo la comparación igualitaria con el Estado y la idea de un orden de la misma importancia, aunque diferente.

menos fuertes, o, sobre todo, por una frontera imprecisa entre lo temporal y lo espiritual. La ley de 1905 corría el riesgo de derogar el mecanismo galicano de resolución del problema (Artículos Orgánicos). La causa fundamental de la confrontación es la que siempre hace temblar toda soberanía terrestre: ¿a quién debe obedecer el creyente en última instancia? La ley, en algunos casos raros, se adelanta a las objeciones de conciencia organizándolas ella misma. Para el caso del personal médico implicado en la interrupción voluntaria del embarazo, la excepción es, sin embargo, criticada en nombre del servicio público, que debería prevalecer sobre el derecho privado y la moral religiosa del médico o enfermero. Lo mismo se decía respecto a la obligación militar, un principio inmutable durante mucho tiempo de sacrificio ciudadano en defensa del Estado. La negativa de los Testigos de Jehová les ha valido fuertes sanciones. Un servicio militar alternativo que reconoce la objeción de conciencia, favorecido por una evolución de las condiciones materiales de la defensa de la patria, ha sabido preservar una forma de igualdad entre los ciudadanos.

La cuestión religiosa, desde el principio, plantea una pregunta existencial al Estado. El cuestionamiento del concepto y el contenido de su orden público es un reflejo de ello. ¿La secularización de las sociedades occidentales plantea nuevas preguntas y transforma la solución histórica liberal?

2. La libertad religiosa cuestiona la noción de orden público

Los debates en torno al fenómeno de la ocultación del rostro, que se referían directa y casi exclusivamente a una práctica religiosa, han llevado a su punto culmen la pregunta sobre la naturaleza y el contenido del orden público: ¿los motivos clásicos bastan para justificar una prohibición general y permanente en lo que concierne a una libertad fundamental? Se han ido dando respuestas divergentes, sancionadas por una solución constitucional definitiva.

2.1. Una pregunta sobre la naturaleza del orden público

Las prácticas religiosas ya habían dado lugar a este interrogante. Una decisión de la Asamblea del Consejo de Estado por la que se deniega a una asociación su carácter de culto, informada por las conclusiones del Comisario del Gobierno de Delon, había despertado críticas en la doctrina⁷. Este último había mencionado, debido a la negativa de la transfusión de sangre por parte de los Testigos de Jehová,

⁷ Conseil d'État, asamblea, 1 de febrero de 1985, *Assemblée chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »* : RDP 1985, p. 483-509, concl. F. DELON et note J. ROBERT ; AJDA 1985, p. 232-233, obs. L. RICHER ; RFDA 1985, p. 566-574, note P. SOLER-COUTEAUX.

el desconocimiento de «un elemento de nuestro orden público social al que el artículo 375 del Código Civil proporciona protección». Había reconocido prudentemente la dificultad de definir el orden público en relación con una técnica médica en evolución que pudiera permitir una atención equivalente sin transfusión de sangre. Por lo tanto, el orden público debía garantizar, en el estado de las ciencias médicas, el derecho a la salud de los niños menores a través de la asistencia educativa. Pierre Soler-Couteaux señaló que el juez civil, en virtud del artículo 375, pero también el juez penal, estaban en condiciones de garantizar este derecho a la salud de los niños y que negar a una asociación la condición de apta para el culto por esta razón era una respuesta inadecuada. Jacques Robert, con la denuncia de una «decisión inquietante» se colocaba más directamente en el terreno del respeto a la libertad religiosa, recordando, según una definición clásica, que «el orden público está dirigido a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos». Él veía en esta decisión una interferencia en el funcionamiento de una religión, en sus ritos y prácticas. Del razonamiento propuesto por las conclusiones de Delon sacó la conclusión de que también se deben examinar las prácticas de ayuno de los musulmanes, que podrían socavar un cierto orden público económico mediante una desaceleración de la actividad económica, o las prácticas vegetarianas de ciertas sectas, o la negativa al aborto entre los católicos que conllevan riesgos para la salud de las mujeres. La resolución de 24 de abril de 1992 *Département du Doubs c. Époux Frisetti* confirmó esta idea de un orden público social al validar una denegación de adopción por garantías insuficientes en las condiciones de acogida asociadas al rechazo de la transfusión de sangre. La inquietud suscitada por esta jurisprudencia respecto a la libertad religiosa y al contenido del orden público que se le opone ya no parece ser de actualidad. Los tribunales están ahora atentos a la realidad de los hechos en la vida familiar tras una investigación social⁸. El argumento de orden público ya no puede oponerse de manera abstracta y general; más exactamente, es el simple resultado del respeto a la ley. Por lo tanto, la concepción clásica y liberal del orden público parece resistirse a los intentos de ampliar su contenido. Varias decisiones relativas a la orden iniciática *Association du Vajra Triomphant* le negaron el carácter de culto o congregación por violaciones del orden público relacionadas con la construcción de estatuas gigantes. El argumento no se refería al respeto de un orden público estético que habría ampliado indebidamente el concepto, sino más bien sobre el motivo clásico de los atentados al orden público resultantes de procesos penales o de la negativa a ejecutar una decisión judicial que se ha convertido en definitiva⁹. En el caso del burkini, en

⁸V. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2^a ed. 2013, p. 163.

⁹ Conseil d'État, 28 de abril de 2004, *Association culturelle du Vajra triomphant* ; CAA Paris, 18 de febrero de 2005, *Association culturelle du Vajra Triomphant* ; 9 de junio de 2006, *Ministre de l'Intérieur c. Association « Congrégation du Vajra Triomphant »*.

el que la moral y los códigos sociales dominantes podrían haber sido invocados contra un atuendo con connotaciones religiosas, el Consejo de Estado mantuvo una apreciación clásica de los atentados al orden público entendidos materialmente¹⁰.

El *Étude* del Consejo de Estado de 2010,¹¹ sin embargo, vuelve de una manera particularmente exhaustiva al concepto de orden público. No ignora la existencia de una dimensión no material fundada en nociones de moralidad y dignidad. Pero señala que su base jurídica no es tan sólida como en la concepción clásica apoyada principalmente en una concepción material del orden. Una prohibición general no se podría basar solo en ella. Habría que recurrir a una concepción «renovada» y «autónoma» del orden público «sin precedentes en derecho»¹². Consistiría en «una base mínima de exigencias recíprocas y garantías esenciales de vida en sociedad¹³». Se llega, así, a esta visión de conjunto de la noción de orden público: «Si comporta hoy en día acepciones diferentes según las ramas del derecho en que se despliega, parece que el orden público toca aspectos fundamentales de la vida en sociedad y, por consiguiente, una base común de requisitos y prácticas». La novedad de esta concepción jurídicamente inédita del orden público se precisa todavía más como el paso de una concepción del orden público como un «baluarte» contra los abusos de la libertad a una concepción «positiva» en tanto que «base de exigencias fundamentales que garantizan su libre ejercicio»¹⁴. La insistencia en el carácter solo material del orden público en el sentido de que se refiere a hechos o acciones, apoyada frecuentemente en la afirmación de Hauriou sobre la policía administrativa, tiene un propósito liberal innegable en el sentido de que se trata de proteger la libertad de conciencia y de atenerse a un orden puramente externo¹⁵. No se puede olvidar, sin embargo,

¹⁰ Conseil d'État, orden de 26 de agosto de 2016, n° 402742 y 402777, *Ligue des droits de l'homme et autres et Association de défense des droits de l'homme – Collectif contre l'islamophobie en France* et 26 de septiembre de 2016, n° 403578, *Association de défense des droits de l'homme – Collectif contre l'islamophobie en France*.

¹¹ FRANCIA. CONSEJO DE ESTADO, *Op. Cit.*

¹² A partir de este *Étude*, se suele hablar de una «concepción inmaterial del orden público» (S. HENNETTE-VAUCHEZ y D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2013, p. 248-250; véase también A. LEVADE, «La loi du 11 octobre 2010 au prisme du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel», *Revue du droit des religions*, n° 2, 2016, p. 44). La expresión es equivocada porque, como indica Hauriou, viene a ser como una contraposición a la concepción tradicional que es puramente material. El Consejo de Estado no utilizó esta fórmula, distinguiendo tres elementos del orden público: su componente material, no material y «autónomo». A este último sólo se hace referencia por su contenido cuando se le podría designar como «orden moral».

¹³ FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹⁵ «El orden que las administraciones públicas pretenden mantener es el orden material. Las autoridades administrativas persiguen el desorden en sus manifestaciones externas, en la calle, en lugares públicos, pero no pueden pretender lograr el orden moral, el orden dentro de la conciencia. Por lo tanto, son radicalmente incompetentes, porque teniendo solo recursos materiales para el mantenimiento del orden, si los usaran contra la conciencia, caerían en la Inquisición y la opresión». *Précis de droit administratif et de droit public*, París, Sirey, 1933, p. 58.

que el mismo Maurice Hauriou –en su *Précis de droit constitutionnel* ciertamente– recuerda la importancia del «orden en las ideas u orden moral» que distingue del orden material consagrado únicamente a los intereses materiales¹⁶. Todas las ideas no son buenas y algunas son muy malas. Sin embargo, «si el orden en las ideas es más indispensable que el orden material, por otra parte, es más difícil de establecer, al menos en períodos de discusión». Él constata que el Estado moderno sólo se ha ocupado durante mucho tiempo del orden material porque la Iglesia aseguraba la policía de las ideas. La laicidad ha hecho más difícil la evidente tarea educativa que le incumbe porque no puede enseñar ni la religión ni la moralidad religiosa. También reconoce que el desarrollo de la pluralidad de creencias dificulta la determinación y protección de este orden moral. Por lo tanto, Hauriou sostiene una concepción más amplia del concepto de orden público que la consagrada en el derecho administrativo: un orden social desglosado en orden moral y en orden material confiado a diferentes autoridades. ¿No correspondería la «concepción renovada» del orden público a este orden social?

2.2. Una respuesta constitucional incierta

¿Ha consagrado el Consejo Constitucional una nueva concepción del orden público? Con un criterio de control mínimo, constata en su decisión *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* de 7 de octubre de 2010¹⁷ que «el legislador ha considerado que tales prácticas pueden constituir un peligro para la seguridad pública y desconocen los requisitos mínimos de la vida en sociedad. [...] De este modo, el legislador ha completado y generalizado reglas hasta ahora reservadas para situaciones puntuales con fines de protección del orden público.» Con ello parece haber rechazado la idea de una concepción novedosa del orden público y ver en la intervención legislativa solo una mera generalización y racionalización de prácticas anteriores. La comparación de las dos fórmulas cercanas del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional podría ser significativa. El primero habla de «una base de requisitos fundamentales que garanticen su [las libertades] libre ejercicio»¹⁸. El segundo, en una fórmula breve inspirada en el *Étude* pero más general, habla de «exigencias mínimas de la vida en sociedad». Parece justificar prohibiciones absolutas en la medida en que ya no establece un vínculo con el ejercicio y la garantía de las libertades y prescinde de una apreciación de la proporcionalidad. Esta fórmula del Consejo

¹⁶ *Précis de droit constitutionnel*, París, Sirey, 1929, p. 62-67 y siguientes.

¹⁷ Conseil Constitutionnel, 7 de octubre de 2010, n° 2010-613 DC, apartados 4 y 5.

¹⁸ Esta fórmula (p. 27) reproduce con una ligera modificación la fórmula de la p. 25: «el nivel mínimo de exigencias recíprocas y de garantías esenciales de la vida en sociedad».

Constitucional presenta los mismos rasgos formales que la noción de orden público: un carácter general e impreciso capaz de responder a todo tipo de situaciones o circunstancias. Tiene el mismo carácter de evidencia, pero sin contenido preciso en tanto que no le ha sido dado por una decisión de las autoridades. Desde un punto de vista más sociológico, la fórmula del Consejo Constitucional puede referirse al conjunto de valores defendidos por la *major et sanior pars* de la población, lo que tradicionalmente se llamaba las «bonnes mœurs»¹⁹. A fin de cuentas, la noción de «exigencias fundamentales» adoptada por el Consejo de Estado no escapa a un debate permanente en función de situaciones concretas. La cuestión de quién determina en última instancia su contenido se convierte así en una cuestión constitucional y política esencial: ¿el legislador, el poder de la policía bajo el control del juez? El calificativo de «mínimo» utilizado por el Consejo Constitucional no proporciona una respuesta más precisa y tratándose de un contexto religioso en Francia, la noción puede interpretarse de dos maneras diferentes: una interpretación formal y liberal que haga hincapié en la libertad y el pluralismo, o una interpretación sustancial y «republicana» que desarrolle valores obligatorios o al menos no derogables. Se pasaría de un orden público entendido en sentido estricto, es decir, un orden político, a un orden moral y social, el de las costumbres de una sociedad²⁰.

3. ¿Qué orden público para la libertad religiosa?

La distinción de Jean Dabin entre dos órdenes públicos –orden en el Estado y orden en la sociedad– podría aclarar el debate²¹. El carácter global de la creencia religiosa, que se despliega en las diversas ramas del derecho, la hace susceptible de afrontar tanto el orden en el Estado como en la sociedad. Esta dualidad permite señalar los desafíos y designar de forma diferente las distinciones planteadas por el *Étude* del Consejo de Estado. Bajo el término «concepción clásica» del orden público, se trataría esencialmente del orden en el Estado, y bajo el de «concepción renovada», se trataría del orden en la sociedad. El orden público en el sentido clásico se refiere a los principios y valores necesarios para el Estado; lo que va más allá, revela un orden moral, es decir, valores compartidos por la sociedad. El

¹⁹ Anne Levaide estima que «sin embargo, no se ha dado un paso en firme que consistiría en reconocer la existencia de un orden público inmaterial [...]» (art. cit., p. 44).

²⁰La expresión «orden moral», por razones políticas, ha adquirido un significado peyorativo de carácter conservador, que se opone a la libertad de los individuos. René Chapus señala que el término «buen orden moral» tiene la ventaja de ser una expresión más aceptable y que la existencia de una moral pública en el orden público no está puesta en duda (*Droit Administratif Général*, tomo 1, París, Montchrestien, 15a edición, 2001, p. 707). Una expresión neutral sería hablar de «orden de la moral».

²¹ Citado por P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, París, LGDJ, 1962, p. 70-75.

primero es «neutro» en términos de convicciones, especialmente religiosas, porque respeta el principio de separación e impone sólo valores objetivos, es decir, los relacionados con la existencia misma del Estado. El concepto «renovado» o «autónomo» establece valores sociales por encima de lo que tradicionalmente se considera necesario para la existencia del orden de un Estado democrático y liberal. El Consejo de Estado —«clásico»— estaría más dispuesto a atenerse al orden en el Estado y a los valores (materiales o no) que le son necesarios. El Consejo Constitucional parece abrir, validando lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llamado una «elección de cada sociedad»²², la posibilidad de adoptar valores sustanciales y no neutros, es decir, un orden moral, que necesariamente limitará la pluralidad de creencias, o más bien la de sus expresiones²³. En una sociedad que ha hecho elección de libertad, esta no puede ser vivida de la misma manera, en materia religiosa, en una o en otra concepción del orden público.

3.1. La libertad religiosa y el orden en el Estado

La distinción entre la dimensión material y la no material del orden público no debe ser exagerada. En el terreno en que prevalece la neutralidad axiológica del Estado, este orden se encarga de asegurar el orden material, pero también los valores políticos sustanciales y «no materiales» que sustentan al Estado. Hauriou hablaba de una «legítima defensa del Estado». Sabiendo que este Estado es democrático y laico, ¿cómo pueden las creencias religiosas verse afectadas por este aspecto del orden público? La cuestión se resuelve abstractamente por el principio de separación que coloca a cada uno en su orden preservando la jerarquía. El orden del Estado es el orden global o general que autoriza la existencia de estas convicciones globales particulares.

Elsa Forey sintetiza los principales elementos de este orden público que se impone a las religiones en torno a tres grandes áreas: el respeto de la soberanía del Estado en el orden temporal y, en consecuencia, el respeto de su derecho; el respeto de los derechos y libertades fundamentales; y el respeto del orden público de derecho común (orden material)²⁴. La característica principal de este orden público es que es

²² En su sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *SAS c. France* de 1 de julio de 2014, § 153.

²³ Sobre la distinción exacta entre el concepto de orden público y el de orden moral véase P. ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre public*, tesis París II, 1976, p. 693-713; véase también G. KARAVOKYRIS, *L'autonomie de la personne en droit public français*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 638-654.

²⁴ Véase E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Estrasburgo, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, especialmente p. 151-174.

«liberal» en el sentido de que está orientado hacia la realización y la garantía de las libertades. No puede caracterizarse sólo como material porque contiene elementos intangibles (moralidad pública, buen orden). Es mucho mejor llamarlo externo porque es el que renuncia al control del fuero interno y se limita a organizar la coexistencia de creencias en el espacio público²⁵. La moralidad que se tiene en cuenta es pública en el sentido de que solo incumbe al derecho en función de la publicidad dada a los hechos. Este orden del Estado acepta distinguir entre sus propios valores y los de las órdenes religiosas: la ley de 1905 no impuso un principio de organización democrática a las iglesias. Las respeta en su derecho interno, al que a veces puede conferir excepcionalmente fuerza de ley. El principio de separación no puso fin a la asimilación judicial del secreto de confesión ni a las confidencias hechas a los ministros del culto o al secreto profesional. Sin embargo, en el curso de los casos penales, esto se cuestiona habitualmente como una excepción injustificable. Es, al final, el orden de una «sociedad abierta» el que conserva la libertad de opinión y expresión de las «minorías» desafiando o criticando ciertos valores de la sociedad protegidos o promovidos por la ley. Este orden deja subsistir un espacio para la crítica de las leyes con la condición de respetar los derechos de los demás establecidos por ellas y el orden público material. Las religiones pueden criticar el aborto, las cuestiones ligadas al género o a la homosexualidad (matrimonio, procreación, paternidad), leyes bioéticas, etc. Por lo tanto, todavía pueden prescribir a sus miembros actitudes que impliquen la negativa a aplicar la ley siempre que sea supletoria o dispositiva. La cuestión es saber si la opinión dominante acepta la distinción entre la crítica y la intrusión en los derechos reconocidos por la ley: ¿no equivaldría la crítica a fomentar una forma de discriminación o una limitación concreta de los derechos legalmente reconocidos? La solución liberal es la misma que para la crítica de la religión, cuya libertad sólo puede ser atacada por acciones y no por la expresión de una opinión desfavorable. Sólo una excesiva preocupación por la prevención puede llevar a subestimar el significado de esta distinción.

Los debates recurrentes en Francia sobre la visibilidad de lo religioso en el espacio público muestran una sociedad menos tolerante que su Estado respecto a la pluralidad de convicciones y la tentación de hacer sancionar por ley lo que se debería afrontar sólo por la sola regulación a través de las costumbres y los hábitos culturales.

²⁵ La introducción de la dignidad constituye una excepción y resulta problemática.

3.2. *La libertad religiosa y el orden en la sociedad*

El orden en la sociedad ya no se refiere directamente al orden político, sino más bien a un orden en las costumbres. ¿Se debe ir más allá de la protección de los valores del Estado liberal y democrático? ¿La protección de los valores dominantes de la sociedad –lo que no debe dudarse en llamar buenas costumbres u orden moral– participa también de la protección de esta sociedad política destinada a la garantía de los derechos y libertades? Las condiciones de la vida común, especialmente «las exigencias mínimas de la vida en sociedad», ¿se reducen a las condiciones de un Estado laico y liberal, o hay que proteger el Bien más allá de lo Justo? ¿Es necesario un orden moral en toda sociedad como pensaba Hauriou, aunque ya era sensible a la dificultad de preservarlo en una sociedad en proceso de pluralización? ¿Para dar contenido a las «exigencias mínimas de la vida en la sociedad» en el contexto de una sociedad secularizada, en qué medida se pueden imponer valores comunes más allá de los que garantizan la coexistencia pacífica de las creencias? La importancia del pluralismo en la definición de la democracia, reiterada constantemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace particularmente difícil determinar aquello que lo limita en materia religiosa. En muchos temas, una presión social o mediática se hace cada vez más fuerte a la hora de imponer el conformismo ante la nueva moralidad o las «buenas costumbres» de una sociedad secularizada donde las religiones y sus valores ya no ocupan el mismo lugar que antes. Nuevas preguntas son dirigidas a las religiones, cuyas soluciones pesarán eventualmente sobre su libertad.

¿Cómo podemos entender una petición de integración en la sociedad cuando está dirigida a una sociedad que proclama la libertad y el pluralismo de creencias? El hecho de la inmigración y de religiones no habituales da mayor agudeza a un problema tan antiguo como las religiones ya que no han sido las de la ciudad. La controversia sobre el rechazo de naturalización da una representación significativa de esta exigencia de integración, tanto política como cultural, dirigida directamente a los creyentes e indirectamente a sus iglesias o comunidades²⁶. ¿Puede exigirse una integración política más amplia por encima de la mera sumisión a las leyes de la República bajo la forma de integración en las religiones de una especie de ethos republicano? El legislador de 1905 había renunciado a imponer a la Iglesia Católica

²⁶ Véase el informe elaborado por F. DIEU, «La radicalisation religieuse saisie par le juge administratif», en O. BUI-XUAN (dir.), *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 127-131. La adquisición de la nacionalidad se puede denegar válidamente por activismo religioso, declaraciones hostiles a los valores republicanos, la negativa a reconocer la igualdad entre hombres y mujeres, incluso por la práctica del radicalismo religioso. Hay que anotar que la importancia de este contencioso está vinculada a casos en los que no existen derechos adquiridos de naturalización y a la presunción de un deseo de integración.

(o a otras iglesias) el principio de organización democrática. El Tribunal Europeo preserva firmemente el principio de autonomía de la organización, por ejemplo, rechazando extender el principio de libertad sindical al clero²⁷. La cuestión de la organización democrática había sido propuesta por la Misión Interministerial de Lucha contra las Sectas (MILS) como prueba de integración para nuevos movimientos religiosos, permitiéndoles escapar de la caracterización negativa de la secta. Bajo una forma atenuada, la cuestión ha vuelto en el fallido proyecto gubernamental de organización del Islam en Francia de enero de 2019, con una preferencia muy marcada por la asociación de culto respecto a la de 1901. Los aspectos culturales de la integración se presentan esencialmente en el plano educativo. El largo episodio jurídico de los signos de pertenencia religiosa en la escuela pública ha dado la medida de una exigencia social y política de integración que hizo pesar sobre las religiones una auténtica restricción. Pero una relativa libertad de elección ha sido preservada simultáneamente gracias a la existencia de un sector de escuelas libres de carácter religioso, una alternativa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado repetidamente. No obstante, la ley de 2004, que puso fin a casi quince años de polémicas y controversias, eligió para la escuela pública el modelo menos pluralista de integración, en oposición al propuesto por la circular Jospin. En cambio, fue la solución liberal la que prevaleció por lo que concierne a «los niños que escapan de la escuela de la República»²⁸: en un contexto sensibilizado por la cuestión de las sectas, la ley de 18 de diciembre de 1998 se limitó a reforzar el control de la obligación escolar sin afectar al derecho a educar a los niños en centros no concertados, en comunidad o en la familia.

El surgimiento de un nuevo orden de «buenas costumbres», el de los valores del individualismo secular que reemplaza gradualmente al viejo orden «burgués», dirige a las religiones múltiples preguntas. La visibilidad en el espacio público constituye un test significativo de integración en las costumbres dominantes: ¿las religiones y los creyentes tienen que «fundirse en el paisaje»? En el asunto del burkini, el Consejo de Estado mantuvo la solución liberal que autoriza el uso en público, a pesar de su extrañeza, de una prenda con significación religiosa. El orden público cuando protege estas «buenas costumbres» incumbe aquí principalmente al derecho civil y al derecho penal. Los conceptos de la vida privada (sexualidad, matrimonio, filiación, aborto, etc.) son áreas donde las religiones pueden ser minoritarias en relación a la opinión pública contemporánea y a las costumbres dominantes. La solución liberal supone

²⁷Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 9 de julio de 2013, n° 2330/09, *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, §§ 136 y 162-166.

²⁸ De acuerdo con lo que indica J.-Cl. CARLE, *Obligation de scolarité et contrôle de l'obligation scolaire*, París, Sénat, n° 504 (1997-1998), 17 de junio de 1998.

que la ley sea dispositiva y que el respeto de la ley no impide criticarla. Sin embargo, surgen regularmente propuestas que querrían penalizar la crítica o la propaganda hostil hacia estos derechos reconocidos por la ley. La evolución contemporánea de las costumbres insiste también en la igualdad entre hombres y mujeres. ¿El principio de autonomía interna de los cultos priva al legislador de la capacidad de intervención o hay que dejar a los debates internos de las religiones la tarea de integrarse o adaptarse a este movimiento social fundamental? Sin embargo, es la preocupación por los derechos del individuo la que dirige a las religiones las preguntas más apremiantes. Aparecen nuevas obligaciones o prohibiciones que podrían afectar a la libertad religiosa tal como está actualmente garantizada. ¿Cuál puede ser el alcance de los rechazos opuestos por las creencias religiosas en este ámbito? Desde el punto de vista de la libertad religiosa, la solución liberal, es decir, necesaria y proporcionada, consiste en distinguir el caso de adultos y menores. Si bien las opciones de salud pertenecen a la persona adulta, las del niño quedan bajo supervisión del Estado. El rechazo de la transfusión es aplicable al creyente salvo urgencia vital, pero no en el caso del niño. La objeción religiosa no tiene valor en este caso. La cuestión de la circuncisión infantil confirmó el predominio de un enfoque individualista del tema. En 2012, el Tribunal de Colonia (Landgericht) equiparó la circuncisión a una lesión corporal y el Consejo de Europa en su resolución 1952 (2013) consideró a su vez que se trataba de una violación de la integridad física de los niños. Esta práctica milenaria tanto para los judíos como para los musulmanes, legalmente permitida en Alemania o tolerada por interpretación como en Francia, es confrontada con una petición individualista que objeta la ausencia de consentimiento del niño y el hecho de inscribir definitivamente en su cuerpo una marca de pertenencia religiosa.

Si la preocupación por la salud pública y la protección contra el dolor pueden conciliarse fácilmente con la libertad religiosa, no ocurre lo mismo con las propuestas de participación del niño en la decisión o en la remisión de la circuncisión a una edad más avanzada (14 años o la mayoría). Estos casos son significativos respecto a la falta de conocimiento del carácter familiar y comunitario de la transmisión religiosa: ¿por qué subrayar la falta de elección del niño solo sobre la religión cuando no existe sobre ninguna otra cosa a esa edad? Una nueva visión de la vida animal también se está desarrollando y conduce a la prohibición del sufrimiento animal. La matanza ritual del judaísmo y del Islam está empezando a prohibirse en algunos Estados europeos sin que la objeción de la libertad de las prácticas religiosas baste para detener al legislador. ¿La solución para estos creyentes se resumirá en la opción entre adaptarse o marcharse?

La elección del radicalismo religioso lleva a su máxima expresión los interrogantes jurídicos. Inexistente en el marco del orden público del Estado, ya que se convierte necesariamente en política²⁹, la cuestión se plantea sólo en el marco del orden de la sociedad y de las costumbres. ¿Es posible vivir las propias convicciones religiosas de manera radical, individual o colectiva, a costa de una marginación más o menos fuerte respecto a la vida social ordinaria? ¿La vida monástica de las órdenes contemplativas, la vida en comunidad aislada, los estilos de vida que rompen con el mundo circundante (menonitas, amishs, Tabitha's place, haredim...) son posibles en nuestra sociedad secularizada? ¿En qué son estos modos de vida contrarios «a las exigencias mínimas de la vida en sociedad»? ¿Qué grado de integración hay que exigir sin cuestionar la libertad religiosa cuando el orden público del Estado (que no es sólo material, recordemos) no está en cuestión? En tanto que opinión, el radicalismo religioso es libre; pero está marcado por prácticas religiosas que tienen necesariamente un aspecto social y respecto a esta dimensión la sociedad puede mostrarse más o menos tolerante.

4. Conclusión

El debate sobre la naturaleza y el contenido del concepto de orden público no concierne sólo a la libertad de religión, sino que ha alcanzado relevancia respecto a las prácticas religiosas, suscitando la intervención del Consejo de Estado, del Consejo Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Está determinado por la tradición liberal del derecho de las libertades públicas, a la que el Consejo de Estado denomina la «concepción clásica» y que otros, apoyándose en Hauriou, llaman una concepción «material». Más bien, debería llamarse «externa» pues está concebida para promover el respeto del fuero interno. En la cuestión concreta del uso del velo integral, a juicio de la mayoría, la cuestión de la seguridad pública —elemento del orden público material— no está en juego y, si lo estuviera, la ley proporcionaría todos los medios de protección necesarios. En esas condiciones, ya no podría tratarse de una cuestión de orden público en el sentido tradicional de orden en el Estado, sino de un orden moral en el sentido de un orden en la sociedad. El Consejo de Estado tenía razón al hablar de una «concepción renovada», que consistía en ampliar la concepción tradicional en derecho público, aquella de la policía administrativa. Esta ampliación consiste en la absorción por ley de costumbres, que el

²⁹ El término radicalización es equívoco porque tiene una connotación política; véase el estudio de Olivia Bui-Xuan en la introducción general a *La radicalisation religieuse saisie par le droit* précit., especialmente p. 7-39 y de V. VALENTIN, «Ordre public et radicalisation religieuse» (*ibid.*, p. 61-72). Des del punto de vista de las libertades la cuestión no es otra que la del uso de técnicas preventivas para luchar contra los delitos contra el orden público.

Tribunal Europeo calificó en su decisión *SAS c. France* como «una elección de cada sociedad». Analizando la distinción entre ley y costumbres desde el punto de vista de la sociología del derecho, Jean Carbonnier señaló su movilidad histórica, ya sea durante una lenta evolución o en una transformación espasmódica a discreción del legislador. Constatando que en diversas épocas el Estado ha intervenido para regular el estilo de vida, consideró que «esta intervención siempre requiere la misma interpretación: el derecho aumenta arbitrariamente sus fronteras a expensas de las costumbres»³⁰. Cuando corresponde al juez hacer apreciaciones en el terreno de las costumbres, René Chapus anota en el mismo sentido, pero de forma más directa que «si es bueno que los jueces hagan moral, es a condición de que lo hagan lo menos posible»³¹. ¿La expresión orden moral no se convierte en peyorativa en el momento en que el legislador se encarga de proteger o corregir lo que corresponde a costumbres en una sociedad abierta en que la libertad ya ha hecho evolucionar al antiguo orden moral hacia nuevos valores? El orden moral en este sentido es la pretensión política de fijar las costumbres de una sociedad. Cuando el orden del Estado no está amenazado, ¿no conviene dejar a las costumbres más que a las normas jurídicas la tarea de regular el orden de la sociedad? Esta es una de las condiciones del pluralismo de creencias en una sociedad democrática y liberal, aquello que Popper llamó una sociedad abierta.

³⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, París, PUF, 1978, p. 183. Sobre la aplicación de este principio a la moral, V. P. ROLLAND, tesis citada anteriormente, p. 653-670.

³¹ R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 710.

Bibliografía

- AMEDRO, Jean-François, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République*, Panthéon-Assas Paris II, 2011.
- BERNARD, Paul, *La notion d'ordre public en droit administratif*, París, LGDJ, 1962.
- BUI-XUAN, Olivia, introducción general a *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2018.
- CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, París, PUF, 1978.
- CARLE, Jean-Claude, *Obligation de scolarité et contrôle de l'obligation scolaire*, París, Sénat, n° 504 (1997-1998), 17 de junio de 1998.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, tomo 1, París, Montchrestien, 15a edición, 2001.
- DIEU, Frédéric, «La radicalisation religieuse saisie par le juge administratif», en Olivia BUI-XUAN (dir.), *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 127-131.
- FOREY, Elsa, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Estrasburgo, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, Sirey, 1933.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, París, Sirey, 1929.
- HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie y ROMAN, Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2013.
- KARAVOKYRIS, Georgios, *L'autonomie de la personne en droit public français*, Bruselas, Bruylant, 2013.
- LEVADE, Anne, «La loi du 11 octobre 2010 au prisme du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel», *Revue du droit des religions*, n° 2, 2016.
- MESSNER, Francis, PRÉLOT, Pierre-Henri y WOEHLING, Jean-Marie (dir.), *Traité de droit français des religions*, París, LexisNexis, 2^a ed. 2013.
- PRÉLOT, Pierre-Henri, «Les signes religieux et la loi de 1905», *Société, droit et religions*, n° 2, 2011, p. 29-33.
- ROLLAND, Patrice, *La liberté morale et l'ordre public*, tesis París II, 1976.
- VALENTIN, Vincent, «Ordre public et radicalisation religieuse», en Olivia BUI-XUAN (dir.), *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 61-72.