

EL ASUNTO DEL CRUCIFIJO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: HACIA UNA SOLUCIÓN DE COMPROMISO*

Eugenia Relaño Pastor
Universidad Complutense

Abstract: The European Court's decision, *-Lautsi v. Italy*, is a good illustration of the difficult relationship among the rights of freedom of religion and conscience (of school children and their parents), the principle of secularism and some historical and traditional aspects of a national identity. The Court examines how the display of a mainstream religious symbol in public educational institutions does not strengthen the pluralistic dimension of our societies. The analysis of case law, proposed below, on the conflicting rights is written from the perspective of an inclusive multicultural citizenship. To recognize this kind of citizenship implies (1) to accept that there is no monolithic cultural and religious identity (2) to recognize that any religious identity could be part of the public space and (3) to address any conflict resolution with judgments of reasonableness and proportionality. The role of law should be to balance the historical rights of the majority with corrective measures which strengthen the pluralistic dimension of our societies*.

Keywords: religious freedom, minorities, crucifixes, multicultural citizenship, margin of appreciation

Resumen: La sentencia del Tribunal Europeo, *Lautsi c. Italia*, es muy ilustrativa de la difícil relación entre los derechos de libertad religiosa o de

* En el momento de recepción de las pruebas de imprenta del presente trabajo, la Gran Sala del Tribunal Europeo ha estimado la apelación del gobierno italiano y, en sentencia de 18 de marzo de 2011, ha fallado que no ha existido violación del artículo 2 del Protocolo 1 ni del artículo 9 del CEDH. A pesar de que el Tribunal considera que el crucifijo es un símbolo religioso, no hay pruebas de que su exhibición en las aulas, donde los alumnos acuden obligatoriamente a diario, pueda tener una influencia sobre los alumnos cuyas convicciones se encuentran aún en proceso de formación puesto que el crucifijo es un símbolo esencialmente pasivo. La decisión sobre la presencia de los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas es una cuestión incluida en el margen de apreciación del Estado.

* Este trabajo se realizó como aportación al Seminario internacional: *Alianza de Civilizaciones de Derechos Humanos símbolos religiosos en el espacio público. Recientes aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* celebrado en la Fundación Euro-árabe de Altos Estudios en Granada el 27 y 28 mayo de 2010. Las actas serán publicadas en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

conciencia (de los menores escolarizados y de sus padres), el principio de laicidad y ciertos elementos de identidad nacionales, históricos y tradicionales. El Tribunal analiza cómo la exposición de un símbolo de una religión mayoritaria en instituciones educativas públicas no refuerza la dimensión pluralista de nuestras sociedades. El comentario jurisprudencial, que se propone a continuación, sobre los derechos en conflicto se realiza desde el enfoque de los principios de una ciudadanía multicultural inclusiva. Reconocer esta ciudadanía implica (1) aceptar que no existe una identidad cultural y religiosa monolítica (2) reconocer las pertenencias religiosas de todos los individuos que componen el espacio público y (3) atender la resolución de conflictos con juicios de razonabilidad y proporcionalidad. El papel del Derecho consistirá en equilibrar los derechos históricos de las mayorías con medidas correctivas que refuercen la dimensión pluralista de nuestras sociedades.

Palabras clave: libertad religiosa, minorías, crucifijos, ciudadanía multicultural, margen de apreciación.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La cuestión del crucifijo en Italia.- 2.1 El principio de laicidad en la Constitución italiana.- 2.2. El crucifijo en la jurisprudencia italiana.- 3. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- 3.1. Contenido de la sentencia.- 3.2 El crucifijo como símbolo cultural-religioso y el principio de laicidad.- 3.3 Argumentos a favor de la exposición del crucifijo en las aulas.- 4. Valoración crítica.- 4.1 El margen de apreciación y los símbolos culturalmente mayoritarios.- 4.2 Hacia una solución de compromiso.

1. INTRODUCCIÓN

En la sentencia de 3 de noviembre de 2009, *Lautsi contra Italia*¹, la Sala Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre el polémico “asunto del crucifijo”², ha fallado contra el Estado italiano y ha concluido que existe vulneración del derecho de libertad religiosa (artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH) y del derecho de los padres a asegurar una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (artículo 2 del Protocolo adicional nº 1 al

¹ *Lautsi v. Italy* (application no. 30814/06), 3 de noviembre de 2009, remitida ante la Gran Sala el 01/03/2010.

² Véase el ECHR Press Release en

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=30814/06&sessionId=57519975&skin=hudoc-pr-en>

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)³.

La elevada participación de Estados miembros del Convenio Europeo en el procedimiento sustanciado ante el Tribunal, así como las reacciones a la sentencia de la Sala Segunda en medios gubernamentales, jurídicos, políticos, religiosos y de comunicación son claramente un indicio de la gran importancia y del alcance que tendrá el contenido definitivo del fallo de la Gran Sala del Tribunal Europeo. Hasta ahora las reacciones a la sentencia del pasado año han sido muy ilustrativas de la relevancia del debate. Por ejemplo, el cardenal Keith O'Brien, cabeza de la Iglesia católica en Escocia, ha pedido al Tribunal que defienda los principios de libertad y tolerancia porque la sentencia podría tener implicaciones de largo alcance dado el lugar que ocupa la religión en Escocia. Y en el mismo sentido, el pasado 23 de junio, el líder de la Iglesia ortodoxa ucraniana (del patriarcado de Moscú) Vladimir Sabodan, recordó al Presidente del Tribunal, Jean-Paul Costa, que la sentencia no afecta sólo a los "asuntos internos de un solo país sino a la libertad religiosa y la identidad cultural de otros países que también son miembros del Consejo de Europa...". Los parlamentos nacionales de Polonia, Eslovaquia y Austria afirmaron explícitamente su apoyo a los signos religiosos cristianos externos; los obispos de Malta declararon que era totalmente ilógico prohibir los símbolos religiosos como las cruces de los espacios públicos en una sociedad que tiene garantizada la libertad de expresión; en Dinamarca se han preguntado qué ocurrirá con los símbolos religiosos en su bandera; y el Cardenal Julián Herranz, Presidente emérito del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos, sostuvo el 23 de junio de 2010 que "el deseo de expulsar el crucifijo de los lugares públicos en nombre de la supuesta neutralidad religiosa no es sólo una manifestación de la cristofobia más o menos larvada, sino de una falta de civismo"⁴.

³ Artículo 9. *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Artículo 2.1 Derecho a la instrucción del Protocolo adicional nº 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. 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.

⁴ "La Cruz ha sido considerada durante siglos un signo de alto valor cívico y espiritual, del amor que acoge fraternalmente, de igualdad entre todos los hombres, símbolo de paz, de concordia y de perdón. Querer expulsarlo de los lugares públicos en nombre de una presunta neutralidad religio-

El gobierno italiano remitió la sentencia de la Sala Segunda a la Gran Sala del Tribunal Europeo compuesta por 17 jueces –entre ellos el Presidente del Tribunal Jean-Paul Costa– que celebró la vista oral el 30 de junio de 2010. Durante la vista el abogado de la demandante, la Sra. Lautsi, abogó a favor de la laicidad y de la eliminación del crucifijo y, en su defensa, el abogado del Estado italiano subrayó la necesidad de proteger la libertad religiosa de las mayorías y el derecho a expresar la identidad e historia italianas mediante la exposición del crucifijo en las instituciones educativas. El gobierno italiano insistió en que la exhibición de este símbolo no tenía una finalidad adoctrinadora ni perjudicaba la libertad religiosa o de conciencia de los menores y, mucho menos, la de sus padres.

Durante la vista ante la Gran Sala, el profesor Joseph Weiler de la *New York University School of Law*, en representación de diez países del Consejo de Europa participantes *Amicus curiae*, intervino en defensa del crucifijo señalando que “(...) el mensaje de tolerancia hacia el otro no debe traducirse en un mensaje de intolerancia hacia la propia identidad”⁵. Y continuó advirtiendo que, al vivir en una época en la que ha aumentado la tolerancia hacia las migraciones, la cohesión democrática de la sociedad dependerá de la capacidad para mantener los símbolos nacionales en torno a los cuáles las sociedades puedan re-unirse. Sería, pues, muy extraño que como resultado de la tolerancia del Estado de acogida a las migraciones y al respeto efectivo del derecho de libertad religiosa de todos los sectores de la sociedad, se tuvieran que abandonar los símbolos nacionales y desprenderse de la identidad cultural y de aquellos símbolos que, aun teniendo un significado religioso, son admitidos por la mayoría de su población por su importancia histórica. Weiler insistió en que el Convenio Europeo se adoptó para proteger los derechos fundamentales frente a la dictaduras ateas “por lo que resulta irónico y peligroso que la libertad religiosa sea utilizada para imponer un ateísmo oficial y pretender proteger la libertad religiosa mediante la eliminación de la religión de la sociedad”⁶.

sa no sólo es una manifestación de cristofobia más o menos larvada, sino de incivildad” <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=431108>

⁵ De acuerdo con el artículo 36.2 del CEDH: “En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista”. Como tercera parte han comparecido los Gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía, la Federación Rusa y San Marino; 33 miembros del Parlamento Europeo; Greek Helsinki Monitor, Associazione nazionale de Libero Pensiero, European Centre for Law and Justice, Eurojuris International Commission of Jurists, Interights, Human Rights Watch, Zentralkomitee des deutschen Katholiken, Semaines sociales de France, Associazioni cristiane lavoratori italiani.

⁶ El Prof. Weiler habló en nombre de 10 países del Consejo de Europa pero otros Estados se sumaron oficialmente a favor del crucifijo: Ucrania, Moldova, Albania y Serbia,

No cabe duda del impacto de la sentencia. Ha convulsionado a las mayorías religiosas europeas y ha puesto en el centro del debate no sólo la presencia de símbolos en los centros escolares o la relación existente entre religión y escuela, sino que se ha querido hacer del asunto caballo de batalla entre los ateos y los creyentes, los laicos y los religiosos, los conservadores tradicionalistas y los progresistas aperturistas, exactamente del mismo modo que ocurrió en el debate suscitado en el seno de la Convención Europea a la hora de reconocer expresamente las raíces cristianas de la Unión Europea, es decir, se ha aprovechado la oportunidad para utilizar disyuntivas apologéticas que únicamente trivializan el debate y reducen las cuestiones complejas, repletas de matices, a eslóganes más propios de los medios de comunicación que del análisis jurídico.

A continuación se analizará la sentencia en el contexto del pluralismo religioso en la sociedad italiana, tomando en cuenta el principio de laicidad, la libertad de conciencia de los alumnos, las particularidades del ámbito escolar y la importancia de estos asuntos en la integración efectiva de las minorías en un orden constitucional pluralista y abierto. Se prescindirá de un estudio general de la cuestión de los símbolos en el ámbito educativo y, en concreto, del conflicto surgido de la exhibición de símbolos religiosos personales (velo, niqab, turbante, etc.) de profesores o alumnos en las aulas⁷. Esta última cuestión está íntimamente ligada con la problemática de los símbolos religiosos mayoritarios en instituciones educativas y, probablemente, si hiciéramos un trabajo comparativo entre las soluciones que distintos ordenamientos jurídicos han dado a la cuestión de los símbolos mayoritarios respaldados por las mayorías y cómo han respondido los mismos ordenamientos ante los símbolos minoritarios que personalmente llevan miembros de estas minorías, concluiríamos que existe una tendencia común y general a minimizar el pluralismo. En

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=30814/06&sessionid=57519975&skin=hudoc-pr-en>

⁷ Han sido numerosos los ordenamientos jurídicos que han tenido que dar respuesta a la problemática del velo en los espacios públicos, particularmente en las escuelas. Las soluciones han sido muy variadas: desde el reconocimiento en Canadá, Reino Unido o Estados Unidos hasta su prohibición absoluta en Francia, pasando por posturas de compromiso en Alemania o soluciones dispares en las instancias internacionales (Comité de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Para un análisis sintético de la situación en Europa: MOTILLA, A. El pañuelo islámico en Europa, Marcial Pons, 2009; para un estudio desde la perspectiva internacional: BENNOUNE, K. "Secularism and Human Rights: a contextual analysis of headscarves, religious expression and women's equality under international law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, 2007, pp. 367-426; un buen trabajo sobre Estados Unidos y el velo: ABDO, A. "The legal status of hijab in the United States: A look at the sociopolitical influences of the legal right to wear the muslim headscarf", *Hastings Race & Poverty Law Journal*, vol. 8, 2008, pp. 441-507.

el primer tipo de casos, el significado religioso del símbolo de una confesión mayoritaria disminuye, en beneficio de su valor cultural e histórico, y queda ligado a la identidad del país en cuestión y, en el segundo tipo de conflictos, los símbolos de minorías religiosas son interpretados como expresiones de valores “incompatibles” con los principios democráticos-liberales y, en consecuencia, poco tolerados por las mayorías⁸. El resultado es el mismo: aceptación y reconocimiento de los símbolos secularizados mayoritarios e intolerancia y rechazo de los considerados extrañamente ajenos a nuestra cultura; es decir, la tendencia a la uniformidad cultural y a la búsqueda de atributos identitarios mayoritarios (bien mediante la neutralidad aséptica del espacio público, bien privilegiando símbolos religiosos secularizados de la mayoría) va cerrando el camino a las expresiones plurales de la diversidad cultural de los grupos minoritarios, surgidas de la conformación de nuestras sociedades contemporáneas, inevitablemente multiculturales, ineludiblemente multirreferenciales⁹.

2. LA CUESTIÓN DEL CRUCIFIJO EN ITALIA

2.1. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

El fenómeno religioso en la Constitución italiana de 1947 recibe una valoración positiva al estar expresamente reconocidos los derechos individuales y colectivos de libertad religiosa. El régimen de separación Iglesia-Estado y la libertad religiosa de las personas y confesiones vienen recogidos en los

⁸ Vid. MANCINI, S. “The power of symbols as power: secularism and religion as guarantors of cultural convergence”, *Cardozo Law Review*, vol. 30, 2009, pp. 2629-2660, p. 2030.

⁹ Como señala el artículo 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural aprobada por su Conferencia General el 2 de noviembre de 2001: “Artículo 4. *Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural*. La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance. En este mismo sentido, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones culturales 2005 señala en sus principios rectores, Artículo 2.1. *Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales*: Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

artículos 19, 7 y 8 respectivamente¹⁰. De una lectura de los artículos específicos que regulan la relación del Estado con el hecho religioso, inspirados en los principios de libertad e igualdad, se desprende una ruptura con el régimen confesional precedente pero la mención expresa que realiza la Constitución a la vigencia del Concordato, el cual reconocía a la religión católica, apostólica y romana como la única religión del Estado italiano, ha conducido a la doctrina y a los tribunales al intento de conciliar el principio de laicidad con el respeto a la protección privilegiada constitucional a la Iglesia católica. Por este motivo las interpretaciones que la doctrina ha ido realizando de la separación Iglesia-Estado, del principio de laicidad y del derecho de libertad religiosa han sido resultado del alcance y la extensión que se han dado a los nuevos principios de libertad e igualdad reconocidos en la Constitución republicana¹¹. Para una parte de la doctrina el nuevo modelo constitucional es un modelo laico en el cual la mención al Concordato resulta extraña, justificada sólo como una deferencia histórica y, para otra buena parte de la doctrina, la referencia especial a la Iglesia católica significaba otorgarle un estatuto diferenciado y privilegiado¹².

Además de la doctrina, la labor de articular la separación Iglesia-Estado en torno al contenido del principio de laicidad y el avance de la secularización del ordenamiento jurídico italiano, la ha asumido la jurisprudencia: bien el Tribunal Constitucional, los Tribunales Supremos (el Tribunal de Casación y

¹⁰ Artículo 7: "El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propia esfera, independientes y soberanos. Sus relaciones se regulan por los Pactos lateranenses. No requerirán procedimiento de revisión constitucional las modificaciones de los Pactos aceptadas por las dos partes", artículo 8: "Todas las confesiones religiosas serán igualmente libres ante la ley. Las confesiones religiosas distintas de la católica tendrán derecho a organizarse según sus propios estatutos en la medida en que no se opongan al ordenamiento jurídico italiano. Sus relaciones con el Estado serán reguladas por ley sobre la base de acuerdos con las representaciones respectivas"; artículo 19: "Todos tendrán derecho a profesar libremente su propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada, hacer propaganda de la misma y practicar el culto respectivo en privado o en público, con tal de que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres".

¹¹ Vid. VÁZQUEZ ALONSO, V. J. "Los complejos perfiles del principio de laicidad en Italia. A propósito del crucifijo en las aulas de la República" en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006 pp. 183-218 en p. 186.

¹² Entre la doctrina clásica italiana del factor religioso en la Constitución italiana destacamos: D'AVACK, P.A. "I rapporti fra Stato e Chiesa nella Costituzione repubblicana italiana" en AA.VV., *Commentario sistematico alla Costituzione*, Firenze, Barbera, 1950; CRISAFULLI, V. "Art. 7 della Costituzione e "vilipendio della religione dello Stato", Arch. pen., 1950 II, p. 515; MORTATI, C. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1976, pp. 1515-1534; CASUSCELLI, G. *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, 1974, p. 195; GIACCHI, O. "Libertà religiosa e trasformazioni della società", Iustitia, 1963, p. 45; VITALE, V. *Corso di Diritto Ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi, nona edizione*, Giuffrè, Milano, 1998; FINOCCHIARO, F. *Diritto ecclesiastico, nona edizione*, Zanichelli, 2003, Bologna, pp. 234-253 y RUFFINI, F. *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 1974, última ed. 2005 y RUFFINI, F. *La libertà religiosa: storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1992.

el Consejo de Estado) o los jueces ordinarios¹³. Ha sido decisiva la actuación del Tribunal Constitucional que, prudentemente, dado el carácter especialmente sensible de la materia para la sociedad italiana, ha invitado al legislador a regular determinadas instituciones de conformidad con los nuevos principios constitucionales. Uno de los aspectos más llamativos de la tarea secularizada de la jurisprudencia constitucional ha sido la de consolidar la laicidad sin recurrir expresamente al concepto de laicidad, nunca utilizado en la tradición legislativa ni en la legislación ordinaria italiana, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 203/1989 en la que se proclamó la laicidad como forma del Estado la cual se deduce de los artículos 2, 3, 4, 8, 19 y 20 y constituye uno de los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano y uno de los perfiles de la forma de Estado delineado en la Carta Constitucional de la República¹⁴. Esta concepción del principio de laicidad permitió al Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia declarar legítima la instrucción religiosa en las escuelas públicas considerando, por un lado, el valor formati-

¹³ Vid. CERETTI A. y GARLATI, L. *Laicità e Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, en concreto, FERRARI, S. "La nozione di laicità tra identità e pluralismo"; OLIVETTI, M. "Principio de laicidad y símbolos religiosos en el sistema constitucional italiano: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas", *Revista catalana de dret public*, núm. 39, 2009, p. 243-276; ONIDA, F. "Il problema dei valori nello Stato laico" en TEDESCHI, M. *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Ed. Rubbertino, Soveria Mannelli, 1996, pp. 88 y ss.

¹⁴ El Tribunal debía pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las nuevas reglas sobre la instrucción religiosa en las escuelas públicas, adoptadas por una ley de ejecución del Acuerdo de modificación del Concordato entre el Estado y la Iglesia católica de 18 de febrero de 1984. En este contexto, el Tribunal invocó "un principio supremo de laicidad del Estado", para poder apreciar la constitucionalidad de la ley. Asimismo, definió directamente el contenido de este principio, afirmando que "el principio de laicidad del Estado, en la redacción de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución italiana, no significa indiferencia del Estado hacia las religiones, sino garantía del Estado a la protección de la libertad de religión, en un régimen de pluralismo confesional y cultural". El artículo 2 señala que "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social"; el artículo 3: "Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país; el artículo 4: "La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho. Todo ciudadano tiene el deber de desarrollar, con arreglo a sus posibilidades y según su propia elección, una actividad o función que concurre al progreso material o espiritual de la sociedad" y artículo 20: "El carácter eclesiástico y la finalidad religiosa o de culto de una asociación o institución no pueden ser motivo para que la ley les imponga limitaciones ni gravámenes fiscales especiales para su constitución, capacidad jurídica o cualesquiera formas de actividad".

vo de la cultura religiosa (que no consiste ya en una sola religión, sino en un pluralismo religioso de la sociedad civil) y, por el otro, la pertenencia de los principios del catolicismo al “patrimonio histórico del pueblo italiano”¹⁵.

En sentencias posteriores (por ejemplo: STC 259/1990, STC 13/1991, STC 195/1993 y STC 149/1995) el Tribunal Constitucional volvió a recurrir al principio de laicidad como paradigma constitucional pero no ofreció ningún elemento nuevo de reflexión en la interpretación del principio de laicidad hasta la sentencia STC 329/1997 en la que incorpora un concepto nuevo de laicidad. Ésta se interpreta por el Tribunal como “equidistancia e imparcialidad de la legislación en relación con todas las confesiones religiosas”. Esta obligación de equidistancia estatal es inherente al principio de laicidad y será mencionado en sentencias posteriores (STC 508/2000 y STC 168/2005). El contenido básico de laicidad se concreta de la siguiente manera: 1. Separación nítida entre el poder civil y religioso¹⁶; 2) Rechazo a institucionalizar los organismos religiosos¹⁷; 3) No interferencia del Estado en el fenómeno religioso¹⁸; 4) La laicidad es la garantía de la libertad religiosa en régimen de pluralismo confesional y cultural¹⁹; 5) Obligación del Estado en mantener una igualdad de trato y equidistancia con respecto a todas las creencias²⁰.

Como consecuencia del reciente desarrollo jurisprudencial, la doctrina italiana se ha mantenido muy dividida sobre el contenido del principio de laicidad, lo cual no resulta especialmente extraño tomando en cuenta el complejo marco constitucional que contiene preceptos aparentemente poco armónicos en materia religiosa (por ejemplo, la igualdad de trato para todas las confesiones y el trato preferencial por una de ellas, la Iglesia católica). Las cuatro líneas doctrinales principales sobre el valor jurídico de la laicidad se agrupan en cuatro enfoques diferentes²¹: 1) Los que sostienen el imposible encaje de la laicidad en la Constitución republicana que proclama el bilateralismo en las relaciones Iglesia-Estado. Para estos autores la laicidad no es un valor jurídico del ordenamiento jurídico sino una categoría ideológica²²; 2)

¹⁵ Cfr. OLIVETTI, M. p. 250. Véase una tesis doctoral titulada *Laicità in trasformazione? Analisi di una nozione controversa nel pensiero di giuristi italiani* de LORENA FORNI disponible en Internet, en concreto, el capítulo dedicado al desarrollo e impacto de la sentencia titulado “Laicità oggi?” pp. 282-349.

¹⁶ STC 334/1996.

¹⁷ STC 259/1990 y 334/1996.

¹⁸ STC 203/1989.

¹⁹ STC 508/2000 y 168/2005.

²⁰ STC 329/1997, 508/2000, 168/2005.

²¹ Cfr. VÁZQUEZ ALONSO, V. J. op. cit. p. 195 y ss.

²² Véase el capítulo 6 “La libertà religiosa nell’ordinamento italiano” en FINOCCHIARO, F. *Diritto ecclesiastico*, op. cit. pp. 145-233 y DALLA TORRE, G. *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell’esperienza giuridica contemporanea*. Roma. 1992. p. 68.

Para otro grupo se puede hablar de un concepto de laicidad matizada o débil caracterizado por un Estado comprometido con la promoción de las condiciones favorables para el ejercicio de los derechos fundamentales, entre ellos, el de libertad religiosa. La religión aparece como interés socialmente relevante que el Estado tutela sin concurrir en valoraciones religiosas²³. Por este motivo, que el Estado otorgue un tratamiento privilegiado a la religión católica en materias como asistencia religiosa, educación religiosa o servicios sociales no contradice la laicidad. La protección de la religión católica está justificada por su estrecha relación con la historia y cultura italiana, al margen de su dimensión espiritual y, en este sentido, el Concordato reconoce el catolicismo como parte del patrimonio histórico del pueblo italiano y reclama una recíproca colaboración con el Estado para la promoción del hombre y el bienestar del país. Y así lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional que ha sostenido que la laicidad no significa indiferencia estatal ante el fenómeno religioso ni un desconocimiento del valor de los principios del catolicismo en el patrimonio histórico del pueblo italiano²⁴; 3) Para esta corriente, la laicidad se entiende desde el principio del pluralismo y tiene su razón de ser en un contexto multicultural y plural. El Estado laico es contrario no sólo a la confesionalidad del Estado sino a cualquier identificación ideológica. La laicidad implica un régimen de pluralismo confesional y cultural y es el límite y la condición del pluralismo²⁵. Aparece también como una precondition del principio democrático de integración y apertura a todas las opciones. El libre desarrollo de la persona en toda su capacidad mediante el ejercicio de los derechos fundamentales necesita de un pluralismo que no signifique una remisión a dogmas o ideologías²⁶, lo cual conduce inevitablemente a cuestionar la constitucionalidad de los preceptos que otorgan un trato de favor a la religión católica mayoritaria con respecto a otras religiones. Además, el principio del pluralismo se entiende junto al principio de igualdad y, de la combinación de ambos, nace la necesidad de eliminar las asimetrías en el tratamiento jurídico de la libertad religiosa en el derecho pacticio. Autores como Lariccia, Tozzi indican, en esta misma línea, que los acuerdos y el concordato pueden conducir a una disparidad de tratamiento de los derechos de los ciudadanos en función de la religión a la que pertenezcan²⁷; 4) Por último, para otro sector de la doctrina, la laici-

²³ Cfr. OLIVETTI, M. op. cit. p. 255.

²⁴ STC 203/1989, STC 308/2000.

²⁵ Vid. FERRAJOLI, L. "Laicità. Domande e risposte in 38 interviste". *Comitato torinese per la laicità della scuola* (ed.) Torino, 2003, p. 136.

²⁶ Vid. CRISAFULLI, V. *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni Costituzionali*, Milano, 1985, pp. 326-327.

²⁷ Vid. LARICCIA, S. "La posizione della Repubblica italiana nei confronti della Chiesa" en AA.VV. *Iglesia católica y regímenes autoritarios y democráticos. Experiencia española e italia-*

dad implica no tomar partido por ninguna religión, significa una renuncia estatal a cualquier sesgo religioso y evitar toda promoción de la religión, denunciar la incompatibilidad del Concordato con el principio de laicidad y dejar en evidencia la difícil lectura armónica de los principios constitucionales con lógicas contrapuestas. La solución para un marco jurídico de libertad religiosa bajo los principios de laicidad e igualdad lleva consigo asegurar un régimen de estricta separación en el que todos los ciudadanos y confesiones disfruten del derecho de libertad religiosa en condiciones de igualdad²⁸.

La cuestión del crucifijo expuesto en las aulas es muy ilustrativa del alcance e interpretación del principio de laicidad²⁹. Como veremos a continuación la protección de que ha gozado el crucifijo en las aulas escolares es una muestra de la marcada inspiración confesional de la legislación italiana que ha sido mantenida junto a la alusión al Concordato en la Constitución. El debate generado por la exposición de este símbolo religioso es el prototipo de los problemas derivados de la tensión entre el principio de pluralismo y el principio de libertad religiosa de las mayorías; entre la cooperación tradicional con la confesiones religiosas y la estricta separación Iglesia-Estado; entre la multiculturalidad y la afirmación de lo conocido-tradicional y entre las políticas de integración de una ciudadanía inclusiva y la defensa la homogeneidad cultural de las mayorías.

2.2. LA CUESTIÓN DEL CRUCIFIJO EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

La justificación normativa para la exposición de los crucifijos en las aulas se encuentra en unas disposiciones adoptadas en el período fascista: el art. 119 del Real decreto n.º 1297, de 26 de abril de 1928, para las escuelas de secundaria; y el art. 118 del Real decreto n.º 965, de 30 de abril de 1924, para las escuelas de primaria. A petición del Ministerio de Instrucción Pública, el

na, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1987, pp. 145-58; LARICCIA S., *Coscienza e Libertà: profili costituzionali del diritto ecclesistico italiano*, Bologna, 1989, pp. 170 y ss p. 75 y LARICCIA S. "Valori costituzionali e sistema italiano del diritto ecclesiastico" en AA.VV., *Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, I, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 449-68. Vid. TOZZI, V. *Manuale di diritto ecclesiastico: la disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma, 2000, p. 38.

²⁸ Vid. BOBBIO, N. "Laicità. Domande e risposte in 38 interviste" (1988-2003), *Comitato torinese per la laicità della scuola* (ed.), Torino, 2003, p. 57 y ZAGREBELSKY, G. "Laicità", *Comitato torinese per la op.cit.* pp.61-62.

²⁹ Vid. AA.VV., *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale di simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino, 2004; BRUNELLI, G. *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, Testo provvisorio della relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI, Napoli 26-27 ottobre 2007 en www.associazione-deicostituzionalisti.it; PACILLO, V. *Crocifisso, velo e turbante. Simboli e comportamenti religiosi*

Consejo de Estado se pronunció sobre la vigencia de esta normativa tras la entrada en vigor de los Acuerdos de 1984, llamados el nuevo Concordato. En el dictamen consultivo el Consejo afirmó que no existían obstáculos jurídicos para mantener la exposición del crucifijo en las escuelas porque, por un lado, la exposición del crucifijo no tenía su base en el Concordato de 1929 y su modificación en 1984 no había determinado la derogación de las normas reglamentarias que preveían su exposición y, por otro lado, la obligación de exponer el crucifijo no vulneraba la libertad religiosa³⁰.

Si bien no ha existido ninguna intención del legislador por remover el crucifijo de las aulas, sí ha habido casos con gran impacto mediático que han alcanzado los tribunales y jueces de diferente orden e instancia se han pronunciado sobre la legitimidad de la exposición del crucifijo.

En octubre de 2003 un juez del Tribunal de L'Aquila, una ciudad de Italia central, adoptó un auto de urgencia que, a instancias del padre de religión musulmana de dos menores, ordenó retirar el crucifijo del aula de la escuela primaria de Ofena. El padre autorizado por los profesores, decidió instalar junto al crucifijo un verso de la sura 12 del Corán que fue eliminada por la dirección del centro. El padre demandó al centro alegando que la exposición violaba su derecho y el de sus hijos a la libertad religiosa. La decisión del juez sintetiza los principales problemas del debate doctrinal. El juez calificó el dictamen del Consejo de Estado de simplista y consideró que la entrada en vigor del nuevo Concordato implicaba la derogación de las antiguas disposiciones reglamentarias sobre la exposición de los crucifijos en las aulas. Sostiene el juez que el crucifijo no puede justificarse al margen de su significado religioso, su exhibición es una adhesión implícita a unos valores cristianos que no pueden predicarse de todos y cada uno de los italianos. El símbolo religioso en un ámbito como el escolar puede ocasionar un serio perjuicio para la libre formación de la conciencia de los alumnos. La resolución del juez de L'Aquila fue revocada más tarde por el pleno del mismo tribunal porque el

si nella società plurale, Campobasso, 21-22 aprile 2005, organizada por la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Molise, en www.qlir.it; y LOMBARDI VALLAURI, L. "Simboli e realizzazione" en AA.VV., *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni-A. Ferrari-V. Pacillo, Bologna, 2005.

³⁰ Véanse los trabajos publicados en el área temática "Il crocefisso nei locali pubblici" publicados en <http://www.forumcostituzionale.it> Entre ellos: CECCANTI, S. "I crocifissi nelle scuole pubbliche: rimuovere solo sulla base di una esplicita richiesta"; DI COSIMO, G. "La forza dei simboli"; PATRUNO, F. "La guerra ai Crocifissi ed ai simboli del cattolicesimo di fronte alla cultura italiana ed europea"; SICARDI, S. "I Simboli religiosi dagli spazi pubblici agli spazi in pubblico". También RIMOLI, F. "Ancora sulla laicità: ma la Corte non vuole salire sulla croce" en www.associanedecostituzionalisti.it y BIN, R. BRUNELLI, G., PIUGIOTTO, A. y VERONESI, P. La Laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli nei luoghi pubblici, Giappichelli, Torino, 2004.

juez ordinario no era el competente sino que era la justicia administrativa la encargada de resolver estas cuestiones³¹.

Otra postura ha sido la de la *Corte di Cassazione Penale* que, en su sentencia 439/2000, señaló que la presencia de crucifijos en los locales electorales violaba el principio de laicidad del Estado y podía lesionar la libertad de conciencia de los no creyentes. El Tribunal de Casación abogó por el cumplimiento estricto de la distancia entre poder civil y religioso resaltando la importancia de la neutralidad estatal en ámbitos de los procesos de formación democrática. Confirmó que la cruz cristiana tiene un significado inequívoco religioso y reducirlo a un objeto de carácter cultural implicaría un desconocimiento del profundo valor religioso que posee el símbolo. La sola presencia de este símbolo religioso en un local electoral ampara la negativa de un ciudadano a cumplir con sus obligaciones como miembro de una mesa electoral.

La cuestión del crucifijo alcanzó el Tribunal Constitucional³². El Tribunal Administrativo Regional del Véneto (TAR) planteó en 2003 una cuestión de legitimidad constitucional de las normas reglamentarias de 1924 sobre la exposición del crucifijo en las escuelas por su contradicción con el principio de laicidad³³. El Tribunal Administrativo del Véneto intentó establecer una vinculación entre el decreto legislativo de 16 de abril de 1994, artículos 159 y 190, sobre la organización del servicio escolar y los reglamentos ejecutivos de 1924 y planteó la cuestión de legitimidad constitucional de las previsiones de esta ley, considerada como base de las normas reglamentarias. El Tribunal Constitucional se encontró en la gran dificultad de declarar la constitucionalidad de la normativa lo que hubiera implicado discutir la consolidación jurisprudencial del principio de laicidad; o confirmar la inconstitucionalidad lo que

³¹ La decisión del juez tuvo un gran impacto en la sociedad y medios italianos. El primer ministro Silvio Berlusconi y el Presidente de la República mostraron su oposición al juez de L'Aquila y tranquilizaron a la ciudadanía comunicando que los crucifijos no serían removidos de las aulas. Para un comentario de la sentencia, MORELLI, A. "I simboli presi sul serio. Riflessioni sulla "simbolica di Stato" nelle democrazie pluraliste" y COPPOLA, R. "Il simbolo del Crocifisso dopo il caso di Ofena", <http://www.forumcostituzionale.it>

³² Ante la disparidad en los distintos órganos parecía lógico que fuese el Tribunal Constitucional el que dirimiese la cuestión pero el problema se presentaba en que las normas cuya constitucionalidad se ponía en duda tenían naturaleza reglamentaria y el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución italiana, solo está legitimada para conocer del juicio de constitucionalidad de la ley. El Tribunal del Veneto entendió que las normas reglamentarias sobre el crucifijo servían instrumentalmente a normas de rango legal y plantea la constitucionalidad de la normativa que prevé la exposición del crucifijo y si éstas vulneran el principio de laicidad.

³³ Vid. VERONESI, P. "La Corte costituzionale, il Tar e il crocifisso: il seguito dell'ordinanza n. 389/2004"; RANDAZZO, B. "Laicità "positiva" e crocifisso nelle aule scolastiche: incostituzionalità dell'obbligo di esposizione e incostituzionalità dell'obbligo di rimozione" y CECCANTI, S. "Crocifisso: dopo l'ordinanza 389/2004. I veri problemi nascono ora" todos en <http://www.forum-costituzionale.it>

implicaría haberse extralimitado en sus competencias. El Tribunal se inhibió del fondo de la cuestión y declaró que las normas sobre el crucifijo tienen naturaleza reglamentaria y su conformidad no puede ser controlada directamente por la Constitución.

El Tribunal Administrativo Regional del Véneto volvió a pronunciarse sobre la cuestión en la sentencia 1110/2005. El Tribunal excluye que la obligación de exponer el crucifijo en las aulas de las escuelas sea una consecuencia de la confesionalidad del Estado e intenta definir el significado del crucifijo como símbolo compatible con el principio de laicidad del Estado. De esta forma, el crucifijo es un símbolo no sólo de naturaleza religiosa, sino también “cultural e histórica” y “expresa la identidad del pueblo italiano”. Como símbolo religioso, el crucifijo sintetiza los valores cristianos como la tolerancia y la dignidad del ser humano que es la raíz de los valores de tolerancia, libertad e igualdad que se hallan en la base del Estado moderno italiano y en los valores seculares de la Constitución italiana. En opinión del Tribunal, “en el contexto histórico actual, el crucifijo en las escuelas tiene un valor formativo, y puede y debe ser interpretado bien como símbolo de nuestra historia y cultura y, como consecuencia, de nuestra identidad, bien como símbolo de los valores de libertad, igualdad y tolerancia, así como de la laicidad del Estado, que están en la base de nuestra vida en común y se han convertido en un componente del patrimonio social, cultural y jurídico italiano”³⁴.

La resolución del Tribunal Administrativo del Véneto fue apelada ante el Consejo de Estado, el cual, en su decisión n.º 556 de 2006, confirmó la interpretación adoptada por el Tribunal. Según el Consejo de Estado, los reglamentos que prevén la exposición del crucifijo en las escuelas públicas no son expresión del principio del Estado confesional. Según el Consejo de Estado, el crucifijo es un símbolo que puede asumir diversos significados y servir a finalidades distintas. En un lugar de culto, el crucifijo “es propia y exclusivamente un símbolo religioso”. En un lugar educativo, el crucifijo puede conservar un significado religioso para los creyentes, pero su exposición podrá estar justificada, sin ser discriminatoria desde el punto de vista religioso, si pretende recordar valores que inspiran el orden constitucional y que fundamentan la vida civil. En este caso, el crucifijo puede desempeñar una función educativa también en un horizonte laico³⁵. El Consejo de Estado concluye que, aunque el crucifijo puede ser considerado como un objeto decorativo, más bien debe ser

³⁴ Cfr. OLIVETTI, M. op. cit, p 261.

³⁵ “En Italia, el crucifijo es capaz de expresar –en forma simbólica, pero de un modo apropiado el origen religioso de los valores de tolerancia, de respeto recíproco, de valoración de la persona, de la afirmación de sus derechos, de respeto de su libertad, de autonomía de la conciencia moral hacia la autoridad, de la solidaridad humana, de rechazo a todo tipo de discriminación, que carac-

visto como un símbolo capaz de expresar el alto fundamento de los valores civiles, que son también los valores que definen a la laicidad en el ordenamiento jurídico italiano vigente. En el contexto cultural italiano parece difícil encontrar otro símbolo que sea capaz de representar mejor esos valores que el crucifijo.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

3.1 CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La Sra. Lautsi, en su nombre y en el de sus hijos, demanda al Estado italiano el 27 de julio de 2006 ante el Tribunal Europeo al considerar que la exposición del crucifijo en la escuela pública al que asisten sus hijos ha constituido una injerencia en el derecho a asegurarles una educación y una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas en el sentido del artículo 2 del Protocolo N°1. Además alega que esta exposición ha vulnerado su libertad de pensamiento, conciencia y religión protegida por el artículo 9 del Convenio.

Ante la dirección de la escuela la demandante planteó la cuestión haciendo valer la sentencia 4273/2000 del Tribunal de Casación, mencionada anteriormente, en la que se estimaba que la presencia del crucifijo en las salas de votación violaba el principio de laicidad del Estado. La Sra. Lautsi impugnó la decisión del colegio de mantener el crucifijo de las aulas ante el TAR de Venecia el cual trasladó la cuestión al Tribunal Constitucional, el 14 de febrero de 2004, que se declaró incompetente y el proceso regresó de nuevo al TAR. Como hemos visto, mediante decisión N° 1110 de 17 de marzo de 2005 el recurso se rechaza estimando que el crucifijo era a la vez el símbolo de la historia y cultura italiana y, por consiguiente, “de la identidad italiana y el símbolo de los principios de igualdad, de libertad y de tolerancia así como de la laicidad italiana” (pár. 15). La obligación de exponer el crucifijo se remonta a la época anterior a la Unificación italiana y los Reales Decretos N° 965 y N° 1297 de 1928 confirmaron dicha obligatoriedad. La entrada en vigor de la

terizan a la civilización italiana. Esos valores, que enriquecieron de por sí las tradiciones, la manera de vivir, la cultura del pueblo italiano, están en la base de las normas fundamentales de nuestra Carta constitucional, situadas entre los principios fundamentales, y, específicamente, de las disposiciones que el Tribunal Constitucional recuerda como características de la laicidad típica del Estado italiano. La memoria, a través del crucifijo, del origen religioso de tales valores y de su plena armonía con las enseñanzas cristianas sirve, pues, para poner en evidencia su fundamento trascendente, sin cuestionar (al contrario, confirmando) la autonomía del orden temporal en relación con el orden espiritual, ni debilitando su específica laicidad”, *Ibid.* p. 262. vid. PIN, A. “Il percorso della laicità «all’italiana». Dalla prima giurisprudenza costituzionale al Tar Veneto: una sintesi ricostruttiva”, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n.º 1, 2006, p. 203 y ss.

Constitución no modifica directamente el contenido de esta normativa y con el Concordato de 18 de febrero de 1984 la religión católica deja de ser la religión del Estado. Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha proclamado que, de conformidad con los principios fundamentales de igualdad y libertad religiosa, la actitud del Estado debe estar marcada por la equidistancia y la imparcialidad sin conceder importancia al número de miembros de una religión o de otra (STC 925/88, 440/95, 329/97) lo cual es reflejo del principio de laicidad que tiene naturaleza de principio supremo (STC 203/1989, 259/90, 195/93, 329/97).

La demandante sostiene que la obligatoriedad de la exposición del crucifijo en las aulas otorga a la religión católica una posición privilegiada que se ha traducido en la injerencia del Estado en el derecho de pensamiento, creencia y religión de sus hijos y en su derecho a educarlos conforme a sus creencias. El crucifijo tiene una connotación esencialmente religiosa y privilegiarlo en la escuela pública es mandar un mensaje de adhesión por parte del Estado a una religión determinada en un contexto en el que las personas, debido a su corta edad, son especialmente vulnerables. El Estado debería garantizar una instrucción pública adecuada para forjar la autonomía y la libertad de pensamiento.

El Gobierno, por su lado, considera que la cuestión reside en determinar si un símbolo con un origen y significación religiosa es un hecho, en sí mismo, susceptible de vulnerar derechos y libertades individuales recogidos en el Convenio. Y la cuestión se resuelve concluyendo que si bien la cruz es un símbolo religioso tiene también un mensaje humanista que informa los principios y valores básicos de nuestras democracias, permite ser leído de manera independiente de su dimensión religiosa y es perfectamente compatible con el principio de laicidad (pár. 35). Para constatar una violación de los derechos del Convenio sería precisa una injerencia más activa que la simple exposición de un símbolo (véase *Folgerø y otros c. Noruega*³⁶). Puesto que no se pide a los profesores o a los alumnos reconocimiento de la cruz o reverencias, ni tampoco se les coacciona para rezar, no está en juego la libertad de adherirse o no a una religión. Una imagen no es comparable con el impacto de un comportamiento prolongado en el tiempo como una enseñanza contraria a la libertad religiosa de los padres o los menores (*Kjeldsen, Busk Madsen y Petersen c. Dinamarca*³⁷). El margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales, previsto especialmente para los casos estrechamente vinculados con la cultura y tradiciones naciones, permite al Estado exponer un símbolo que no contradice el principio de laicidad puesto que no es una preferencia por una religión sino que recuerda a una tradición cultural y a unos valores que el

³⁶ *Folgerø y otros c. Noruega*, 29 de junio de 2007.

³⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, 7 diciembre 1976.

Estado, por criterios de oportunidad, en concreto por la “necesidad de alcanzar un compromiso con los partidos de inspiración cristiana que representan a una parte esencial de la población y de sus sentimientos religiosos” (pár. 42), ha decidido mantener en las aulas.

La tercera parte compareciente en la demanda, el Greek Helsinki Monitor (GHM), cuestiona los argumentos del Gobierno sobre el significado laico de la cruz y sobre los motivos que llevan a mantenerlo en las aulas y citando el estudio *Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de las religiones y creencias en las escuelas públicas* publicado por la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la OSCE sostiene que la presencia de un símbolo en una escuela pública puede constituir una forma de enseñanza implícita de una religión, dando la impresión de que una religión se ve favorecida por otra³⁸.

Para resolver el litigio el Tribunal europeo sintetiza los principios generales sobre el alcance del artículo 2 del Protocolo nº1 recordando, en primer lugar, que las dos oraciones de dicho artículo deben interpretarse conjuntamente y en relación con los artículos 8, 9, 10. En segundo lugar, reitera que el derecho de los padres a que se respeten sus convicciones religiosas y filosóficas está inserto en el derecho fundamental a la educación. La primera oración del artículo 2 del Protocolo nº1 no distingue, como tampoco lo hace la segunda, entre enseñanza estatal y enseñanza privada. La segunda oración del artículo 2 del Protocolo nº 1 se propone salvaguardar la posibilidad del pluralismo en la educación, que es esencial para preservar la “sociedad democrática” tal como la concibe el Convenio. Tomando en cuenta las competencias del

³⁸ Véase el texto literal del documento de la OSCE: “La enseñanza sobre las religiones y creencias no sólo se da cuando se imparten las materias contenidas en el plan de estudios, sino también en otros contextos en que los profesores y demás personal de la escuela reaccionan frente a las legítimas necesidades religiosas de los alumnos. El respeto hacia la libertad de religión o creencia no solamente se enseña a través del plan de estudios, sino también, y a veces de modo más importante, mediante el ejemplo. Así, cada vez que el personal de la escuela acepta o rechaza una reclamación sinceramente fundada en una convicción de conciencia, está transmitiendo un mensaje que puede afianzar o debilitar la cultura de tolerancia y respeto mutuo en el entorno escolar. Todos los que trabajan en la escuela deben estar sensibilizados con respecto a las legítimas demandas que se basan en la libertad de religión o creencia, para reducir la probabilidad de que respondan de modo insensible a esas demandas. A menudo, al interactuar con padres y alumnos de manera abierta y sensible, y haciendo más que el mínimo exigido por las normas, se puede contribuir de manera significativa a fortalecer la enseñanza implícita que proporciona la escuela en lo que se refiere al respeto hacia las diferencias de religión y creencia. Se podrían aportar muchos ejemplos, pero los más sobresalientes son los asuntos relacionados con símbolos religiosos, vestimenta religiosa y fiestas religiosas. Son cuestiones complejas que merecen examinarse en detalle y que quedan fuera del ámbito del presente documento” en OSCE. *Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de las religiones y creencias en las escuelas públicas* publicado por la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos. OSCE/ODIHR, 2008, p. 82.

Estado moderno es a través de la enseñanza estatal, principalmente, como debe realizarse este objetivo. En tercer lugar, la segunda oración del artículo 2 del Protocolo n° 1 implica que el Estado, al cumplir las funciones que asume con respecto a la educación y la enseñanza, debe prestar atención a que la información o los conocimientos incluidos en los planes de estudios se transmitan de manera objetiva, crítica y pluralista. El Estado tiene prohibido perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pudiera considerarse que no respete las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no debe excederse. En cuarto lugar, el respeto de las convicciones de los padres debe ser posible en un contexto capaz de asegurar un ambiente escolar abierto a la inclusión, la escuela debe ser el lugar de encuentros de diferentes religiones y convicciones. Y, en quinto lugar, el respeto de las convicciones religiosas de los padres e hijos implican la libertad de creer y la libertad de no creer, ambas protegidas por el artículo 9. El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación sobre la legitimidad de las convicciones o modalidades de expresión. En el contexto de la enseñanza, la neutralidad debería garantizar el pluralismo (pár. 47 y *Folgerø*, pár. 84).

A continuación el Tribunal aplica estos principios, así como su jurisprudencia anterior, al presente caso y concluye fundamentalmente lo siguiente:

1. El Estado tiene la obligación de abstenerse de imponer, directa o indirectamente, creencias en los lugares en los que las personas son especialmente vulnerables. Los niños escolarizados son un sector particularmente sensible.
2. Habrá que valorar si el Estado ha impuesto la exposición del crucifijo en las aulas preservando sus funciones de educación y enseñanza de manera objetiva, crítica y pluralista y respetando las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.
3. El Tribunal apreciará la naturaleza religiosa del símbolo y su impacto en los niños que no practican la religión mayoritaria del símbolo (*Karaduman c. Turquía*³⁹).
4. Según el Tribunal, a pesar de poseer el crucifijo una pluralidad de valores, entre ellos los valores constitucionales laicos, el significado predominante es religioso. Las convicciones de la demandante alcanzan un grado de seriedad y coherencia suficiente para que la exposición de la cruz, en su dimensión religiosa, entre en conflicto con sus convicciones y con las de sus hijos. En un contexto escolar de educación pública el crucifijo en las aulas puede percibirse como parte del medio escolar y

³⁹ *Karaduman c. Turquía*, decisión de 3 de mayo de 1993.

ser considerado como “signo exterior fuerte” (*Dahlab c. Suiza*⁴⁰), especialmente entre los alumnos pertenecientes a minorías religiosas. La libertad negativa de los alumnos no se limita a la ausencia de una instrucción religiosa sino que se extiende a los símbolos que expresan “en general o particular, una creencia o religión o el ateísmo. Este derecho negativo merece una protección particular si el Estado es el que expresa una creencia y si la persona se enfrenta a una situación de la que no se puede liberar, o sólo lo puede hacer mediante esfuerzos y un sacrificio desproporcionado” (pár. 56).

5. El Estado tiene la obligación de asumir una neutralidad confesional en la educación pública y debe buscar impulsar un pensamiento crítico entre los alumnos. El Tribunal no puede entender cómo la exposición de un símbolo de una religión determinada en instituciones que realizan una función pública, asociado a la religión mayoritaria en Italia puede servir al pluralismo educativo, esencial para la preservación de una sociedad democrática. Además esta exposición restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones así como el derecho de los niños a creer o no creer. La restricciones a estos derechos son incompatibles con el deber que incumbe al Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular, en el ámbito educativo.

En consecuencia, el Tribunal falla a favor de la demandante y sostiene la violación del artículo 2 del Protocolo 1 conjuntamente con la vulneración del artículo 9 del Convenio⁴¹.

3.2 EL CRUCIFIJO COMO SÍMBOLO CULTURAL-RELIGIOSO Y EL PRINCIPIO DE LAICIDAD

Como aparece explícito en el párrafo 13 de la sentencia: “Mediante decisión nº 1110 de 17 de marzo de 2005, el TAR de Venecia rechazó el recurso de la demandante y estimó que el crucifijo era a la vez símbolo de la historia y de la cultura italiana y, por consiguiente, de la identidad italiana, así como también el símbolo de los principios de igualdad, de libertad y de tolerancia y de la laicidad del Estado”. Y el gobierno italiano, en el mismo sentido, reitera ante el Tribunal que “si bien la cruz es un símbolo religioso reviste además

⁴⁰ *Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001.

⁴¹ Algunos comentarios de la sentencia *Lautsi* están: ANDRESCU G. y ANDRESCU, L. “The European Court of Human Rights’ *Lautsi* Decision: Context, Contents, Consequences”, *Journal of the Study of Religions and Ideologies*, vol. 9, 26, 2010, pp. 47-74; CORTESE, F. y MIRATE, S. “La CEDU e il crocifisso: prodromi, motive e conseguenze di una pronuncia tanto discussa” y D’ELIA, G. “Il Crocifisso nelle aule scolastiche: un paradossso che non resiste all’Europa” ambos en <http://www.forumcostituzionale.it>

otros significados. Tendría igualmente un significado ético comprensible y apreciable independientemente de la adhesión a la tradición religiosa o histórica por cuanto incorpora unos principios que pueden ser compartidos fuera de la fe cristiana (...) los valores democráticos de hoy en día hundirían sus raíces en un pasado más lejano, el del mensaje evangélico. El mensaje de la cruz sería pues humanista pudiendo leerse de manera independiente a su dimensión religiosa, constituido de un conjunto de principios y de valores que forman la base de nuestras democracias” (pár. 35). En el párrafo 40 continúa señalando que “tampoco sería el signo de una preferencia por una religión ya que recordaría una tradición cultural y unos valores humanistas compartidos por otras personas además de los cristianos. En conclusión, la exposición de la cruz no ignoraría el deber de imparcialidad y de neutralidad del Estado”.

Estos argumentos del gobierno italiano traen causa y casi literalmente reproducen el razonamiento jurídico célebre de la sentencia del TAR que hizo suyo también el Consejo de Estado. En dicho razonamiento se equipara la cruz con el crucifijo; se mantiene la vigencia legal de las disposiciones en litigio en el ordenamiento italiano; se establece que el principio de laicidad no obliga a exponer el crucifijo en las escuelas en las que actualmente no se exhibe; y, por último, el crucifijo aparece como expresión histórica de una cultura laica que viene a confirmar el principio de laicidad.

Si se reconstruyen las explicaciones sobre el significado del símbolo del crucifijo que emplea el TAR se aprecian ciertas contradicciones que se reiteran en las argumentaciones del gobierno italiano ante el Tribunal europeo. El juez administrativo justifica la tesis de la compatibilidad de la exposición del crucifijo en las escuelas públicas con dos argumentos. Por un lado, si se escoge el significado histórico-cultural, es un hecho que el cristianismo es patrimonio histórico del pueblo italiano y de la identidad italiana (pár. 8.1 de la sentencia TAR y pár. 42 de la sentencia del TEDH); y por el otro, si nos atenemos exclusivamente al significado religioso, la cruz (no ya el crucifijo) es el símbolo del cristianismo que, contiene en sí mismo, la idea de tolerancia, igualdad y libertad que son la base del Estado moderno laico, del Estado italiano (par. 11.1 del la sentencia TAR y pár. 35 de la sentencia del TEDH). Puesto que se le pueden atribuir varios significados al crucifijo, el TAR sostiene que no se puede caer en el *subjetivismo* o en el *solipsismo interpretativo* (pár. 12.2) carentes de tutela jurídica y se erige, en consecuencia, en intérprete y señala que de los significados polivalentes del símbolo sólo cabe proteger jurídicamente su aspecto social-cultural indiscutible: aquel relativo a la adhesión a los valores seculares del cristianismo, inherentes al crucifijo.

La lógica empleada, por lo tanto, es la siguiente: el crucifijo es simultáneamente, símbolo histórico-cultural, identitario y religioso pero este último

significado no es excluyente de otros valores porque la tolerancia y la dignidad humana entran en el núcleo axiológico de la doctrina cristiana. Es decir, la misma religiosidad del símbolo determina su universalidad⁴². La autoridad judicial elige el significado funcional de su dimensión universal para fundamentar la compatibilidad del símbolo con el principio de laicidad y relega los otros significados, aquellos otros provocados en el observador externo, en concreto el significado estrictamente religioso, al limbo del solipsismo interpretativo que no implica una tutela jurídica determinada. Sorprendentemente el juez administrativo y el gobierno italiano se arrojan la función de interpretar el contexto hermenéutico del símbolo y ambos se atribuyen la competencia para decidir qué contenido tiene el crucifijo. Y lo hacen sentenciando unívocamente un significado y desacralizando su verdadero origen.

Además, al investirse en intérprete teológico de la semiótica del símbolo, el Juez utiliza argumentos de lógica mayoritaria-autoritaria: "(...) sería el signo de una preferencia por una religión ya que recordaría una tradición cultural y unos valores humanistas compartidos por otras personas además de los cristianos (pár. 40 sentencia del TEDH) ... el Gobierno ha decidido libremente dejar los crucifijos en las aulas por diferentes motivos, entre los cuales se halla la necesidad de alcanzar un compromiso con los partidos de inspiración cristiana que representan a una parte esencial de la población y de sus sentimientos religiosos (pár. 42 sentencia del TEDH)". Por lo tanto, la finalidad resultante es la prevalencia de la voluntad de la mayoría (sea cultural o religiosa) sobre los derechos de las minorías. En conclusión, la articulada motivación de la sentencia del TAR y de los argumentos del gobierno italiano, deliberada y peligrosamente escinden el valor cultural del crucifijo de su valor religioso, no dudan en secularizarlo y llevan el contenido religioso al cultural atribuyéndoselo a la mayoría italianos. Esto conduce a la re-calificación de un símbolo de conciencia en símbolo cultural, es decir, la conversión de un símbolo de conciencia en símbolo de poder de las mayorías⁴³.

3.3 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EXPOSICIÓN DEL CRUCIFIJO EN LAS AULAS

Las principales objeciones al fallo del Tribunal europeo, y en apoyo a los argumentos del gobierno italiano, han sido sintetizadas en un documento firmado por 50 profesores de Derecho de 15 países y patrocinado por el Fondo Becket para la Libertad Religiosa que fue presentado ante el Tribunal el pasa-

⁴² Vid. MORELLI, A. Y PORCIELLO, A. "Verità, Potere e simboli religiosi", p. 15. <http://www.forumcostituzionale.it>

⁴³ Vid. MORELLI, A. "Simboli, religioni e valori nelle democrazie costituzionali contemporanee" <http://www.forumcostituzionale.it> pp. 9-11.

do 24 de mayo de 2010⁴⁴. En él se insta al Tribunal a que “deje a los Estados un margen sustancial para definir las relaciones Iglesia-Estado de conformidad con cada una de sus correspondientes tradiciones, historias y culturas” y avisan del riesgo de alentar conflictos generalizados de los Estados con las iglesias de confirmarse la sentencia por la Gran Sala. Afirmando que los “desafíos del pluralismo religioso en la Europa contemporánea no se pueden resolver a través de la falsa premisa de que la prohibición de símbolos religiosos de los espacios públicos es de alguna manera una posición ‘neutral’”, el patrocinador de este documento, Profesor Carozza sugiere que “el pluralismo debe alcanzarse a través de un diálogo genuino entre las tradiciones religiosas de los pueblos europeos, un diálogo que se hace imposible si los símbolos que representan las tradiciones históricas del continente han sido extirpados de la vida pública, incluida de la educación”⁴⁵.

A juicio de los detractores de la sentencia de la Sección Segunda, el fallo se fundamenta en tres errores fundamentales: 1. La sentencia malinterpreta el artículo 9. La libertad de religión no obliga al Gobierno a retirar de sus edificios todos los símbolos o declaraciones que los padres o los estudiantes pueden encontrar religiosamente ofensivos. El contenido del artículo 9 no se extiende a las meras ofensas sino a la coerción. Un Estado no contraviene el artículo 9 cuando muestra un símbolo que el solicitante considera ofensivo sino cuando restringe legalmente la libertad de creencias o su manifestación de los individuos; 2. La sentencia malinterpreta el concepto del pluralismo y del diálogo protegidos por el artículo 2 del Protocolo N° 1. El pluralismo se debilita, no se refuerza, al prohibir la exhibición de un símbolo que tiene, sin lugar a dudas, numerosos significados históricos, culturales y religiosos. Al prohibirse su exhibición, el Estado minusvalora la riqueza del símbolo y empobrece el diálogo. Ello conduciría a validar la impugnación de cualquier símbolo que pudiera considerarse ofensivo por razones religiosas o filosóficas; y 3. La sentencia restringe significativamente el margen de apreciación de las Partes Contratantes del Convenio, imponiendo una mal entendida uniformidad en las prácticas tradicionales de las Partes Contratantes y se empeña en la tarea imposible de extirpar la religión de la cultura e historia europea. También enfrenta a los Estados Partes con sus súbditos porque no permite siquiera que los Estados entren en diálogo con sus ciudadanos sobre la conveniencia o no de la exposición de estos símbolos en las escuelas.

En cuanto al primero de los argumentos del documento señala que, la exposición del símbolo es considerada como la exhibición pasiva de un símbo-

⁴⁴ Comments of Third-party intervener coalition of Professors of Law, http://www.strasbourgconsortium.org/index.php?blurb_id=897

⁴⁵ http://www.strasbourgconsortium.org/index.php?blurb_id=931&page_id=9

lo no verbal y no como una coerción. La coerción se produciría cuando el Gobierno fuerza a un individuo a participar en alguna acción (o a abstenerse de actuar), en violación de sus creencias religiosas y lo hace por la fuerza o concediendo beneficios para aquellos que participen en estas actividades religiosas. La exposición pasiva del símbolo no requiere del individuo una actividad, ni inhibe al individuo de seguir su conciencia. La Sección Segunda reconoce un nuevo derecho, el “derecho a no ser ofendido” (pár. 54 y 55). Si este derecho fuese confirmado por la Gran Sala se llegaría a situaciones absurdas ya que los individuos toman como ofensa religiosa muchos símbolos (por ejemplo, el saludo a la bandera nacional para los Testigos de Jehová)⁴⁶. Para sostener este razonamiento se señala además que el Tribunal Europeo ha establecido con respecto a la libertad de expresión protegida en el artículo 10, que los Estados no pueden silenciar a un ciudadano por el mero hecho de que otro ciudadano considere que el discurso es ofensivo. La Gran Sala sentenció el año pasado que “la libertad de expresión es aplicable no sólo a la ‘información’ o ‘ideas’ que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, chocan o molestan. Esto es consecuencia de las demandas del pluralismo, la tolerancia sin las cuales no hay una ‘sociedad democrática’” (Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suiza (n.º 2), no. 32772/02, § 96, 30 de junio de 2009). “Si un individuo no puede silenciar a otro sólo porque se siente ofendido, cómo se puede permitir que una ofensa le dé derecho a un individuo para silenciar al Estado?”⁴⁷.

Por lo que se refiere al segundo de los argumentos, estos autores defienden que la exhibición de un símbolo al amparo de artículo 2 del Protocolo n.º 1 favorece el pluralismo: “En la medida en que el crucifijo puede ser visto como parte del currículo su papel sería el de estimular la discusión y el diálogo. El crucifijo es un símbolo que puede transmitir una variedad de significados que se superponen (históricos, culturales y religiosos), dependen del contexto y las predisposiciones de los que lo ven. Por lo tanto, el crucifijo se encuentra muy bien situado como punto de partida para fomentar el diálogo en la escuela”⁴⁸. Sin embargo, la Sección Segunda entra en una especie de psicoanálisis de los estudiantes de las minorías religiosas para demostrar que un crucifijo “puede ser emocionalmente perturbador” (pár. 55) y asumida esta suposición acerca del estado psicológico de los estudiantes de minorías religiosas, se decide que el crucifijo es anti-pluralista y debe ser eliminado. En opinión de los profesores firmantes del documento, el Tribunal ha reconocido

⁴⁶ Cfr. *Comments of Third-party intervenor coalition*, op. cit. p. 3.

⁴⁷ *Ibid.* p. 6.

⁴⁸ *Ibid.* p. 5.

en otras ocasiones que la restricción inhibe la expresión y no estimula el pluralismo y cita jurisprudencia en la que el Tribunal sostiene que el Estado no puede silenciar a ninguna de las dos partes contendientes, ya que eliminaría el diálogo necesario para el verdadero pluralismo. Además puesto que la exhibición pasiva de un símbolo tiene varios significados es difícil afirmar que no es objetivo y crítico. Las ideas religiosas pueden ser explicadas y transmitidas de manera crítica y objetiva como la cruz puede ser expuesta de forma objetiva y crítica.

En cuanto al margen de apreciación, el Tribunal conoce por su extensa jurisprudencia que el margen de apreciación de cada Estado dependerá de las tradiciones y contextos culturales e históricos. Es obvio, a juicio de los profesores de Derecho que han firmado el documento, “que la práctica italiana de exhibir crucifijos en las paredes de las aulas está ligada a las tradiciones culturales e históricas de la sociedad italiana. Solo hace falta ver la reacción del pueblo italiano a la sentencia de la Sección Segunda. Nadie puede ignorar que el crucifijo en la pared del aula se considera ampliamente como una parte importante de la tradición italiana cultural e histórica”. Como se trata de un tema en el que no hay “denominador común” en los Estados del Consejo de Europa (Francia o Bélgica lo han eliminado; en Alemania, las prácticas varían de Länder a Länder, en Baviera hay crucifijos en las aulas, en Berlín no los hay) es evidente que los Estados deben gozar en este asunto de un margen de apreciación más amplio⁴⁹. La prudencia aconseja no prohibir los referentes históricos culturales y religiosos de la tradición de cada país. Exiliar los símbolos e ideas religiosas del espacio público sería temerario, porque estos símbolos e ideas religiosas son parte integral del tapiz de la civilización europea. Si se tira de ese hilo, el tapiz se deshace. Con esta idea se quiere insistir que, de adoptarse este argumento por la Gran Sala en la sentencia definitiva, las relaciones Estado-Iglesia pueden sufrir un gran deterioro. El pluralismo y el debate religioso son partes fundamentales de la experiencia humana y por lo tanto pertenecen al entorno escolar. Si se prohíbe el crucifijo se inhibe el pluralismo, la prudencia aconseja la no prohibición. Tampoco favorece la neutralidad del Estado la remoción de estos símbolos porque su prohibición envía un mensaje de hostilidad hacia las creencias religiosas. Es mejor alcanzar la neutralidad a través del diálogo sobre las religiones y los símbolos religiosos de diferentes tradiciones. Su eliminación dificulta el diálogo necesario entre la mayoría y las minorías religiosas y entre creyentes y no creyentes⁵⁰.

⁴⁹ *Vid.* EUROPEAN CENTER FOR LAW AND JUSTICE, Legal Memorandum, ECHR-Lautsi v. Italia. En el anexo titulado “Confessional v. Non-Confessional Members of the Council of Europe & States Publicly Displaying Crucifixes in the Council of Europe” se describe la situación legal de la exposición de símbolos religiosos en cada uno de los países del Consejo de Europa.

⁵⁰ *Cfr. Comments of Third-party intervenor coalition*, op. cit. p. 10.

4. VALORACIÓN CRÍTICA

4.1 EL MARGEN DE APRECIACIÓN Y LOS SÍMBOLOS CULTURALMENTE MAYORITARIOS

La jurisprudencia de Estrasburgo ha sostenido la importancia del margen de apreciación de los Estados en numerosas sentencias en las que la relación Iglesia-Estado estaba en cuestión, o en casos en los que el contenido y la extensión del concepto “Estado secular o laico” ha quedado a juicio del Estado objeto del litigio. El margen de apreciación se entiende como el margen reconocido a las autoridades de cada Estado para estimar la necesidad de ciertas medidas restrictivas de las libertades, adoptadas en virtud de los conceptos-límite autorizados por diversos artículos del Convenio (especialmente los artículos 8-11)⁵¹. La razón principal para reconocer este margen es que las autoridades nacionales, por su proximidad a las respectivas sociedades, son las que se hallan mejor situadas para valorar la necesidad de estas medidas, pueden apreciar mejor las exigencias que comporta la protección del interés público e interpretar la legislación interna vigentes. No obstante, como veremos, tal poder de apreciación no es ilimitado, sino que las decisiones estatales están sujetas al control europeo. Se encuentran sometidas a la supervisión del Tribunal europeo, que es, por su parte, quien está mejor capacitado para interpretar el espíritu del Convenio y sus consecuencias respecto de la tutela de los derechos enunciados. El margen aparece como un límite estructural a la aplicación del Convenio que permite no entrar a revisar, en ciertos casos, la interferencia en el derecho si la restricción se entiende legítima, necesaria para las autoridades nacionales y no es del todo irrazonable para el Tribunal. En cualquier caso, también hay que apuntar que el órgano de Estrasburgo puede variar la valoración jurídica del margen de apreciación en cada caso (es más, lo hace continuamente dificultando la consolidación de una teoría general)⁵².

La primera cuestión es precisar si el argumento del margen de apreciación, utilizado como lo ha empleado el gobierno italiano, es suficiente para justificar la posible vulneración de la libertad religiosa negativa de los alumnos.

⁵¹ Los conceptos-límites son: la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Vid. BRAUCH, J. A. “The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of law”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 113-147.

⁵² Como apunta YOURROW: “the concept of the margin of appreciation has become as slippery and elusive as an eel” en YOURROW, H. Ch. “The Margin of appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987 p. 152. Vid. BRAUCH, J. A. “The Margin of appreciation Doctrine and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of law”, op. cit. p. 145.

La jurisprudencia de Estrasburgo ha dejado claro que es preciso distinguir entre los aspectos interno y externo de la libertad religiosa. El primero consiste en la libertad de creer, que comprende la libertad para elegir las propias creencias (religiosas o no) y la libertad para cambiar de religión. El segundo consiste en la libertad de actuar de acuerdo con la propia religión o creencia. La dimensión interna de la libertad religiosa es absoluta, mientras que la dimensión externa es de suyo relativa. El artículo 9.2 establece explícitamente que las limitaciones en él mencionadas sólo son aplicables a la “libertad de manifestar su religión o sus convicciones” y las limitaciones basadas en el argumento del margen de apreciación de los Estados deben seguir unos criterios generales de proporcionalidad⁵³. Es decir, el Estado generalmente demuestra que la interferencia en el derecho infringido era lo mínimo que se podía hacer y el Tribunal europeo evalúa razonablemente si ha existido una relación entre los medios empleados y la finalidad legítima que se persigue. En *Lautsi* el Estado italiano sostiene que no ha existido vulneración del derecho de libertad religiosa de los padres o los menores⁵⁴. No obstante, la parte gubernamental utiliza el argumento del margen de apreciación para justificar

⁵³ 1) El primer y fundamental criterio es la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones que pueden imponerse a las libertades, que se corresponde con la necesidad de una interpretación amplia de los derechos garantizados por el Convenio Europeo. De hecho, el TEDH ha declarado abiertamente que la libertad religiosa es uno de los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista. 2) La expresión “previstas por la ley” tiene por objeto impedir que las autoridades nacionales puedan actuar con plena discrecionalidad; 3) La restricción prevista por ley debe perseguir uno de los fines legítimos enunciados en el CEDH; en el caso de la libertad religiosa, la protección del orden, la moral, la seguridad o la salud públicas, y la protección de los derechos y libertades de los demás; 4) En lo concerniente a la consideración de una limitación a la libertad como “necesaria”, y en interpretación del TEDH, el término ‘necesaria’ implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”. Aquí reside la verdadera aplicación del principio de proporcionalidad. ¿Qué es una necesidad social imperiosa? Los factores a tomar en cuenta para concluir esa necesidad son: la naturaleza del derecho en cuestión y el grado de interferencia en su ejercicio; la naturaleza de las actividades sujetas a restricción; la naturaleza del interés público que supuestamente justifica la limitación de las libertades; y el nivel de protección que ese interés reclama en las precisas circunstancias del caso. Para un análisis de la proporcionalidad en derecho comparado y en el TEDH, vid. GUNN, J. “Deconstructing proportionality in limitation analysis”. *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005, pp. 465-497.

⁵⁴ “En el presente caso no estaba en cuestión la libertad de adherirse o no adherirse a una religión ya que en Italia que la libertad está plenamente garantizada. Tampoco era una cuestión de tener la libertad para practicar o no practicar una religión. Aunque el crucifijo se mostró de hecho en las aulas, los profesores y los alumnos no estaban obligados a hacer el menor gesto que podría constituir un saludo o señal de respeto a ella, o de un simple reconocimiento de su presencia, y menos aún para recitar las oraciones en clase. De hecho, no se les pidió que se le prestara atención al crucifijo. Por último señalar que no se trata de la libertad de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones; la educación en Italia es totalmente laica y pluralista, los programas de estudio no contiene alusión a una religión en particular y la instrucción religiosa era opcional”. *Lautsi c. Italia*, párr. 38.

que, si algún derecho podría haber sido vulnerado, está justificado por la cultura, la tradición, la historia, en definitiva, la identidad italiana.

Hubiese sido más coherente que el gobierno italiano hubiera ofrecido una justificación legítima para la legislación o medida impugnada y, a partir de aquí, sostener que el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrado en el art. 9.1 no había sido infringido. Sin embargo, al mencionar en las alegaciones el margen de apreciación (entendido como el respeto y protección de la tradición e historia italianas), el gobierno debía haber utilizado el principio de proporcionalidad para defender que la exhibición de símbolos en las aulas, prevista por ley, es un bien jurídico a proteger y cualquier interferencia en la libertad religiosa está justificada al ser necesaria en una sociedad democrática.

En ocasiones el Tribunal Europeo ha validado las limitaciones impuestas a la libertad religiosa justificadas en el margen de apreciación de los Estados y ha sostenido la importancia de atender al contexto social de cada país. Por ejemplo, en *Sahin c. Turquía*⁵⁵, el Tribunal, analizando si la normativa turca sobre la prohibición del velo islámico en las universidades públicas era una limitación al artículo 9 “necesaria en una sociedad democrática”, señaló la dificultad para manejar un concepto uniforme de religión en todos los países europeos: “se debe dar un amplio margen de apreciación a los Estados en los casos relativos a la relación Iglesia-Estado (...) Este es el caso cuando se trata de regular el uso de símbolos religiosos en las instituciones educativas, a la vista de la diversidad de los enfoques adoptados por las diferentes autoridades nacionales en la cuestión. Puesto que no es posible discernir en toda Europa una concepción uniforme de la importancia de la religión en la sociedad (...) y el significado o el impacto de la expresión pública de una creencia religiosa será diferente según el momento y contexto (...) según las tradiciones nacionales y la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás y del mantenimiento del orden público (...) la elección del tipo de medidas normativas se debe dejar a criterio del Estado en cuestión, ya que dependerá en el contexto nacional específico (...)”⁵⁶. También el Tribunal ha destacado la

⁵⁵ *Sahin c. Turquía* (Application no. 44774/98) 10 November 2005

⁵⁶ Vid. *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, p. 84 y *Wingrove c. the United Kingdom*, sentencia de 25 Noviembre 1996, Reports 1996-V, pp. 1957-58, p. 58. *Sahin*, p. 109: “It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (see *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, p. 19, § 50), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, cited above, p. 1957, § 57). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must

diversidad de soluciones que los Estados del Consejo han dado al uso de los símbolos en las esferas educativas, resaltando la estrecha relación de la religión con la educación y la importancia de la enseñanza de las religiones. Como concluye el Tribunal en *Zengin contra Turquía*: “la educación religiosa en Europa está estrechamente vinculada con la educación secular. De los 46 países miembros del Consejo en 43 se imparten clases de educación religiosa en las escuelas estatales. Y en 25 de estos 46 (incluida Turquía), la educación religiosa es materia obligatoria”⁵⁷.

Por lo tanto, la cuestión fundamental es si la identidad italiana en su doble dimensión histórica-cultural y religiosa justificaría que la Gran Sala concediese el margen de apreciación a Italia, permitiendo el mantenimiento de los crucifijos en las aulas, como lo hizo con Turquía en el asunto *Sahin* cuando el gobierno turco defendió la prohibición del velo con el argumento del principio constitucional del secularismo. Esta cuestión también se puede formular de otra manera: ¿son compatibles los símbolos religiosos en las aulas con los derechos fundamentales de los padres y de los alumnos?

A mi juicio, para que el margen de apreciación justifique la posible vulneración de un derecho fundamental debe acompañarse de una valoración jurídica sólida. Como apuntó la Juez Tulkens en el caso *Sahin*: “la cuestión planteada en la demanda, cuya importancia es evidente para el derecho a la libertad de religión garantizada por el Convenio, no es meramente un problema ‘local’ sino uno de importancia para todos los Estados miembros. No se puede obviar el control europeo mediante la mera invocación del margen de apreciación”⁵⁸. Por tanto, lo importante es analizar si el Estado italiano ha valorado oportunamente los bienes jurídicos en juego, los derechos humanos y el interés público de mantener el crucifijo.

La jurisprudencia europea sobre la libertad religiosa en el ámbito de la enseñanza pública ha sido sintetizada en dos sentencias relativamente recientes, *Folgerø c. Noruega*⁵⁹ y *Zengin c. Turquía*⁶⁰. En los razonamientos jurídicos

inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context (*Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 73, ECHR 2003-IX)”.
⁵⁷ *Zengin c. Turquía*, (Application no. 1448/04) October 2007: “El alcance de esta obligación varía en función del Estado. En cinco países, a saber, Finlandia, Grecia, Noruega, Suecia y Turquía, la obligación de asistir a clases en la educación religiosa es absoluta. Todos los alumnos que pertenecen a la fe religiosa que se enseña en las clases están obligados a seguirlas, parcial o totalmente. Sin embargo, los diez permitir excepciones en determinadas condiciones. Este es el caso en Austria, Chipre, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Malta, Mónaco, San Marino y el Reino Unido. En la mayoría de estos países, la educación religiosa es confesional”, párs 30-31.

⁵⁸ *Sahin*. Judge Tulkens, dissenting opinión, pár. 3.
⁵⁹ Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2007.
⁶⁰ Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 2007.

cos de ambas el Tribunal enuncia los grandes principios jurisprudenciales interpretativos sobre el derecho de libertad religiosa en el ámbito educativo (Sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, Campbell y Cosans c. Reino Unido, Valsamis c. Grecia*)⁶¹ de los que cabe deducir, entre otras, las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el Tribunal deja claro que el artículo 2 del Protocolo núm. 1 no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas y ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública. Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les corresponde prioritariamente “asegurar la educación y la enseñanza”, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas.

En segundo lugar, la palabra “convicciones”, aisladamente, no es sinónimo de los términos “opinión” e “ideas”. Se aplica a opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia (Sentencias *Valsamis* párrs. 25 y 27 y *Campbell y Cosans*, párrs. 36-37).

En tercer lugar, junto al derecho natural de los padres hacia sus hijos, el Tribunal recuerda que la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. Es más, considerando el lugar que ocupa el cristianismo en las tradiciones e historia nacionales, su enseñanza corresponde al margen de apreciación de los Estados y puede estar incluida en la programación escolar⁶². No obstante, se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres y, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, el Estado debe velar por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista.

Y, en cuarto lugar, se reitera que la obligación de imparcialidad y neutralidad del Estado respecto a las distintas religiones, cultos y creencias es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias o sobre las modalidades de expresión (Sentencias *Manoussakis y otros c. Grecia*, párr. 47 *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria*, pár.

⁶¹ *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, 7 diciembre 1976, *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, *Valsamis c. Grecia*, de 18 de diciembre de 1996.

⁶² *Folgero c. Noruega*, pár. 89. Además en este sentido se establece que la definición y planificación del programa de estudios competen a los Estados. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede variar según los países y las épocas (Sentencia *Valsamis*, pár. 28).

78, *Sahin*, p r 107). En este mismo sentido, en *Sahin* el Tribunal insiste en el papel neutral e imparcial del Estado respecto del ejercicio de las diversas religiones, credos o creencias y sostiene que este papel es esencial para el orden público, la armonía y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática. Al Estado le compete asegurar el mutuo respeto y tolerancia entre los grupos en la sociedad y, en especial, asegurar un tratamiento justo para las minorías. En *Sahin* el Tribunal recuerda que “el pluralismo, la tolerancia y amplitud de miras son las características de una ‘sociedad democrática’. Aunque los intereses individuales puedan subordinarse, en ocasiones, a los de un grupo, la democracia no significa que las opiniones de la mayoría deban prevalecer siempre: debe lograrse un equilibrio que garantice el trato justo y adecuado de las personas pertenecientes a minorías y evitar cualquier abuso de una posición dominante (...) el pluralismo y la democracia debe basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso que implique necesariamente varias concesiones por parte de individuos o grupos de personas justificadas con el fin de mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática”⁶³.

Tomando en cuenta (1) que la exhibición del crucifijo en el interior de las aulas no ofrece una información religiosa neutral sobre las distintas religiones o filosofías sino que, con independencia de su significado cultural es, ante todo, un símbolo cristiano; (2) que no pueden articularse exenciones a los alumnos para proteger sus convicciones religiosas y filosóficas y la de los padres, puesto que el crucifijo preside las aulas donde se imparten cada una de las materias y una exención consistiría en la no asistencia del menor a ninguna aula donde estuviera expuesto el crucifijo; (3) que el deber de imparcialidad y neutralidad del Estado respecto a las distintas religiones, cultos y creencias se ve seriamente perjudicado si el Estado se arroga la facultad de apreciar benévolamente la exposición de un símbolo concreto religioso; (4) que uno de los objetivos de la escuela consiste en el desarrollo y en la formación del carácter y el espíritu de los alumnos así como en el crecimiento de su autonomía personal; y (5) que la enseñanza en sentido amplio sobre cultura religiosa y moral debe impartirse de manera objetiva, crítica y pluralista, cabe concluir que la exhibición de los crucifijos en las aulas escolares públicas en el contexto de una enseñanza obligatoria puede vulnerar la libertad religiosa de los padres y sus hijos.

Por lo tanto, aunque los Estados gocen de autonomía para la programación de los estudios en el interior de sus fronteras y organicen la enseñanza de conformidad con las tradiciones, historia y políticas nacionales al cumplir estas funciones, los Estados encuentran el límite del derecho de fundamental de libertad religiosa y el límite de la obligatoriedad de la difusión de los conte-

⁶³ *Sahin c. Turquía*, p r. 108.

nidos de manera objetiva, crítica y pluralista. Una educación “neutral y objetiva” significa, bien que la enseñanza no muestre una preferencia por una u otra religión, o bien que todas las religiones merezcan una atención igual o equitativa⁶⁴. En este sentido, el Tribunal en *Zengin* entendió que el gobierno turco había concedido un estatuto privilegiado a la enseñanza del Islam sunita; en el caso *Folgerø*, sostuvo que el gobierno noruego no contemplaba igual atención a otras confesiones que la que había sido concedida al luteranismo; y en *Lautsi* el Tribunal se pregunta cómo la exposición de un símbolo de una religión determinada, asociado a la religión mayoritaria, en instituciones que realizan una función pública puede servir al pluralismo educativo, el cual es esencial para la preservación de una sociedad democrática.

Puesto que el pluralismo es inseparable de una sociedad democrática (*Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993) y la segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 trata de salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo (*Folgerø*), cabe preguntarse si debe protegerse el derecho de las mayorías a su identidad cultural expresada, entre otros medios, por símbolos asociados a la religión mayoritaria; o dicho de otro modo ¿existe un derecho de las mayorías a ser toleradas por las minorías?⁶⁵

En textos constitucionales, como la constitución canadiense, son las minorías a las que normalmente se les reconoce el derecho a proteger sus prácticas culturales porque precisamente, debido a su situación minoritaria, el mantenimiento de la identidad cultural puede peligrar y ser asimilada en la cultura mayoritaria. Los derechos culturales aparecen íntimamente relacionados con el derecho a la identidad cultural de la que goza todo individuo. La construcción de la identidad personal mediante las referencias externas es esencial para preservar la cultura de pertenencia, sea minoritaria o mayoritaria. Por eso los derechos culturales pueden predicarse de todos y cada uno de los individuos de la sociedad; sin embargo, la posibilidad de ejercer la protección de los derechos culturales está sujeta a ciertas condiciones. En el llama-

⁶⁴ Vid. RELAÑO PASTOR, E. “El pluralismo educativo y la libertad religiosa en el Tribunal de Derechos Humanos: *Folgerø* y *Zengin*” en *Multiculturalismo y derechos de las minorías*. Problemáticas y retos. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Nueva época. Año II, otoño 2008, pp. 227-246.

⁶⁵ “De la tolerancia frente a una pequeña minoría no debe derivarse una gran intolerancia hacia la gran mayoría. El deber de tolerancia debe desplegar sus efectos tanto a favor de la mayoría como de la minoría” en ROCA, M. “La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y Propuestas para el Derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIII, 2007, pp. 257-291 en pág. 274. La opinión de la autora a favor de la tolerancia de las mayorías es la inversión del principio clásico de tolerancia. Es la antítesis de la literatura académica sobre minorías, ampliamente consolidada en los últimos veinte años.

do “test cultural”⁶⁶ es posible distinguir algunos elementos comunes que son necesarios para ejercitar el derecho a determinada práctica cultural: 1) esta práctica cultural debe ser compartida por el grupo; 2) debe ser esencial para la construcción cultural y para la identidad de sus miembros; 3) si la práctica dejase de realizarse sería una grave amenaza para la existencia de ese grupo; 4) cualquier práctica cultural debe ser ponderada junto a otros valores y pueda estar sujeta a limitaciones y 5) su ejercicio no debe causar daño a otras personas. Si sometemos la exhibición del crucifijo, como símbolo cultural-laico de la identidad italiana al escrutinio de estos requisitos, puede concluirse que:

- (1) No es una práctica compartida por la mayoría sino que está sujeta a una fuerte polémica y desacuerdo en la misma cultura cristiana de referencia. El conflicto sobre el crucifijo ha sacado a luz la variedad de opiniones sobre el asunto en la ciudadanía italiana; bien porque algunos italianos son ateos o agnósticos, otros creyentes de otras confesiones y otros, aún en su condición de católicos, defienden la neutralidad de las instituciones públicas.
- (2) La práctica de la exposición del crucifijo en las aulas no es esencial para la supervivencia de la cultura italiana o para la preservación de la identidad de los italianos y tampoco es primordial para la supervivencia de la religión católica o cristiana. El crucifijo no es fundamental para transmitir los valores de la tradición italiana, existe una amplia variedad de símbolos a través de los cuales estos valores pueden ser representados.
- (3) Asimismo tomando en cuenta el carácter esencial de la práctica de exhibir el crucifijo en las aulas puede decirse que ni la cultura italiana, ni los católicos están en riesgo si se remueve el crucifijo de las aulas. Los mecanismos de reproducción de la cultura italiana y de la religión católica no entran en crisis ni peligran si se elimina el crucifijo. Puede decirse que existe una percepción por parte de algunos cristianos de sentirse amenazados pero, considerando el arraigo del catolicismo en Italia, la comunidad cristiana no corre el riesgo de desaparecer si se retira el crucifijo de las escuelas.
- (4) El derecho a exponer un símbolo cultural de la mayoría debe ser ponderado y valorado junto al derecho cultural de las minorías a exponer sus propios símbolos. Hay que tener en cuenta a quiénes demandan un entorno educativo en el que no tengan ventaja unos grupos con respecto a otros. Incluso aceptando que el crucifijo es un símbolo cultu-

⁶⁶ Vid. EISENBERG, A. *Reconstructing Political Pluralism*, Albany, State University of New York Press, 1995, KYMLICKA, W. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, PAREKH, B. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, Palgrave MacMillen y UNESCO, *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2005.

ral cabe preguntarse si su exposición acentúa el sentimiento de inferioridad de otras religiones o culturas⁶⁷.

- (5) Por último, la presencia de un símbolo cultural determinado, con pretensiones de universalidad, representa cierta incoherencia con la necesidad de proteger la diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y tampoco parece muy aceptable en el contexto de una ciudadanía europea, abierta y diversa; ciudadanía que se presenta bajo el lema “unidos en la diversidad”.

Por lo que se refiere al conflicto entre el margen de apreciación del gobierno italiano con los derechos de libertad religiosa, hay que señalar que la jurisprudencia europea ha establecido que los Estados, aún gozando de autonomía para la programación de los estudios y de la enseñanza de conformidad con las tradiciones y la historia, están sujetos a un límite: la difusión de los contenidos y la enseñanza debe hacerse de manera objetiva, crítica y pluralista. La cuestión fundamental es saber si esta educación “neutral y objetiva” es compatible con la exhibición de un símbolo mayoritario y si están previstas garantías para proteger las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. En el caso *Zengin*, el Tribunal entendió que el gobierno turco había concedido un estatuto privilegiado a la enseñanza del Islam sunita y, en el caso *Folgerø*, sostuvo que el gobierno noruego no concedía igual atención a otras confesiones que la concedida al luteranismo. Y en ambos casos se trató la obligación de los Estados de respetar las convicciones de los padres, tanto religiosas como filosóficas. Por este motivo, el margen de apreciación tanto del gobierno noruego como turco quedó disminuido sustancialmente al tener el deber de “respetar”, lo cual significa mucho más que “reconocer” o “tener en cuenta” (*Zengin*, p. 49). Este matiz tiene importantes consecuencias porque al estrecharse el margen de apreciación de los Estados se amplía sustantivamente el ejercicio de los derechos y libertades⁶⁸. Esta tendencia de la jurisprudencia europea se confirma en *Lautsi*: la naturaleza religiosa del crucifijo determina que las funciones educativas del Estado no se cumplan en condiciones de objetividad y pluralidad y sea difícil de justificar el margen de apreciación del Gobierno. La exposición del crucifijo, entendido como la expresión o la elección de un símbolo por parte del Estado, no resiste a la violación del

⁶⁷ Para el Gobierno italiano, como vimos, el crucifijo es un símbolo que no lesiona ningún derecho porque es pasivo e inerte. Pero la literatura sobre minorías y derechos de los grupos desaventajados suele insistir en los efectos discriminatorios y excluyentes que supone el uso de símbolos culturalmente mayoritarios. Vid. YOUNG, I. M. *Justicia y la política de la diferencia*, Princeton, 1990.

⁶⁸ Vid. RELAÑO PASTOR, E. op. cit., p. 228.

derecho de libertad religiosa de los alumnos que tienen el deber de asistir a clase, ni tampoco al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones.

En cuanto a la esfera íntima del menor, al derecho del niño a estar libre de toda coerción atentatoria de su libertad religiosa, es necesario recordar que los estudiantes reciben las enseñanzas en presencia de la cruz. La educación, en sentido amplio, incluye el ambiente en el que se recogen las enseñanzas. El pluralismo educativo reconocido por los órganos de Estrasburgo es necesario para proteger el libre desarrollo de la personalidad y autonomía de los menores⁶⁹. Será difícil proteger la autonomía del menor y su independencia si el estudiante debe asistir a clase en aulas donde se expone el símbolo, es decir, el deber de asistencia escolar conlleva que los alumnos durante las horas lectivas, se enfrenten al crucifijo sin posibilidad de exención porque sería inviable eximirlos de todas y cada de las materias impartidas en las distintas aulas donde están presentes los crucifijos. Como se apunta en *Lautsi*: “La escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible porque, en este caso, el poder apremiante del Estado se impone a unos espíritus que carecen todavía (según madurez del niño) de la capacidad crítica que le permita mantener la distancia con el mensaje que se deriva de una elección preferencial manifestada por el Estado en materia religiosa” (pár. 48).

4.2 HACIA UNA SOLUCIÓN DE COMPROMISO

La consolidación histórica de los Estados europeos ha tenido como base la idea del Estado nacional; a cada Estado le corresponde, en principio, una única identidad nacional. Esta concepción histórica sigue arraigada y muchos Estados continúan buscando la integración de su diversidad mediante fórmulas de identificación tendentes a homogeneizar a la sociedad en una axiología común, entendida en términos de universalidad. De esta manera se da fácil cabida a los que, por su compatibilidad con nuestros valores universales, “son como nosotros” o “son parte de nuestra historia”, y se excluye a los calificados como incompatibles. La asunción sincera y plena de la realidad multicultural y plurireligiosa entre los Estados europeos es excepcional⁷⁰. No obstante, también es hoy una realidad la configuración sociológica y plural de nuestras sociedades; existe una permanente reconstrucción de nuevos parámetros identitarios y culturales. Pues bien, en un contexto de pluralidad, de mayorías y

⁶⁹ En *Zengin*, el Tribunal apunta que en una sociedad democrática sólo un pluralismo en la educación permite a los alumnos desarrollar un sentido crítico respeto al hecho religioso en el marco de la libertad de pensamiento.

⁷⁰ Vid. RUÍZ VIEYTEZ, E. J. *Minorías, inmigración y democracia en Europa*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 448.

minorías ¿debemos considerar que las mayorías tienen derecho a que sus elementos de identidad, como puede ser la religión, sean considerados oficiales por el Estado?⁷¹

En Derecho internacional parece aceptarse que la declaración de oficialidad de una religión o de unos símbolos religiosos colectivos es una decisión que forma parte de la soberanía de cada Estado. El Tribunal europeo ha considerado que las religiones oficiales son compatibles con el derecho de libertad religiosa. No obstante, esta oficialidad religiosa tiene límites, no sólo los derivados del ejercicio individual o colectivo del derecho de libertad religiosa sino también límites metajurídicos consistentes, principalmente, en la realidad sociológica del país, en los elementos de identidad, de su evolución y de su historia. El Derecho está obligado a guardar conexión con la realidad social y cuando la oficialidad estatal se proclama con respecto de uno de los elementos, de una religión, ello implica la exclusión del espacio público de las religiones restantes presentes en la sociedad. La oficialidad reforzaría las identidades mayoritarias, la tendencia a la uniformidad y sería contraria a un planteamiento de la diversidad desde los derechos humanos.

Si bien en una democracia multicultural se exige al Estado que renuncie a proclamar su identidad preferente para abrirse a otras identidades existentes en su territorio, cabe preguntarse por el mantenimiento de ciertos elementos de identidad históricos que han poseído un estatuto jurídico precedente, por ejemplo, símbolos culturales con significación religiosa que han permanecido durante siglos. En estos casos la solución pasa por analizar detalladamente el contexto en el que están expuestos estos símbolos. Si el símbolo como elemento de identidad no representa a la realidad social actual, tendría que ser retirado. El papel del Derecho aquí consistiría en equilibrar los derechos históricos de las mayorías con medidas correctivas que refuerzan la dimensión pluralista de nuestras sociedades⁷². Esto significa que en el espacio público habrá cabida para cualquier símbolo religioso que sea manifestación de un sistema abierto de pertenencias y de identidades. En ningún caso la remoción de un símbolo cristiano en las instituciones educativas implica la desaparición de la religión de nuestras sociedades, ni la imposición de un ateísmo oficial, ni siquiera una cristofobia larvada.

Los bienes jurídicos que se han analizado en esta sentencia se deben ponderar en el contexto del conflicto en cuestión: en el ámbito educativo. La escuela pública constituye un espacio en el que confluyen funciones estatales

⁷¹ *Ibid.* p. 467.

⁷² Vid. PALERMO, F. y WOELK, J. "From Minority Protection to a Law of Diversity? Reflections on the Evolution of Minority Rights", *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 3, 2002-2003, pp. 5-13.

y derechos fundamentales. Forma parte de la función pedagógica del Estado no sólo impartir la enseñanza de manera crítica, plural y objetiva sino también fomentar el pluralismo cultural e ideológico como expresión de unos valores compartidos por los Estados que han ratificado los textos internacionales de derechos humanos⁷³. La escuela es un espacio donde debe reflejarse la dimensión abierta y pluralista de la neutralidad estatal, lo cual resultaría, en principio, incompatible con la exhibición de un símbolo religioso mayoritario. Además la necesaria pluralidad y apertura de la función educativa del Estado contrasta con la sujeción especial de los alumnos con respecto al centro educativo y la obligatoriedad de la asistencia escolar. En este contexto, hay que estar especialmente atentos a cualquier restricción a la libertad religiosa de los alumnos. No es igual sustraerse a la presencia de un símbolo que se mantiene, en lo que tiene de significación cultural e histórica, en un espacio público y abierto, que la exhibición de un símbolo en una institución pública a la que están vinculadas obligatoriamente las personas, en este caso, los estudiantes en los centros escolares.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, la ponderación de los bienes en juego y las particularidades históricas y jurídicas de los Estados miembros del Consejo de Europa resulta difícil concluir que el fallo de la sentencia de *Lautsi* sea una solución uniforme para cualquier conflicto semejante que surja en otro Estado del Consejo de Europa. Lo que se ha puesto de manifiesto en estas páginas es la necesidad de valorar el alcance del margen de apreciación de los Estados considerando el derecho de libertad religiosa y desde la perspectiva de una ciudadanía inclusiva multicultural. La sentencia italiana es muy ilustrativa de la difícil relación entre los derechos humanos y la historia y el costoso reconocimiento de la primacía de valores inspirados en los derechos humanos frente a los valores tradicionales-históricos. Se ha apreciado cómo la Constitución italiana es un buen ejemplo de esta delicada relación. Por un lado, la Constitución mantiene un tratamiento diferenciado para la confesión mayoritaria tradicionalmente ligada a la historia de este pueblo y, simultáneamente, por respeto a los principios constitucionales, hay que evitar lecturas unívocas sobre el crucifijo por respeto y en garantía de la libertad de conciencia de sus ciudadanos. Ante la complejidad de la cuestión habrá de prescindirse de soluciones extremas apriorísticas, analizar detalladamente las circunstancias y el contexto socio-cultural en el que se expone el símbolo y optar por soluciones de compromiso en la línea de la jurisprudencia alemana⁷⁴.

⁷³ Vid. ÁLAEZ CORRAL, B. "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 67, enero-abril, 2003, pp. 89-125.

⁷⁴ El Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la obligación de exhibir el crucifijo en las aulas escolares y afirmó la legitimidad de su presencia siempre y cuando se respe-

Concluyendo, el principio de laicidad como garante de pluralismo religioso adquiere una particular importancia en cuestiones de simbología religiosa y no puede ser analizado aisladamente, sino conjuntamente, con los derechos de libertad religiosa afectados. Esta interdependencia de los dos principios, de laicidad y libertad religiosa, ha inspirado –por ejemplo– la jurisprudencia estadounidense, más avanzada temporalmente en todo lo relativo a minorías y en la gestión de la diversidad que nuestra jurisprudencia continental⁷⁵. La constitucionalidad de las cruces o escenas navideñas, de las *menorahs* judías y de los monumentos dedicados al Decálogo en los espacios públicos ha sido tratada ampliamente por los tribunales americanos en razonamientos en los que se han resaltado el posible carácter secular del símbolo, el lugar o espacio donde ha sido expuesto y los derechos de libertad religiosa afectados del observador externo⁷⁶. Una de las conclusiones más interesantes de la juris-

te las objeciones de conciencia de los alumnos y se realicen procedimientos de conciliación. El legislador de Baviera acató la jurisprudencia constitucional en la ley 23 de diciembre de 1995. Un texto completo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1995 puede consultarse en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1995/3 y un breve resumen en italiano en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1996/1.

⁷⁵ La Primera Enmienda contiene dos cláusulas, la de libre ejercicio (*free exercise*) por la que se garantiza la libertad religiosa y la de no-establecimiento (*non-establishment clause*) por la que se impide el reconocimiento oficial o el respaldo estatal de cualquier religión. Para un análisis general en castellano: MORAN, G. *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989 y PALOMINO, R. *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994. Para análisis riguroso y pormenorizado de la última etapa de la jurisprudencia norteamericana sobre las dos cláusulas, la llamada etapa Rehnquist (1986-2005), véase RUBIO LÓPEZ, J. I. *La primera de las libertades: la libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona, 2006. Dos de los últimos libros más interesantes sobre libertad religiosa en EE.UU.: NUSSBAUM, M. *Liberty of Conscience*. In *Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Perseus Books Group, New York, 2008 y GREENAWALT, K. *Religion and the Constitution. Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, 2006.

⁷⁶ En el sentencia emblemática *Lynch v. Donnelly* (465 U.S. 668, 1984) se planteó la constitucionalidad de un nacimiento colocado en un centro comercial de la ciudad. Las autoridades municipales adquirieron el belén cuya instalación supuso un coste para el municipio. El Tribunal de distrito y el de Apelación sostuvieron la violación de la cláusula de no establecimiento y el TS resolvió a favor por la naturaleza secular de este símbolo ha pasado a tener en la sociedad norteamericana. En *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union* (492 US 573 1989) se juzgó dos exhibiciones de carácter religioso: una escena de Navidad sobre el edificio judicial del Condado de Allegheny y una menorah colocada al lado del árbol navideño situado en un edificio público. Las dos exhibiciones podían ser aparentemente inconstitucionales por el respaldo a una determinada religión. En la decisión redactada por el magistrado Blackmun se desarrolla los que han sido los principios interpretativos fundamentales para los casos de la cláusula de no establecimiento: 1. Un respaldo gubernamental de una religión puede ser inconstitucional porque envía un mensaje de exclusión a los no-creyentes y 2. El efecto que desencadena cualquier demostración de corte religioso dependerá de la evaluación que haga del mismo un observador imparcial (el test de la coacción). Vid. RELAÑO PASTOR, E. "Nuevas tendencias de separación Iglesia-

prudencia americana, que me gustaría resaltar para nuestro análisis final, es la existencia de varios criterios jurídicos utilizados para valorar la posible vulneración de la cláusula de no establecimiento o de estricta separación Iglesia-Estado⁷⁷. Durante la década de los 90 del siglo pasado, y hasta el momento presente, en los asuntos relativos a la simbología religiosa se ha optado por resolver los litigios desde el siguiente doble criterio: (1) que la exhibición del símbolo no suponga un trato preferencial a una determinada religión y (2) que dicha exhibición no suponga una coacción a los ciudadanos. Quiere esto decir que la naturaleza religiosa en sí misma no vulneraría el principio de laicidad sino que también habría que concurrir la intención de excluir a otras religiones, la existencia de una coacción percibida a modo de exclusión o reprobación pública por aquellos ciudadanos que no compartieren el significado del símbolo religioso (*outsiders*)⁷⁸.

La aplicación de estos dos criterios correctores es de gran ayuda para buscar una solución de compromiso que no pase por eliminar la presencia de los símbolos culturales de naturaleza religiosa bajo el escrutinio formal del principio de neutralidad del Estado, especialmente en aquellos ordenamientos en los que la valoración positiva del fenómeno religioso disfruta de una protección constitucional. Esto quiere decir que si gana firmeza la sentencia de la Sala Segunda, la respuesta a favor de la libertad negativa de los hijos de la demandante y la remoción del crucifijo de las aulas del Instituto Vittorino da Feltre no tiene por qué ser la solución para cualquier conflicto que surja en una institución educativa de cualquier rincón del Consejo de Europa. Es importante huir de manipulaciones apocalípticas que profetizan la desaparición de la religión de nuestras sociedades si desaparecen los crucifijos de las escuelas.

Estado en la jurisprudencia estadounidense”, *Revista de Derecho Político*, núm. 60, 2004, pp. 245-296.

⁷⁷ El TS ha formulado jurisprudencialmente tres escrutinios constitucionales para analizar y aclarar los conflictos surgidos en torno a la cláusula de no-establecimiento. El primero se conoce como *Lemon test* por alusión al caso *Lemon v. Kurtzman* (1971) y se establece formalmente el triple criterio desarrollado por el Supremo a lo largo de los años para valorar jurídicamente las cuestiones de asistencia estatal financiera a las confesiones (1. La norma ha de perseguir un objetivo secular; 2. No puede producir como “efecto primario” el favor por una religión, y 3. Su aplicación no debe requerir un “enredamiento excesivo” –*excessive entanglement*– de los poderes públicos con la religión). El segundo escrutinio de constitucionalidad tiene su origen en el trascendente voto particular concurrente de la Juez O’Connor en *Lynch v. Donnelly* que creó el conocido *endorsement test*, por el que se reduce el estudio de la violación de la cláusula de no establecimiento al análisis de la intención del Gobierno de respaldar o desaprobado una religión. Y, en tercer lugar, el TS elabora en *County of Allegheny v. American Civil Liberties* el *coercion test* que fue desarrollado posteriormente en *Lee v. Weisman* (505 U.S. 577, 1992).

⁷⁸ “(...) the sole question is whether a religious exercise may be conducted at a graduation ceremony in circumstances where young graduates who object are induced to conform”, *Lee v. Weisman*, *Ibíd.* 599.

Somos conscientes que nuestras democracias son inherentemente plurales y la asunción de los principios de ciudadanía inclusiva implica reconocer que no existe una identidad cultural y religiosa monolítica. Al proteger las pertenencias religiosas de todos los individuos que componen el espacio público se irán eliminando símbolos mayoritarios que no corresponden al verdadero tejido social o suponen una injerencia en los derechos de libertad de los ciudadanos. Los conflictos se resolverán con juicios de razonabilidad y proporcionalidad. Los criterios anteriormente mencionados deducidos de la jurisprudencia estadounidense facilitarán, por un lado, la protección de un pluralismo religioso presente ya en nuestras sociedades, cuyo límite estará en el trato equitativo para todas las confesiones; y por el otro, ayudarán a evitar que las identidades mayoritarias mediaten el contenido de libertad religiosa determinando lo que es coactivo y lo que no lo es, cuestión perteneciente a las identidades minoritarias que deberá ser analizada en función de la realidad, del grado de coherencia y de la seriedad de la convicciones vulneradas.