

CRUCIFIJOS EN LAS AULAS: ¿LESIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? *

Por

STEFAN MÜCKL
Profesor Doctor
Albert-Ludwigs Universität Freiburg (Alemania)

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 23 (2010)

I.

Las disputas judiciales sobre la admisibilidad de símbolos religiosos en las escuelas públicas aseguran no solo la atención del ámbito jurídico, sino también de la sociedad en general. Procedimientos de este tipo -con muy diferentes resultados- están siendo afrontados desde apenas hace dos décadas por los tribunales (constitucionales) nacionales y también por los tribunales europeos. Las cuestiones controvertidas se centran fundamentalmente en dos aspectos: la existencia de símbolos religiosos en las aulas (hasta el momento siempre una cruz o un crucifijo), así como la aceptación por el Estado de que las personas que integran la clase usen símbolos religiosos (el supuesto más frecuente, el velo femenino). Hay que recalcar que existe una diferencia relevante si la que lo porta es una profesora ¹ o una alumna. ²

* Traducción de Germán Fernández Maldonado

¹ El Tribunal Federal suizo (SchwBGE), en la Recopilación de Resoluciones del Registro Oficial del Tribunal Federal (BGE) Bd. 123 II, S. 296, admitió la prohibición administrativa de que una profesora musulmana portase velo. Esta decisión es conforme al CEDH según la STEDH de 15 de febrero de 2001- Nr. 42393/98- (Dahlab/Schweiz), en *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 2871. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán (BverfGE en Bd. 108, S. 282), ha considerado tal prohibición inconstitucional, máxime al no existir para ello una base legal específica.

² El problema se planteó con cierta acritud, especialmente en Francia. En 1994, el Conseil d'Etat emitió un dictamen que desde entonces ha venido guiando la práctica seguida en dicho país. Al respecto, *vid.* P. Rädler, *Glaubensfreiheit und staatliche Neutralität an französischen Schulen*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Rechtsvergleichung*, Bd. 56 (1996), S. 353. Relacionado con esto se encuentra el caso de la prohibición del velo dirigida a las estudiantes universitarias en Turquía: el Tribunal Constitucional turco, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ) 1990, S. 146; el TEDH conoció del caso Şahin/Turquía, en Sentencias de 29 de junio de

La decisión de la Sala Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 3 de noviembre de 2009, en el caso *Lautsi contra Italia*, no supone la aparición de nuevas perspectivas. En el plano nacional, en 1990 el Tribunal Federal suizo³ y en 1995 el Tribunal Constitucional Federal alemán⁴, tuvieron que enfrentarse a problemáticas similares. En especial, la última decisión citada provocó en Alemania un insólito rechazo y una fuerte oposición en importantes sectores de la sociedad. No muy diferentes han sido las reacciones respecto de la sentencia de Estrasburgo de noviembre de 2009; tanto en el Estado afectado, como en el ámbito europeo general, trascendiendo todas las fronteras políticas, ha generado incompreensión y una fuerte crítica.⁵

La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1995, así como la del TEDH de 2009, no solamente han provocado reacciones similares, sino que los supuestos de hecho también son similares y parecida es la lógica interna que ha llevado a estos tribunales a adoptar las correspondientes resoluciones. Por ello tiene sentido, a la hora de analizar la Sentencia del TEDH en el caso *Lautsi contra Italia*, tener en cuenta la resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán (II) con el fin de analizar si -y en caso afirmativo en qué medida- la decisión se ajusta al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y a la jurisprudencia reciente del TEDH, relativa a la garantía de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9 CEDH) (III). Finalmente, es preciso reflexionar sobre las consecuencias que van a producirse en la relación entre el Estado y la Iglesia -o la religión en general- en los Estados firmantes del CEDH (IV).

II.

El caso *Lautsi contra Italia* tiene sus orígenes en el año escolar 2001-2002 en un colegio público de Padua. La madre⁶, de origen finlandés, de dos niños en edad de escolarización obligatoria, 11 y 13 años por aquel entonces, deseaba la retirada de los crucifijos expuestos en las aulas. Fundamentaba su pretensión en el “principio de laicidad”, en el que quería que sus hijos fuesen educados, justificando además su

2004 (Sala) y de 10 de noviembre de 2005 (Gran Sala) -Nr. 44774/98- (en EuGRZ 2005, S. 31 y EuGRZ 2006, S. 28) y no apreció violación de la libertad religiosa.

³ SchwBGER, en BGE, Bd. 116 Ia, S. 352.

⁴ BverfGE, en Bd. 93, S. 1.

⁵ Fundada evaluación jurídica la de S. Cañamares Arribas, *La Cruz de Estrasburgo. En torno a la sentencia Lautsi v. Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 22 (2010), pp. 1-13.

⁶ Una de las notas más curiosas del caso es que es la *madre* la que emprende la demanda en solitario (en su propio nombre y en el de sus dos hijos), pero no junto al padre de los niños (marido de la demandante), a pesar de que vivía con la familia y ejercía las funciones paternas de tutelar a sus hijos.

posición en una decisión del Tribunal de Casación italiano del año 2000⁷, que supuso la retirada de los crucifijos en las sedes de los colegios electorales⁸ con ocasión de las elecciones estatales, dado que la presencia de los mismos resultaba inconciliable con el referido principio. Durante el procedimiento administrativo la demandante mantuvo su pretensión apelando a una -supuesta- vulneración del principio de neutralidad de la Administración Pública, así como al derecho de los padres a educar a sus hijos libremente. La pretensión deducida, a nivel interno estatal, no tuvo ningún éxito. En el año 2006, el Consejo de Estado italiano consideró que la libertad religiosa no había sido vulnerada, ya que el crucifijo no era simplemente un símbolo religioso, sino que también encarnaba los valores laicos (*valeurs laïques*) de la Constitución italiana⁹.

Las circunstancias del caso Lautsi son equiparables en lo esencial a la problemática que llevó a la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el asunto de los crucifijos: en éste caso intervinieron unos padres de la zona bávara de Oberpfalz, seguidores de la concepción antropológica universal de Rudolf Steiner, tanto en su propio nombre como en el de sus tres hijos menores, frente a la presencia de crucifijos en las aulas a las que asistían. Alegaban que, a través de la representación de un “moribundo cuerpo humano”, se influía en sus hijos en favor del cristianismo, lo cual contrariaba su educación ideológica y su concepción universal (así como la de sus hijos). Mientras que la reclamación ante los tribunales administrativos bávaros no tuvo éxito, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal, por mayoría, estimó la queja constitucional de los padres¹⁰, reconociendo la existencia de una vulneración del derecho de éstos a la educación de sus hijos (artículo 6 párrafo 2 frase 1, de la Ley Fundamental de Bonn), así como del derecho a la libertad religiosa en su vertiente negativa (artículo 4 párrafo 1 de la misma Ley Fundamental).

En su valoración jurídica, el TEDH¹¹ formula de forma extremadamente breve unos “principios generales” (ap. 47) que, posteriormente -y duplicando la extensión-, aplica al caso (ap. 48-58). Con arreglo a esos principios fundamentales, el Tribunal establece como prioridad el derecho de los padres a la educación de sus hijos (artículo 2 del

⁷ Corte Costituzionale, sentencia de 1 de marzo de 2000, n° 4273.

⁸ Realmente podría haberse tratado de los mismos espacios, ya que las aulas escolares cumplen la función de colegios electorales (en los cuales posiblemente no fuesen eliminados realmente los crucifijos el día de las elecciones).

⁹ Consiglio di Stato, sentencia de 13 de febrero de 2006, n° 7314/2006.

¹⁰ La decisión fue aprobada por 5 votos frente a 3. La profunda discrepancia en la Sala sobre el fondo de la cuestión la ponen de manifiesto los votos particulares de los jueces Seidl, Söllner y la Sra. Haas (BVerfGE en Bd. 93, 1 [25]); en este último, la denuncia constitucional se consideró inadmisibile (BVerfGE en Bd. 93, S. 1 [33]).

¹¹ La decisión está redactada en francés -uno de los idiomas oficiales del TEDH-; para procurar un mejor entendimiento, se va a tomar como referencia el texto original.

Protocolo Adicional núm. 1 del CEDH). Ello implica la necesidad de un ambiente escolar que fomente la integración y se muestre abierto. La escuela no puede convertirse en un escenario de actividades “misioneras o de prédica” (*théâtre d’activités missionnaires ou de prêche*), sino que debe posibilitar el encuentro de las diferentes convicciones religiosas y filosóficas (ap. 47 c). De ahí deriva la obligación positiva del Estado de ofrecer los contenidos escolares de forma “objetiva, crítica y plural”, estándole prohibida cualquier finalidad de adoctrinamiento (*but d’endoctrinement*) que *pueda determinar*¹² que las convicciones de los padres no sean respetadas (ap. 47 d). Por el contrario, la garantía del Convenio respecto de la libertad de religión consagra solamente unos pocos objetivos, formulados, eso sí, en un tono firme: advierte que la garantía también recoge el componente negativo que conecta directamente con el deber de neutralidad del Estado, lo que es incompatible con cualquier facultad de apreciación por su parte acerca de la legitimidad de las convicciones religiosas o de sus formas de manifestación. En el ámbito escolar, la neutralidad debe garantizar el pluralismo (ap. 47 e).

Con arreglo a estos criterios generales, el Tribunal afronta la decisión concreta del caso. La reiterada conclusión de que el Estado en sus instalaciones debe abstenerse de ejercer cualquier influencia, incluso indirecta, sobre las convicciones de los ciudadanos, es reforzada por el Tribunal cuando se trata del ámbito escolar: éste es un terreno especialmente sensible, ya que a los niños les falta capacidad de razonamiento crítico (ap. 48). Precisamente los símbolos religiosos, máxime perteneciendo la mayoría de la población a una determinada religión, pueden suponer una “presión” para aquellos alumnos no creyentes o de religión distinta (ap. 50). Frente al argumento del Gobierno italiano de que el crucifijo no solamente tiene un sentido religioso, sino que encarna una serie de valores que impregnan la historia y tradición del país (ap. 34-44, así como 51), el Tribunal considera (*la Cour considère*) que la presencia de los crucifijos en las aulas escolares sobrepasa su uso como referente histórico (ap. 52). Junto a esto, se expone ampliamente la interpretación de la demandante -según la cual el crucifijo es un símbolo de la Iglesia católica, cuyo establecimiento en las aulas implica que el Estado toma partido a su favor, lo cual vulnera el derecho de sus hijos a no declararse a favor de la religión católica- y esa interpretación es aceptada como “no arbitraria” (ap. 53). Tras determinar que el crucifijo debe ser considerado como un potente símbolo externo (*un signe extérieur fort*, ap. 54), el Tribunal cree poder mantener que su presencia en las aulas escolares puede ser interpretado por los alumnos de cualquier edad, no sólo como un símbolo religioso, sino también como una orientación en la que están siendo educados. Mientras que para determinados alumnos religiosos puede tener un efecto

¹² Recae aquí el énfasis sobre la redacción de la versión original: “*qui puisse être considéré comme*”.

alentador, para otros de distinta religión -o no creyentes- puede ser, por el contrario, “emocionalmente perturbador” (*perturbant émotionnellement*). La libertad religiosa negativa no se reduce a la ausencia de servicios religiosos, misas escolares o enseñanza de religión, sino que alcanza a las prácticas y símbolos que representan un credo, una religión o el ateísmo, lo cual merece una “protección especial” (*mérite une protection particulière*) cuando es el Estado el que expresa materialmente una creencia y con ello enfrenta a la persona a una situación que no puede evitar o de la que sólo mediante un gran esfuerzo puede evadirse (ap. 55). El establecimiento de símbolos religiosos, desde el punto de vista del Tribunal, no se justifica tampoco en el interés de otros padres que desean una educación religiosa para sus hijos. Sus convicciones deben “tener en cuenta” (*prendre en compte*) las de los demás padres. El Estado por su parte debe proteger en el ámbito de la educación pública la neutralidad confesional, ya que, al margen de convicciones religiosas, existe una obligación escolar general y los alumnos deben de ser incitados al pensamiento crítico. En atención a estas circunstancias, el Tribunal no aprecia (*La Cour ne voit pas*) en qué medida la presencia en las aulas de un símbolo religioso razonablemente asociable al catolicismo puede contribuir a la educación plural, lo cual resulta fundamental para la conservación de una sociedad democrática en el sentido que propugna el Convenio.

Si se analiza con detalle la resolución del TEDH fácilmente se reconoce la influencia de la decisión sobre los crucifijos del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1995: a pesar de que estas influencias resultan evidentes en el contenido e, incluso, en ocasiones en su misma literalidad, se evita toda referencia formal a esa decisión judicial. En concreto:

La preocupación por el alcance de la libertad religiosa “negativa” llevó al Tribunal Constitucional Federal alemán a interpretar que ésta protege no solo la libertad de mantenerse alejado de acciones o actividades culturales de una religión no compartida (lo que no se discute), sino que “se refiere también a los símbolos” a través de los cuales se manifiesta un credo. La libertad religiosa deja a la decisión de cada individuo qué símbolos religiosos reconoce y honra y cuáles rechaza¹³.

El Tribunal Constitucional Federal alemán realizó una nueva indagación sobre la llamada libertad religiosa “negativa”, basándose en consideraciones que el TEDH -en varios puntos de su argumentación y sin clasificarlas dogmáticamente- hace propias: una intervención del Estado consistente en combinar la obligación general de asistencia a la

¹³ BverfGE en Bd. 93, S. 1 (15).

escuela con la presencia de símbolos religiosos en las aulas, llevaría a que los alumnos “se confrontasen con el símbolo religioso sin evasión posible” y estarían, por lo tanto, “obligados... a aprender bajo la cruz”.¹⁴ Como hace ahora el TEDH, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya rechazó una concepción de la cruz y del crucifijo como una “manifestación de la cultura occidental influenciada por el cristianismo” y - remitiéndose a dos diccionarios teológicos más bien elementales- les atribuyó exclusivamente un contenido específicamente religioso¹⁵. A diferencia del TEDH, el Tribunal Constitucional Federal reconoció ciertamente la objeción (no exenta de plausibilidad) de que la presencia en las aulas escolares de símbolos religiosos no exige a los alumnos una identificación con dicho contenido simbólico, ni mucho menos actos de veneración hacia los mismos. No obstante, atribuyó a los crucifijos en las aulas un “carácter apelativo” que, por tanto, “incide” en los alumnos, puesto que se trata de personas “que debido a su juventud no están asentados en una ideología propia sino que deben instruirse en la crítica y en la formación de ideas propias, y que, por ello mismo, sus mentes son fácilmente influenciables”.¹⁶

Aunque en términos más cautelosos que los ahora empleados por el TEDH, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya había rechazado en su decisión de 1995 que existiesen otros bienes o valores constitucionales que pudieran justificar una limitación de la libertad religiosa negativa, tales como la obligación estatal de educación derivada del artículo 7 párrafo 1 de la Ley Fundamental¹⁷ o la libertad religiosa *positiva* de los alumnos y padres cristianos¹⁸. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional Federal se esforzó en justificar los fundamentos de su decisión y en crear una atmósfera propicia a la aceptación de su resolución, al haber puesto de relieve la impregnación jurídico-cultural de la comunidad secular a través de la religión en general y del cristianismo en particular: “Asimismo, un Estado que de forma amplia asegura la libertad religiosa y que por lo tanto se obliga a si mismo a mantener una neutralidad religiosa-ideológica, no puede deshacerse de las convicciones y valores culturales heredados y arraigados históricamente sobre los que se asienta la permanencia de la unidad social y de los cuales depende también la satisfacción de sus propios deberes. La religión cristiana y las iglesias cristianas, independientemente de cómo se quiera juzgar su legado, han ejercido una extraordinaria influencia. Las tradiciones de pensamiento, experiencias vitales o modelos de conducta derivados de aquéllas, no pueden resultar indiferentes al Estado.

¹⁴ BVerfGE en Bd. 93, S. 1 (18).

¹⁵ BVerfGE en Bd. 93, S. 1 (19 así como 24).

¹⁶ BVerfGE en Bd. 93, S. 1 (20 f.)

¹⁷ “El entero sistema escolar se halla sometido a la supervisión del Estado”.

¹⁸ BVerfGE en Bd. 93, S. 1 (21 ff.)

Esto tiene especial relevancia en lo que se refiere a la escuela, en la que de manera destacada son transmitidas y renovadas las bases culturales de la sociedad. Además, el Estado, que obliga a los padres a mandar a sus hijos a las escuelas estatales, puede tomar en consideración la libertad religiosa de aquellos padres que desean una educación religiosa.”¹⁹

III.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales (CEDH) es un pacto de derechos humanos de carácter regional, en el contexto institucional de la organización internacional de Estados Europeos (Consejo de Europa). Su naturaleza jurídica es la de un tratado internacional, que fue firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma y entró en vigor en 1953. En la actualidad, el sistema del CEDH se compone de 47 Estados miembros, en los que viven aproximadamente 800 millones de personas. El TEDH con sede en Estrasburgo -así como la anterior “Comisión Europea de Derechos Humanos”- vela por el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Convenio y ha desarrollado una extensa jurisprudencia²⁰ en relación con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9 del CEDH²¹). De este modo se dispone de un numeroso material para responder a la pregunta de si -y en qué medida- se puede incardinar la decisión de 3 de noviembre de 2009 en la práctica jurisprudencial precedente.

Considerando estas circunstancias, resulta más sorprendente, si cabe, la modesta “calidad artesanal” de la sentencia; desde el inicio destaca como un déficit de la misma su notoria falta de estructura, tanto en el contenido como en la argumentación. Aunque sólo sea por la relación que existe -también en el terreno institucional- con la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales nacionales, procede considerar que un

¹⁹ BVerfGE en Bd. 93, S. 1 (22)

²⁰ Puede verse una panorámica de la bibliografía en lengua alemana en C. Grabenwarter, *Glaubens-, Gewissens- und Glaubensfreiheit*, en *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, München, C. H. Beck, 2005 (2ª ed) § 22 Rn. 82 ff.; H. de Wall, *Von der individuellen zur korporativen Glaubensfreiheit - die Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK*, en J. Renzikowski (Hrsg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Wien, Manz, 2004, S. 237 ff.; C. Walter, *Religions- und Gewissensfreiheit*, en R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006*, Tübingen, Mohr Siebeck, S. 817 ff.; puede verse un resumen en S. Mückl, *Kommentierung zu Art. 4 GG*, en R. Dolzer/C. Waldhoff/K. Graßhof (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 135. Aktualisierung, Heidelberg, C. F. Müller, August 2008, Rn 237 ff.

²¹ La disposición dice: “(1) Toda persona tiene derecho a la libertad de 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”.

análisis sistemático y escalonado forma parte hoy de la esencia de cualquier examen que tenga por objeto determinar si se ha vulnerado o no un derecho fundamental o derecho humano: en cualquier caso resulta claro que hay que distinguir, (1.) si una determinada actuación estatal en el “ámbito de protección” de una garantía del Convenio resulta ser una intromisión, así como -en caso afirmativo- (2.) si dicha intromisión está justificada. Este extremo queda en el aire, así como la clara separación entre la selección de la norma aplicable y la subsunción de las circunstancias del caso concreto en el supuesto de hecho de aquélla. Se trata de exigencias que de ninguna manera constituyen meros formalismos sino garantías de una correcta metodología jurídica y de una argumentación consistente. Por tanto, no atenerse a las mismas fomenta la “creatividad” -impidiendo que pueda alcanzarse una decisión comprensible y acorde a derecho.

Con carácter previo, requiere de atención otro aspecto crítico importante. Es de agradecer que el TEDH, con arreglo a una “evolución europea común de los derechos fundamentales”, tome en consideración la jurisprudencia de tribunales constitucionales nacionales. Sin embargo, un “tribunal constitucional supranacional” debe ser consciente de las limitaciones de ese tipo de decisiones nacionales, especialmente dada su vinculación a un marco jurídico-constitucional específico. No basta con una simple traslación de las conclusiones alcanzadas por *un* tribunal nacional (ya que ¿por qué sus convicciones jurídicas tienen que ser determinantes en un contexto jurídico supranacional?). No es de recibo que se pretenda amparar la decisión adoptada en la *auctoritas* institucional de otro tribunal, máxime cuando, como en este caso, la *auctoritas* material de sus conclusiones dista de ser indiscutida. Es sabido que el caso del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán ha provocado en la doctrina críticas masivas, incluso devastadoras. Tan sólo por esta razón cabía esperar que el TEDH tuviese en cuenta esta crítica científica y que, a través de la reelaboración de la misma, lograrse alcanzar una decisión argumentativa más rigurosa. Por desgracia, no parece que todo esto haya sucedido. Dicho más claramente: deficiencias parecidas a las reconocibles en el caso del crucifijo se localizan también en la decisión del TEDH, en algunas partes incluso de forma más intensa y chocante. En concreto:

Tan correcto como innegable es que los derechos fundamentales incluyen también un componente “negatorio”, (término más correcto que la denominación popular de “negativo”). En especial, en lo que se refiere a la libertad religiosa, tanto el TEDH como, en su momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos, han hecho hincapié (y con razón), en que aquélla protege al individuo “de verse involucrado en contra de su voluntad en las actividades religiosas de

una comunidad religiosa, sin ser....miembro de la misma”²². Sin embargo, una “confrontación” visual no produce efecto ni obligación alguna -sobre todo respecto de la propia confesión, sea de forma positiva o negativa. En un caso anterior, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya había contemplado esta cuestión²³; por el contrario, en la decisión sobre el asunto del crucifijo la afrontó con una simple frase, que queda como una simple afirmación, al decir: la libertad religiosa negativa se “refiere asimismo” a los símbolos con los que se representa una creencia o religión. Esta postura fue objeto, en el análisis científico del caso del crucifijo, de una fuerte y fundada crítica.²⁴ Tanto más sorprendente resulta que el TEDH se limite a la simple aceptación de cualquier afirmación y ni siquiera haga el esfuerzo de elaborar una justificación más argumentada. La misma conclusión errónea, puesta de manifiesto tanto por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el asunto del crucifijo como ahora por el TEDH, consiste en una valoración desacertada de la dimensión negatoria de los derechos fundamentales²⁵. Esta garantiza la no práctica y el rechazo *propio*, pero no el tratar de impedir la (protegida constitucionalmente) práctica de los *demás* -permite, por tanto, el rechazar, pero en ningún caso impedir²⁶. La dimensión negatoria de la libertad religiosa tampoco dispensa protección alguna frente a la confrontación con manifestaciones religiosas de terceros²⁷. Ni el creyente tiene derecho a impedir que manifestaciones no creyentes le inciten a dudar, ni el no creyente esta

²² Comisión Europea de Derechos Humanos y STEDH de 23 de octubre de 1990 -Nr. 17/1989/177/233- (Darby/Suecia) (imposición de la obligación de pagar el impuesto eclesial a quien no es miembro de la Iglesia), en EuGRZ 1990, S. 410 (411), ap. 51; STEDH de 7 de diciembre de 1976 -Nr. 5095/71, 5920/72, 5926/72- (Kjeldsen/Dinamarca) (prohibición de adoctrinamiento religioso o ideológico en las escuelas públicas), en EuGRZ 1976, S. 478 (485), ap. 53; STEDH de 18 de febrero de 1999 -Nr. 24645/94- (Buscarini/San Marino) (juramento en forma religiosa por diputados electos), en Neue Juristische Wochenschrift 1999, S. 2957.

²³ BVerfGE en Bd. 35, S. 366 (375): “La mera presencia de la cruz no implica... ni una identificación propia con los ideales representados simbólicamente ni la necesidad de algún tipo de comportamiento activo”.

²⁴ J. Isensee, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation. Der Kruzifix-Beschluß des BVerfG*, en Zeitschrift für Rechtspolitik 1996, S. 10 ff.; D. Merten, *Der “Kruzifix-Beschluß” des Bundesverfassungsgerichts aus grundrechtsdogmatischer Sicht*, en J. Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 1997, S. 987 ff.

²⁵ Respecto a esto, Mückl cit., Art. 4 Rn. 123.

²⁶ En general, sobre la dogmática de los derechos fundamentales D. Merten, *Negative Grundrechte* en ders./H.-J. Papier(Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. II, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, § 42 Rn. 75; en especial, sobre la libertad religiosa M. Heckel, *Glaubensfreiheit*, en ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. IV, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, S. 647 (771).

²⁷ Muy similar H. Bethge, *Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen* en *Handbuch der Grundrechte*, cit., Bd. III, 2009, § 58 Rn. 66, 101.

preservado de enfrentarse a símbolos religiosos. Pretender reclamar en virtud del componente “negativo” de la libertad religiosa un entorno “sin religión” resulta desde el inicio equivocado, independientemente de que la omisión del sonar de campanas y la llamada del muecín, la presencia del crucifijo o el que una profesora musulmana porte velo, resulten populares o no.

Tampoco resultan convincentes las consideraciones sobre la existencia de una intromisión en el derecho fundamental. En su sentencia sobre el crucifijo, el Tribunal Constitucional Federal abordó este aspecto del examen constitucional apreciando, en definitiva, la existencia de una limitación o injerencia en el derecho a partir de la conjunción de tres factores (no existir alternativas, el carácter genuinamente religioso del símbolo, su “carácter apelativo”). Por su parte, el TEDH aborda el análisis de estos elementos prácticamente de forma literal, pero no deja del todo claro qué relevancia jurídica pretende que se atribuya a sus consideraciones. A nivel de contenido, éstas se sustentan, tanto en un caso como en otro, en un fundamento poco flexible: incluso, aunque en un caso individual no exista la posibilidad de evitar el símbolo, el ámbito de libertad protegido a través de la libertad religiosa negativa -cuya relevancia se relega- no se vería afectada. De quien visualiza el símbolo no se pretende la aprobación o adopción del contenido del mismo, ni siquiera el que mantenga una opinión al respecto²⁸. Además, hay que añadir que determinar el contenido simbólico en modo alguno es tan sencillo, tal como pretenden el Tribunal Constitucional Federal alemán y el TEDH. Por supuesto, al crucifijo se le atribuye un contenido específicamente religioso, más concretamente en el ámbito eclesiástico, en un contexto sagrado y litúrgico. Pero atendiendo a su naturaleza, un símbolo no es más que un código que requiere una previa interpretación y dicha interpretación puede ser muy distinta según el contexto. De ahí que constituya un error pretender atribuir a un símbolo, de forma monocausal, un mismo significado en los diversos contextos en los que puede ser empleado²⁹, y ello dejando de lado que tal afirmación la vuelve a hacer el Tribunal sin más sobre la base del alegato (no contestado) de la recurrente (“*este Tribunal considera ...*”), así como el carácter problemático, desde la perspectiva del principio de la neutralidad religiosa de los poderes públicos, de que un órgano estatal o supranacional realice una interpretación religiosa unilateral de un símbolo objetivamente dotado de una pluralidad de significados. Por último, el tercer factor sobre el que argumenta el Tribunal Constitucional Federal alemán

²⁸ Correctamente señalado por S. Cañamares Arribas, cit., p. 6-7.

²⁹ Otros ejemplos de la práctica estatal alemana: las Fuerzas Armadas alemanas portan como símbolo de honores la *Cruz de Hierro*; el Presidente de la República Federal otorga por los méritos al bien común la denominada *Cruz del Servicio al Estado Federal*. Hasta el momento nadie ha reclamado (de forma seria) al Estado que con ello haga propaganda religiosa.

y el TEDH -el supuesto “carácter apelativo” del crucifijo- no pasa del ámbito de la pura hipótesis. Incluso, si se quiere entender la presencia del crucifijo en las aulas de esta forma, se queda en una mera llamada. La cuestión es que no obliga a nada -no exige ni pretende, ni en sentido positivo ni en negativo, ningún tipo de manifestación por parte de quien contempla el símbolo. Resulta por tanto imposible comprender dónde se encuentra la pérdida de libertad. El argumento adicional de proteger la salud psíquica de los niños -utilizado para sostener el “carácter proselitista”- (“los cuales todavía no son firmes en lo que se refiere a sus ideas”, “fácil acceso a la influencia mental”, peligro de “trastorno emocional”), no sólo no viene acompañado de ninguna prueba, sino que en la práctica escolar queda demostrado que no es cierto: ni en Baviera, ni en Italia, se ha dado a conocer un solo hecho de conversión por la presencia del crucifijo en las aulas.

Con todo, los defectos más graves de la decisión del TEDH se ponen de manifiesto en el plano de la justificación de la intromisión. Esta justificación, según la jurisprudencia del TEDH, se basa en tres condiciones: la existencia de un fundamento legal para la intromisión, su legitimación de acuerdo con los fines de la intromisión (seguridad pública, orden, salud o moral, protección de los derechos y libertades de los demás) y la protección del principio fundamental de proporcionalidad (“necesario en una sociedad democrática”). Asimismo, es jurisprudencia reiterada del TEDH que en los Estados miembros, tanto en el examen objetivo de la injerencia legítima como en el de la proporcionalidad, existe un margen de apreciación (*margin of appreciation*)³⁰, dentro del cual los Estados pueden legítimamente tomar en consideración las convicciones que existen en cada país y como tales, en particular, sus respectivas normas iuseclesiásticas. Este margen de apreciación de los Estados miembros ha sido respetado regularmente por el TEDH, que así ha evitado sustituir la apreciación de las instancias nacionales, normalmente más próximas a las circunstancias del caso, por la suya propia, independientemente de si aquella iba más bien a favor³¹ o en contra³² de la libertad religiosa.

Sobre lo anterior nada encontramos en la decisión del TEDH. Sin demasiado respeto al esquema de análisis acerca de si la limitación está o no justificada (esto es, de si sirve

³⁰ Grdl. STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Handyside/Reino Unido), en EuGRZ 1977, S. 38 (40 ff.), ap. 47 ff.; sobre esta cuestión, para un mayor detalle el texto de S. Prebensen, *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, en *Human Rights Law Journal* 19 (1998), pp. 13 ss.

³¹ STEDH de 20 de septiembre de 1994 -Nr. 11/1993/406/485- (Otto-Preminger-Institut/Austria) (acción contra película blasfema con el fin de proteger la paz religiosa), en *Österreichische Juristenzeitung* 1995, S. 154 ; RJD 1997-IV, 199.

³² STEDH de 1 de julio de 1997 -Nr. 20704/92-, (Kalaç/Turquía) (jubilación forzosa de un juez por comportarse de forma anti-secular), en RJD 1997-IV, 199; además, las ya citadas SSTEDH Dahlab/Suiza (prohibición de utilizar velo a una profesora) y Şahin/Turquía (prohibición del velo para las estudiantes en la Universidad)

a la protección de los derechos o la libertad de terceros), la sentencia alude brevemente y descarta de manera contundente en pocas líneas el único bien constitucional contrapuesto que podría abogar a favor de la exhibición de crucifijos (el correspondiente deseo de los padres religiosos). Aún si hasta aquí nos adhiriéramos a las consideraciones del Tribunal, la relación entre libertad religiosa positiva y negativa se muestra mucho más compleja que lo que el Tribunal quiere hacer creer. La afirmación, aparentemente inocua, de que los padres religiosos debieran “respetar” las convicciones de otros padres, otorga a éstos -al menos con arreglo a la argumentación del Tribunal- una cierta posición de veto. El Tribunal yerra ya del todo cuando en la siguiente frase hace derivar de ese deber de respeto la exigencia de la neutralidad confesional del Estado ³³. Si hay dos opciones que se excluyen recíprocamente, resulta lógica y semánticamente erróneo calificar la elección de cualquiera de ellas de “neutral” ³⁴. Como hiciera el Tribunal Constitucional Federal alemán en su resolución en el asunto del crucifijo, el TEDH reconoce que la libertad religiosa negativa precisamente no constituye un “derecho fundamental superior ... para evitar la religión” ³⁵. Los conflictos entre derechos fundamentales no se deben resolver de forma unilateral, en el sentido de “intolerancia de la negación” ³⁶ o a través de la “eliminación laicista” ³⁷.

El principal defecto de la sentencia consiste en que el margen de decisión de los Estados firmantes -explícitamente expresado por el propio Gobierno italiano (ap. 38)- no es mencionado en la motivación ni con una sola sílaba: la forma en que una Sala del TEDH no solamente ignora la jurisprudencia del propio Tribunal, sino que además impone sus especiales convicciones de forma autoritaria a las instancias nacionales (*la Cour ne voit pas*), no tiene precedentes en la reciente actividad judicial de los órganos del TEDH.

IV.

Los efectos de la decisión quedarán muy limitados, incluso en el caso de ser definitiva. Si la Gran Sala del TEDH pronuncia un veredicto final (artículo 44 párrafo 1

³³ Crítica fundamentada también por S. Cañamares Arribas, cit., p. 10.

³⁴ Recordatorio: la palabra foránea “neutralidad” y el subyacente adjetivo *neutro* significa: ninguno de los dos, ninguno de ambos. - Brillante crítica a los errores de comprensión del término por J. H. H. Weiler, *Ein christliches Europa. Erkundungsgänge*, Salzburg -München, Anton Pustet, 2004, S. 34 f. (original en italiano: *Un’Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, BUR Saggi, Milano, 2003).

³⁵ Correcto BVerfGE Bd. 93, S. 1 (25, 32) - Voto particular de los jueces Seidl, Söllner y Sra. Haas.

³⁶ M. Heckel, *Kirchen unter dem Grundgesetz*, en Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Bd. 26 (1968), S. 14 (50, Leitsatz 12).

³⁷ M. Heckel, *Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung. Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, S. 59.

CEDH), el Estado miembro afectado (en este caso, Italia) estará obligado en virtud del derecho internacional a cumplirlo (artículo 46 párrafo 1 CEDH). Sin embargo, el efecto de cosa juzgada se produciría exclusivamente *inter partes* (así llamado umbral subjetivo de la controversia), es decir circunscrito a las partes jurídicas implicadas. Italia tendría que poner fin a la violación apreciada por el TEDH y proporcionar una reparación ³⁸. Ambas cosas no serían posibles en este caso por motivos prácticos, ya que ambos hijos de la demandante hace tiempo que no acuden a ninguna escuela ³⁹. Por lo demás, las sentencias definitivas del TEDH no tienen un efecto vinculante general.

La sentencia de la Sala del TEDH parece pretender un “papel pionero” en orden a fijar una adecuada relación entre el Estado y la Iglesia o, dicho en términos más generales, entre el poder público y la religión. En cualquier caso, esta postura revela una marcada concepción y tendencia laicista unilateral que, marginando cualquier punto de vista distinto, se insinúa casi como una ley natural ⁴⁰. De esta forma, el Tribunal se aproxima a las “líneas rojas” presentes en el CEDH y lleva su decisión a la precaria proximidad de un acto *ultra vires*. Todo ello debido a que el Tribunal no reconoce la premisa de que el CEDH no estableció ni pretendió un orden de unidad en el terreno sensible de la relación Estado-Iglesia. Este modelo de relación es tan dependiente de las circunstancias históricas y culturales de cada Estado signatario que, debido a la magnitud de la diversidad de circunstancias reales en el ámbito de aplicación del CEDH, sería temerario tratar de encontrar *un* sistema de referencia. La línea jurisdiccional precedente de los órganos del Convenio ha seguido aquí una inteligente (y, en reconocimiento de las inherentes limitaciones de los órganos supranacionales, humilde) postura de contención, respetando las decisiones nacionales en materia de asignación de un determinado modelo de relación entre el Estado y la Iglesia ⁴¹. Finalmente, la Sala asume el papel de legislador europeo general, al revestir una concreta posición, que desde su punto de vista es “correcta” y por ello universal, de decisión judicial -por supuesto solo en los casos concretos afectados-.

³⁸ Para mayor detalle J. Polakiewicz, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Berlín - Heidelberg, Springer, 1993, S. 93 ff., 97 ff.

³⁹ La reparación se orientaría a modo de restitución natural. Solamente en caso de que ésta, por motivos del Derecho interno estatal no fuera posible, podría el TEDH fijar una indemnización justa (art. 41 CEDH). - Sin embargo, el Tribunal reconoce a la demandante un perjuicio por “daños morales” por valor de 5000 euros y esto acompañado de la sorprendente circunstancia de que el Gobierno italiano no había accedido a revisar las disposiciones legales en materia de presencia de crucifijos en las aulas. No me detengo aquí a discutir la compatibilidad de esta exégesis tan voluntarista con el art. 41 del CEDH.

⁴⁰ Véase también la nota anterior.

⁴¹ Según la resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 8 de marzo de 1976 - Nr. 7374/76-, *Decisions and Reports/Décisions et Rapports* Bd. 5, S. 157, el art. 9 del CEDH prohíbe el sistema de una Iglesia estatal en los Estados firmantes.

Con una pretensión de este tipo cualquier tribunal excede su ámbito de actuación jurídico-funcional, independientemente de toda consideración de fondo. Decisiones fundamentales (de dirección) de este tipo requieren para encontrar aceptación suficiente de un diálogo público previo y del intercambio de argumentos fundamentales. En un procedimiento judicial ello no es fácil de llevar a cabo, ni siquiera cuando el público tiene la posibilidad de conocer las posiciones jurídicas defendidas por las partes en audiencia pública. Pero ni siquiera estos requisitos mínimos fueron observados en este caso: la decisión de la Sala se adoptó sin vista; la decisión, tras varios meses, sólo se encuentra disponible en francés (y, por tanto, ni siquiera en el idioma del Estado signatario en el que tuvo su origen la controversia) y mucho menos, a pesar de su relevancia europea general, en el de los otros países. En tales circunstancias, no cabe esperar que pueda tener aceptación una decisión judicial en la que no se da la condición fundamental de cualquier sentencia, a saber: conseguir la paz jurídica. Pero precisamente, un tribunal queda esencialmente sometido a la observancia de este presupuesto en la resolución de cuestiones controvertidas. En este sentido, sus “armas” más fuertes son precisamente la transparente estructuración del procedimiento y el peso de los argumentos de fondo. En ambos casos, la Sala del TEDH debería haber sido previsor a la vista de las experiencias del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1995⁴².

Existe alguna evidencia de que la presente decisión también podría compartir el destino de su predecesora- de importancia práctica muy limitada. Tras la decisión del crucifijo realmente muy pocas fueron las aulas de Baviera en las que se retiró éste y las cruces (no exclusivamente por la modificación del derecho escolar con la que el legislador bávaro reaccionó en su momento al cambio experimentado⁴³). Habida cuenta de las decisivas reacciones muy contundentes de la política italiana y de la población cabe esperar algo parecido ante la recepción de la decisión del TEDH.

Esto lleva a un último aspecto: los daños reales de esta decisión no los va a sufrir el Estado italiano ni el crucifijo, sino el TEDH, así como la idea de Europa misma. Una única Sala ha puesto en cuestión la autoridad de todo el Tribunal - una autoridad que el

⁴² Incluso el Tribunal Constitucional Federal decidió sin vista oral previa en su momento, cuya fundamentación poco convincente provocó la recién mencionada fuerte crítica por parte de la doctrina científica, al punto de que el resumen de la doctrina sentada en la sentencia, que precede a la misma, hubo de ser „precisada” por medio de una nota aclaratoria posterior del presidente de la Sala (algo que jamás había ocurrido antes en la historia del Tribunal).

⁴³ La así denominada “regla de contradicción” en el art. 7 párrafo 3 de la Ley bávara de educación y escolarización: en principio se establece una cruz o un crucifijo en las aulas escolares. En caso de conflicto con padres o alumnos, por motivos razonables, es el director del colegio el que tiene la obligación de esforzarse para lograr una solución, la cual incluso- según las circunstancias- podría llevar a la retirada de dicho símbolo. - Esta medida ha sido calificada por el Tribunal Administrativo federal como constitucional: Decisiones del Tribunal Administrativo Federal. Compilación oficial (BVerwGE) Bd. 109, S. 40.

TEDH requiere de forma fundamental en otros casos, en los cuales (según el verdadero sentido de las palabras) se encuentran en cuestión violaciones de los derechos fundamentales. Y también la idea de la unificación europea ha sufrido daños adicionales; de esta forma, “Europa” (sin perjuicio de que en este caso no está en juego la actuación de un órgano de la Unión Europea -que por su parte apenas ya es reconocido- sino del Consejo de Europa) se muestra una vez más como un peligro para las tradiciones de los Estados miembros y la soberanía de los mismos.

A pesar de lo considerable que es el daño provocado, éste todavía es reparable: a petición de Italia, la Sala ha delegado el asunto en la Gran Sala, el 2 de marzo de 2010. En el nuevo procedimiento y decisión ⁴⁴ ha de procurarse recuperar todo lo que se perdió en primera instancia: la reflexión sobre el papel de una corte supranacional que debe adoptar una decisión aceptable acorde al texto del CEDH y a la reiterada jurisprudencia orientada a la exégesis de la libertad religiosa, a la aplicación jurisprudencial (y no creadora de Derecho), al caso concreto y, en fin, al esfuerzo procedimental para buscar una decisión aceptable.

⁴⁴ La decisión debe ser adoptada ahora por 17 jueces. Conforme a los Estatutos, por relación a los que tomaron parte en el procedimiento ante la Sala, sólo se encuentran el Presidente de ésta y el juez del Estado signatario en el que tiene su origen la controversia. Puesto que el juez italiano ha sido renovado, solo un miembro de la Sala que conoció en origen actuará en el procedimiento ante la Gran Sala.