

# REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO *LAUTSI* Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE SÍMBOLOS RELIGIOSOS: HACIA SOLUCIONES DE CARÁCTER INCLUSIVO EN EL ORDEN PÚBLICO EUROPEO

MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL FALLO DE LA SALA DEL TEDH EN EL ASUNTO *LAUTSI* Y EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO.
- III. MARGEN DE APRECIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA.
- IV. ALGUNAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES DE CARÁCTER INCLUSIVO.
- V. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

En todo tiempo y bajo diferentes circunstancias las convicciones religiosas han planteado cuestiones controvertidas en función del contexto político y social, generando conflictos que suscitaron reacciones y respuestas diversas. La propia historia de Europa se encuentra estrechamente ligada a la evolución de las tendencias en materia de convicciones religiosas<sup>1</sup>. Puede recordarse en este sentido el sistema de los Estados soberanos que caracteriza la Europa moderna, el cual nació precisamente del combate dirigido a separar la gobernanza polí-

---

\* Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho Eclesiástico del Estado, Departamento de Derecho Público, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Educación n.º DER2010-18748 “Presente y futuro de la diversidad ideológica y religiosa en España, propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”.

<sup>1</sup> Vid., en general, EVANS, M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

tica de los dictados religiosos, cuya evolución permitió superar los numerosos conflictos y persecuciones desarrolladas hacia aquellos que no compartían o rechazaban las creencias de los grupos dominantes. No fue, sin embargo, hasta después de las revoluciones de finales del s. XVIII cuando arraigó en Europa la idea de que todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho que es hoy reconocido de forma prácticamente universal. En aquel tiempo, sin embargo, fue difícil aplicar este principio debido a la soberanía del Estado, que reconocía su potestad para solventar sus propios asuntos sin sufrir la presión de los demás. Las premisas de una solución aparecieron en nuestro continente después de la Segunda Guerra Mundial cuando numerosos Estados nuevos o territorialmente reconfigurados adoptaron disposiciones jurídicas dirigidas a proteger las minorías, garantizando su libertad religiosa. Y estos compromisos contribuyeron a establecer las bases para que emergiera un sistema moderno de protección de los Derechos humanos que debía proporcionar los mecanismos para proteger una serie de derechos no sólo de estas minorías, sino de cualquier individuo bajo la jurisdicción de cualquier Estado Parte del Consejo de Europa. Fue así como nació hace ya sesenta años un dispositivo dirigido a conciliar los diferentes intereses en conflicto que de forma ineludible se dan en el seno de cualquier sociedad democrática en la que coexisten concepciones e identidades plurales.

Desde entonces Europa se ha hecho aún más diversa desde la perspectiva religiosa y cultural y las cuestiones relativas a la integración y la acomodación de las diferencias parecen reclamar una mayor atención. Es posible, en efecto, que nos encontremos en la actualidad en un momento de evolución de aquel contexto social y político general debido fundamentalmente al pluralismo que parece emerger en nuestras sociedades, que plantea de forma ineludible nuevas cuestiones sobre el disfrute de la libertad religiosa. Todo parece indicar que vivimos tiempos convulsos en los que predomina una ambivalencia del hecho religioso<sup>2</sup>. De un lado, la globalización podría estar contribuyendo a borrar la línea de demarcación entre la esfera pública y privada del fenómeno religioso, tendencia que parece impulsada por un aparente proceso de desprivatización y de búsqueda de un papel más activo en la esfera política pública<sup>3</sup>. De otro, las democracias

---

<sup>2</sup> Vid., en general, SCOTT APPLEBY, R., *The Ambivalence of the Sacred: Religion, Violence and Reconciliation*, Rowman and Littlefield Publishers, New York, 2000.

<sup>3</sup> BERGER, P. L. (ed.), *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*, Ethics and Public Policy Center, Washington, 1999; CASANOVA, J., *Public Religions in the Modern World*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

europeas parecen experimentar ciertas dificultades en el marco de una multiplicación de contenciosos relativos a o relacionados con la religión para reconciliar el constitucionalismo y la religión a través de la adhesión al secularismo en el espacio público europeo. Esta tendencia parece implicar algo nuevo que trata de traducir un fenómeno más general, según el cual, la religión parece adquirir una importancia mayor a pesar del descenso general del culto, tratando algunos de dar una connotación política a este fenómeno<sup>4</sup>. Esta aparente propensión por la identidad religiosa de nuestras sociedades secularizadas se debe posiblemente a amenazas recientes relacionadas con las grandes migraciones y la amenaza terrorista, desafíos que parecen exigir una mayor cohesión social y un refuerzo de la identidad colectiva; y de ahí quizás el mayor protagonismo de los símbolos religiosos en la esfera pública dada su capacidad para evocar esperanza. Al mismo tiempo, sin embargo, estos símbolos pueden convertirse fácilmente en catalizadores de conflictos, provocando una colisión entre el pluralismo étnico-religioso y la realidad tradicional de nuestros ordenamientos jurídicos.

Algunas de estas cuestiones constituyen el prisma de la Europa actual y la perspectiva en la que trataremos de enmarcar este trabajo en el que abordaremos la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en los centros educativos públicos a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sobre estos signos conviene distinguir entre aquellos que puede decirse comunes como elementos de las instalaciones o mobiliario del centro educativo (el crucifijo en el aula) y los personales o particulares como los portados en su atuendo por miembros de la comunidad educativa, ya sea un profesor<sup>5</sup> o una alumna<sup>6</sup>. La distinción entre ambos presenta una especial importancia ya que el conflicto que

---

<sup>4</sup> Vid., en este sentido, las palabras del Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sr. Jean Paul Costa, en la conferencia de prensa del 28 de enero de 2010, en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>5</sup> El Tribunal Federal suizo ha admitido la prohibición administrativa de que una profesora musulmana porte el velo islámico en el aula de clase, vid. Recopilación de Resoluciones del Tribunal Federal (*BGE*) Bd. 123 II, S. 296; fallo que el TEDH declaró conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), STEDH de 15 de febrero de 2001, *Lucía Dahlab / Switzerland* (dec.), n.º 42393/98, *ECHR 2001-V*.

<sup>6</sup> El problema se ha planteado principalmente en Francia y Turquía; y ahora también en España. En la jurisprudencia del TEDH pueden verse los fallos en el asunto *Şahin/Turquía*, de 29 de junio de 2004 y de 10 de noviembre de 2005 (Gran Sala), demanda n.º 44774/98; en los que no apreció violación del derecho a la libertad religiosa.

evocan parece ser diferente. El primero, relacionado con la prohibición de vestir determinadas prendas o símbolos de significación religiosa, plantea si este derecho puede limitarse en nombre de otros derechos o valores de igual valor constitucional<sup>7</sup>, mientras que el segundo parece referirse más bien a si un símbolo como el crucifijo puede ser usado en el lenguaje público como identidad de las autoridades estatales. En las páginas que siguen nos limitaremos a analizar este segundo conflicto a la luz de distintos fallos dictados por jurisdicciones europeas, los cuales proyectan diferentes modelos de gestionar las relaciones entre la religión y el Estado; aunque centraremos nuestra atención en la jurisprudencia del TEDH, jurisdicción internacional que tiene el cometido de establecer un equilibrio no siempre fácil entre la unidad y la diversidad de cuarenta y siete naciones con divergentes tradiciones constitucionales, contrastando sus fallos recientes con el pluralismo constitucional europeo y la deferencia otorgada a este pluralismo a través de la doctrina del margen de apreciación. A continuación, trataremos de realizar un cierto paralelismo entre esta doctrina del TEDH y la situación en el espacio de solidaridad más restringido que constituye la Unión Europea, centrándonos en el principio de subsidiariedad que enuncia explícitamente el artículo 5 TUE y su aplicación a la controversia sobre la exposición de símbolos religiosos. Finalmente, expondremos algunas soluciones jurisprudenciales a este conflicto que parecen tener un carácter más inclusivo que la dictada por la Sala del TEDH en el asunto *Lautsi*.

## II. EL FALLO DE LA SALA DEL TEDH EN EL ASUNTO *LAUTSI* Y EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Dado que la Sala del TEDH dictó su fallo de en el asunto *Lautsi c. Italia* en Noviembre de 2009<sup>8</sup>, podemos presumir que la mayoría de los lectores de esta Revista la conocen al haber sido objeto de un comentario

---

<sup>7</sup> Aunque en la práctica las controversias han surgido exclusivamente en relación con minorías religiosas y casi siempre afectando a alumnas o profesores de religión islámica, este tipo de normas pueden afectar también a símbolos y prendas de religiones mayoritarias. Puede verse en este sentido, la Ley francesa de 17 de marzo de 2004, n.º 2004-228, *JORF*, 2004, p. 5190: «Queda prohibido en las escuelas, colegios y liceos públicos el empleo de signos o vestimentas por las que los alumnos manifiesten ostensiblemente su pertenencia religiosa», redacción neutra que es aplicable a todos los símbolos.

<sup>8</sup> Sentencia de la Sección 2ª del TEDH, *Lautsi c. Italia*, n.º 30814/06, 03.11.2009.

jurisprudencial<sup>9</sup>, lo cual nos permite obviar los preliminares usuales<sup>10</sup>; limítndonos a recordar que el TEDH condenó por unanimidad a Italia por mantener el crucifijo en una escuela pública, lo cual suponía —en opinión del Tribunal— una violación del artículo 2 del Protocolo n.º 1 (derecho a

<sup>9</sup> LOZANO CONTRERAS, F., «TEDH – Sentencia de 03.11.2009, S. Lautsi c. Italia, 30814/06 – Artículo 9 CEDH – Protocolo n.º 1 – La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública», *Revista de Derecho Comunitario Europeo - RDCE*, 2010, n.º 35, pp. 223-237. Sobre este fallo puede verse, además, CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La cruz de Estrasburgo. En torno a la Sentencia Lautsi v. Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCEE)*, 2010, n.º 22, pp. 1-22; GIBSON, N., «Right to Education in Conformity with Philosophical Convictions: Lautsi v. Italy», *European Human Rights Law Review (EHRLR)*, 2010, n.º 2, pp. 208-212; GONZÁLEZ, G., «L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme: Cour européenne des droits de l'homme, Lautsi c. Italie, 3 novembre 2009», *RTDH*, vol. 21-2010, n.º 1, pp. 467-484; IGLESIAS BERLANGA, M., «¿Crucifijos en las aulas? Asunto Lautsi vs. Italia (Demanda n.º 30814/06). Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 2009», *RGDE*, 2010, n.º 20, pp. 1-12; LUGATO, M., «Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso», *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n.º 2, pp. 402-420; MANCINI, S., «The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty», *European Constitutional Law Review*, vol. 6-2010, pp. 6-27 (26); MÜCKL, S., «Crucifijos en las aulas: ¿Lesión a los Derechos fundamentales?», *RGDCDEE*, 2010, n.º 23, pp. 1-15; WEILER, J. H. H., «Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux», *EJIL*, vol. 21-2010, n.º 1, pp. 1-6. Sobre la problemática que plantea de forma más general pueden verse los interesantes estudios de: ALÁEZ CORRAL, B., «Símbolos religiosos y Derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 23-2003, n.º 67, pp. 89-125; CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 106 y ss.; EVANS, M. D., *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston, 2009; KNIGHTS, S., «Religious Symbols in the School: Freedom of Religion, Minorities and Education», *EHRLR*; vol. 10-2005, pp. 499-516; LÓPEZ CASTILLO, A., *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002; LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., «Símbolos religiosos y administración pública: El problema en las aulas de centros públicos docentes», en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad de conciencia en las Instituciones y Servicios públicos*, Dykinson, 2005, pp. 277-300; MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo», *RGDCDEE*, 2007, n.º 15, pp. 1-22; MORENO BOTELLA, M., «Crucifijo y escuela en España», *RGDCDEE*, 2003, n.º 2, pp. 1-34.

<sup>10</sup> Sobre el iter procesal interno y los distintos fallos dictados por órganos jurisdiccionales italianos en este asunto puede verse, 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 Públic*, 2009, n.º 2009, pp. 243-276.

la instrucción) y del artículo 9 (libertad de pensamiento, conciencia y de religión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La demandante había alegado que la exposición de la cruz en las aulas de la escuela pública italiana que frecuentaban sus hijos constituía una injerencia incompatible con su libertad religiosa, así como con el derecho a una educación y a una enseñanza conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas (principio de laicidad).

En el fallo, la Sala del TEDH afirmó claramente tres postulados. En primer lugar, que el CEDH garantiza tanto la libertad religiosa positiva como negativa, es decir, nadie puede ser obligado a ejercer ninguna práctica religiosa<sup>11</sup>. Se trata de lo que el Profesor WEILER ha denominado la premisa del Estado agnóstico, es decir, el convencimiento común de que el orden constitucional debe proteger tanto la libertad de religión como la libertad frente a la religión<sup>12</sup>, debiendo el ordenamiento jurídico garantizar a los creyentes la libertad de practicar su religión y a los laicos la libertad respecto de cualquier forma de coerción religiosa. No es difícil asumir que la arquitectura constitucional paneuropea incluye esta premisa fundamental. En segundo lugar, la Sala del TEDH estimó que las aulas deben favorecer la tolerancia y el pluralismo, afirmación que también puede ser fácilmente aceptada por todos<sup>13</sup>. Y en tercer lugar, la Sala del TEDH enuncia un extraño principio de neutralidad que parece adolecer de algunos errores de apreciación y que aparentemente condujo de forma inevitable al fallo final.

En efecto, una de las afirmaciones que llaman la atención hace referencia a la articulación del sistema del CEDH en asuntos de iglesia y Estado, señalando en este sentido la Sala del TEDH: «El deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas o de sus modalidades de expresión»<sup>14</sup>; lo cual plantea si no se está confundiendo neutralidad e identidad en un espacio constitucional caracterizado por el pluralismo. No olvidemos que la premisa del Estado agnóstico existe incluso si tenemos en un extremo el enfoque constitucional laico de Francia, tal como se expresa en el Preámbulo de su vigente Constitución; aunque a la solución francesa se contraponen otras opciones constitucionales como la

<sup>11</sup> *Lautsi c. Italia*, n.º 30814/06, §. 47, e.

<sup>12</sup> WEILER, J. H. H., *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Milan, 2003, p. 56.

<sup>13</sup> *Lautsi c. Italia* n.º 30814/06, §. 47, b.

<sup>14</sup> *Ibid.*, §. 47 *in fine*.

irlandesa o la griega, cuyos preámbulos evocan expresamente el misterio de la Santa Trinidad; o la alemana, que hace referencia a la responsabilidad ante Dios y ante los hombres. Incluso algunos Estados partes del CEDH van un poco más lejos y al mismo tiempo que garantizan la libertad religiosa y frente a la religión establecen una iglesia oficial<sup>15</sup>. De esta diversidad cabe inferir que en muchos Estados partes existe una neutralidad benévola, por lo que sería difícil imaginar que este fallo implique que Suecia o Dinamarca tengan que abandonar el Luteranismo como religión oficial o bien ocultar este hecho en la educación de sus menores. O que Finlandia, nacionalidad de la demandante, deba cambiar su bandera por aparecer en ella una cruz<sup>16</sup>. Y este marcado pluralismo no sólo se da en las normas fundamentales de los Estados partes del Consejo de Europa, sino también en sus espacios públicos; lugares en los que la simbología religiosa resulta común e, incluso, aceptable. Desde esta perspectiva, estos Estados no parecen tener nada de agnósticos<sup>17</sup>. Posiblemente algunos objeten

<sup>15</sup> El TEDH ya ha sostenido que el hecho de que en un Estado parte destaque una religión sobre las demás debido a tradicionales razones históricas no supone de forma intrínseca una violación de los principios de pluralismo y objetividad que entrañe un adoctrinamiento, TEDH, asunto *Angelini c. Suecia*, demanda n.º 1041/83 (fondo), *Decissions & Reports*, vol. 51-1983. La Gran Sala del TEDH ha ido incluso más allá al afirmar que precisamente por estas razones el margen de apreciación otorgado a los Estados partes debe tomar en consideración estas circunstancias a la hora de diseñar e implementar el curriculum educativo de sus escuelas, STEDH (Gran Sala) de 29 de junio de 2007, *Folgero and Others v. Norway*, n.º 15472/02, §. 89, *CEDH 2007-VIII*. Sobre este último asunto puede verse, BARRERO ORTEGA, A., «TEDH – Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 – Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales – Enseñanza religiosa obligatoria», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, n.º 32, pp. 259-274; JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A. / CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La objeción de conciencia en el ámbito educativo: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega», *RGDCDEE*, 2007, n.º 15, pp. 1-14.

<sup>16</sup> Las variantes constitucionales de Europa son múltiples. Mientras que los postulados constitucionales de Dinamarca, Grecia o Malta en temas de religión son bastante sólidos, la posición de nuestro país es más matizada y ello porque nuestra Constitución rechaza en su artículo 16 una iglesia de Estado como encontramos en Dinamarca o en el Reino Unido donde el Jefe del Estado es también cabeza de la iglesia, aunque el tercer apartado de esta disposición acuerda una mención privilegiada a la iglesia católica. Sobre el tema puede verse *in extenso* LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, 2 vols., Civitas, Madrid, 2007.

<sup>17</sup> Así, no parece haber ningún agnosticismo cuando al penetrar por vía marítima en Europa desde África y alcanzar el puerto de Tarifa, lo primero que se divisa en el morro del

que se trata de una herencia del pasado y que la multitud de símbolos religiosos que se reproducen en lugares públicos de Europa no implican necesariamente la confesionalidad de un Estado. Y seguramente tienen razón, aunque conviene no perder de vista este dato histórico y sociológico que se reproduce en multitud de lugares en Europa.

Es curioso observar, sin embargo, que para el TEDH no es posible apreciar cómo a través del crucifijo pueda alcanzarse el pluralismo educativo. En opinión del Tribunal, para alcanzar dicho objetivo, ni las creencias religiosas, ni el ateísmo pueden tener su espacio en la escuela, acogiendo una concepción del pluralismo entendido como ausencia de cualquier planteamiento religioso o filosófico del ámbito público<sup>18</sup>. Podría pensarse, por el contrario, que la mejor forma de fomentar el pluralismo se encuentra precisamente en convertir la arena pública en un espacio común en el que todas las posiciones, cualquiera que sea, puedan tener cabida en las mismas condiciones<sup>19</sup>. Si bien es cierto que la neutralidad religiosa del Estado prohíbe cualquier identificación con las confesiones religiosas, es bastante dudoso que ello implique una separación radical que exija eliminar cualquier manifestación religiosa del ámbito público<sup>20</sup>. Desde una perspectiva más general, no cabe olvidar que el mismo Consejo de Europea no se fun-

---

dique exterior del puerto tarifeño es la «Punta del Santo», imagen del Sagrado Corazón de Jesús construida en 1944 en acción de gracias por la feliz terminación de las obras de este puerto.

<sup>18</sup> No parece aceptable una interpretación de la laicidad que pretenda el rechazo por principio de cualquier ética pública que tenga algún elemento coincidente con una ética confesional. En este sentido, SOUTO PAZ, J. A., «La laicidad en la Constitución de 1978», en AA.VV., *Estado y Religión: Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a D. Fernando de los Ríos*, Universidad Carlos III – BOE, Madrid, 2001, pp. 215 y ss., pone de manifiesto que cualquier fundamentación ética tiene su apoyo en algún tipo de creencias.

<sup>19</sup> En este sentido, CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La cruz de Estrasburgo...», *loc. cit.*, p. 10. Se trata de garantizar la coexistencia pacífica de las distintas creencias y convicciones implantadas socialmente, vid., entre otros, SUÁREZ PERTIERRA, G., «La laicidad en el constitucionalismo español», en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (dir.), *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 119-132.

<sup>20</sup> La neutralidad exige «que el Estado sea imparcial respecto a las convicciones y creencias, religiosas o no, de sus ciudadanos» CASTRO JOVER, A., «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», *RGDCDEE*, 2003, n.º 3, pp. 1-32 (6); estando obligado el Estado a dar exactamente el mismo trato a quienes tienen creencias e ideas religiosas que a quienes no las tienen; a quienes tienen unas y a quienes tienen otras, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. 1, *cit.*, pp. 316-319; SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Eclesiástico del Estado. El Derecho de la libertad de ideas y creencias*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 86.

da sobre el rechazo y la exclusión de la identidad y del patrimonio religioso europeo, sino que los Estados signatarios del Estatuto quisieron fundar esta organización sobre los valores espirituales que son el patrimonio común de sus pueblos y que se encuentran en el origen de los principios de libertad individual, libertad política y preeminencia del Derecho sobre los cuales se funda toda verdadera democracia<sup>21</sup>. Querer imponer una concepción exclusiva de la neutralidad religiosa conduciría a vaciar de contenido los mismos fundamentos del CEDH, que no son otros que «los valores espirituales y morales», «valores subyacentes en el Convenio», referencias usuales en la jurisprudencia del TEDH<sup>22</sup>.

De esta breve panorámica quizás pueda extraerse que Europa representa variedad no sólo en sus lenguas y culturas, sino también en su acervo constitucional y político. Es cierto que una parte relevante de la especificidad francesa se refleja en su tradición constitucional laica, cuya estricta separación entre la iglesia y el Estado ha conducido a prohibir los crucifijos en las escuelas. Pero incluso en este país, los territorios de Alsacia y Lorena, integrados en el Reichsland en 1905 y devueltos a Francia posteriormente, no han llegado a conocer el laicismo republicano<sup>23</sup>. No es menos cierto, por otro lado, que una parte relevante de la identidad irlandesa se refleja en su vocabulario constitucional religioso. Y esta heterogeneidad constitucional es algo que lejos de abandonarse, pensamos que debe preservarse. Del pluralismo constitucional europeo también parece que puede desprenderse que la forma común de entender la premisa de fondo de la libertad de religión y frente a la religión no se infringe por el simple hecho de que un Estado Parte dé expresión a la sensibilidad religiosa o a la sensibilidad laica del cuerpo político o porque los símbolos que forman parte de la identidad nacional constituyan símbolos religiosos, ex-

<sup>21</sup> Cf. Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, *BOE* n.º 243, de 10 de octubre de 1979: «Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho (...)».

<sup>22</sup> Entre otras, STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering v. United Kingdom*, n.º 14038/88, *CEDH*, p. 163, §. 88.

<sup>23</sup> Con ocasión de la reintegración francesa en 1919, la legislación de este país no logró reemplazar en bloque el Derecho alemán. En consecuencia, ciertas leyes alemanas permanecen en vigor, al igual que lo hicieron ciertas leyes francesas en 1871. Como resultado de todos este amalgama, Alsacia se encuentra hoy integrada por un régimen jurídico particular que integra leyes francesas anteriores a 1871 ya hoy derogadas en el resto del país, leyes alemanas tanto nacionales como locales y, finalmente, leyes francesas posteriores a 1919 especialmente adoptadas para estos territorios. En la primera categoría se encuentra el régimen concordatario en cuyo marco las escuelas pueden exhibir emblemas religiosos.

cepto que se atente contra el orden público o contra los derechos de los demás. En realidad, la idea del Estado neutral en el sentido paneuropeo no parece coincidir necesariamente ni con la doctrina francesa del Estado absolutamente laico, ni con la estadounidense de la separación total entre la iglesia y el Estado. A decir verdad, en la praxis constitucional europea la premisa del Estado neutral parece significar practicar el pluralismo sin favoritismos. Este principio parece orientado a obtener la identificación con el Estado del conjunto de los ciudadanos, cualquiera que sean sus convicciones, evitando cualquier sentimiento de alienación. La neutralidad se opone, de un lado, al Estado confesional que adoctrina sobre una determinada religión y, de otro, al Estado que se funda sobre un laicismo militante que promueva el ateísmo. Sin embargo, esta incompetencia del Estado para responder a las cuestiones sobre lo trascendente no parece que deba conducir a promover el ateísmo o el agnosticismo mediante la erradicación de los símbolos religiosos de la esfera pública, ni a prohibir el discurso religioso en este espacio porque se vaciaría de contenido el principio del pluralismo democrático. Por el contrario, lejos de prescribir la inercia y el silencio en el ámbito religioso, el artículo 9 CEDH impone al Estado garantizar que el individuo pueda, de forma individual o colectiva, manifestar su religión en público o en privado.

Podríamos ya extraer un intento de conclusión en relación con los hechos del asunto *Lautsi*. De una mirada de conjunto sobre el paisaje constitucional europeo parece que la exhibición de símbolos religiosos en la escuela no sería en cuanto tal una violación del vínculo europeo con el respeto de la libertad religiosa y de la libertad frente a la religión. Podrían existir razones por las cuales no exhibir estos símbolos, pero a juzgar por las pruebas empíricas no parece estar entre ellas la corrección constitucional. Distinto parece ser, sin embargo, si el Estado obliga a exhibirlos, no siendo descartable que alguien pudiera plantear un cierto adoctrinamiento<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> En el sentido del fallo del TEDH en el asunto *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, STEDH de 7 de diciembre de 1976, n.ºs 5095/71; 5920/72; 5926/72, Serie A n.º 23. Vid., por ejemplo, CELADOR ANGÓN, O. / CONTRERAS MAZARÍO, J. M., *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), n.º 124, 2007, pp. 1-64; quienes señalan que la presencia de símbolos religiosos en centros públicos debe entenderse, en principio, contraria a los principios constitucionales porque supone una inequívoca voluntad del Estado de poner a la religión simbolizada en el centro de la vida pública, como verdad absoluta, sin el respeto debido al papel que otras experiencias religiosas o filosóficas desempeñan en la sociedad y porque supone una adhesión de los propios centros públicos a una determinada y concreta cosmovisión religiosa, produciéndose una confusión entre funciones estatales y religiosas que resulta contraria al principio de laicidad, p. 56.

Sin embargo, teniendo en cuenta los hechos particulares del asunto *Lautsi*, incluso este adoctrinamiento sería dudoso porque la noción de pluralismo consagrado por el art. 2 del Protocolo n.º 1 o del art. 9 del CEDH tal vez no impida que una mayoría elegida democráticamente conceda un reconocimiento oficial y una identificación pública con una determinada confesión religiosa<sup>25</sup>. Y ello porque el hecho de conferir un estatuto público particular a una confesión no parece prejuzgar el respeto del Estado por las demás convicciones religiosas y filosóficas de los padres en el marco de la educación de sus hijos y, aún menos, que esto incida sobre su libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>26</sup>. En todo caso, no parece que la simple exposición de un crucifijo en el aula de clase deba contradecir el artículo 2 del Protocolo n.º 1 anexo al CEDH en el que se establece, como se sabe, que el Estado respetará el derecho de los padres a asegurar que la educación de sus hijos sea conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas. Pero el término «convicciones» que aparece en esta disposición no es, como ha señalado el propio TEDH, sinónimo de «opinión» o «ideas», sino que se aplica a acciones u opiniones que alcancen un cierto grado de seriedad, de fuerza, de coherencia y de importancia<sup>27</sup>. Ni tampoco esta disposición impide a los Estados partes difundir a través de la enseñanza informaciones o conocimientos que tengan directa o indirectamente un carácter religioso o filosófico, ni autoriza a los padres a oponerse a la integración de estas enseñanzas en el programa escolar porque en caso contrario el sistema de enseñanza se volvería impracticable<sup>28</sup>. Tampoco el hecho de que se trate de la religión mayoritaria parece conducir a la conclusión alcanza-

<sup>25</sup> Vid., en este sentido, las observaciones del Gobierno italiano en la vista del asunto *Lautsi* ante la Gran Sala del TEDH. Por otra parte, es evocador leer el dato que exponen GARELLI, F. / GUIZZARDI, G. / PACE, E. (eds.), *Un singolare pluralismo: Indagine sul pluralismo morale e religioso degli italiani*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 146-147; quienes afirman que una mayoría de italianos (82 %, incluyendo una amplia mayoría de ciudadanos que se reconocen como ateos) están a favor de mantener la presencia de símbolos religiosos en la escuela porque lo consideran un símbolo de benevolencia, de la historia de la nación y de su identidad.

<sup>26</sup> Vid., en este sentido, las observaciones de los jueces WILDHABER, LORENZEN, BÍRSAN, KOVLER, STEINER, BORREGO BORREGO, HAJIYEV y JEBENS en su voto particular disidente en el asunto TEDH *Folgero, Folgero y otros c. Noruega*, 15472/02 cit., § 57.

<sup>27</sup> Vid., entre otras, STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Valsamis / Greece, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI*, p. 2324, §. 25 y 27; STEDH de 25 de febrero de 1982, *Campbelland y Cosans / United Kingdom*, Serie A, n.º 48, p. 16, §. 36.

<sup>28</sup> STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen / Denmark*, n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72, Serie A n.º 23, §. 53.

da por la Sala del TEDH y ello porque este mismo Tribunal ha rechazado expresamente en su jurisprudencia la idea de que una religión pueda ser desfavorecida por el simple hecho de que la gran mayoría de ciudadanos se adhieran a ella<sup>29</sup>. En todo caso, la cuestión de la exposición de los símbolos religiosos en la escuela pública parece que sería totalmente diferente si la iniciativa parte de los usuarios de ese servicio público. La diversidad del acervo constitucional europeo apelaría más bien a favor de que se pudieran mostrar todos aquellos que estos usuarios deseen porque parece haber argumentos constitucionales a su favor, tesis acomodacionista que parece tener algún eco aislado en la Sentencia<sup>30</sup>.

Frente a ello, la tesis del abstencionismo total del Estado se suele apoyar sobre el argumento de que el Estado no debería alinearse ni con la contraposición entre componentes religiosos y laicos de la sociedad, ni expresando una preferencia a favor de una concreta religión, sobre todo, en aquellas sociedades en las que conviven varias religiones. Pero este planteamiento reposa sobre el convencimiento de que el Estado para que sea verdaderamente neutral tiene que practicar la laicidad, lo cual parece falso por dos razones. En primer lugar, si la solución se define como una elección entre laicidad y religiosidad está claro que no existe una postura neutral tomando una alternativa entre dos opciones. Un Estado que renuncie a cualquier simbología religiosa no parece mostrar una postura más neutral que otro que se adhiera a determinadas formas de simbología religiosa. El sentido de la premisa del Estado neutral es precisamente garantizar el re-

---

<sup>29</sup> Al menos, ésta es la idea que parece deducirse del asunto *Zengin / Turquía*, STEDH de 9 de octubre de 2007, n.º 1448/04, *ECHR 2007-XI*, §. 63; en cuyo fallo el TEDH señala expresamente que el hecho de que el programa de enseñanza y el conjunto de manuales impartidos en el sistema educativo turco acordaran una mayor importancia al conocimiento del islam que a otras religiones no implicaba en sí mismo un incumplimiento de los principios de pluralismo y objetividad que pudiera analizarse como un adoctrinamiento. Para alcanzar esta conclusión, el TEDH consideró fundamental que la religión musulmana se practicaba de forma mayoritaria en Turquía a pesar del carácter laico de este país. Sobre este fallo puede verse MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo», *RGDCDEE*, 2007, n.º 15, pp. 1-22.

<sup>30</sup> Cuando la Sala del TEDH señala: «La escuela (...) debería ser el lugar de encuentro de diferentes religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos puedan adquirir conocimientos sobre sus pensamientos y tradiciones respectivas», STEDH *Lautsi c Italia*, §. 47, c) *in fine*; afirmación que parece hacer una llamada hacia la tolerancia y el respeto mutuo que parece desprenderse también de otros pasajes de su jurisprudencia anterior, vid., en este sentido, el fallo de la Gran Sala del TEDH en el asunto *Leyla Sahin / Turquía*, n.º 44774/98, §. 107.

conocimiento tanto de la sensibilidad religiosa como de la sensibilidad laica<sup>31</sup>. Prohibir radicalmente todos los símbolos no es realmente una opción agnóstica y no parece tener nada que ver con la neutralidad, sino que parece más bien privilegiar una visión del mundo sobre otra, haciendo que todo esto pase por neutralidad<sup>32</sup>. Sería como optar por garantizar exclusivamente la libertad negativa, es decir, frente a la religión, y no también la libertad religiosa positiva.

Dentro de los límites de lo razonable, el constitucionalismo europeo debería respetar al máximo, también en el plano simbólico, la pluralidad de sensibilidades constitucionales nacionales. Dicho en otras palabras, si el TEDH hace suya la laicidad francesa o turca, esto implicará necesariamente negar la sensibilidad irlandesa, inglesa, griega o alemana; adoptando una retórica pluralista, aunque imponiendo en la práctica a todos los Estados partes del CEDH una dudosa doctrina secular, algo que será difícilmente aceptado porque Europa no es así. Lo que resulta interesante de nuestro heterogéneo panorama constitucional es precisamente su rica diversidad porque mientras todos coinciden en afirmar la libertad religiosa, se permite una amplia pluralidad en cuanto a las formas de entender las relaciones entre la iglesia y el Estado y la presencia de aquella en la vida pública. Lejos de ello, sin embargo, el fallo de la Sala del TEDH en el asunto *Lautsi* omite reconocer estas distinciones, lo cual sería comprensible si el

---

<sup>31</sup> En nuestro ordenamiento, la doctrina considera que la laicidad no puede entenderse como un concepto negativo de indiferencia u hostilidad hacia lo religioso porque se produciría un vacío axiológico. Y el Estado necesita de esos valores, éstos forman parte de aquellos presupuestos de los que el Estado vive, pero que el mismo no puede crear ni suprimir, vid., entre otros autores, NAVARRO-VALLS, R., «Neutralidad activa y laicidad positiva», en RUIZ MIGUEL, A., / NAVARRO-VALLS, R., *Laicidad y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 97 y ss. Sobre el principio de laicidad en nuestro ordenamiento, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. 1, pp. 314-316; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. / SUÁREZ PERTIERRA, G., «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980, n.º 61, pp. 10-11; VILADRICH, P. J., «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1983, p. 277. Para un resumen doctrinal de la materia, LEAL ADORNA, M. M., «Los principios del Derecho Eclesiástico según la interpretación de la doctrina española», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 18-2001, pp. 35-100.

<sup>32</sup> Como estima el Profesor WEILER, un Estado que renuncia a todo simbolismo religioso no representa una posición más neutra que aquel que se adhiere a un determinado simbolismo religioso, WEILER, J. H. H., *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Milan, 2003, p. 68.

fallo hubiese sido dictado por el Consejo de Estado francés o por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero no por el TEDH<sup>33</sup>. Puede observarse, sin embargo, que incluso en este último país parece cuestionarse últimamente el legendario separatismo entre las iglesias y el Estado a juzgar por la reciente doctrina del Tribunal Supremo consistente en la «accommodation for a symbol» que parece desprenderse del fallo en el asunto *Salazar v. Buono*<sup>34</sup> y que parece contrastar con la doctrina anterior de esta misma jurisdicción en la que ha venido sosteniendo que la exhibición de símbolos religiosos en las escuelas violaba la Constitución de este país<sup>35</sup>.

### III. MARGEN DE APRECIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Gran parte del éxito del CEDH se debe al alto grado de consenso entre las democracias europeas sobre los fundamentos filosóficos de los Derechos humanos y el compromiso para protegerlos. Este consenso ha desempeñado al mismo tiempo un importante papel para impedir que el TEDH desarrolle su jurisprudencia en contra de la mayoría a través del equilibrio entre subsidiariedad y universalismo. Para reconciliar la potencial tensión entre ambos, el TEDH ha desarrollado la doctrina del margen de apreciación<sup>36</sup>, garantizando a los Estados partes una cierta coyuntura para decidir

<sup>33</sup> Cf. WEILER, J. H. H., «Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux», *loc. cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> Sobre este fallo puede verse, PALOMINO LOZANO, R., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, *Salazar v. Buono*, de 28 de Abril de 2010», *RGDCDEE*, 2010, n.º 10, pp. 1-5.

<sup>35</sup> Vid. entre otros, *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980), Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1980. Este fallo se refiere a la exhibición de los diez mandamientos en las escuelas, aunque es bastante plausible que esta doctrina se aplique a todos los símbolos religiosos. Sobre esta teoría del acomodamiento razonable es interesante asimismo la doctrina jurisprudencial de Canadá que expone WOEHLING, J., «La libertad de religión, el Derecho al acomodamiento razonable y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el Derecho canadiense», *Revista Catalana de Dret Públic*, 2006, n.º 33, pp. 1-32 (6); quien señala que los tribunales canadienses han considerado que la libertad religiosa imponía una obligación de acomodamiento en las escuelas públicas en materia de exhibición de signos religiosos. En este caso, afirma este autor, el principio de neutralidad no se opone a las manifestaciones religiosas en la escuela, en la medida en que son el resultado de la propia iniciativa de los alumnos y constituyen una manera de ejercer su libertad religiosa. Es decir, la neutralidad religiosa se impone al Estado y a las autoridades públicas, pero no a los individuos.

<sup>36</sup> Al parecer, la doctrina del margen de apreciación fue establecida por primera vez en el asunto *Handyside / Reino Unido*, STEDH de 7 de diciembre de 1976, n.º 5493/72, § 48.

la implementación de los estándares del Convenio de la forma que mejor se corresponda con su propia idiosincrasia e implicando en la práctica una cierta deferencia hacia las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales<sup>37</sup>. Es cierto, sin embargo, que el TEDH ha dejado claro que este margen varía dependiendo de los derechos e intereses cuestionados en un asunto determinado, aspecto sobre el que le corresponde decidir. Mientras que en algunos asuntos ha fallado que apenas existe margen de apreciación, en particular, cuando sobre la cuestión debatida existe un gran consenso paneuropeo; en otros, en cambio, ha decidido que no existe este consenso. Así ha ocurrido en relación con el artículo 9 CEDH relativo a la libertad religiosa debido a la variable práctica existente entre los Estados partes<sup>38</sup>, garantizándoles, en consecuencia, un amplio margen de apreciación y decidiendo que no es posible discernir en Europa una concepción uniforme de la religión en la sociedad<sup>39</sup>. Sobre la base de esta doctrina, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido a las autoridades nacionales, dada su mayor proximidad a las necesidades sociales, una considerable capacidad para apreciar en la protección del interés público la concurrencia de circunstancias que hacen necesario adoptar ciertas medidas restrictivas de las expresiones que puede alcanzar la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En particular, el TEDH ha aplicado este principio en los asuntos del velo islámico, en los que varias personas se vieron impedidas de actuar conforme a su religión debido a la prohibición de asistir a clase con dicho velo, lo cual consideraron una injerencia en la libertad positiva de manifestar sus creencias. No obstante, en varios fallos el TEDH ha considerado esta prohibición compatible con el CEDH<sup>40</sup>. Destaca, entre ellos,

<sup>37</sup> Cf. WILDHABER, L., «A Constitutional Future for the ECHR?», *Human Right Law Journal*, vol. 5-7 / 2002, pp. 161 y ss. (162).

<sup>38</sup> Cf. PREBENSEN, S. C., «The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention», *Human Rights Law Journal*, vol. 19-1998, pp. 13 y ss. Dentro de los Estados partes del CEDH no parece existir ningún consenso. Sirva como botón de muestra la moción aprobada el pasado 23 de junio de 2010 en el Senado para que prohibir el *burka* y el *niqab* en todos los espacios públicos, incluida la calle, por sólo dos votos de diferencia (131 a favor y 129 en contra); mientras que el Congreso de los Diputados rechazó una moción similar el pasado 20 de julio de 2010 por 183 votos frente a 162.

<sup>39</sup> Puede recordarse en este sentido el asunto *Otto Preminger Institut c. Austria*, STEDH de 23 de junio de 1993, n.º 12875/87, Série A n.º 255-C, Rec. 1994, p. 441.

<sup>40</sup> Sobre el tema existe una amplia bibliografía, pueden verse, entre otros trabajos, los reunidos en la obra coordinada por LASAGABASTER HERRARTE, I., *Multiculturalidad y laicidad: A propósito del Informe Stasi*, Lete, 2004; RODRIGO LARA, B., *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad

el dictado en el asunto *Dahlab c. Suiza*<sup>41</sup> sobre el que se apoya expresamente el fallo en el asunto *Lautsi*. El TEDH consideró que la prohibición de asistir a clase con el velo entraba dentro del margen de apreciación nacional y era compatible con el CEDH. Por una parte, el TEDH afirmó que la voluntad de las autoridades suizas de asegurar la neutralidad de su enseñanza pública y de proteger los sentimientos religiosos de los alumnos constituía un interés legítimo que justificaba la prohibición del velo. A fin de apreciar la proporcionalidad de esta injerencia con el interés perseguido, el TEDH retuvo, de una parte, la edad menor de los alumnos y, por otra, la aparente dificultad de conciliar la vestimenta del velo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, igualdad y no discriminación que en una democracia todo profesor debe transmitir a sus alumnos. Sin embargo, estos asuntos relativos al velo islámico parecen diferentes del contexto fáctico de *Lautsi*, no sólo porque en este último a nadie se le impide o se le obliga a actuar de una determinada forma, sino

---

Complutense, Madrid, 2005; así como los trabajos de BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 10-2009, pp. 17-82; ALENDA SALINAS, M., «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», *RGDCDEE*, 2005, n.º 9, pp. 1-26; ALAIN GARAY, E. / RELAÑO PASTOR, A., «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía», *RGDCDEE*, 2006, n.º 12, pp. 1-32; DECAUX, E., «Chronique d'une jurisprudence annoncée: laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, abril, pp. 251 y ss.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y religión*, 2009, n.º 4, pp. 87-109; MOTILLA DE LA CALLE, A., «El problema del velo islámico en Europa y en España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 20-2004, pp. 87-130; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «¿Contradicciones en la práctica y jurisprudencia internacional sobre la prohibición de portar el velo islámico?», en BADÍA MARTÍ, A. M. / PIGRÁU I SOLÉ, A. / OLESTI RAYO, A. (Coords.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 477-484.

<sup>41</sup> STEDH de 15 de febrero de 2001, *Lucía Dahlab v. Switzerland*, n.º 42393/98, *CEDH 2001-V*. En aplicación de esta doctrina del margen de apreciación, el TEDH resolvió en este asunto que la laicidad del Estado, proclamada como principio fundamental en las Constituciones de varios de los países firmantes del CEDH, puede erigirse legítimamente en freno específico a la libre manifestación de las creencias en los espacios públicos, a fin de preservar la debida neutralidad de los mismos. Esta doctrina fue reiterada más tarde por el TEDH en los asuntos *Karaduman / Turquía*, n.º 8810/03; *Bulut c. Turquía*, n.º 49892/99, ambos de 3 de mayo de 2003; y en el fallo ya citado recaído en el asunto *Leyla Sahin c. Turquía*, n.º 44774/98, de 29 de junio de 2004.

también por el hecho de que la prohibición de un símbolo sea compatible con el CEDH no implica que su autorización lo contradiga. Por consiguiente, los Estados partes que prohíben los símbolos en la escuela no violan el CEDH, pero tampoco parece que infrinjan sus disposiciones aquellos otros que permiten su exhibición en el mismo espacio público. Pese a estas diferencias, es interesante destacar de estos asuntos el énfasis que el TEDH puso en el principio del margen de apreciación del Estado Parte y la posible toma en consideración de sus diferentes tradiciones en esta materia sobre la presencia de la religión en la escuela pública<sup>42</sup>. Se trata, creemos, de algo importante teniendo en cuenta que el CEDH no establece un modelo específico de relaciones iglesia-Estado sino que se limita a tratar con la libertad religiosa<sup>43</sup>.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, no era casual que el Estado demandado en el asunto *Lautsi* tratara de enfocar su demanda desde esta perspectiva del margen de apreciación<sup>44</sup>. Sin embargo, el TEDH no acogió este argumento, ni citándolo entre los principios generales del fallo<sup>45</sup>, ni aplicándolo de forma particular en la *ratio decidendi*<sup>46</sup>. Si bien es llamativa esta ausencia de un principio fundamental en su jurisprudencia, no creemos que se deba a justificaciones extrañas que la jurisprudencia posterior contradice. En efecto, esta omisión ha sido achacada por algunos a la escasa confianza que esta Alta jurisdicción mantiene en la habilidad de los órganos jurisdiccionales nacionales para solventar este conflicto debido a su mayor proximidad a la influencia de los intereses de la mayoría<sup>47</sup>. Sin

<sup>42</sup> Vid., entre otros, NIGRO, R., «The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil», *Human Rights Review*, vol. 11-2010, n.º 4, pp. 531-564.

<sup>43</sup> Por otra parte, mientras que el CEDH tampoco insta a establecer un sistema de coexistencia entre la iglesia y el Estado, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó expresamente que cualquier sistema, incluso uno en el que un Estado declare una iglesia como oficial, como es el caso de la anglicana en Inglaterra o la luterana o protestante en Noruega, eran, en principio, compatibles con el CEDH, vid. Com. EDH, *Darby / Suecia*, demanda n.º 11581/85, *Eur. Comm. H.R.*, vol. 45-1989.

<sup>44</sup> *Lautsi c. Italia*, n.º 30814/06, §§ 38-39.

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 48-58.

<sup>47</sup> MANCINI, S., «The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps...», *loc. cit.*, p. 25; apoyándose en las críticas a la doctrina del TEDH sobre el margen de apreciación realizadas por BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31-1998/1999, pp. 843-854 (850).

embargo, en fallos posteriores al asunto *Lautsi* el TEDH no ha tenido inconveniente en continuar aplicando este principio en contextos fácticos similares<sup>48</sup>. Esta cotidiana aplicación también parece desmentir de forma más general que el TEDH vaya a abandonar esta doctrina debido a la heterogeneidad de la actual membresía del Consejo de Europa<sup>49</sup>. La tendencia parece ser más bien la contraria, no sólo por el fallo posterior ya citado<sup>50</sup>, sino por las recomendaciones realizadas en la Declaración final de la Conferencia de Alto Nivel sobre el futuro del TEDH, que se reunió los pasados 18 y 19 de febrero de 2010 en Interlaken a iniciativa de la Presidencia suiza del Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre las cuales se pone de manifiesto la necesidad de preservar la naturaleza subsidiaria del CEDH y el papel fundamental que deben desempeñar las autoridades estatales para garantizar y proteger los Derechos humanos a nivel nacional, debiendo evitarse que se reexaminen cuestiones de hecho o de derecho internas que ya han sido interpretadas o decididas por las autoridades nacionales<sup>51</sup>.

Si a continuación tratamos de realizar un cierto paralelismo entre esta doctrina del margen de apreciación que el TEDH suele aplicar en su jurisprudencia y la situación en el espacio de solidaridad más restringido que constituye la Unión Europea, podemos observar no sólo que la libertad religiosa se protege de forma equivalente en el orden jurídico de la Unión, como pone claramente manifiesto el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales y previamente la jurisprudencia del TJUE desde el fallo en el asunto *Prajs*<sup>52</sup>; sino que el principio de subsidiariedad que enuncia explícitamente el artículo 5 TUE como deferencia hacia las identidades

<sup>48</sup> Puede verse recientemente STEDH de 15 de junio de 2010, *Grzelak c Polonia*, n.º 7710/02; relativo al tratamiento de las autoridades polacas de las clases de religión y de ética en su sistema escolar. El TEDH consideró que la diferencia de trato acordada en este sistema escolar a los alumnos que deseaban seguir las clases de religión y las de ética no estaba razonablemente justificada, por lo que consideró excedido el margen de apreciación de este Estado parte, *ibid.*, apdo. 100. Sin embargo, en relación con la queja relativa al rechazo del Gobierno de este país a ofrecer cursos alternativos de ética a los alumnos, lo cual consideraban contrario al artículo 2 del Protocolo n.º 1 (derecho a la educación) el TEDH consideró que el Estado parte demandado no había excedido el margen de apreciación, *ibid.*, apdo. 104.

<sup>49</sup> Cf. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *RGDCDEE*, 2003, n.º 2, pp. 1-46 (6).

<sup>50</sup> *Supra*, nota 48.

<sup>51</sup> Toda la información se encuentra publicada en la web del Consejo de Europa: [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>52</sup> STJCE de 27 de octubre de 1976, *Prais / Consejo*, 130/75, *Rec.* p. 1589.

nacionales cumple a estos efectos una función aparentemente similar y de ahí quizás podamos extraer un argumento a favor del citado margen para tratar de solucionar esta controversia. No en vano, una propuesta de Directiva presentada no hace mucho por la Comisión basada en el artículo 19.1 TFUE sobre el principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>53</sup> y que se tramita en la actualidad; confirma que sobre la cuestión de los símbolos religiosos son los Estados miembros de la Unión los que deben decidir. El objetivo de esta propuesta es crear un marco jurídico para prohibir estas discriminaciones y establecer un nivel mínimo homogéneo de protección en toda la Unión<sup>54</sup>. A pesar de este ambicioso objetivo, la propuesta trata de preservar la diversidad de las sociedades europeas y ello porque cuestiones como la organización y el contenido de la educación, el reconocimiento del estado civil o la situación familiar, la adopción, los derechos reproductivos y otras cuestiones similares deben, según la Comisión, decidirse más adecuadamente a escala nacional para salvaguardar el principio de subsidiariedad. Por tanto, su adopción no requerirá que ningún Estado miembro de la Unión modifique sus leyes o prácticas actuales en relación con estas cuestiones, ni afectará tampoco a las disposiciones nacionales que rigen las actividades de las confesiones u otras organizaciones religiosas y sus relaciones con el Estado. De igual manera, los Estados miembros mantendrán sus competencias para prohibir o permitir que se lleven o muestren símbolos religiosos en la escuela como expresamente señala el considerando n.º 18 de su Preámbulo<sup>55</sup>; sin que esta

<sup>53</sup> COM (2008) 426 final, de 2 de julio de 2008.

<sup>54</sup> Con la presentación de esta propuesta la Comisión trata de complementar el marco jurídico comunitario adoptado en el año 2000 que se circunscribe al empleo, la ocupación y la formación profesional, vid. Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DOCE*, n.º L 180/22, de 19 de julio de 2000; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DOCE*, n.º L 303/16 de 2 de diciembre de 2000, la cual está dirigida a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. Se trata, por tanto, de completar el paquete de medidas dirigidas a combatir la discriminación, completando el marco jurídico con la prohibición de discriminación por motivos religiosos, de discapacidad, edad u orientación sexual.

<sup>55</sup> El considerando n.º 18 del Preámbulo de esta propuesta establece expresamente que los Estados miembros pueden prohibir o permitir que se lleven o muestren símbolos religio-

referencia a las tradiciones nacionales haya sido enmendada hasta ahora por el resto de instituciones y órganos que participan en el procedimiento legislativo ordinario<sup>56</sup>. E incluso nos aventuraríamos a aseverar que cuando el TJUE deba pronunciarse sobre el verdadero alcance de este marco jurídico, preservará este amplio margen de apreciación<sup>57</sup>, en especial, teniendo en cuenta que la Unión está obligada a respetar el estatuto reconocido a las iglesias y las comunidades religiosas<sup>58</sup> y a tener en cuenta al formular y aplicar sus políticas las costumbres de los Estados miembros sobre ritos religiosos<sup>59</sup>.

#### IV. ALGUNAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES DE CARÁCTER INCLUSIVO

Lejos de ser un oráculo, el TEDH es un actor que puede y debe practicar el diálogo con los Estados partes del CEDH porque la autoridad de sus decisiones parece depender en última instancia de la confianza que los ciudadanos depositen en sus decisiones. Si su interpretación difiere ampliamente de las convicciones de aquellos, no es descartable una cierta resistencia frente a sus fallos<sup>60</sup>. La persuasión de su jurisprudencia procede tanto de su calidad jurídica como de su poder de comunicación y convicción

sos en las escuelas. Por otra parte, el artículo 3 especifica que la Directiva no cubre las disposiciones nacionales relativas al carácter laico del Estado y sus instituciones, ni al estatus de las organizaciones religiosas. Este respeto a la diversidad religiosa ya fue afirmado por la Declaración n.º 11 sobre el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam y de forma aún más visible lo propio hace el artículo 17 TFUE que obliga a la Unión a respetar y no prejuzgar el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas.

<sup>56</sup> Aunque algunas delegaciones en el Consejo de Ministros han exigido que se encuentre un equilibrio adecuado entre la protección contra la discriminación y los derechos en el terreno privado, incluida la libertad de expresión y religiosa, vid. Informe del Consejo de la Unión Europea, de 17 de mayo de 2010, al COREPER, n.º 9535/10.

<sup>57</sup> Contra puede verse, RILEY, A., *The Headscarf Ban: Is France risking European Court Action?*, Centre for European Policy Studies Paper, January 2005, *EHRLR*, 2005, n.º 5, pp. 499-516; *Headscarves, Skull Caps and Crosses: Is the Proposed French Ban Safe from European Legal Challenge?*, CEPS Policy Brief n.º 49/abril 2004; aunque refiriéndose a las directivas adoptadas en el año 2000 citadas *supra* en la nota 54 relativas a la prohibición de discriminación en el empleo.

<sup>58</sup> Artículo 17 TFUE. Versiones consolidadas del TUE y del TFUE, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el *DOUE* C 83 de 30.03.2010.

<sup>59</sup> Artículo 13 TFUE.

<sup>60</sup> En este sentido, MANCINI, S., «The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps...», *loc. cit.*, p. 27.

a través de una doctrina que debe reflejar las prácticas y normas constitucionales de sus Estados partes. Y cuando estas prácticas son diversas, y parece que en este ámbito lo son, el TEDH puede y debe oír, no sólo predicar; mostrándose propenso a escuchar las sensibilidades internas. Es curioso observar, sin embargo, que a excepción de una breve referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional italiano, a pesar de que este órgano se inhibió de esta controversia por un problema de jerarquía normativa<sup>61</sup>, el fallo en el asunto *Lautsi* omite la rica jurisprudencia y doctrina de los Estados partes donde muy bien pueden encontrarse soluciones mucho más inclusivas que la finalmente adoptada por la Sala del TEDH.

En efecto, esta problemática no es nueva sino que ya fue abordada en los últimos años por otras jurisdicciones nacionales. Podríamos evocar en este sentido el fallo del Tribunal Constitucional polaco, jurisdicción que a petición del Defensor del Pueblo de este país tuvo que pronunciarse en 1993 sobre esta problemática a fin de verificar la conformidad con la Constitución y otras leyes, de una Orden dictada por el Ministro de Educación sobre las reglas que debían regir la organización de las clases de religión en las escuelas públicas. Y declarando la mayoría de las disposiciones de esta norma plenamente constitucionales, el Tribunal observó que la posibilidad de exhibir símbolos religiosos en la escuela polaca no violaba las disposiciones constitucionales que prohíben forzar la participación de los escolares en las actividades religiosas, siempre que aquella exhibición se hiciera a petición expresa de los alumnos<sup>62</sup>. Y una solución similar encontramos en la jurisprudencia eslovaca, país en el que si bien no existe una Ley que regule la exhibición de estos símbolos, el Ministro de Educación adoptó hace años una directriz sobre el crucifijo en la escuela pública, en la que estableció que entraba dentro de la autoridad del Director del centro escolar permitir su exhibición si una mayoría de padres de alumnos de una determinada aula así lo deseaban<sup>63</sup>. También encontramos una solución

---

<sup>61</sup> *Lautsi c. Italia*, n.º 30814/06, § 26.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 2 de abril de 1993, n.º U 12/92, *Orzecznictwo Trybunalu Konstytucyjnego w 1993 roku* (publicación oficial), 1993, vol. 1, ítem 12. Un resumen puede encontrarse en la web de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, [www.codices.coe.int](http://www.codices.coe.int).

<sup>63</sup> Vid. MORAVČIOVÁ, M., «Religion, Law, and Secular Principles in the Slovak Republic», en *Religion and the Secular State: Interim National Reports – The XVIIIth International Congress of Comparative Law*, Washington, D.C., 25 July - 1 August 2010; en <http://jrcblar.byu.edu>; p. 627; *Id.*: «State and Church in the Slovak Republic», en ROBBERS, G. (ed.), *State and Church in the European Union*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 491-518.

equivalente en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de septiembre de 2007<sup>64</sup>, órgano que trató de aportar una decisión definitiva sobre la presencia del crucifijo en la escuela al afirmar que la retirada de todo símbolo religioso de un colegio público por mor del principio de libertad religiosa y de la declaración de aconfesionalidad del Estado no era la única solución posible<sup>65</sup>. La cuestión volvió ante este mismo Tribunal en 2009 a raíz de un recurso contra una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Valladolid dictada a favor de un grupo de padres que había solicitado la retirada de los crucifijos de las aulas de la escuela pública Macías Picabea (Valladolid) en la que estudiaban sus hijos. En el fallo este Tribunal aceptó en parte los argumentos presentados por los recurrentes, aplicando sólo de forma parcial el fallo del TEDH en el asunto *Lautsi*. De esta suerte, frente al precedente negativo del TEDH que condena la presencia de los crucifijos en las aulas, este Tribunal sólo admite su retirada en los supuestos en los que medie una petición expresa por parte de los padres. En tal caso, afirma el órgano judicial, se debe tener en cuenta «el derecho del solicitante»<sup>66</sup>. De todos ellos creemos que puede extraerse la importancia que otorgan a la iniciativa de los usuarios del servicio público, solución que creemos que es conveniente explorar, aunque tampoco está exenta de problemas cuando algu-

---

<sup>64</sup> Sentencia del TSJ de Castilla-León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, de 20 de septiembre de 2007, n.º 1617/2007, Rec. 180/2007. Pte: Zatarain Valdemoro, Francisco Javier (RJCA 2008/109).

<sup>65</sup> *Ibid.*, fundamento n.º 5: «(...) Ante la colocación, retirada o mantenimiento de cualquier símbolo religioso caben diferentes posturas. A título meramente dialéctico se puede aventurar que la colocación o retirada de un símbolo religioso absolutamente contrario a las religiones que profesen todos los alumnos del centro no será una actuación adecuada al entorno del centro educativo. Inversamente, la colocación o retirada de un símbolo conforme con las creencias de la totalidad de los alumnos no vulnerará su libertad religiosa y además será plenamente adecuado a las circunstancias del entorno social del alumnado. Entre estos dos extremos, también hay lugar para soluciones intermedias, que pueden solventar supuestos de un entorno social y de alumnado multicultural. Piénsese, nuevamente a título hipotético, que ese centro, a través de su Consejo Escolar decida, en atención a las peticiones recibidas, el mantenimiento o colocación de unos símbolos religiosos en unas aulas y no en otras según la concreta composición de las mismas, y siempre que sea posible tal opción». Finalmente, este Tribunal afirmó que el órgano competente para decidir acerca de la presencia de símbolos religiosos en las aulas de los colegios públicos era el Consejo Escolar.

<sup>66</sup> STS de Justicia de Castilla y León de catorce de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso de apelación n.º 257/2009, EDJ 2009/291097. Pte: Zatarain Valdemoro, Francisco Javier.

nos deseen esta exposición y otros no, poniendo de relieve la necesidad de prever un sistema de solución de controversias en el mismo entorno escolar. Vayamos, por tanto, a otro precedente donde se estableció un sistema de estas características<sup>67</sup>.

Se trata del fallo importante y controvertido que dictó el Tribunal Constitucional Federal alemán sobre esta misma cuestión en 1995<sup>68</sup>, provocando un insólito rechazo y una fuerte oposición en importantes sectores de la sociedad. En aquel asunto 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 meno-

<sup>67</sup> Cabe mencionar también el asunto «Emil Moise», en el que un Profesor y padre del condado rumano de Buzău exigió ante los tribunales de este país la retirada de los símbolos de la iglesia ortodoxa de las escuelas argumentando que conculcaban la libertad religiosa de los alumnos de otras orientaciones religiosas. El asunto fue estudiado también por el Consejo Nacional contra la Discriminación, órgano que recomendó al Ministro de Educación que adoptara una norma que regulara la presencia de estos símbolos en las instituciones públicas de enseñanza, debiendo asegurar varios parámetros, a saber: El ejercicio del derecho a la educación y el acceso a la cultura debía realizarse en condiciones de igualdad, debía observarse el derecho de los padres a proveer la educación de sus hijos de acuerdo con sus creencias religiosas y filosóficas, respetarse el carácter laico del Estado y la autonomía del culto religioso, y, finalmente, asegurar la libertad religiosa de todos los alumnos. Y con estos objetivos, el Consejo nacional para combatir la discriminación recomendaba al Ministro que los símbolos religiosos únicamente pudieran exhibirse durante las clases de religión o en aquellos espacios dedicados exclusivamente a la educación religiosa, vid. Decision of National Council for Combating Discrimination (CNCD) n.º 323/2006 de 21 de noviembre de 2006. El Ministro de Educación recurrió estas directrices ante el Tribunal de Casación de este país, instancia que procedió a anularlas, afirmando que suponían la intervención del Estado en un ámbito que debe pertenecer exclusivamente a la comunidad de profesores, alumnos y padres, Sentencia del Tribunal Supremo de Casación y Justicia de 11 de junio de 2008, n.º 2393, asunto 1327/2/2007. Un comentario breve puede verse en ANDREESCU, G. / ANDREESCU, A., «The European Court of Human Rights' Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences», *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, vol. 9-2010, n.º 26, pp. 47-74.

<sup>68</sup> *BVerfG*, 1 BvR, 1087/1981. Puede encontrarse en la revista *Juristen Zeitung*, 1995, n.º 11, pp. 942 y ss. Sobre este fallo, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «La polémica 'sentencia del crucifijo' (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)», *REDC*, vol. 16-1996, pp. 347-356; ROCA FERNÁNDEZ, M. J., «La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 23-2007, pp. 225- 291; TORRES GUTIÉRREZ, A., «Neutralidad del Estado y empleo de los símbolos religiosos en centros públicos en Alemania: La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de septiembre de 2003», *Laicidad y libertades: Escritos jurídicos*, vol. 5-2005, n.º 2, pp. 295-297.

res, 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 a favor del cristianismo, lo cual contrariaba su educación ideológica y su concepción universal. Mientras que la reclamación ante los tribunales administrativos bávaros no tuvo éxito, el Tribunal Constitucional Federal acogió por mayoría la queja constitucional de los padres. Por tanto, también llegó a la conclusión de que la presencia obligatoria del crucifijo en el aula violaba la libertad religiosa, aunque empleó unos términos mucho más cautelosos que el TEDH, justificando los fundamentos de su decisión y creando una atmósfera propicia a la aceptación de su resolución, al poner de relieve la impregnación jurídico-cultural de la comunidad secular a través de la religión en general y del cristianismo en particular<sup>69</sup>. En efecto, aunque en apariencia el resultado sea el mismo que el alcanzado por el TEDH en el asunto *Lautsi*, desde la perspectiva de la neutralidad religiosa del Estado parece no serlo, puesto que admitió la legitimidad constitucional de que el Estado utilice un espacio de titularidad pública para exhibir un símbolo de varias confesiones religiosas siempre que con ello no se conculcara la libertad religiosa de los miembros de la comunidad educativa. Por consiguiente, el fallo no exigía la neutralidad religiosa activa que parece desprenderse del asunto *Lautsi*, algo que en opinión de algunos autores se debe a que el Tribunal alemán hizo primar en el crucifijo el aspecto simbólico de una ética occidental democrática (secularización de ciertos valores cristianos) frente a su significado religioso<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> En este sentido, cuando señala: «Asimismo, un Estado que de forma amplia asegura la libertad religiosa y que por lo tanto se obliga a sí 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. 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», *BVerfGE* en Bd. 93, S. 1 (22).

<sup>70</sup> Una opinión similar parecen seguir los pronunciamientos de las jurisdicciones internas italianas sobre esta problemática. En este sentido, el Consejo de Estado italiano se pronunció en 2006 sobre los hechos del asunto *Lautsi*, limitándose a considerar que la libertad religiosa no había sido vulnerada por cuanto el crucifijo no era simplemente un símbolo religioso, sino que encarnaba también los valores laicos de la Constitución italiana y consti-

No obstante, el Tribunal advirtió que estos símbolos debían retirarse cuando se opusieran a su presencia algunos alumnos por motivos de conciencia serios y fundados. Y a pesar de que el fallo fue objeto de fuertes críticas, su diferente redacción permitió establecer una regla denominada de contradicción, según la cual, se establecía en principio un crucifijo en las aulas escolares del Land de Baviera y en caso de conflicto por motivos razonables el Director del colegio tenía la obligación de esforzarse por lograr una solución que, según las circunstancias, podría llevar incluso a su retirada. Y la legalidad de este sistema de solución de controversias también fue desafiada ante los tribunales alemanes, aunque el Tribunal Administrativo Federal consideró que era plenamente constitucional<sup>71</sup>. Como ya hemos señalado, se trata de una cuestión a tener en cuenta e, incluso, nos atrevería-

---

tuía una icono cultural, Sentencia de 13 de febrero de 2006 del Consiglio di Stato, n.º 7314/2006, accesible en [www.olir.it](http://www.olir.it). Según el Consejo de Estado, el crucifijo representa un signo de la identidad nacional que no puede considerarse una amenaza para la libertad de conciencia, sino que por el contrario permite a los niños, especialmente a aquellos extraños a la comunidad, percibir los valores de la tolerancia inscrita en la Constitución. Algunos autores de la doctrina italiana parecen interpretar este fallo en el sentido de que la presencia del crucifijo en las escuelas de este país estaría apoyada por la mayoría como una expresión de la peculiar *laicità* de este país, dando relevancia constitucional a su tradición cultural. Vid., entre otros, PASQUALI CERIOLI, J., *La laicità nella giurisprudenza amministrativa*, accesible en: <http://www.statoechiase.it>; MARCHEI, N., *Il simbolo religioso e il suo regime giuridico nell'ordinamento italiano*, en DIENI, E. / FERRARI, A. PACILLO, V. (eds.), *Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 261-301. Además de del fallo citado, puede verse también del Consejo de Estado su fallo de 27 de abril de 1988, n.º 63, accesible en [www.olir.it](http://www.olir.it). Nuestra duda se plantea porque basar esta problemática en la tradición cultural parece una visión reduccionista que incluso los cristianos comprometidos deberían rechazar. Con todo, esta teoría de la secularización de los símbolos religiosos goza de cierto predicamento ante nuestro Tribunal Constitucional, órgano que ha señalado que cuando confluyen en un símbolo religioso junto a su significado original religioso, otros de carácter histórico, cultural, etc., no puede atribuirse a su colocación o mantenimiento una motivación exclusivamente religiosa. STC de 6 de junio de 1991, referida a la remoción de la imagen de la Virgen de la Sapiencia en el escudo de la Universidad de Valencia. Y seguramente, una opinión similar dará próximamente cuando dictamine si la Inmaculada puede ser patrona del Colegio de Abogados de Sevilla en el marco del recurso planteado por un abogado contra la decisión de este Colegio rechazando su remoción, justificándolo en que se trata de una tradición secular. Previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya había dictaminado en mayo de 2006 que el patronazgo sólo supone *el reconocimiento de una tradición histórica* que no coarta la libertad religiosa, desechando así el argumento del letrado recurrente.

<sup>71</sup> Vid. Decisiones del Tribunal Administrativo Federal. Compilación oficial (*BVerwGE*), Bd. 109, S. 40.

mos a aventurar que la Gran Sala del TEDH tenderá a valorarla en la resolución final del asunto *Lautsi* a juzgar por las preguntas planteadas por los magistrados a las partes durante el desarrollo de la vista<sup>72</sup>.

Finalmente, otro precedente de carácter inclusivo fue el dictado en 1990 por el Tribunal Federal suizo sobre esta misma controversia<sup>73</sup>. En el fallo esta jurisdicción afirmó el deber de neutralidad del Estado laico, aunque a fin de conjugar la libertad religiosa de las minorías y la tradición y el sustrato católico de la sociedad de este país, señaló que la presencia del crucifijo debía permitirse en los lugares comunes de la escuela o en las aulas en las que se imparta la asignatura de religión<sup>74</sup>. Se trata de una solución de compromiso que trata de garantizar la libre formación de la conciencia del alumno, respetando al mismo tiempo la tradición histórica del país, pues lo contrario sería desconocer la vertiente positiva de la laicidad<sup>75</sup>.

Posiblemente, si la Sala del TEDH hubiese examinado todos estos precedentes internos habría podido evitar las fuertes críticas basadas fundamentalmente en que excedió su ámbito de actuación jurídico-funcional y el margen de apreciación de los Estados partes, independientemente de toda consideración de fondo<sup>76</sup>. Todas estas críticas parecen advertir de que el

---

<sup>72</sup> Es dudoso, sin embargo, si un mecanismo de estas características existía en Italia, puesto que en el fallo de la Sala se dice simplemente que ante la solicitud de la demandante, la dirección de la escuela decidió dejar los crucifijos en las aulas, STEDH *Lautsi*, §. 8.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Federal suizo de 26 de Septiembre de 1990, 3 SchwBGer, en BGE, Bd. 116 I a, S. 352.

<sup>74</sup> A esta misma solución llegó el Defensor del Pueblo Andaluz, institución que también tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión a raíz de una queja presentada en por la asociación Pi y Maragall en relación con los crucifijos exhibidos en las aulas del Colegio Público Virgen de la Cabeza de Motril. En su Informe sobre esta queja, el Defensor estimó que la existencia de esta simbología debía circunscribirse a su colocación en paredes o lugares que no supongan la extensión de su significación a todos los integrantes del aula escolar sin distinción posible, concluyendo que los símbolos religiosos colocados en aulas donde se imparta enseñanza obligatoria podía vulnerar el derecho a la libertad religiosa y, por tanto, debían retirarse cuando así lo solicitara alguno de los que se consideraran afectados, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 6 de Agosto de 2001, p. 10. Puede consultarse en [www.defensor-and.es](http://www.defensor-and.es).

<sup>75</sup> En este sentido, MORENO BOTELLA, G., «Crucifijo y escuela en España», *loc. cit.*, p. 31.

<sup>76</sup> Sirva como botón de muestra el amplio debate desarrollado en el Parlamento Europeo el 15 de diciembre de 2009 a raíz de la pregunta oral planteada por el Diputado Sr. Mario Borghesio, en nombre del Grupo EFD, a la Comisión (O-152/2009), y en la que planteaba si el fallo del TEDH en el asunto *Lautsi* constituía una violación del principio de la subsidiariedad y cómo preveía la Comisión declarar explícitamente la inaplicabilidad de este fallo

fallo en el asunto *Lautsi* carece del objetivo fundamental de cualquier decisión judicial, que no parece ser otro que lograr la paz jurídico-social; por lo que difícilmente cabe esperar que tenga una aceptación y aplicación general. Podría no ser casual en este sentido que pocos días después de que el TEDH hiciera pública su Sentencia, el Tribunal Constitucional italiano mostrara una pasmosa resistencia a acatar los fallos del Tribunal de Estrasburgo, dictando una decisión en la que declaró expresamente que no tendría en cuenta las sentencias del TEDH que entren en conflicto con las disposiciones de la Constitución italiana, con lo cual parece querer advertir, quizás de forma desproporcionada, de que las resoluciones activistas que excedan los límites funcionales que tiene atribuidos aquella Alta jurisdicción no serán consideradas<sup>77</sup>. En el ámbito de esta reacción al fallo del TEDH, cabe destacar también la petición del Gobierno italiano para que el asunto fuera elevado a la Gran Sala del TEDH, algo que no sólo fue aceptado por este Alto Tribunal sino que despertó una inusitada expectación a la vista del alto número de terceras intervenciones solicitadas en apoyo de este Gobierno<sup>78</sup>.

---

cuando la Unión se adhiera al CEDH. Previamente, el diputado Sr. Antonio Cancian apoyado por otros diputados había presentado el 10 de noviembre de 2009 una pregunta oral a la Comisión (H-0414/09) y al Consejo (H-0413/09) sobre este mismo tema. Estas preguntas provocaron un intenso debate que desembocó en seis propuestas de resolución de la cámara, la mayoría bastante críticas con el fallo del TEDH, aunque ninguna fue finalmente objeto de votación.

<sup>77</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana n.º 311, de 26 de noviembre de 2009 (Relatore Giuseppe TESAURO), apdo. 6. Puede consultarse en *Quaderni Costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2010, n.º 2; así como la nota de RUGGERI, A., «Conferme e novità in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU», pp. 418-422. O que decir del reciente discurso pronunciado el 20 de noviembre de 2010 en San Petersburgo por el Presidente del Tribunal Constitucional ruso, Sr. Valery Zorkin, en el que se mostró extremadamente crítico con la jurisprudencia del TEDH, llegando incluso a sugerir que su país podría retirarse de la jurisdicción del TEDH, vid. ECHR Blog <http://echrblog.blogspot.com/2010/11/russian-constitutional-court-president.html>. Seguramente estas críticas traen el eco de los numerosos fallos dictados recientemente por el TEDH contra este país por violaciones de los Derechos humanos y los que previsiblemente quedan por llegar. No obstante, esta crítica fue rápidamente minimizada por el Kremlin, aunque indica una deriva peligrosa.

<sup>78</sup> La vista oral ante la Gran Sala del asunto *Lautsi* se celebró el pasado 30 de junio de 2010. Entre los Estados partes del CEDH solicitaron intervenir como terceros en apoyo del Gobierno italiano los siguientes Estados partes: Armenia, Bulgaria, Chipre, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, San Marino, Rumanía y Rusia, admitiéndose la intervención de la gran mayoría bajo la representación conjunta del Profesor J. H. H. WEILER. Junto a estos países, solicitaron intervenir como *amicus curiae* en apoyo del Estado demandado: European Cen-

Teniendo en cuenta estas reacciones y a la vista de otras experiencias jurisdiccionales sobre esta misma problemática, la Sala del TEDH debería quizás haber sido más previsoras porque estas críticas parecen indicar que un Tribunal más activo no será bien recibido por el público paneuropeo en general, lo cual puede influir indefectiblemente en su reputación colectiva como jurisdicción internacional<sup>79</sup>. Se trata, no obstante, de una dinámica que parece poco habitual en esta jurisdicción puesto que en su jurisprudencia pasada sobre el derecho a la libertad religiosa, el TEDH no sólo ha establecido principios fundamentales, declarado y explicado valores públicos, reglas que trascienden las peculiaridades de una controversia concreta; sino que también ha conectado su fallo con las condiciones sociopolíticas del momento, señalando de forma expresa que el deber de neutralidad del Estado le obliga no tanto a suprimir la causa de las tensiones mediante la eliminación del pluralismo, sino a asegurarse de que los grupos opuestos se toleran entre sí<sup>80</sup>. Desafortunadamente, no parece existir consistencia alguna entre esta doctrina y las afirmaciones de la Sala del TEDH en el asunto *Lautsi*<sup>81</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de la reacción del TEDH ante la controversia planteada por la presencia del crucifijo en la escuela pública italiana parece mostrar una propensión a minimizar el pluralismo prevalente en nuestra sociedad, más que por buscar una razonable acomodación de las diferencias. De esta forma, el fallo en el asunto *Lautsi* contrasta con su doctrina anterior en esta materia, basada en el principio del margen de apreciación, el cual ha

---

tre for Law and Justice; treinta y tres diputados del Parlamento Europeo, Alliance Defense Fund, Eurojuris, Zentralkomitee des deutschen Katholiken, Semaines sociales de France y Associazioni critiane lavoratori italiani; mientras que solicitaron intervenir en apoyo de los demandantes: Associazione Azionale del Libero Pensiero, International Commission of Jurists, Interights, Human Rights Watch y, finalmente, Greek Helsinki Monitor, que ya participó ante la Sala. El TEDH rechazó la intervención de European Humanist Federation en apoyo de los demandantes; y una coalición de Profesores de Derecho apoyados por el Becket Fund for Religious Liberty, que sostenían al Estado parte demandado.

<sup>79</sup> En este sentido, MANCINI, S., «The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps...», *loc. cit.*, p. 26.

<sup>80</sup> *Sahin c. Turquía*, n.º 44774/98, §. 107.

<sup>81</sup> Cf. MANCINI, S., «The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps...», p. 27; RORIVE, I., «Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European Answer», *Cardozo Law Review*, vol. 6-2009, pp. 2669 y ss. (2696).

permitido una cierta deferencia hacia las peculiaridades de los Estados partes otorgándoles cierta discrecionalidad para permitir de forma neutra e imparcial el ejercicio de las diversas religiones, solución que también parece aplicarse en el espacio de solidaridad restringido que constituye la Unión Europea a través del principio de subsidiariedad. Y esta omisión plantea si el tradicional esquema de relaciones entre la iglesia y el Estado en el espacio constitucional paneuropeo continúa siendo válido porque de los considerandos del fallo parece destilarse la idea de que un entorno escolar inclusivo y abierto requiere necesariamente la exclusión de todos los símbolos religiosos. Es dudoso, no obstante, que el orden público europeo exija una completa armonización para que todos los Estados partes garanticen lugares exentos y ajenos al hecho religioso<sup>82</sup>, acogiendo una concepción del pluralismo basada en la ausencia de cualquier planteamiento religioso o filosófico del ámbito público, incluso si es posible que nos encontremos en la actualidad en un momento de evolución del contexto social y político general debido fundamentalmente a la diversidad que parece emerger en nuestra sociedad. La emergencia de este pluralismo y la heterogeneidad del acervo constitucional paneuropeo parecen apelar más bien a favor de garantizar la convivencia de la diversidad y una razonable acomodación de las diferencias, incluso si estos símbolos pueden convertirse fácilmente en catalizadores de conflictos, provocando una colisión entre el pluralismo étnico-religioso y la realidad tradicional de nuestros ordenamientos jurídicos.

Podría pensarse que la exhibición de estos símbolos entraña de forma ineludible un cierto endoso público del hecho religioso lo cual puede ser visto por algunos como un mensaje de exclusión si son extraños a estas creencias y, al mismo tiempo, su prohibición puede ofender los sentimientos de la mayoría de ciudadanos en algunos países. Ello quiere decir que cualquier decisión podría aparentemente carecer de neutralidad para un sector de la ciudadanía. No obstante, también podría pensarse que ambas opciones son expresiones igualmente válidas del panorama constitucional paneuropeo, sin que ninguna deba imponerse sobre la otra. La vía de salida no creemos que pueda ser otra que una auténtica tolerancia por parte de ambas posturas dirigida a lograr un auténtico pluralismo<sup>83</sup>. No otra cree-

<sup>82</sup> En este sentido, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Símbolos religiosos y espacio público», en BLANCO, M. / CASTILLO, B. / FUENTES, J. A. / SÁNCHEZ-LASHERAS, M. (coords.), *Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, Granada, 2010, pp. 709-732.

<sup>83</sup> Pluralismo que ya se expresa en alguna Constitución reciente, vid., en este sentido, el Preámbulo de la Constitución polaca de 1997: «Con el mayor cuidado por la existencia y el

mos que es la solución a la que llegaron otras jurisdicciones internas confrontadas con esta misma controversia, desechando posiciones radicales o maximalistas y tratando más bien de hallar un marco de tolerancia que garantice la convivencia de la diversidad y del pluralismo. Y para lograrlo, quizás no haya nada mejor que ceder la iniciativa de los usuarios del servicio de enseñanza y a todos los actores implicados en él. Siguiendo este planteamiento, seguramente no existe una única forma de solucionar este conflicto, sino que dependerá más bien de variables como la historia, la tradición, la cultura, la evolución de la sociedad... Todos los actores implicados deberían poder emprender un debate frío y reflexivo cuando surja una de estas controversias sobre la mejor forma de lograr una escuela inclusiva que muestre respeto por las diversas religiones y por el secularismo.

#### REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO *LAUTSI* Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE SÍMBOLOS RELIGIOSOS: HACIA SOLUCIONES DE CARÁCTER INCLUSIVO EN EL ORDEN PÚBLICO EUROPEO

**RESUMEN:** Las convicciones religiosas siempre han planteado controvertidas cuestiones en función del contexto político y social y seguramente nos encontramos en la actualidad en un momento de evolución debido al marcado pluralismo que presenta nuestra sociedad. Confrontado con el conflicto de los símbolos religiosos, el TEDH suele prestar deferencia a las peculiaridades de los Estados partes a través de la doctrina del margen de apreciación, otorgando protagonismo a las autoridades nacionales en tanto que organizador neutro e imparcial del ejercicio de las diversas religiones. Lejos de ello, sin embargo, en el asunto *Lautsi* la Sala del TEDH omitió recurrir a esta doctrina, lo cual plantea ineludiblemente si el esquema de relaciones mantenido hasta ahora continúa siendo válido y ello porque de sus considerandos parece destilarse la idea de que un entorno escolar abierto e inclusivo tiene necesariamente que requerir la exclusión de todos los símbolos religiosos, con independencia de que el estado obligue a exhibirlos. Desde nuestra perspectiva, la situación es totalmente distinta cuando la iniciativa parte de los usuarios de ese servicio público. La diversidad del acervo constitucional paneuropeo apelaría más bien a favor de que se pudieran mostrar todos aquellos que los usuarios de ese servicio público deseen.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad religiosa, símbolos religiosos, pluralismo constitucional, margen de apreciación, principio de subsidiariedad, jurisprudencia del TEDH.

---

futuro de nuestra patria, que ha recuperado en 1989 la posibilidad de determinar soberana y democráticamente su propio destino. Nosotros, la nación polaca, todos los ciudadanos de la República, tanto aquellos que creen en Dios como fuente de verdad, justicia, bien y belleza, como aquellos que no comparten esta fe pero respetan esos valores universales derivados de otras fuentes (...)».

REFLECTIONS ON *LAUTSI* AND THE ECtHR CASE-LAW  
ABOUT RELIGIOUS SYMBOLS: TOWARDS INCLUSIVE SOLUTIONS  
IN THE EUROPEAN PUBLIC ORDER

**ABSTRACT:** Religious convictions have always raised controversial issues depending on political and social context. Surely we are now confronted with an evolution due to the marked pluralism of our society. Faced with the conflict of religious symbols, the ECHR has often given deference to the peculiarities of states parties through the doctrine of margin of appreciation, giving prominence to the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions. However, in *Lautsi* the ECHR chamber failed to resort to this doctrine. This inevitably arises whether the scheme relations so far maintained remains valid. From this case it seems to discard the idea that an school environment open and inclusive necessarily have to require the exclusion of all religious symbols, regardless of whether the state compel to display them. From our perspective, the situation is completely different if the initiative comes from the users of this public service. The diversity of Pan-European constitutional *acquis* would appeal rather in favour of permitting all those symbols that public service users want.

**KEY WORDS:** Religious liberty, religious symbols, constitutional pluralism, margin of appreciation, principle of subsidiarity, ECtHR Case-Law.

RÉFLEXIONS SUR L'ARRÊT *LAUTSI* ET LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH  
AU SUJET DES SYMBOLES RELIGIEUX: VERS DES SOLUTIONS  
DE CARACTÈRE INCLUSIF DANS L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN

**RÉSUMÉ:** Les convictions religieuses ont toujours posé des questions controversées en fonction du contexte politique et social. Sûrement on s'est trouve maintenant confrontés avec une évolution en raison de la pluralité qui marque notre société. Au sujet du conflit des symboles religieux, la CEDH a souvent donné déférence aux particularités des États parties à travers de la doctrine de la marge d'appréciation, misant l'accent sur le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions. Cependant, dans l'affaire *Lautsi* la Chambre de la CEDH a omis recourir à cette doctrine. Cette omission pose inévitablement la question de savoir si le schéma entretenu jusqu'à maintenant reste valable. De cette affaire l'idée pourrait être déduite q'une école ouverte et inclusive doit nécessairement conduire à l'exclusion de tous les symboles religieux, indépendamment de l'imposition de la part de l'Etat. De notre point de vue, la situation est cependant complètement différente si l'initiative vient des utilisateurs de ce service public. La diversité de l'acquis constitutionnel paneuropéen ferait appel plutôt en faveur de permettre montrer tous ceux que les citoyens, utilisateurs de ce service publique, désiraient.

**MOTS CLES:** Liberté religieuse, symboles religieux, pluralisme constitutionnel, marge d'appréciation, principe de subsidiarité, jurisprudence de la CEDH.