

SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA ÓRBITA DEL PODER PÚBLICO: DOS APROXIMACIONES

FERNANDO ARLETTAZ

Universidad de Zaragoza

I. INTRODUCCIÓN.—II. SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE: 1. *Los hitos fundamentales de la jurisprudencia*. 2. *La interpretación de la cláusula de no-establecimiento*.—III. SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: 1. *Las sentencias del caso Lautsi*. 2. *La interpretación de la libertad religiosa*.—IV. LA DIFERENTE APROXIMACIÓN DE LOS DOS TRIBUNALES: 1. *Libertad religiosa y non-establishment*. 2. *La posición institucional de los tribunales*. 3. *La interpretación judicial*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La privatización del fenómeno religioso en la Modernidad se ha traducido, en el mundo del derecho, en la libertad religiosa y en la separación del Estado de las organizaciones religiosas. Estos dos instrumentos jurídicos han sido utilizados, respectivamente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos para abordar la cuestión de los símbolos religiosos en espacios identificados con el Estado. En el artículo se analizan esas dos jurisprudencias, y se sugiere que las diferencias entre ambas son debidas no sólo a los diferentes instrumentos jurídicos analizados, sino también a otros factores como la diferente posición institucional de los tribunales y los criterios interpretativos utilizados por los jueces.

Palabras clave: símbolos religiosos; libertad religiosa; separación del Estado y las organizaciones religiosas.

ABSTRACT

The privatization of the religious phenomenon in the Modernity has implied the recognition of the religious freedom and the separation between the State and the religious organizations. These two legal tools have been used, respectively, by the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court to judge State sponsored religious symbols. The article analyses the case-law of both courts, and suggests that the differences between them are not only due to the legal tools used, but also to their different institutional position and to the interpretive criteria used by the judges.

Key words: religious symbols; religious freedom; separation of State and religious organizations.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas candentes durante los últimos años en los debates jurídicos y políticos ha sido el de la presencia de símbolos religiosos en el espacio público tutelado por el poder estatal. En Europa, la cuestión ha llegado a su punto más alto con la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lautsi*. En los Estados Unidos, varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia han dado vueltas sobre la misma cuestión. Sin embargo, como es bien sabido, no se trata de un tema novedoso. La jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense al respecto data de los años 80 del siglo xx, y si nos referimos a Europa debemos remontarnos todavía más atrás (por ejemplo, a la retirada de los símbolos religiosos de las escuelas públicas francesas gracias al proceso laicizador de la III República).

Las discusiones sobre los símbolos religiosos parecen a veces ejemplificar el eterno retorno del que hablaba Nietzsche. El tema vuelve una y otra vez a la escena involucrando no sólo complejas cuestiones de doctrina constitucional y filosofía política, sino también elementos emocionales muy fuertes. Se ha dicho con razón⁽¹⁾ que los símbolos religiosos condensan fuertes sentimientos, de manera que la intensidad del compromiso de algunas personas tiende a hacerlas impermeables a las decisiones de los operadores jurídicos.

En este trabajo vamos a hacer una lectura de esos debates a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Uni-

(1) LEWIS (2010): 208; MOVSESIAN (2012): 339.

dos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, poniendo énfasis en la diferente aproximación que los dos órganos judiciales han tenido respecto del tema. Nos ocuparemos de los símbolos religiosos que se encuentran en ámbitos tutelados por los poderes públicos y que, por ello, transmiten la idea de una cierta identificación del Estado con una determinada corriente religiosa.

Esta problemática pone en juego la distinción moderna entre los ámbitos de lo público y de lo privado, es decir, la dicotomía entre lo que pertenece al grupo social y lo que pertenece a sus miembros, o más generalmente, lo que pertenece a la colectividad toda y lo que corresponde a los grupos menores. La distinción estaba ya presente en la Grecia clásica y en la diferenciación romana entre derecho público y derecho privado, y recibió en la Modernidad una nueva significación.

Una manera de explicar la distribución de competencias entre lo público y lo privado es ver cómo esta contraposición se corresponde con otras. Como ha señalado Norberto Bobbio (2), lo público es el ámbito de la subordinación entre gobernantes y gobernados; lo privado es el ámbito de la sociedad natural de iguales (y también, en la versión de los economistas clásicos, de las relaciones formalmente iguales de quienes interactúan en el mercado). La distinción de los iusnaturalistas entre el estado civil (mundo público) y el estado de naturaleza (mundo privado) se ve reflejada en la distinción entre sociedad política y sociedad económica. La oposición público / privado es también, correlativamente, la oposición entre ley y contrato. Es por ello coherente con la teoría iusnaturalista que el contrato sea la forma típica de regulación en el ámbito del estado de naturaleza, mientras que la ley predomina en la sociedad política. Hay finalmente una superposición entre esfera privada y justicia commutativa, opuestas por su parte a la esfera pública y la justicia distributiva.

Lo público abarca el ámbito del Estado (la esfera del poder público) y el ámbito de lo público no estatal. El nacimiento de la esfera del poder público, es decir el ámbito propio de la autoridad estatal, se asocia con la aparición de la burocracia y el ejército (y en parte también con la administración de justicia) de modo que las instituciones de poder del Estado se vuelven independientes de la corte del monarca (3). Un factor fundamental en el nacimiento del Estado moderno (junto con otros como los derivados del imperativo económico de un sistema de intercambio económico regulado por el mercado), y

(2) BOBBIO (1998): 14-22.

(3) HABERMAS (1978): 23. Paralelamente, la esfera pública burguesa no estatal, intermedia entre el mundo de lo público estatal y el de lo puramente privado, se desarrolla en la medida en que el interés de orden público asociado a la esfera privada (es decir, a la propia

que nos interesa particularmente en este trabajo, es la necesidad de apaciguar las cruentas guerras de religión (4).

Frente al poder estatal se encuentra la sociedad burguesa, que delimita en relación con el poder público el ámbito de lo privado. Ésta se despliega en los campos de las relaciones de familia y de las relaciones de producción e intercambio de mercancías (5). Así, la sociedad civil es aquel ámbito de las sociedades modernas que engloba las relaciones entre los ciudadanos y las prerrogativas privadas que éstos poseen. La aparición de la sociedad civil es un fenómeno moderno, y en este sentido está íntimamente ligada al liberalismo. Por eso, la existencia de una sociedad civil real que se acerca al tipo ideal de sociedad civil depende de la plena realización de una civilización liberal burguesa (6).

En términos generales puede decirse que en la construcción política moderna la religión cayó dentro del ámbito de lo privado, de la sociedad civil (7). De hecho, la privatización de la religión fue la vía de salida a los enfrentamientos religiosos. Como la falta de consenso religioso hacía imposible la identificación del poder público con una religión por encima de las otras, la salida de compromiso fue la privatización de la religión. La condición de sujeto creyente se volvió así políticamente secundaria, porque se entendió como parte de las identidades privadas de los ciudadanos. Apareció

sociedad burguesa) es defendido por los sujetos que ven en ese interés de orden público un asunto propio. En la esfera pública no estatal los sujetos privados buscan discutir frente al poder las condiciones generales del intercambio de mercaderías y del trabajo social. El instrumento de esta oposición entre la esfera pública burguesa y el poder estatal es original y no tiene precedentes en la historia: el uso público del razonamiento. HABERMAS (1978): 34-39.

(4) HABERMAS (2011): 20.

(5) HABERMAS (1978): 39-40.

(6) GINER (1996): 120-130.

(7) Es cierto que la forma en que se vinculan religión y Modernidad ha sido y es objeto de constante debate entre los teóricos. No existe una perspectiva teórica generalmente aceptada que dé cuenta de las relaciones entre estos dos conceptos. La cuestión de la relación entre la religión y la Modernidad ha sido clásicamente abordada, en la teoría sociológica, a través del llamado paradigma de la secularización. Las teorías clásicas de la secularización fueron enunciadas en la segunda mitad del siglo XX por autores como BERGER (1981) y WILSON (1969). El paradigma fue objeto de importantes críticas, a tal punto que algunos de sus promotores rectificaron sus posturas originarias (BERGER, 1996; 2005; BERGER, ZACKS y MARTIN, 1999). Hoy pueden señalarse dos corrientes dentro del paradigma de la secularización: la de aquellos que lo siguen sosteniendo en su formulación clásica (BRUCE, 2002) y la de aquellos que creen que todavía es un paradigma válido, siempre que se admitan algunas correcciones (CASANOVA, 1994; 2007; DOBBELAERE, 1994).

entonces una nueva idea sobre la sociedad política basada en una concepción secularizada del mundo. La negociación y el acuerdo mundanos, sin invocación de autoridades sobrenaturales, constituyeron así el paradigma de la sociabilidad realmente moderna(8).

Esta privatización del fenómeno religioso se apoyó en dos instrumentos jurídicos complementarios: la libertad religiosa y la separación del Estado y las organizaciones religiosas (esta última denominada aconfesionalidad, *laïcité, non-establishment*, etc. según el orden constitucional en el que nos movamos). Ambos instrumentos representan dos modos no excluyentes de hacer efectiva la privatización de la religión: ya concediendo un ámbito de autonomía al individuo para la elección de sus propias creencias (libertad religiosa), ya consagrando la autonomía de lo público estatal respecto de la religión (separación del Estado y las organizaciones religiosas).

La privatización religiosa no significó desde luego el total abandono de una cierta *dimensión pública* de la religión(9). Además, aportes teóricos más recientes llaman a matizar la tesis de la privatización de la religión. Por un lado, desde diversos sectores se ha cuestionado la idea misma de reducción de la religión a la esfera privada. Por otro lado, se ha puesto en duda la validez de la dñada religión-ámbito secular, diciendo que los componentes del par no deben ser considerados como categorías trans-históricas y trans-culturales, sino por el contrario como constructos culturales. En cuanto tal, la categoría de lo secular penalizaría a las religiones diferentes del cristianismo, ya que estaría hecha a la medida de la tradición cristiana y por eso no podría considerarse como un punto neutral entre diferentes cosmovisiones(10). Aunque estos aportes son de sumo interés y permiten comprender determinados fenómenos contemporáneos, no es posible estudiarlos aquí en toda su extensión.

En los apartados que siguen vamos a hablar de los símbolos religiosos cuya presencia en el espacio público puede ser imputada a los poderes públicos, a partir del estudio de dos corrientes jurisprudenciales: por un lado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y por otro lado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como veremos, la jurisprudencia estadounidense ha abordado el tema a partir de la prime-

(8) GINER (2003): 32.

(9) De hecho, la libertad religiosa es una *libertad pública*, de modo que la opción religiosa *privada* puede defenderse *públicamente* frente a las autoridades, en los tribunales de justicia, etc. Por otra parte, las opciones religiosas *privadas* pueden manifestarse, dentro de ciertos límites, en el espacio *público* considerado en su sentido material, es decir, como ámbito físico compartido por las personas (las calles, las plazas, etc.).

(10) Una síntesis de este debate puede encontrarse en FERRARI (2012).

ra enmienda constitucional, que contiene la *non-establishment clause* (11), mientras que la jurisprudencia europea lo ha hecho a partir de la libertad religiosa del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (12).

II. SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

1. *Los hitos fundamentales de la jurisprudencia*

La cuestión de los símbolos religiosos ha sido abordada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de la primera enmienda constitucional, que prohíbe la existencia de una religión oficial (de un *establishment of religion*, según su vocabulario). A diferencia de lo que sucede con otras disposiciones constitucionales, no hay respecto de esta cláusula una interpretación consolidada. El test generalmente utilizado para valorar si ha existido violación de la cláusula es el conocido como *test Lemon*. Según éste, para que una disposición estatal no viole la separación constitucionalmente establecida, esta disposición: a) ha de tener un propósito legislativo secular; b) su efecto principal o primario no debe ser promover ni inhibir la religión; c) no puede fomentar una excesiva implicación estatal en la religión (13). Una aproximación semejante, que se ha utilizado a veces como complemento del *test Lemon* y a veces en su reemplazo, es el denominado *endorsement test*, según el cual el gobierno no puede *promover* la religión, es decir, transmitir un mensaje de aprobación o desaprobación de la religión en general o de una religión concreta (14).

Sin embargo, algunos jueces han utilizado interpretaciones menos exigentes de la primera enmienda. Una de estas interpretaciones es la que sostiene que la primera enmienda se vería satisfecha con la ausencia de proselitismo por parte del Estado, es decir, que el Estado podría transmitir un mensaje de aprobación o desaprobación de la religión, con tal de no presionar a los ciudadanos para su conversión a una determinada tradición religiosa (15).

(11) Sobre la cláusula de no-establecimiento en la Constitución estadounidense ver, entre otros, LEVY (1994); PERRY (2009); GREENAWALT (2009).

(12) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo en torno de la libertad religiosa ver, entre otros, RYSSDAL (1998); EVANS (2003); TAYLOR (2005); ARLETTAZ (2012).

(13) Supreme Court of the United States: *Lemon v. Kurzman*, 403 U.S. 602 (1971).

(14) El *test* apareció en el voto de la juez O'Connor en el caso *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), que comentamos más abajo.

(15) Esta interpretación aparece, por ejemplo, en el voto del juez Kennedy en *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989), caso al que nos referimos más abajo.

Otra de las interpretaciones flexibles, y que en muchos casos se presenta juntamente con la anterior, es aquella que sostiene que el Estado puede preferir la religión a la no religión, con tal de que no cree una preferencia a favor de una tradición religiosa concreta por encima de otra(16).

Veamos ahora los casos relativos a la presencia de símbolos religiosos que comprometen de algún modo a la autoridad estatal. El primero de ellos se inició en 1978, cuando el Estado de Kentucky dispuso que en cada aula debía colgarse un ejemplar de los Diez Mandamientos. La imagen debía ser acompañada por el siguiente texto: «La aplicación secular de los Diez Mandamientos es claramente vista en su adopción como código jurídico de la Civilización Occidental y Derecho Común [*Common Law*] de los Estados Unidos». La mayoría de la Corte Suprema(17), aplicando el *test Lemon*, entendió que no había un propósito secular que justificara su exposición. Se trataba, en la perspectiva de la mayoría, de un símbolo con claro significado religioso y cuya colocación no podía tener otro sentido que la promoción de determinados puntos de vista religiosos. En nada cambiaba esta conclusión el hecho de que las imágenes de los Diez Mandamientos hubieran sido adquiridas con fondos privados o que estuvieran colgadas estáticamente, sin que fuera obligatorio para los alumnos leerlas en voz alta, ya que en cualquier caso había una muestra de apoyo oficial a una religión.

Veamos otro caso. En 1984 se presentó ante la Corte Suprema(18) un caso sobre la presencia de un belén en un parque en la ciudad de Pawtucket, en Rhode Island. El belén estaba acompañado por otros elementos decorativos, como una imagen de Santa Claus y sus renos, un árbol de Navidad, imágenes de personas cantando villancicos, un payaso, un elefante, etc. Durante cuarenta años la ciudad había venido celebrando la Navidad con la colocación de este tipo de decoraciones públicas que incluían, entre otros elementos de carácter profano, símbolos religiosos cristianos como el belén. La *American Civil Liberties Union (ACLU)* promovió una acción judicial para obligar al ayuntamiento a retirar la escenografía, e impedirle que volviera a construirla en los años siguientes.

(16) Aparece, por ejemplo, en el voto del juez Scalia en *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

(17) Supreme Court of the United States: *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980). La mayoría estuvo formada por los jueces Brennan, Marshall, Powell, Stevens, White y Blackmun. Disintieron los jueces Burger, Rehnquist y Stewart.

(18) Supreme Court of the United States: *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984). El voto de la mayoría fue fundamentado por el juez Burger, a partir del *test Lemon*. Sin embargo, tuvo gran trascendencia el voto concurrente de la juez O'Connor, en el que formuló el ya nombrado *endorsement test*. Estos dos jueces, junto con Powell, Rehnquist y White (que firmaron el voto de Burger) constituyeron la mayoría. Blackmun, Brennan, Marshall y Stevens disintieron.

La Corte debía, antes de dar una solución al caso, responder a una cuestión previa, respecto del carácter religioso o secular de la ornamentación. En efecto, aunque se celebraba una fiesta de origen religioso, como la Navidad, también era cierto que esta festividad había entrado de tal modo en las costumbres de la sociedad norteamericana que era justo preguntarse si no había perdido ya su carácter religioso para pasar a ser una festividad tradicional civil. Este último hecho parecía encontrar apoyo en el dato de que, aunque una parte de la escenografía era efectivamente religiosa (el belén), la otra tenía un carácter profano (un payaso, un elefante).

El voto de la mayoría de la Corte no negó el carácter al menos parcialmente religioso de la escenografía. Sin embargo, entendió que del contexto en el que estaba incluido el belén podía deducirse que existía un propósito secular en su emplazamiento (celebrar una festividad tradicional en los Estados Unidos); que la promoción de la religión cristiana que resultaba de la simbología era indirecta e incidental, y en cualquier caso no era mayor que la promoción que los Padres Fundadores habían legitimado al convocar a capellanes religiosos para inaugurar las sesiones de sus asambleas legislativas; y que no había una excesiva implicación del Estado con la religión, ya que no había prueba de que la simbología hubiese sido establecida a pedido o con colaboración de organizaciones religiosas.

Como se ve, a pesar de que se aplicó el *test Lemon* el voto de la mayoría no descartó que el Estado puede promover cierto reconocimiento público de la religión. La aplicación del *test* fue más más laxa que en otras ocasiones (19), y se hizo a partir de la interpretación que la mayoría conservadora de la Corte tiene del mismo. Para el voto disidente, en cambio, la ciudad no había demostrado que existiera un claro propósito secular para el emplazamiento.

En 1989 se resolvió un proceso en el que se debatía la constitucionalidad de dos construcciones establecidas por el condado de Allegheny, en Pensilvania. En la primera de ellas se había colocado un belén (esta vez sin ningún tipo de acompañamiento profano) en las escaleras de acceso a la sede del gobierno local. En la parte superior del belén había una imagen de un ángel con la inscripción *Gloria in excelsis Deo*. Esta vez, aplicando nuevamente el *test Lemon*, la mayoría de la Corte entendió que existía una preferencia de la religión que resultaba inconstitucional porque el efecto era la promoción de la religión (20). Nótese la importancia del contexto que diferencia este caso

(19) LEVY (1994): 206.

(20) Supreme Court of the United States: *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989). Los cuatro jueces que consideraron que ambos elementos eran legítimos a la luz de la primera enmienda fueron Kennedy, Rehnquist, White y Scalia. Brennan, Marshall y Stevens

del anterior: un belén aislado es un símbolo puramente religioso e implica una indebida promoción religiosa por parte del Estado; pero un belén rodeado de elementos profanos atenua ese carácter y resulta aceptable.

Los cuatro votos en disidencia, provenientes de los magistrados más conservadores, insistieron en la interpretación más flexible del *test Lemon*, diciendo que éste debía aplicarse con cierta sensibilidad hacia las tradiciones estadounidenses y que el reconocimiento público de la religión formaba parte de la herencia cultural de los Estados Unidos.

En el mismo proceso, la Corte fue preguntada por la constitucionalidad de una *Menorah* (candelabro judío utilizado en la festividad de *Januca*) de dieciocho pies de altura, colocada en la misma ciudad al lado de un árbol de Navidad de cuarenta y cinco pies. De los cinco jueces que habían constituido la mayoría para declarar inconstitucional el belén, dos consideraron que la *Menorah* no implicaba una violación de la cláusula constitucional de no- establecimiento. El argumento utilizado fue que el elemento central de la composición era el árbol de Navidad (mucho más grande que la *Menorah*), que es un símbolo más secular que religioso. Esto hacía que la actitud del gobierno pudiera ser leída no como una celebración propiamente religiosa, sino como la celebración de la diversidad cultural. Los cuatro jueces que habían disentido en el caso del belén mantuvieron su postura: es legítimo, a la luz de la primera enmienda, cierto reconocimiento público de la tradición judeocristiana. De esta manera, hubo una recomposición de las mayorías y las minorías, que sirvió para declarar legítima la exposición de la *Menorah*. Los tres jueces que quedaron en minoría sostuvieron simplemente que tanto el árbol de Navidad como la *Menorah* son símbolos religiosos, y que el Estado no puede promover el pluralismo religioso (se referían, de esta manera, al *endorsement test*).

Veamos por fin algunos casos resueltos más recientemente por la Corte estadounidense. En 2005 se resolvió un proceso relativo a la decisión de dos condados de Kentucky de exhibir los Diez Mandamientos en las cortes de justicia. La Corte Suprema resolvió, por mayoría, que el conjunto era inconstitucional porque no había un propósito secular en su emplazamiento, sino que esa exhibición representaba un apoyo a una determinada confesión (21).

afirmaron la inconstitucionalidad en ambos casos. Los *swing votes* fueron los de Blackmun y O'Connor. La sentencia de la Corte estuvo fundada en el voto de Blackmun, con una concurrencia de O'Connor. Brennan, Marshall y Stevens firmaron una concurrencia parcial, al igual que Kennedy, Rehnquist, White y Scalia (aunque estos últimos, obviamente, en sentido contrario).

(21) Supreme Court of the United States: *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005). El voto mayoritario fue emitido por el juez Souter, a quien se unieron los

Frente a los argumentos del Estado en el sentido de que los Diez Mandamientos tenían un valor histórico porque habían inspirado su legislación, la Corte dijo que la presencia de un objetivo secular debía ser genuina, y no un mero fingimiento, como creía que era el caso. La opinión disidente volvió a insistir en que el conjunto tenía una finalidad secular (recordar el rol jugado por la religión en la historia estadounidense) y que tal reconocimiento del rol de la religión no era inconstitucional.

En el mismo año y con la misma composición de la Corte, sin embargo, se decidió que la presencia de los Diez Mandamientos frente al capitolio de Texas no era una violación de la separación (22). Los cuatro jueces que habían emitido la opinión disidente en el caso anterior mantuvieron su postura en el sentido de que del contexto en el que se ubicaba la figura (había sido donado por particulares, estaba en un parque junto a otros monumentos, tenía inscriptos simultáneamente una estrella de David y el símbolo de Cristo) surgía que la representación tenía un propósito esencialmente secular, que era recordar el rol jugado por la religión en la historia americana. Todos salvo uno de los cinco jueces que había votado por la inconstitucionalidad en el caso anterior se mantuvieron en la idea de que no había un motivo secular que justificara la presencia de los Diez Mandamientos. El juez que *cambió de bando* permitiendo el cambio en el resultado, sin embargo, no se unió a los motivos de los otros cuatro jueces, sino que sostuvo que en algunos casos se deben evitar posturas absolutas que pueden causar conflictividad. Como bien se ha indicado, estas dos decisiones no son fáciles de reconciliar (23).

El caso más reciente es uno de 2010, en el que la Corte se refirió a la presencia de una cruz latina en una reserva pública, como forma de homenaje a los soldados muertos en la Primera Guerra Mundial. La primera instancia dio la razón al demandante, que consideraba que la cruz representaba una forma inconstitucional de apoyo a la religión. Sin embargo, en el tiempo intermedio, el Congreso aprobó una ley que transfería la tierra en la que se encontraba el monumento a la Asociación de Veteranos de Guerra a cambio

jueces Breyer, Ginsburg, O'Connor (agregando además una opinión concurrente) y Stevens. El juez Scalia emitió una opinión disidente a la que adhirieron los jueces Kennedy, Rehnquist y Thomas.

(22) Supreme Court of the United States: *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005). El juez Rehnquist emitió la opinión que funda la sentencia, y que fue seguida por los jueces Kennedy, Thomas y Scalia (estos dos últimos, además, emitieron opiniones concurrentes). El juez Breyer apoyó la sentencia, aunque por sus propios fundamentos. El juez Stevens emitió una opinión disidente, seguida por Ginsburg. O'Connor emitió también una opinión disidente. Souter emitió una opinión disidente, que fue además seguida por Stevens y Ginsburg.

(23) LUPU *et al.* (2007): 10.

de otra porción equivalente de terreno. De este modo, la cruz salía de la tierra de propiedad federal y quedaba en un terreno de particulares. La segunda instancia confirmó la decisión de la primera sin considerar este cambio de situación.

Cuando el reclamante volvió a la primera instancia para pedir la aplicación de la decisión que mandaba retirar la cruz, el gobierno se opuso considerando que la ley de transferencia era ya suficiente cumplimiento de la manda judicial que prohibía que existiera una cruz en terreno federal. La segunda decisión de la primera instancia fue nuevamente confirmada por la segunda.

En un caso en el que se mezclaban complejas cuestiones de derecho constitucional y derecho del procedimiento, la mayoría de la Corte ordenó que el asunto volviera a la primera instancia para que se dictara un nuevo pronunciamiento que tuviera en cuenta el cambio de circunstancias (24). Según la opinión que fundó la sentencia, al reconsiderar la cuestión había que tener en cuenta que como resultado de la ley de transferencia la cruz ya no se encontraba en tierras del gobierno, sino de particulares. La opinión también mencionó que una cruz colocada por particulares, como era la de este caso, no podía ser considerada como una ilegítima forma de promoción de la religión por parte del gobierno aunque estuviese en terreno público. Una enérgica opinión disidente se opuso estas conclusiones. Afirmó que la constatación de que presencia de la cruz en la reserva era una violación de la primera enmienda no podía ser revisada, puesto que había pasado ya a ser cosa juzgada. Y que la transferencia de la tierra es un acto positivo del gobierno que permite que la cruz se quede donde está, prolongando de este modo la violación de la primera enmienda.

2. *La interpretación de la cláusula de no-establecimiento*

Como se puede ver, en los casos más recientes la Corte ha mantenido el recurso al *test Lemon* como criterio de evaluación, complementado a veces con el *endorsement test*, aunque los criterios usados para su aplicación han sido muy variables. Los casos que acabamos de analizar muestran hasta qué

(24) United States Supreme Court: *Salazar v. Buono*, 130 S. Ct. 1803 (2010). El juez Kennedy, seguido por el juez Roberts y parcialmente por el juez Alito, fundó el voto mayoritario. Los jueces Scalia y Thomas estuvieron de acuerdo con la solución, aunque por razones diferentes y de tipo formal. La opinión disidente mencionada en el texto es la del juez Stevens, que fue seguida por los jueces Ginsburg y Sotomayor. El juez Breyer dio también una opinión disidente, que opinaba que por razones formales debía mantenerse la decisión de los tribunales inferiores.

punto es complejo el panorama jurisprudencial sobre los símbolos religiosos en los Estados Unidos. De hecho, se puede decir que las eventuales decisiones futuras son impredecibles (25).

Por otra parte, en la aplicación de la primera enmienda el contexto en el que se encuadra el símbolo religioso resulta fundamental (26). El hilo conductor que puede encontrarse en las sentencias norteamericanas es precisamente el criterio de la contextualización. Teniendo en cuenta el contexto en el que se encuentra el símbolo religioso, es necesario preguntarse si un *observador razonable* vería en él una aprobación o desaprobación por parte del Estado de sus opciones religiosas personales (27).

Más allá de las dificultades que puedan surgir de la aplicación concreta del criterio interpretativo, parece haber cierto consenso en el sentido de que en materia religiosa hay ciertos límites que el Estado no puede traspasar. En otras palabras, que debe haber cierta autonomía de la esfera estatal en relación con la religiosa. El problema es precisamente saber dónde se encuentran esos límites.

Para la opinión conservadora, el gobierno puede legítimamente promover la religión por encima de la no-religión o incluso promover una gran familia de tradiciones religiosas (la familia judeocristiana en general), siempre que no promueva una tradición religiosa concreta por encima de otras ni ejerza coacción sobre los ciudadanos. La idea de que la prohibición del texto constitucional está referida solamente a la preferencia de una tradición religiosa concreta sobre otra, pero no a la preferencia de la religión en general sobre la no-religión corresponde a la corriente de interpretación denominada *non-preferentialism*. De acuerdo con ella, el gobierno puede promover el sentimiento religioso, con tal de que lo haga de modo imparcial respecto de las diferentes tradiciones religiosas concretas (lo que en lenguaje del cristianismo protestante se identifica como *denominaciones*). Dadas las inequívocas raíces religiosas cristianas protestantes en el origen de los Estados Unidos y, al mismo tiempo, el pluralismo denominacional propio del protestantismo, la for-

(25) LUPU *et al.* (2007): 2.

(26) NUSSBAUM (2009): 258-263; MAYO y HOEFLICH (2010): 315-316; LUPU *et al.* (2007): 2; RIVETT (2008): 25.

(27) El criterio del *observador razonable* es expresamente nombrado en varias sentencias. Ver, por ejemplo, Supreme Court of the United States: *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Ky.*, 545 U. S. 844, 862 (2005). Ver también un caso no analizado en este trabajo: *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U. S. 290, 315 (2000). Se ha dirigido una fuerte crítica al uso de este baremo: no sería posible utilizar el criterio del *observador razonable* sencillamente porque el sentido de los símbolos religiosos no puede ser definido de modo inequívoco y definitivo (GARVER, 2007: 207).

mación del Estado se habría vinculado a una imparcialidad pública que debía garantizar la igualdad de trato para todas las denominaciones, pero que no impediría la preferencia de la religión a la no-religión, o incluso de la familia judeocristiana a otras familias religiosas (28).

Un argumento que suele darse para justificar la promoción de la religión por parte del Estado es que no hacerlo implicaría promover la opción contraria, es decir, promover la opción secular por encima de la religiosa. En el caso de los Estados Unidos, quienes sostienen esta posición identifican el pensamiento que favorece el secularismo estatal con el concepto de *secular humanism*, que es equiparado a una confesión religiosa. Así, para mantener el equilibrio entre la religión y el *secular humanism* el Estado debería fomentar la religión en general como en muchos casos promueve creencias seculares (por ejemplo, a través de las clases de ciencias en las escuelas).

Este es el argumento que subyace, por ejemplo, en el voto minoritario del caso del belén colocado en la sede del gobierno local. La minoría, en efecto, consideró que la presencia del belén no era ilegítima, porque una cierta promoción de la tradición religiosa dominante por parte del Estado es constitucionalmente viable.

Las posiciones secularistas se corresponden, en cambio, con lo que se denomina *separatism*. De acuerdo con esta corriente, el gobierno no puede prestar ningún tipo de asistencia a la religión, ni siquiera a la religión en general. Así, la cláusula de no-establecimiento exigiría la implementación de políticas seculares por parte del Estado: la religión y la no-religión no habrían de ser vistas como equivalentes, porque la no-religión (es decir, el secularismo estatal) sería un punto imparcial que ha de servir de base común para diferentes tradiciones (29).

El *separatism* es la posición que defienden los liberales estadounidenses. La propuesta liberal en este campo es la de proclamar la necesidad de una aplicación estricta de la cláusula de no-establecimiento. La autonomía estatal en materia religiosa, es decir, la separación entre el Estado y el derecho, por un lado, y las comunidades religiosas, por el otro, no sólo es posible sino que además es políticamente necesaria. Esta concepción se basa en el reconocimiento de que es posible (y justo) distinguir los principios políticos que han de guiar el funcionamiento del Estado y del derecho de los principios morales (religiosos, aunque también no religiosos) que pueden guiar las vidas

(28) Esta es la postura defendida, por ejemplo, por NOVAK (2006) sobre la base de la evidencia histórica del rol jugado por la religión en el proceso de formación de los Estados Unidos, y de las creencias religiosas de los Padres Fundadores. Sobre esta posición ver JELEN (1998).

(29) Sobre esta posición ver JELEN (1998).

de las personas. En esta línea se sitúa, por ejemplo, Martha Nussbaum (30) cuando excluye cualquier establecimiento religioso, aunque sea un establecimiento tan suave que no sea percibido por la mayoría de la población. Cualquier forma de preferencia de una ortodoxia religiosa crea dos grupos, uno de pertenencia y uno de exclusión, al afirmar que una es la verdadera religión de la nación mientras que las otras no lo son. Esto, para los liberales, es políticamente inaceptable.

Esta posición es la que se trasluce por ejemplo en el voto de la mayoría de la Corte estadounidense en el caso de los Diez Mandamientos en las escuelas, cuando se afirma que la sola presencia de ellos en las aulas viola la primera enmienda, con independencia de que no se obligue a los alumnos a realizar ninguna actividad a su respecto (como podría ser leerlos en voz alta). Es también la posición que se evidencia en el voto en minoría en el caso del árbol de Navidad combinado con la Menorah, que rechaza que la presencia conjunta de símbolos de más de una tradición religiosa sea suficiente para evitar la violación de la primera enmienda (31).

Para los conservadores, la visión liberal fallaría al no reconocer que la religión no es sólo una cuestión individual, sino de la sociedad toda. La solución no pasaría por excluir totalmente la religión del ámbito del Estado y del derecho, sino por preguntarse cómo ella puede moldear comportamientos y actitudes públicos sin violar los derechos de los no-creyentes. En otras palabras, hay que preguntarse cómo se puede flexibilizar la autonomía estatal en relación con lo religioso sin poner en peligro la libertad religiosa de los no-creyentes (32).

Así, por ejemplo, si para los liberales la presencia de los Diez Mandamientos en un aula hace que el Estado transmita a los ciudadanos la idea de que hay una religión preferida de modo que quienes no forman parte de ésta podrían considerarse a sí mismos como *outsiders*, para los conservadores los símbolos religiosos presentes en las aulas manifiestan la vinculación de la sociedad con una tradición histórica. Para ellos, retirarlos sería una injustificada forma de secularismo que haría que las personas con creencias religiosas se sintieran *outsiders*.

(30) NUSSBAUM (2009).

(31) En algunos casos, sin flexibilizar su interpretación de la primera enmienda, se flexibiliza el criterio para definir qué se entiende por símbolo religioso. Así, algunos jueces liberales han llegado a la conclusión de que un árbol de Navidad, por su uso repetido o por estar rodeado de otros elementos de naturaleza indudablemente secular, puede leerse como un signo secular. En definitiva, en este caso, se trata de *diluir* la religión para tornarla compatible con la primera enmienda (GOLDBERG, 2011: 278).

(32) Ver esta posición en MONSMA (1995): 167.

III. SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. *Las sentencias del caso Lautsi*

El caso que habría de convertirse en señero en la jurisprudencia europea se suscitó en Italia en 2003. Se había puesto en cuestión la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas italianas (33). Un tribunal administrativo resolvió que el crucifijo no era sólo un símbolo religioso, sino un símbolo de naturaleza cultural e histórica íntimamente unido a la identidad italiana, por lo que su presencia en las aulas no significaba una violación de la laicidad establecida en la Constitución. La decisión fue confirmada por el Consejo de Estado italiano. Desde esta perspectiva, no había violación ni a la laicidad estatal, ni a la libertad religiosa, ni al principio de no discriminación por motivos religiosos, todos estos principios políticos constitucionalmente reconocidos.

El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo resolvió, con criterio diferente, en dos instancias. La primera instancia europea vio en la presencia de los crucifijos una doble violación de los estándares internacionales: violación del derecho de los padres a educar a sus hijos en sus creencias (artículo 2 del primer protocolo adicional al Convenio), y violación del derecho de los propios niños de creer o no creer (libertad religiosa del artículo 9 del Convenio). El Tribunal sostuvo que el Estado debe abstenerse de imponer determinadas creencias en los lugares en los que las personas que están bajo su dependencia son particularmente vulnerables, como es el caso de las escuelas públicas. La escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible ya que el poder compulsivo del Estado se impone a mentes que carecen de la capacidad crítica que les permitiría tomar distancia en relación con el mensaje relativo a una elección preferencial manifestada por el Estado en materia religiosa (34).

La presencia de un crucifijo puede fácilmente ser interpretada por los alumnos de toda edad como un signo religioso, lo que hace que ellos se sientan educados en un entorno escolar marcado por una religión determinada. Para el Tribunal de Estrasburgo, esto puede significar una intromisión en la conciencia de los niños y ser fuente de perturbación emocional, algo que es particularmente cierto para los alumnos pertenecientes a minorías religiosas

(33) Sobre los aspectos de derecho interno de la cuestión ver OLIVETTI (2009) y PIN (2011).

(34) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Lautsi c/Italia* (03/11/2009, primera instancia). La sentencia fue decidida por la unanimidad de los jueces que componen la Sala (Tulkens, Cabral Barreto, Zagrebelsky, Jociené, Popovic, Sajó y Karakas).

o los alumnos que no profesan ninguna religión. Así, la libertad religiosa negativa no se identifica solamente con la ausencia de enseñanza religiosa compulsiva en las escuelas públicas, sino que se extiende a las prácticas y a los símbolos que manifiestan por parte del Estado una creencia religiosa.

Lo que la Corte Europea constató fue la violación de la libertad religiosa de los menores, en conjunto con la libertad de los padres de educar a sus hijos en sus propias creencias. Pero no se refirió al régimen institucional de separación del Estado y las organizaciones religiosas, porque la forma en que los Estados se relacionan con las distintas tradiciones religiosas presentes en su territorio escapa a la competencia del Tribunal. Es verdad sí que en algunos casos el Tribunal ha mencionado la existencia de un deber de *neutralidad* de los Estados. Sin embargo, el Tribunal ha sido siempre bastante ambiguo a este respecto, y parece que la neutralidad ha de interpretarse en un sentido muy restrictivo. Ella sólo exigiría que en ciertas circunstancias el Estado *actúe* de modo equitativo en relación con diferentes grupos en conflicto, y no que el Estado *sea* siempre neutral en su configuración política (35).

El Tribunal tampoco se expidió sobre el hecho de si la presencia de esos símbolos, además de una violación a la libertad religiosa de los menores, y del derecho de los padres a educarlos en sus creencias, representaba una discriminación por motivos religiosos. Consideró que no era necesario hacerlo, ya que del solo análisis anterior podía extraerse la solución del caso.

Sin embargo, cuando el caso fue resuelto en segunda instancia por la Gran Sala del Tribunal, el resultado fue radicalmente distinto, en contra de lo que algunos pronósticos habían señalado (36). Aunque la Gran Sala no analizó la cuestión de la libertad religiosa, sino del derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias creencias, los argumentos dados pueden entrar perfectamente en un análisis a la luz de los principios propios de la libertad religiosa. En concreto, el Tribunal juzgó que la presencia de un crucifijo en

(35) La neutralidad así entendida es una derivación del concepto de libertad de conciencia (el único que tiene reconocimiento expreso en el Convenio) que exigiría al Estado no intervenir en las disputas religiosas entre particulares ni al interior de las organizaciones religiosas. Pero no es posible derivar de la jurisprudencia del Tribunal un principio de neutralidad en el sentido de la separación institucional del Estado y las organizaciones religiosas. Ver, a modo ilustrativo, las sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros c/Moldavia* (31/12/2001); Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Leyla Sahin c/Turquía* (10/11/2005, Gran Sala); Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *97 Testigos de Jehová de Gldani c/Georgia* (03/05/2007). Una afirmación semejante en un caso que no se refería directamente a la libertad religiosa en TEDH: *Partido comunista unificado de Turquía y otros c/Turquía* (30/01/1998).

(36) Ver, por ejemplo, el comentario de ANDREESCU y ANDREESCU (2010): 65, escrito entre las sentencias de primera y segunda instancia.

un aula no puede ser considerada como un signo religioso fuerte que interfiere con la autonomía religiosa de los alumnos o de sus padres y que pertenece al ámbito de discrecionalidad estatal el decidir qué símbolos están presentes en las aulas [esto es lo que se conoce como *doctrina del margen de apreciación nacional* (37)]. Esta conclusión se vería reforzada por la ausencia de un criterio europeo unificado acerca del modelo de relaciones entre el Estado y las religiones (38).

Para la Corte Europea, la decisión de perpetuar o no una tradición, incluso religiosa, corresponde al margen de apreciación del Estado demandado. Aunque se admite que al establecer la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas (signo que hace referencia indubitable al cristianismo, aunque pueda también haber adquirido otros sentidos seculares) se da a la religión mayoritaria una visibilidad pública de la que no gozan las religiones minoritarias, esto no alcanza, desde la perspectiva del Tribunal, para caracterizar la situación como un caso de adoctrinamiento ilegítimo por parte del Estado. La Gran Sala pretende expresamente colocar la sentencia *Lautsi* en la línea de su jurisprudencia anterior, y por eso diferencia este caso de aquellos otros en los que la Corte había descalificado la enseñanza de determinadas asignaturas por considerar que se trataba de un adoctrinamiento ilegítimo (39).

Sólo dos jueces votaron en disidencia en esta sentencia. Sus fundamentos fueron semejantes a los de la primera instancia. Señalaron que ante la ausencia de reglas escritas en la mayoría de los Estados no era posible dar una opinión sobre el eventual consenso europeo en la materia. En cualquier caso, recordaron que el margen de apreciación está sujeto al control europeo. Y este control indica, según los jueces disidentes, que el deber de objetividad del Estado rige no sólo en lo relativo a los contenidos de la educación, sino también en lo relativo al ambiente educativo.

(37) Esta doctrina parte del supuesto de que es el propio Estado el que está en mejores condiciones para evaluar las circunstancias políticas y sociales internas, y a partir de ellas determinar cuáles son las medidas apropiadas para limitar el contenido de un derecho. Con ello configura un sistema que deja una *zona gris* que permite a los Estados maniobrar en las limitaciones. El Tribunal sólo interviene para rectificar las decisiones estatales cuando considera que el Estado ha superado el margen de apreciación nacional. Sobre este concepto puede consultarse el trabajo de GREER (2000).

(38) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Lautsi c/Italia* (03/11/2009, Gran Sala). La sentencia fue fundada en los votos de los jueces Costa, Rozakis, Bratza, Lorenzen, Casadevall, Bonello (que firmó además una opinión concurrente), Vajic (que firmó además una opinión concurrente), Maruste, Kovler, Jebens, Hirvelä, Nicolau, Power (que firmó además una opinión concurrente), Poalelungi y Raimondi. Los jueces Malinvern y Kalaydjieva votaron en disidencia.

(39) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Folgero c/Noruega* (29/06/2007, Gran Sala); Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Zengin c/Turquía* (09/10/2007).

Más o menos por la misma época en la que el Tribunal analizaba el caso de los crucifijos en las aulas, llegaron a sus estrados dos demandas relativas a la presencia de crucifijos en los tribunales de justicia griegos. La Corte de Estrasburgo, sin embargo, no entró a analizar a fondo la cuestión porque consideró que los demandantes no habían sufrido ningún perjuicio. Éstos invocaban la violación no de la libertad religiosa sino de la imparcialidad de los tribunales de justicia (artículo 6 del Convenio), pero según el criterio del Tribunal Europeo no podían probar que en razón de la sola presencia de un símbolo religioso hubiesen sufrido un perjuicio demostrable(40). Habrá pues que esperar futuras intervenciones del Tribunal para saber si el criterio especificado en *Lautsi* para los símbolos religiosos en contexto escolar es extensible a otros ámbitos.

2. *La interpretación de la libertad religiosa*

Tal como acaba de exponerse, la primera instancia europea constató que la presencia de un símbolo religioso en un aula de una escuela pública significaba una violación tanto de la libertad religiosa de los menores que están en esa aula como del derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones. La segunda instancia dio un giro radical, y llegó a la solución exactamente contraria. El argumento central de la segunda instancia fue que aunque la presencia del crucifijo puede considerarse una injerencia en el derecho de los padres a educar a sus hijos en sus creencias, esta injerencia no excede del legítimo margen de apreciación que el Convenio deja a los Estados partes al respecto, y por lo tanto no es ilegítima.

Las opiniones de los especialistas sobre la correcta interpretación de la libertad religiosa al interior del Convenio varían con la misma magnitud que las dos decisiones de la Corte. Los sectores más conservadores elogian la sentencia de segunda instancia y critican la de la primera. Los sectores más liberales toman el camino contrario.

Para los críticos de la segunda decisión, aunque el Convenio no se refiera directamente a la neutralidad del Estado en materia de religión, el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos exigiría la neutralidad

(40) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Dimitras y otros c/Grecia I* (03/06/2010); Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Dimitras y otros c/Grecia II* (03/11/2011). De acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo no existe en el sistema del Convenio una *acción popular* que pueda ser ejercitada por cualquier persona, sino que es necesario que quien ejer-cita la acción pueda demostrar haber sufrido un perjuicio directo.

de la escuela pública (41). Se dice también que el crucifijo no sólo es una forma de adoctrinamiento, sino que además hace sentir a quienes no pertenecen a la tradición religiosa favorecida que están excluidos de la comunidad de ciudadanos (42) de manera que su presencia en las escuelas resulta intrínsecamente discriminatoria (43). La presencia del crucifijo en un aula supondría así que todos son obligados a dejarse enseñar o educar en un espacio señalado con un determinado símbolo religioso (44).

Un punto central es el relativo a la existencia de un consenso europeo. Quienes se muestran contrarios a la presencia de los símbolos religiosos defienden que en la mayoría de las escuelas públicas europeas no hay símbolos religiosos, y que hay además pronunciamientos de las más altas instancias jurisdiccionales internas que han hecho prevalecer la neutralidad estatal y la libertad de conciencia negativa por encima de la presencia de los símbolos (45). Y, en cualquier caso, aunque se admite que el consenso europeo es débil y que los Estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad, el límite de ésta se encuentra la propia libertad de conciencia que el Convenio protege y que los Estados se obligaron a garantizar (46).

Desde esta posición se señala también que la neutralidad del Estado es la única garantía eficaz de la igualdad en la libertad de conciencia. La neutralidad no es una convicción más, igual que una religión o una posición filosófica cualquiera, sino que es la garantía de la libertad de conciencia y un valor común en cualquier sociedad plural (47).

Finalmente, la sentencia de segunda instancia pondría de manifiesto la existencia de una doble vara de medir en el seno del Tribunal. En efecto, tratándose de un crucifijo, símbolo cristiano, el Tribunal sostiene que no puede ser considerado como un símbolo religioso fuerte que implique adoctrinamiento. Sin embargo, en algunos casos relativos al velo islámico, el Tribunal ha llegado a la conclusión exactamente inversa, y ha avalado las decisiones nacionales en el sentido de su prohibición en determinados espacios, en razón de su configuración como un signo religioso fuerte (48).

(41) BARRERO ORTEGA (2012): 392.

(42) RONCHI (2011): 294.

(43) LIU (2012): 385.

(44) LA TORRE (2012): 35.

(45) BARRERO ORTEGA (2012): 392-393. La más conocida es la decisión del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE 93,1) sobre la ilegitimidad de la presencia de los crucifijos en las aulas.

(46) LLAMAZARES (2012): 40.

(47) LLAMAZARES (2012): 38-41.

(48) RONCHI (2011): 296; BARRERO ORTEGA (2012): 393; LIU (2012): 397. Sobre la cuestión del velo islámico y, en general, sobre el uso de vestimentas con significado religioso puede verse EVANS (2009).

Para los críticos de la primera decisión, que defienden la permanencia de los crucifijos, su presencia en un aula es una forma de ejercicio de la libertad religiosa colectiva, ya se entienda ésta como libertad *de los católicos* como grupo (49), ya se la entienda como libertad *de las naciones o de los Estados* para incluir la religión en su auto-definición como tales naciones o Estados (50). Además, para esta posición, de la libertad de conciencia en su aspecto negativo no se derivaría el derecho a ser aislado de los contenidos religiosos existentes en la sociedad, de modo que la mera presencia del símbolo religioso en el aula no alcanzaría para configurar una forma de adoctrinamiento prohibido (51).

Por otra parte, no podría afirmarse que la retirada de los crucifijos fuera verdaderamente más *neutra* que su permanencia, porque la ausencia del símbolo estaría marcando una posición favorable al secularismo, que es precisamente una de las tendencias en pugna (52).

En relación con la existencia de un consenso europeo sobre la materia, sostienen estos autores que aunque los pronunciamientos a nivel nacional sobre la ilegitimidad de los símbolos religiosos en las aulas son numerosos, no son unánimes y por ello los Estados gozan de un amplio margen de apreciación sobre el punto. Así, si el Tribunal impone un concepto de neutralidad como preferencia por la perspectiva secular no estaría aplicando adecuadamente el Convenio (53). De hecho, los antecedentes del propio Tribunal, así como de la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, mostrarían que en aquellos casos en los que están en juego las relaciones entre el Estado y las religiones debe darse especial importancia a la decisión del legislador nacional (54).

(49) KOLTAY (2012): 360.

(50) WEILER (2012): 29.

(51) CAÑAMARES (2010a): 5; CAÑAMARES (2010b): 15-16; EVANS (2012): 337. Ver también EVANS (2011).

(52) PUPPINCK (2012): 892. Este argumento aparece en el alegato que realizó el profesor Weiler, en representación de varios países europeos, ante el Tribunal. El alegato puede verse reproducido en el citado artículo de WEILER (2012): 31-33.

(53) PIRET (2011): 276-277. El profesor Weiler en su alegato recurrió también a este argumento al decir que corresponde a los diferentes Estados en ejercicio de su soberanía, y no al Tribunal Europeo, definir los términos de sus relaciones con las religiones. WEILER (2012): 31-33.

(54) PUPPINCK (2012): 899, con cita de Comisión Europea de Derechos Humanos: *Darby c/Suecia* (11/04/1988) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Leyla Sahin c/Turquía* (10/11/2005, Gran Sala).

IV. LA DIFERENTE APROXIMACIÓN DE LOS DOS TRIBUNALES

Vistas en su conjunto, las jurisprudencias estadounidense y europea sobre los símbolos religiosos pueden sintetizarse del siguiente modo: en los Estados Unidos, la Corte Suprema acepta o rechaza la legitimidad de la presencia de construcciones con significado religioso según complejas consideraciones normativas (sobre la interpretación de la primera enmienda) y fácticas (sobre el contexto que rodea a las construcciones); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, acepta la legitimidad de la presencia de los símbolos religiosos por considerarla sometida a la discrecionalidad estatal (esta es la decisión de la segunda instancia, y por lo tanto la que ha de considerarse definitiva). En los párrafos que siguen ensayaremos una explicación sobre esta diferencia de criterio a partir de tres elementos. Creemos que lo importante es la combinación de los tres factores, ya que ninguno de ellos es suficiente por sí solo para explicar la diferencia de criterio.

1. *Libertad religiosa y non-establishment*

Una primera explicación proviene de los diferentes instrumentos jurídicos utilizados para encuadrar las controversias. En los Estados Unidos el instrumento utilizado ha sido la cláusula de no-establecimiento de la primera enmienda constitucional, lo que en términos continentales europeos sería equivalente al principio de aconfesionalidad o *laïcité* del Estado. En Estrasburgo, en cambio, el análisis se ha apoyado en la libertad religiosa garantizada por el Convenio Europeo. Como hemos dicho, no hay en el Convenio ninguna disposición expresa sobre la separación del Estado y las organizaciones religiosas, sino sólo sobre la libertad religiosa, de modo que lo que el Tribunal de Estrasburgo debe hacer es estudiar si ha habido o no violación de esta libertad.

En la introducción nos hemos referido a dos modos de hacer efectiva la privatización de la religión, que son precisamente los dos instrumentos jurídicos de los que hablamos aquí. Cuando la cuestión es asumida desde el prisma de la libertad religiosa el énfasis está puesto en la pregunta sobre la existencia de una injerencia en las conciencias de los ciudadanos, mientras que cuando ella es asumida desde el ángulo del principio de separación del Estado y las organizaciones religiosas el eje pasa por la imparcialidad del Estado.

En el primer caso, el recurso a la libertad religiosa pone de manifiesto la valoración de un ámbito de autonomía individual para la adopción de las propias creencias y prácticas religiosas. El solo hecho de que el Estado promueva una tradición religiosa, la favorezca, muestre un mayor apego hacia ella o le conceda cualquier clase de beneficio por encima de otras tradiciones religiosas o no-religiosas no es suficiente para invalidar la acción estatal, a menos que se pueda constatar una injerencia indebida en la autonomía religiosa de los individuos. En el segundo caso, no se trata tanto de resguardar la autonomía del individuo sino de hacer efectiva la autonomía de la autoridad estatal en relación con las formas de legitimación religiosas (55). Por ello, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo lo que hay que dilucidar es si la presencia del símbolo religioso provoca una intromisión inaceptable en el ámbito de la autonomía de los individuos para definir sus propias creencias religiosas, mientras que en el caso de la jurisprudencia estadounidense lo que hay que ver es si se ha respetado la suficiente autonomía del Estado en relación con la religión (56).

Sin embargo, aunque la diferencia en relación con los instrumentos jurídicos utilizados existe, no explica del todo las diferencias en las decisiones. De hecho, a la luz de la primera enmienda de la Constitución estadounidense es posible sostener tanto la legitimidad como la ilegitimidad de la presencia de símbolos religiosos: basta con recordar las oscilaciones de la jurisprudencia y el carácter siempre dividido de las decisiones de la Corte. Y lo mismo puede decirse de la libertad religiosa: con el mismo texto la primera instancia decidió por unanimidad que los símbolos religiosos violaban el Convenio, mientras que la segunda instancia decidió de forma casi unánime lo contrario.

2. *La posición institucional de los tribunales*

Se ha señalado (57) que, además de los instrumentos jurídicos que tienen a su disposición, las diferencias entre la Corte Suprema estadounidense

(55) Esta forma de autonomización es lo que GAUCHET (2003: 140) ha denominado la *retirada de la religión*. Retirada de la religión no quiere decir abandono total de la fe religiosa, sino abandono de un mundo que estaba estructurado por la religión y en el que la religión definía la forma política de las sociedades y la naturaleza de su lazo social.

(56) Autonomía de la opción religiosa y autonomía del Estado respecto de lo religioso, por supuesto, no son dos compartimentos estancos, sino que guardan relaciones estrechas. Son, de algún modo, las dos caras variables de la misma moneda. Por ello es que sus traducciones jurídicas guardan la misma estrecha relación: sin un piso mínimo de imparcialidad estatal no puede existir la libertad religiosa e, inversamente, la libertad religiosa es un prerequisito para cualquier forma de imparcialidad estatal.

(57) MOVSEIAN (2012): 349.

y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia se deben a su posición institucional sustancialmente distinta. La Corte Suprema ocupa la posición más alta en un sistema constitucional unificado. Sus sentencias obligan a los tribunales inferiores, y es posible que por ello esté interesada en establecer un estándar nacional uniforme. En cambio, el Tribunal Europeo tiene una competencia más limitada (no es un tribunal de apelación que pueda revisar todo el caso, sino que debe constreñirse a verificar si la decisión del caso viola o no el Convenio Europeo). Dado que no existe en Europa un único modelo de relaciones entre las organizaciones religiosas y el Estado, si el Tribunal Europeo fuera más allá del consenso mínimo existente en la materia y no dejara el suficiente margen de apreciación a las autoridades nacionales, encontraría seguramente resistencias a nivel nacional (58).

Esta lectura es también parcialmente correcta. La Corte estadounidense es la cabeza de un sistema de jurisdicción constitucional. Sin embargo, es más dudoso, a la vista de la enorme variabilidad de las sentencias, que esté realmente interesada en establecer un estándar uniforme, o que de hecho pueda establecerlo. Si así fuera, manifestaría un apego mayor a sus propios precedentes.

Por otra parte, es cierto que no hay en Europa un consenso sobre los modelos de relación entre las organizaciones religiosas y el Estado. Sin embargo, la ausencia de consenso europeo en una determinada materia no es obstáculo para que el Tribunal ejerza su jurisdicción. Se trata sólo de un elemento a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad religiosa: cuanto mayor es el consenso europeo, menor es el margen de apreciación del que disponen los Estados, pero en ningún caso la ausencia de consenso europeo lleva automáticamente a tomar por buena cualquier decisión estatal. De hecho, la misma ausencia de consenso europeo no fue obstáculo para que la primera instancia resolviera por unanimidad que había violación del Convenio.

3. *La interpretación judicial*

Así pues las diferencias entre Washington y Estrasburgo en este campo no radican sólo en los diferentes instrumentos jurídicos utilizados o en la

(58) El autor apunta también otra diferencia, que está en relación con los *modelos religiosos* estadounidense y europeo. El modelo religioso estadounidense sería el de concebir la religión como un mercado que debe estar libre de distorsiones de parte del Estado (como los símbolos religiosos que sugieren una preferencia de parte de éste). En cambio, en muchos países europeos existe una fuerte vinculación entre una tradición religiosa y la identidad propia del Estado, que el Tribunal Europeo se limitaría a respetar. Analizar en profundidad esta sugerente interpretación nos llevaría demasiado lejos.

diferente posición institucional de los tribunales, sino también en el modo en que en cada caso los instrumentos jurídicos son puestos en acción. Se trata entonces de analizar el criterio interpretativo aplicado por el operador jurídico en cada situación.

Por eso, parece de interés orientar la mirada hacia el rol de las preferencias interpretativas de los jueces que en cada caso componen el Tribunal. En el caso de los Estados Unidos, las diferencias de resolución entre unos casos y otros se deben a dos factores: los cambios en la composición de la Corte y la existencia de algunos *jueces móviles* que en algunos casos votan en el sentido de considerar los símbolos religiosos como permisibles y en otros casos en sentido contrario. De hecho, es posible identificar un núcleo de jueces que han votado, en todos los casos, a favor de la presencia de los símbolos religiosos, un núcleo de jueces que han votado siempre en contra, y un grupo que ha votado a favor o en contra según los casos (59).

Los primeros sostienen una interpretación conservadora de la primera enmienda en el sentido de lo que hemos denominado *nonpreferentialism*: el Estado no puede favorecer a una denominación religiosa sobre otra, pero sí favorecer a la religión en general o a la gran familia judeocristiana por encima de la no-religión o por encima de otras familias religiosas. La presencia de una estructura contenido los Diez Mandamientos, por ejemplo, resulta así legítima porque se identifica con la tradición judeocristiana en general sin vincularse a una denominación religiosa concreta. Los que han votado en contra, en cambio, suelen tener una interpretación más próxima a lo que se denomina *separatism*. Finalmente, los que han votado a veces en un sentido y a veces en otro suelen tener criterios flexibles.

En el caso del Tribunal Europeo sucede algo parecido: el resultado depende de cuál sea la interpretación que se haga de la disposición sobre la libertad religiosa. Sin embargo, aquí parece que el elemento decisivo no es tanto el posicionamiento sobre la relación entre las organizaciones religiosas y el Estado en sí misma, sino respecto del margen de apreciación que debe dejarse a los Estados para definir esas relaciones (60), aunque por supuesto no puede descartarse que exista una vinculación entre ambas cuestiones.

(59) Han votado siempre a favor de la permanencia de los símbolos religiosos los jueces Burger, Renquist, Stewart, Scalia, Kennedy, Thomas, Roberts y Alito (aunque estos dos últimos sólo han intervenido en un caso, por lo que el cómputo no es significativo). Es de interés señalar que todos ellos han sido nombrados por administraciones del Partido Republicano. Han votado siempre en contra de los símbolos religiosos los jueces Brennan, Marshall, Stevens, Ginsburg, Souter y Sotomayor (esta última sólo ha intervenido una vez). Los jueces que han ido acomodando sus posiciones son Powell, White, Blackmun, O'Connor y Breyer.

(60) PIN (2011): 100.

Todos los jueces de la primera decisión y los dos jueces que votaron en disidencia en la segunda creían que la presencia de los crucifijos iba más allá de la legítima discrecionalidad de los Estados para definir sus relaciones con las organizaciones religiosas. Todos los jueces de la segunda decisión, salvo los dos disidentes, restablecieron el amplio margen de apreciación de los Estados en este campo, que había sido recortado por la primera decisión.

V. CONCLUSIONES

En este artículo nos hemos ocupado de dos formas diferentes de abordar el recurrente conflicto sobre los símbolos religiosos en el espacio público. Hemos realizado un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense (que se ha venido ocupando del tema desde los años 80) y nos hemos referido a las sentencias (mucho más recientes) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

Luego, hemos intentado encontrar explicaciones satisfactorias a la diferencia de tratamiento en uno y otro tribunal. Hemos señalado tres razones que explican, complementariamente, esta diferencia. En primer lugar, los distintos instrumentos jurídicos utilizados por cada tribunal (la prohibición de establecimiento religioso en el caso de los Estados Unidos y la libertad religiosa en el caso europeo). En segundo lugar, la distinta posición institucional de los tribunales. Finalmente, la particular interpretación que se ha hecho en cada caso de los instrumentos jurídicos utilizados y que nosotros hemos relacionado con el posicionamiento de los jueces que han decidido los casos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREESCU, Gabriel; ANDREESCU, Liviu (2010): «The European Court of Human Rights' Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences», *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, n.º 26, págs. 47-74.
- ARLETTAZ, Fernando (2012): «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político», *Derechos y Libertades*, n.º 27, págs. 209-240.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2012): «El caso Lautsi: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, págs. 379-409.
- BERGER, Peter (1981): *Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona, Kairós.
- (1996): «Secularism in retreat», *National Interest*, n.º 46, págs. 3-10.
- (2005): «Pluralismo global y religión», *Estudios Políticos*, n.º 98.
- BERGER, Peter; ZACKS, Jonathan; MARTIN, David (1999): *The desecularization of the world*, Washington, Ethics and Public Policy Center.
- BOBBIO, Norberto (1998): *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.

- BRUCE, Steve (2002): *God is Dead: Secularization in the West*, Londres, Blackwell.
- CAÑAMARES, Santiago (2010a): «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*, n.º 22.
- (2010b): «Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural», *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 10, págs. 1-19.
- CASANOVA, José (1994): *Public Religions in the Modern World*, Chicago, The University of Chicago Press.
- (2007): «Reconsiderar la secularización: Una perspectiva comparada mundial», *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, n.º 7.
- DOBBELAERE, Karel (1994): *Secularización: Un concepto multidimensional*, México, Universidad Iberoamericana.
- EVANS, Carolyn (2003): *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- EVANS, Malcolm D. (2009): *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- (2011): «Lautsi v. Italy: An Initial Appraisal», *Religion and Human Rights*, n.º 6-3, págs. 237-244.
- (2012): «Neutrality in and after Lautsi v. Italy», Temperman, J., *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, págs. 329-354.
- FERRARI, Silvio (2012): «Law and Religion in a Secular World: A European Perspective», *Ecclesiastical Law Journal*, n.º 14-3, págs. 355-370.
- GARVER, Eugene (2007): «The Ten Commandments: Powerful Symbols and Symbols of Power», *Law, Culture and the Humanities*, n.º 3, págs. 205-224.
- GAUCHET, Marcel (2003): *La religión en la democracia*, Barcelona, El Cobre Ediciones.
- GINER, Salvador (1996): «Sociedad Civil», *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Díaz, Elías; Ruiz Miguel, Alfonso (eds.), Madrid, Trotta, págs. 117-145.
- (2003): *Carisma y razón*, Madrid, Alianza.
- GOLDBERG, Steven (2011): «The Coming Demise of the Crucifix», *Rutgers Journal of Law and Religion*, n.º 12, págs. 278-294.
- GREENAWALT, Kent (2009): *Religion and the Constitution. Volume II: Establishment and Fairness*, Princeton, Princeton University Press.
- GREER, Steven (2000): *Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing.
- HABERMAS, Jürgen (1978): *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris.
- (2011): «‘The Political’: The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theology», *The power of religion in the public sphere*, Mendieta, Eduardo Van Antwerpen, Jonathan (eds.), Nueva York, Columbia University Press, págs. 15-33.
- JELEN, Ted (1998): «In Defense of Religious Minimalism», *Wall of Separation? Debating the Public Role of Religion*, Segers, Mary; Jelen, Ted (eds.), Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, págs. 3-52.
- KOLTAY, András (2012): «Europe and the Sign of the Crucifix: on the Fundamental Questions», *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Temperman, J. (ed.), La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, págs. 355-383.

- LA TORRE, Massimo (2012): «Debate sobre Lautsi. Sueño de una noche de principio de verano», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 27, págs. 34-36.
- LEVY, Leonard W. (1994): *The establishment clause*, North Carolina, The University of North Carolina Press.
- LEWIS, Fréderick (2010): «Symbolic Conflict and the First Amendment: US Supreme Court Adjudication of the Expression of Condensation Symbols», *Semiot Law*, n.º 23, págs. 207-220.
- LIU, Hin-Yan (2012): «Restricting the Public Display of Religious Symbols by the State on the Grounds of Hate Speech?», *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Temperman, J. (ed.), La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, págs. 383-412.
- LLAMAZARES, Dionisio (2012): «Debate sobre Lautsi. De la verdadera tolerancia en materia de libertad religiosa. Réplica a Weiler», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 27, págs. 37-43.
- LUPU, Ira C. et al (2007): «Religious Displays and the Courts», *Religion and the Courts: the Pillars of Church-State Law*, The Pew Forum on Religion and Public Life, www.pewforum.org.
- MAYO, James M.; HOEFLICH, Michael H. (2010): «Commemorating God and the Country in American War Memorials: Symbolic Evolution and Legality», *Environment and Behavior*, n.º 42, págs. 303-317.
- MONSMA, Stephen (1995): *Positive Neutrality: Letting Religious Freedom Ring*, Grand Rapids, Baker Books.
- MOVSESIAN, Mark L.: «Crosses and Culture: State-Sponsored Religious Displays in the US and Europe», *Oxford Journal of Law and Religion*, n.º 1-2, págs. 338-362.
- NOVAK, Michael (2006): «Faith and American Founding: Illustrating Religious' Influence», *First Principles*, n.º 7, págs. 1-7.
- NUSSBAUM, Martha C. (2009): *Liberty of Conscience. In Defense of America's Traditions of Religious Equality*, New York, Basic Books.
- OLIVETTI, Marco (2009): «Principio de laicidad y símbolos religiosos en el sistema constitucional italiano: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas», *Revista catalana de dret public*, n.º 39, págs. 243-276.
- PERRY, Michael (2009): «USA: Religion as a Basis of Lawmaking?», *Archives de Sciences Sociales des Religions*, n.º 146, págs. 119-136.
- PIN, Andrea (2011): «Public schools, the Italian Crucifix, and the European Court of Human Rights: the Italian Separation of Church and State», *Emory International Law Journal*, n.º 25, págs. 95-149.
- PIRET, Jean-Marc (2011): «A Wise Return to Judicial Restraint», *Religion and Human Rights*, n.º 6-3, págs. 273-278.
- PUPPINCK, Grégor (2012): «The Case of Lautsi V. Italy: A Synthesis», *Brigham Young University Law Review*, n.º 2012-3, págs. 873-930.
- RONCHI, Paolo (2011): «Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v. Italy», *Journal of Ecclesiastical Law*, n.º 13-3, págs. 287-297.
- RYSSDAL, Rolv (1998): «Religious Freedom in the case law of the European Court of Human Rights», *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Martínez-Torrón, Javier (ed.), Granada, Comares, págs. 87-93.
- RIVETT, Julie M. (2008): «The First Amendment and Public Religious Displays: Questions of Government, God, Place and Time», *The First Amendment and Religion*, Smith, Craig (ed.), Center for the First Amendment Studies, Long Beach.

- TAYLOR, Paul (2005): *Freedom of religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WEILER, Joseph H. H. (2012): «Estado y Nación; Iglesia, Mezquita y Sinagoga: la sinopsis», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 27, págs. 28-33.
- WILSON, Bryan (1969): *La religión en la sociedad*, Barcelona, Labor.