

Racionalidad, derecho y símbolos religiosos*

Rationality, law and religious symbols

RECIBIDO: 2011-05-15 / ACEPTADO: 2011-06-15

Andrés OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)
aollero@arrakis.es

Resumen: Los símbolos no son un objeto más del derecho; el derecho mismo es simbólico. El derecho no utiliza el lenguaje como instrumento; él mismo es lenguaje portador de un peculiar sentido. Se postula la neutralidad del ámbito público, sin aclarar si se pretende alcanzarla entre una pluralidad de creyentes o entre éstos y los agnósticos. Problema ulterior es dilucidar si un símbolo es religioso o no y cuándo se convierte en realidad en objeto de un derecho por razones de justicia. Por último, en más de una ocasión surgirá discrepancia sobre el auténtico sentido de un símbolo, lo que obliga a determinar una instancia dictaminadora...

Palabras clave: Símbolos religiosos. Neutralidad. Laicidad positiva. Orden público. Velo islámico. Crucifijos. Justicia y tolerancia

Sumario: 1. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA COMPRENSIÓN DEL SENTIDO DE LA NORMA. 2. SENTIDO JURÍDICO DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS. 3. NEUTRALIDAD ¿ENTRE QUIÉNES? 4. LAICIDAD POSITIVA. 5. DISCERNIMIENTO DEL CARÁCTER RELIGIOSO Y ORDEN PÚBLICO. 6. LA POLÉMICA DEL VELO ISLÁMICO. 7. CRUCIFIJOS EN LAS ESCUELAS: JUSTICIA O TOLERANCIA. 8. EL DISCUTIDO SENTIDO DE LOS SÍMBOLOS.

Abstract: Symbols are not one more object of law; law itself is symbolic. Law does not use language as an instrument; it is a language itself and carries a peculiar sense. Neutrality is invoked in the public domain without specifying if it should be achieved between a plurality of believers or between them and agnostics. Further problem is whether a symbol is religious or not and when it really becomes a right because of justice reasons. Finally, occasionally would arise disagreement about the true meaning of a symbol, making it necessary to determine an instance to rule this matter.

Key words: Religious symbols, neutrality, positive secularity, public order, islamic veil, crosses, justice and tolerante.

Contents: 1. FROM "PRINCIPLE OF LEGALITY" TO "SENSE OF THE LAW". 2. JURIDICAL SENSE OF RELIGIOUS SYMBOLS. 3. NEUTRALITY, AMONG WHOM? 4. POSITIVE SECULARITY. 5. DISCRIMINATION BETWEEN RELIGIOUS AND PUBLIC ORDER. 6. CONTROVERSY ON ISLAMIC VEIL. 7. CROSSES IN SCHOOLS. 8. DISCUSSED MEANING OF THE SYMBOLS.

* Ponencia presentada al Simposio Internacional "Panorama de los estudios del discurso" organizado en marzo de 2011 por el Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra. Realizada en el marco del Proyecto de investigación financiado por la Comunidad Autónoma de Madrid sobre "La libertad religiosa en España y en derecho comparado" (S2007/HUM-0403).

En la cultura jurídica europea, presidida por el principio de legalidad, se ha convertido en lugar común identificar al derecho con un conjunto más o menos armónico (más bien menos que más) de textos legales. Lo llamativo es que esta concepción vulgar de lo jurídico siga encontrando por inercia sorprendente apoyo en el ámbito teórico; no resultaría coherente calificarlo de filosófico, dado que es precisamente la escasa dosis de reflexión lo que justifica este fenómeno.

1. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA COMPRENSIÓN DEL SENTIDO DE LA NORMA

Desde los años setenta del pasado siglo este planteamiento se vio sometido a una fuerte crítica, tras el impacto en el ámbito jurídico de los planteamientos de la hermenéutica existencial, relativizadoras del papel del método en la búsqueda de la verdad¹. La consecuencia fundamental sería situar en el centro de la realidad jurídica la *comprensión* del *sentido* de las normas, dando por hecho que resulta menos obvio de lo que suponía la visión de la dinámica jurídica propia del positivismo jurídico clásico, centrada en un mecanismo meramente lógico de *aplicación* del texto legal. Éste implicaba la presunta existencia de un lenguaje jurídico unívoco, que convertía a la *claridad* en exigencia primordial de la *seguridad* jurídica y sólo admitía como patológico defecto (*in claris non fit interpretatio*) la entrada en juego de cualquier actividad hermenéutica.

Las nuevas perspectivas críticas convierten, por el contrario, la interpretación de las normas (y la calificación de los hechos) en una saludable exigencia inseparable de todo dinamismo jurídico. El derecho no recurre instrumentalmente a un lenguaje técnicamente formalizado; el derecho es él mismo lenguaje. Su obvia proyección pragmática relativiza el juego de la mera *descripción unívoca*, para implicar una *calificación*, siempre una comparación o puesta en correspondencia *analógica*², entre el supuesto de hecho plasmado en el texto legal y los hechos reales presentes en la realidad social. Esto obligaría incluso

¹ GADAMER, H.G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960. De ello nos ocupamos en *Derecho y sociedad*, Editora Nacional, Madrid, 1973, pp. 15-75. [Traducido al alemán: *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, Rolf Gremer Verlag, Ebelsbach, 1978].

² KAUFMANN, A., *Analogie und Natur der Sache*, CF Müller, Karlsruhe, 1982 (2ª).

a matizar postulados indiscutidos de la teoría jurídica, como la exclusión en aras del principio de legalidad de todo recurso a la analogía en el ámbito penal.

Nuestro excursus, aparentemente fuera de lugar, resulta obligado porque nos lleva a reflexionar sobre la entraña simbólica que toda operatividad jurídica lleva consigo. El texto legal no describe con clara nitidez unos hechos, posibilitando así un silogismo aplicativo, sino que propone un punto de apoyo, de abierto simbolismo, capaz de servir de fundamento a una pluralidad de juicios de valor. De la supuesta *aclaración* se hace necesario pasar a una inevitable *comprensión* que, precisamente por su dimensión valorativa, debería ser particularmente consciente. La interpretación jurídica no es el resultado caprichoso de un activismo judicial poco respetuoso con el principio de legalidad. No existe disyuntiva alguna entre unos jueces leales a la ley y otros activistas, empeñados en interpretarla a su antojo. La diferencia inevitable es la existente entre jueces que interpretan la ley, conscientes de que –quieran o no– han de hacerlo, y jueces que la interpretan de modo inconsciente, convencidos de que se están limitando a llevar a cabo una mera operación técnica. Mientras los primeros pueden experimentar una llamada a la prudencia, que les lleve a intentar reflexionar sobre sus prejuicios hasta convertirlos en juicios, en los segundos los inevitables prejuicios camparán sin autocontrol alguno.

La crítica a la metodología positivista cuestiona todo intento de *Wertfreiheit* en el manejo del derecho. No sólo porque la comprensión interpretativa haya sustituido a la aclaración descriptiva, sino porque se descarta toda asepsia en el punto de partida del conocimiento. Quien interpreta la norma lo hace situado en un mundo que genera una inevitable *precomprensión*³ de su sentido, como punto de arranque de todo esfuerzo hermenéutico. Esto obligará a detectar qué elementos actúan como incentivos de esa inmadura y pre-reflexiva comprensión previa, porque sólo así cabrá controlar el alcance de la operación valorativa que la presunta aplicación del texto legal no ha llegado a evitar.

2. SENTIDO JURÍDICO DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS

Partiendo de esta inevitable dimensión simbólica de los textos legales será más fácil abordar la relevancia jurídica de los símbolos religiosos o sea, com-

³ ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Atheneum, Frankfurt. a.M., 1970.

prender los juicios de valor que subyacen bajo una u otra opción legal o línea interpretativa sobre el particular.

El primer dilema a despejar será el reconocimiento o no de una dimensión pública a la experiencia religiosa. Entra así en escena el debate sobre el carácter laico del Estado, imposible de solventar sin una adecuada distinción entre *laicidad* y *laicismo*⁴ no suficientemente extendida⁵. El laicismo tiende a identificar, en línea con la tradición posrevolucionaria del republicanismo francés, lo laico con una drástica *separación* entre poderes públicos y fenómenos religiosos, con la consiguiente exigencia de una estricta privatización de estos últimos. La lógica conclusión sería una iconoclasta expulsión del espacio público de todo símbolo religioso. A ello se opone la llamada *laicidad positiva*, basada por el contrario en la *cooperación*⁶ entre los poderes públicos y aquellas confesiones religiosas en las que los ciudadanos encuentran un ámbito de ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa. Esto implica un obvio cambio de paradigma; de ahí que cuando se recurre al término secular, en vez de al de laico, se dará por comenzada una nueva etapa caracterizada por la existencia de una sociedad *postsecular*⁷.

El elemento clave que servirá de apoyo a la opción laicista será su presunta eficacia para garantizar la *neutralidad* de los poderes públicos respecto a los elementos religiosos, a los que se tiende a considerar de modo más o menos nítido como socialmente perturbadores. Si esa actitud neutra se entendiera como *imparcialidad* resultaría sin duda obligada. Esto genera un mandato de *aconfesionalidad* y excluye la posibilidad de una religión de Estado. Tampoco debe darse parcialidad alguna en las relaciones entre poderes públicos y partidos o sindicatos, ni a la hora de optar por una u otra adscripción cultural o

⁴ Hemos reunido varios trabajos sobre el particular en *Laicidad y laicismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, disponible en <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2844>>.

⁵ Sorprende, por ejemplo, dados sus propios planteamientos, que Parejo, al oponer “laicidad y religiosidad”, quizá por influencia de tópicos más italianos que franceses, tienda a identificar laicidad con laicismo. PAREJO, M.J., “La controversia sobre la exposición de símbolos religiosos en el orden público europeo: Hacia soluciones de carácter inclusivo”, *Persona y Derecho*, 63 (2010/2), p. 59.

⁶ Lo hemos resaltado en *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

⁷ HABERMAS, J., “La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el ‘uso público de la razón’ de los ciudadanos religiosos y seculares”, en *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 126.

deportiva, pero sería absurdo derivar de ello una incontaminada indiferencia de los poderes estatales que excluyera toda pública relación con dichos ámbitos, o incluso obligara a *neutralizar* su presencia⁸.

La jurisprudencia norteamericana ha recurrido para contrastar la imparcialidad al llamado *Lemon test*, que implica un triple escrutinio: comprobar el propósito secular de la norma, que su efecto primordial no fomente ni inhiba determinada religión y que no promueva una excesiva vinculación entre el gobierno y la religión⁹.

3. NEUTRALIDAD ¿ENTRE QUIÉNES?

La neutralidad se dará si la atención que las confesiones religiosas merecen de los poderes públicos depende de la libre opción de los ciudadanos¹⁰, evitando toda discriminación. El problema surge cuando no se aspira en realidad a establecer una relación imparcial con unas y otras confesiones religiosas sino que, de modo más o menos transparente, se genera un muy diverso *tertium comparationis*. Se estaría en realidad postulando una presunta actitud neutral entre los creyentes, de una u otra confesión, y los agnósticos o ateos que prefieren ejercer por vía negativa su libertad religiosa. El problema es que, así planteada la cuestión, toda imparcialidad se convierte en imposible. Entre una visión trascendente y otra inmanente de la existencia no cabe término medio alguno. Mientras que la cooperación imparcial permitiría una presencia de símbolos religiosos (crucifijos, belenes navideños, velos...) acorde con las preferencias sociales, la presunta neutralidad opta dogmáticamente por la inmanencia y priva a todos los ciudadanos creyentes

⁸ J. Rawls considera exigible a los poderes públicos una neutralidad de propósitos, que les lleve a abstenerse de promover una doctrina determinada, pero considera imposible garantizar una neutralidad de efectos o influencias, en *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 226-227.

⁹ CAÑAMARES, S., "Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América. La doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia Van Orden v. Perry", *Persona y Derecho*, 53 (2005), p. 356.

¹⁰ El artículo 16.3 de la *Constitución española* es bastante expresivo al respecto: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

de la presencia de cualquiera de sus símbolos en el paisaje social¹¹. El intento se muestra en la práctica imposible, porque implicaría un despellejamiento cultural falto de sentido, que llevaría a desterrar monumentos de antigüedad inmemorial, banderas, denominaciones de ciudades, espacios urbanos o centros públicos, festividades, etc.

No ha faltado quien acuse de contradictorio a este modelo de Estado presuntamente liberal. Sería absurdo, en primer lugar, “exigir a sus ciudadanos *creyentes* algo que sea incompatible con una existencia vivida auténticamente desde la fe”¹². Pero resulta aún indispensable un paso más. No basta simplemente con tolerar, junto al discurso público racional, el exotismo de lo religioso. La dogmática atribución de irracionalidad a cualquier argumento con parentesco religioso implicaría un represivo rechazo de la identidad de minorías (¡e incluso de mayorías!) ciudadanas. El Estado liberal debe esperar de los agnósticos que “en su condición de ciudadanos del Estado, no consideren las manifestaciones religiosas como algo meramente irracional”; a pesar de que, “dada la propagación de un naturalismo crédulo para con la ciencia, esto no es un presupuesto evidente”¹³. Sería preciso, para ello un cambio de mentalidad en más de un ciudadano agnóstico que, tras un proceso de aprendizaje como el ya experimentado por algunos creyentes¹⁴, los haga capaces de convivir sin histerias con símbolos religiosos.

El *tertium non datur* entre transcendencia e inmanencia se pone fácilmente de relieve en la polémica sobre los símbolos religiosos. Desde el laicismo se argumentará que la imparcialidad se convertirá en meramente for-

¹¹ S. Cañameres, a propósito de la sentencia inicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) sobre el caso Lautsi c. Italia, que hace propio este planteamiento, no duda en considerar “singular la concepción del pluralismo que emplea el Tribunal, entendido como ausencia de cualquier planteamiento religioso o filosófico del ámbito público”. CAÑAMERES, S., *Símbolos religiosos en un estado democrático y plural*, ponencia defendida el 18 de noviembre de 2009, disponible en <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/538>>.

¹² HABERMAS, J., “La conciencia de lo que falta”, en *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 72. Hemos traducido “creyentes” por considerarlo término más adecuado en el contexto español que “religiosos”.

¹³ “A todos los ciudadanos se les puede exigir que no excluyan el posible contenido racional de estas contribuciones”. HABERMAS, J., *La conciencia de lo que falta*, cit., p. 74 y *La religión en la esfera pública*, cit., p. 147.

¹⁴ HABERMAS, J., *La religión en la esfera pública*, cit., p. 148. Lo considera presente en figuras de “figura estrictamente agnóstica”, como Karl Jaspers o RAWLS, J., “Una réplica”, en *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*, cit., pp. 239-240.

mal si existe una confesión hegemónica, ya que con la cobertura del apoyo ciudadano se dará vía libre a una *confesionalidad sociológica*. Habría pues, en aras de la neutralidad, que volver la espalda a las preferencias ciudadanas y convertir a lo religioso en fenómeno públicamente inexistente¹⁵. La paradoja final, como veremos, es que con ello se puede acabar generando una curiosa religión civil de obligada observancia. Sólo así cabe entender que el mismo Tribunal que, en aras de un laicismo disfrazado de laicidad, avala una norma turca destinada a reprimir el uso del velo islámico por su dimensión religiosa, afirme a la vez que se trata de una norma general, que se aplica a todos los alumnos sin consideración de su convicción religiosa, lo que descartaría toda interferencia¹⁶.

4. LAICIDAD POSITIVA

Desde la laicidad positiva se insistirá en la dimensión cultural derivada del arraigo social de los símbolos o festividades religiosas. Así ha ocurrido al plantearse en el ámbito jurídico-constitucional español el papel del domingo como día de la semana predeterminado para el descanso laboral. El Tribunal Constitucional responderá a quien le pide amparo, por entender que el descanso dominical impone las exigencias de la religión mayoritaria, que aunque “el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo” ello no implica el “mantenimiento de una institución con origen causal único religioso”, al haberse convertido en una “institución secular y laboral” vinculada a un día de la semana “consagrado por la tradición”¹⁷. El fenómeno ha llegado a extenderse a las bases mismas del Estado democrático. Se nos constatará cómo hoy “una parte de

¹⁵ La unánime STEDH de 3 de noviembre de 2009 en el caso Lautsi c. Italia se verá anulada por la de la Gran Sala de 18 de marzo de 2011. Su epígrafe 71 relativizará el impacto de la presencia de crucifijos en las escuelas ya que, aun admitiendo que “la reglamentación concede a la religión mayoritaria del país una visibilidad preponderante en el entorno escolar”, considera que “esto no basta en absoluto para detectar una querencia al adoctrinamiento por parte del Estado”.

¹⁶ NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011, p. 313. El conocimiento de otros trabajos lleva a reconocer la autoría, de este y algún otro pasaje citado más abajo, al segundo de ellos.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 19/1985 de 13 de febrero, Fundamento (en adelante F.) 4.

la herencia cristiana es transferida a discursos de *fundamentación* que ya no se miden por la autoridad de la fe vivida sino por patrones válidos del saber mundano”¹⁸.

La problemática neutralidad de lo público deriva en más de un caso hacia una perturbadora falta de distinción entre dos términos tan clásicos como la *auctoritas* moral y la *potestas* política. No es infrecuente que, desde una concepción del mundo imanentista, toda relación de preeminencia o influjo social acabe interpretándose en clave política como ejercicio de poder. Ello invita a la conclusión, más totalitaria que liberal, de que a quien ha merecido por vía política la confianza ciudadana correspondería automáticamente el derecho, o incluso el deber, de imponer su autoridad respecto al código moral que habría de encontrar a su vez obligado reconocimiento ciudadano. El problema es que la autoridad moral en un sistema democrático no se impone desde el poder sino que es reconocida libremente por los ciudadanos. El despotismo ilustrado comparará a sus anchas, en manos de unos gobernantes que se consideran ungidos para liberar a unos ciudadanos premodernos de atavismos entorpecedores y oscurantismos irracionales. Las confesiones religiosas, y de modo muy especial una posible confesión hegemónica, se percibirán como un poder intruso que no ha superado el control de las urnas. Sus símbolos habrían de desaparecer en aras de la legitimidad política.

Surge así una religión civil sustitutoria. Se sacraliza lo público ungiéndolo con una postiza transcendencia hasta el punto de llegar a percibir como profanación la presencia en su ámbito de cualquier símbolo religioso. Habrá que proceder a una laboriosa sustitución de festividades, rótulos, espacios e iconografía, al margen de lo que los ciudadanos (a los que se trata como a menores necesitados de emancipación) puedan pensar al respecto. Ni siquiera su arraigo cultural durante siglos libraría a tales símbolos de la quema en tan moderna inquisición.

Ejemplo arquetípico constituyó la retirada al cabo de los siglos del escudo de la Universidad de Valencia de la efigie mariana de la *Sedes sapientiae*. El intento de justificarlo desde una perspectiva laicista fue rechazado por el Tribunal Constitucional, que sólo lo consideró admisible como expresión

¹⁸ Esto incluiría a “conceptos filosóficos como persona, libertad, individualización, historia, emancipación, comunidad y solidaridad”. HABERMAS, J., *Una réplica* (cit. nt. 15), pp. 236-237. Hemos traducido “fundamentación” por considerarlo término más adecuado que “fundación”.

del derecho de autonomía universitaria, que legitimaría a dicha institución para ordenar a su gusto sus símbolos propios¹⁹, sin perjuicio de la valoración ciudadana que su actitud pudiera merecer.

5. DISCERNIMIENTO DEL CARÁCTER RELIGIOSO Y ORDEN PÚBLICO

Los problemas jurídicos, suscitados por el subyacente entrecruce de juicios de valor, no serán escasos. El primero vendrá provocado por el reconocimiento de un símbolo como religioso. ¿Cabe tratar igual al velo islámico que a una gorra deportiva, cuando de regular la vestimenta de los escolares se trata? Si al símbolo se le considera religioso y se tiene cierta familiaridad con los derechos fundamentales, lo que en ciertas generaciones de españoles no siempre es el caso, se impondrá con facilidad el respeto a su uso. Si por el contrario se le considera un elemento meramente cultural, sin el reforzamiento identitario propio de lo religioso, la respuesta puede ser distinta. Si del velo islámico pasamos al *burka* la cuestión se hace más peliaguda²⁰. ¿Estamos realmente ante un símbolo religioso? Lo mismo cabría plantearse respecto a costumbres de notable arraigo cultural en determinadas zonas pero de discutible alcance religioso, como la mutilación genital femenina.

Para empezar nos encontraremos con una aparente aporía. La laicidad, se la entienda como se la entienda, no rima mucho con unos poderes públicos que se arroguen competencia para certificar el carácter religioso o no de una actividad, prenda o símbolo, lo que parece llevar a un callejón sin salida. La consecuencia será habitualmente la prevalencia de un claro *favor libertatis* que traslada la carga de la prueba, con aires de *probatio diabolica*, a quien pretenda restringir su presencia. Esto explica en buena parte el número ingente de “entidades religiosas” que han tenido acceso al registro existente en el Ministerio español de Justicia y el problemático éxito de cualquier intento de denegarlo²¹.

¹⁹ STC 130/1991 de 6 de junio, F.5.

²⁰ Al respecto NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, cit., pp. 358-363.

²¹ En España fracasó, por ejemplo, la negativa a inscribir a la Iglesia de la Unificación, popularmente apostrofada como secta Moon, a pesar del duro dictamen del Parlamento Europeo-STC 46/2001 de 15 de febrero.

Cuando se opta por la presunta neutralidad laicista cobrará peculiar relevancia el posible uso del velo por funcionarias, o de modo general por quienes desempeñan tareas docentes. La obligada asepsia del sagrado ámbito de lo público respecto a cualquier elemento religioso obligaría a los docentes a oficiar como auténticos sacerdotes de la inmanencia, evitando cualquier guiño a la transcendencia. Esto lleva a que el TEDH rechace de plano la queja de una Profesora universitaria turca expulsada por vestir el velo. Este caso *Kurtulmus c. Turquía* es uno de los que ha llevado a afirmar que el tribunal no se ha mostrado particularmente escrupuloso en cuanto a la prueba ni especialmente riguroso en cuanto a los principios. Se le critica que “su noción de la laicidad del Estado y sus consecuencias es —ya desde el caso *Dahlab*²²— demasiado tributaria de una concepción que entiende la laicidad no como neutralidad del Estado ante el hecho religioso o ideológico, sino como ausencia de visibilidad de la religión; es decir, como una situación artificial que garantiza entornos ‘libres de religión’ pero no, sin embargo, libres de otras ideas no religiosas de impacto ético equiparable”²³.

El problema no acabará ahí, en la medida en que el derecho de libertad religiosa, y el recurso a los símbolos vinculados a su ejercicio, no puede considerarse ilimitado. Así ocurre en el caso español, aunque con matiz netamente excepcional; respecto a la libertad ideológica, religiosa y de culto no se admite “más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”²⁴. Por *orden público* no se entiende la ausencia de actividades que puedan perturbar la tranquilidad ciudadana, sino un núcleo duro de derechos y libertades excluidos de toda posible negociación. Junto al cuestionable carácter religioso de un símbolo puede entrar en juego, sin negarlo, la posibilidad de atribuirle simultáneamente un significado atentatorio a ese núcleo particularmente protegido. El problema no estribaría por tanto en reconocer o no dimensión religiosa a rituales acompañados de sacrificios humanos, sino en constatar que vetarlos sería una limitación sobrada de fundamento constitucional.

²² Corrigiendo la equiparación de la sentencia inicial como “signo exterior fuerte”, el Tribunal concederá curiosamente peor trato al velo que la profesora se consideraba con derecho a portar que a la presencia de crucifijos en las escuelas, sin conocido titular de derecho. *STDEH Lautsi c. Italia*, 73.

²³ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, cit., p. 373.

²⁴ *Constitución española*, artículo 16.1.

6. LA POLÉMICA DEL VELO ISLÁMICO

Volvamos al problema del velo islámico, agudizado sin duda si del *burka* se tratara. Si se le reconociera carácter religioso, no tendría sentido alguno equiparar su prohibición con la de gorras pandilleras. Si por el contrario se lo entiende como expresión cultural de la sumisión de la mujer, cabría considerar afectado el orden público que exige protección legal. La dimensión interpretativa de la cuestión resulta indudable. A la hora de fijar el alcance del artículo 9 del Convenio de Roma, el criterio de que cualquier límite a la libertad de pensamiento, conciencia o religión deba estar justificado por “necesidad social imperiosa” puede verse neutralizado por otro –que el citado artículo no protege cualquier clase de actos inspirados por una religión o creencia– hasta convertirse en frase formularia para legitimar cualquier restricción de opciones religiosas o morales “inoportunas”²⁵.

El dilema no es de fácil solución. Quizá por ello en España, en más de un caso, se ha optado por una fórmula tan expeditiva como desafortunada. Sin entrar a dilucidar si nos encontramos ante una identificación religiosa o a un símbolo de opresión femenina, se apela al reglamento del centro docente y a una necesaria sumisión igualitaria a sus previsiones. El resultado es absurdo, porque un reglamento docente no puede en modo alguno limitar el ejercicio de un derecho fundamental y sus previsiones serían nulas de pleno derecho si atentaran al orden público; por otra parte, interpretados, como es obligado, en el marco de la Constitución, no sería necesario modificarlos para convertir en viable el uso de símbolos religiosos. En el fondo lo que se está imponiendo es un imperativo autoritario, más bien propio de mentalidades militarizadas. Para colmo, el político de turno, preocupado por la crisis de autoridad de los docentes y los consiguientes episodios de violencia, tenderá a considerarse obligado a respaldar al equipo directivo del centro, sin preocuparse de ponderar derechos u otras minucias.

Dentro ya de lleno de la dinámica jurídica la delimitación del ámbito de los derechos exige superar una visión normativista, tan útil para simular un modelo aplicativo como ajena a la realidad. Son los principios jurídicos los

²⁵ Así lo señala MARTÍNEZ-TORRÓN a propósito de la sentencia del TEDH Köse c. Turquía, claramente influenciada por la que inauguraría esa querencia doctrinal: la Leyla Sahin c. Turquía. “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, 4 (2009), p. 99.

que asumirán protagonismo dentro de un obligado proceso de *ponderación*. En consecuencia, no se discutirá sobre el velo islámico en torno a un dilema si o no, sino sobre cómo y en qué circunstancias. Se rechazará, por ejemplo, su uso en las clases de gimnasia, no en aras de una vinculante uniformidad, sino porque los inevitables alfileres pueden poner en peligro otro derecho (la salud), o por tomar en consideración exigencias de higiene²⁶.

7. CRUCIFIJOS EN LAS ESCUELAS: JUSTICIA O TOLERANCIA

Esta ponderación, sin exigir relativismo alguno, se muestra cargada de historicidad. De ahí que, en una Europa que se sabe plural, el principio de subsidiariedad se haya reflejado en la necesidad del ya mentado Tribunal de salvaguardar el Convenio de Roma respetando a la vez un *margen de apreciación* por parte de los Estados miembros. Partiendo de la convicción de que “no es posible discernir a través de Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad”²⁷ se concede a los Estados cierta prudente prioridad a la hora de delimitar el ámbito de protección de los derechos en juego y, en consecuencia las exigencias del *orden público* europeo.

Se echó de menos esta actitud en la primera versión de la polémica sentencia sobre la presencia del crucifijo en las escuelas italianas. Parecía haber olvidado que “el papel de las autoridades en este caso no es suprimir la causa de las tensiones eliminado el pluralismo”²⁸, sino asegurarse que los grupos opuestos se muestran capaces de convivir. Ello llevó a denunciar la “paradoja de que educar para vivir en una sociedad pluralista exige que los ciudadanos sean instruidos en un ámbito del que esté desterrada la pluralidad”; se considera que “el vacío dejado en las paredes de las escuelas italianas es en sí mismo también una opción de carácter ideológico”, ya que “el ateísmo militante también es religiosamente coercitivo”²⁹. El Tribunal acabará concediendo que “el crucifijo adosado a la pared es un símbolo esencialmente pasivo”, por lo que de cara al principio de neutralidad “no cabría sin duda atribuirle una influencia sobre los alumnos

²⁶ Significativa al respecto la STEDH Kervanci c. Francia.

²⁷ STEDH en el caso Otto-Preminger Institut c. Austria.

²⁸ STEDH en caso Sahin c. Turquía.

²⁹ PAREJO, M.J., “La controversia sobre la exposición de símbolos religiosos en el orden público europeo”, cit., pp. 60 y 62.

comparable a la que pueda tener un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas”³⁰. En todo el cambio de actitud entre una y otra sentencia jugará un papel protagonista el *margen de apreciación* reconocido a los Estados, al constatarse la ausencia de un consenso europeo sobre el problema analizado³¹.

En el trasfondo de este escenario es fácil detectar la falta de respeto a los derechos que deriva del demagógico desconocimiento de la frontera entre *justicia y tolerancia*. Algunos políticos han tendido a identificar a la tolerancia con una generosa piñata de derechos. Transmiten así la idea de que los derechos son concesiones del poder y no resortes para su obligado control. Los derechos están vinculados a la justicia, que obliga a respetar a cada uno lo suyo; no tienen nada que ver con la tolerancia, que concede a alguien lo que, por falso o rechazable, ni cabe considerar suyo ni puede en consecuencia servir de fundamento a derecho alguno.

La existencia o no de derechos en juego reviste una particular relevancia. Se ha propuesto una curiosa distinción entre símbolos religiosos estáticos y dinámicos³². Estos últimos serían más bien los portados por los sujetos, mientras que los primeros ilustrarían o decorarían de un modo u otro espacios públicos. Creo que remitirse a la existencia o no de derechos podría aclarar mejor la situación. Todo ciudadano tiene derecho a portar los símbolos religiosos que considere oportunos, con una limitación ya señalada: no vulnerar un “orden público” que no tiene mucho que ver con el ordeno y mando. Por lo demás, su derecho puede verse ponderado con la entrada en juego de otros, aunque el respeto a la laicidad positiva le atribuye un *favor libertatis* que le situará en previsible ventaja.

Si no hablamos de ciudadanos sino de paredes o emplazamientos varios la situación puede resultar desconcertante. Nadie tiene derecho a poner un crucifijo, pero nadie tampoco a quitarlo³³. Cabría añadir algo más: no es lo mismo

³⁰ STDEH Lautsi c. Italia, 72.

³¹ Tras haber sido invocado por el gobierno rumano en apoyo del recurso italiano, así como por los treinta y tres miembros del Parlamento Europeo (STEDH Lautsi c. Italia, 49 y 56), el Tribunal aludirá a ello en los epígrafes 61, 69, 70, 76 y otros citados.

³² Cfr. CAÑAMARES, S., “Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 24 (2010), pp. 2 y 7.

³³ Se muestra de acuerdo Parejo: “el orden público paneuropeo no parece permitir que se pueda imponer a los alumnos y a sus padres la presencia de crucifijos o símbolos religiosos en las aulas en contra de su voluntad, aunque tampoco exige de forma general y absoluta su desaparición”. PAREJO, M.J., “La controversia sobre la exposición de símbolos religiosos en el orden público europeo”, cit., p. 82.

ponerlo que quitarlo: “no es lo mismo imponer un símbolo religioso ex novo con la intención de respaldar públicamente una determinada confesión religiosa, que mantener signos de identidad de contenido religioso que forman parte de la evolución histórica de una sociedad y de una institución”³⁴. Así lo entiende la definitiva sentencia sobre los crucifijos en las escuelas italianas, al remitir “la decisión de perpetuar o no una tradición” en principio “al margen de apreciación del Estado”³⁵.

8. EL DISCUTIDO SENTIDO DE LOS SÍMBOLOS

Sólo imponiendo confesionalmente una religión civil cabría considerar obligada la eliminación de símbolos. No nos hallamos ante un debate de justicia sino de tolerancia. Un consejo escolar no tiene autoridad para negar el uso del velo a una escolar, pero sí para decidir si se pondrá o no un belén navideño. Habrá que buscar un acuerdo razonable porque lo que hay en juego no es ni de uno ni de otro.

Cuando de la tolerancia pasamos a la ponderación de derechos la situación es bien distinta. La ya apuntada dificultad para que los poderes puedan dirimir el carácter religioso o no de un símbolo podría aparentemente encontrar solución remitiendo el veredicto a otra instancia. Parecería, por ejemplo, brindar resultados positivos asumir como criterio la apreciación que el símbolo merece en un concreto contexto social. Esto no hará sino plantear un nuevo problema. ¿Quién debe establecer con relevancia jurídica el auténtico sentido de un símbolo? Lo que determinada sociedad puede apreciar como una indudable muestra de opresión de la mujer puede entenderse por las portadoras del símbolo como una irrenunciable exhibición de la propia identidad cultural. ¿Quién otorga el derecho a establecer el significado de símbolos ajenos? La tensión entre una deseable integración social y la pura y dura asimilación genera complicaciones. Más aún cuando el relativismo de la perspectiva resulta tan obvio como para negar a una alumna la asistencia con velo islámico a un centro escolar regido por religiosas que cubren su cabeza con el propio de su congregación...

³⁴ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, cit., p. 392.

³⁵ STEDH Lautsi c. Italia, 68.

Esta autoatribución de competencia para captar el sentido auténtico de símbolos ajenos o establecer su obligada interpretación afectará inevitablemente a la libertad de expresión. La situación no es muy distinta a la que se produce cuando en un Estado, más que confesional teocrático, se interpreta como *blasfemia* la exhibición de símbolos de otra religión, atribuyéndole penas de notable gravedad. El fenómeno se ha convertido, con toda justicia, en el más elocuente arquetipo no ya de la intolerancia sino de la negación de la libertad religiosa³⁶.

Se suele atribuir una atávica cerrazón cultural de esos países la falta de sensibilidad ante hechos tan notorios. Valdría sin embargo la pena reflexionar sobre si no es muy distinta la actitud, suscrita hoy por algún que otro tribunal europeo, que lleva a descalificar como *fobia* discriminadora la mera expresión del propio código moral, casi siempre emparentado con la libertad religiosa o al menos con la ideológica. El dogmatismo de lo políticamente correcto resulta más chocante cuando nadie parece considerar discriminatorio calificar públicamente de inmoral al adulterio o a la poligamia, sin perjuicio del respeto personal que el considerado pecador deba continuar mereciendo, mientras se convierte en grave pecado civil la expresión de cualquier reparo moral a una relación homosexual, llegando a considerar como “interés del menor” de obligada protección su temprano adoctrinamiento al respecto³⁷. Entre religión civil y fundamentalismo no siempre parece haber mucha distancia, lo que llevará a poner en guardia ante el riesgo de “un Alzheimer histórico”, que pretendería convertir al Tribunal en cómplice de un “vandalismo cultural”³⁸.

³⁶ Ilustrativa al respecto la STEDH en el caso *Güzel c. Turquía*.

³⁷ Me refiero a la resolución de 28 de febrero de 2011 de la High Court de Londres negando a una pareja de esposos cristianos la acogida de niños que habían practicado en ocasiones anteriores, porque juzgan inaceptable el estilo de vida homosexual. Igualmente, como consecuencia de la Equality Act de 2007, se provocó el cierre de las agencias de adopción católicas, al excluir éstas la entrega de niños en adopción a parejas homosexuales.

³⁸ El juez Bonello que, en su voto concordante con la STEDH *Lautsi c. Italia*, no deja de mostrar su asombro al constatar que el mismo Tribunal que vetó la prohibición turca de la obra *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire, avalando sus “obscenidades transcendentales, con el pretexto de que formarían parte del patrimonio cultural europeo”, no hubiera concedido inicialmente similar trato al crucifijo (epígrafes 1.1, 1.4 y 4.1).

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.