

SÍMBOLOS RELIGIOSOS, DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHO OBJETIVO. REFLEXIONES EN TORNO A *LAUTSI*

FERNANDO SIMÓN YARZA *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ESTRASBURGO Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS.
- III. EL SIGNIFICADO CULTURAL DE LA RELIGIÓN.
- IV. SÍMBOLOS RELIGIOSOS, DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHO OBJETIVO.
- V. EL ARTÍCULO 9 CEDH Y LA *ESTABLISHMENT CLAUSE*.
- VI. *LAUTSI* EN PROSPECTIVA: POR LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO.

I. INTRODUCCIÓN

En marzo de 2011, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó una Sentencia¹ que ponía fin a uno de los casos más

* Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público e Instituciones Jurídicas Básicas, Universidad de Navarra, Pamplona, España.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto *Religión y Sociedad Civil*, del *Instituto Cultura y Sociedad* de la Universidad de Navarra. Algunas de las ideas aquí expuestas fueron discutidas con otros colegas en el Congreso Internacional «*The Changing Faces of Religion and Secularity*», organizado por el mencionado Instituto y celebrado en la *Harvard Law School* el 7 y 8 de junio de 2012.

¹ Sentencia del TEDH (Gran Sala) *Lautsi et autres c. Italie*, nº 30814/06, 18 de marzo de 2011.

impactantes de su historia reciente. Una decisión sobre la que han corrido ríos de tinta, y que sigue suscitando apasionadas controversias. Aun a riesgo de que la distancia temporal mengüe el interés por el asunto, escribir sobre *Lautsi* sigue siendo oportuno. Más aún, puede decirse que el tiempo hace madurar la reflexión y ponderar las opiniones sostenidas en los más variados foros —desde el sentir ciudadano hasta los simposios y escritos académicos, generales y especializados—, e incluso departir con algunos protagonistas. Además, un caso como *Lautsi*, en el que se hallan en juego problemas tan relevantes como el modelo de laicidad que queremos para Europa, la extensión de la libertad religiosa negativa o el significado constitucional de los intereses de las pequeñas comunidades, sigue siendo importante después del lapso de tiempo transcurrido.

Hecho este breve exordio, tal vez sea oportuno mostrar los cauces por los que discurrirá el presente trabajo. Tras una breve introducción de los hechos, se comentará en un epígrafe la *ratio decidendi* de la Sentencia de la Gran Sala, basada en el margen de apreciación de los Estados y en el respeto a su soberanía. Posteriormente, trataré de poner en claro la naturaleza de los intereses individuales y colectivos en juego en este caso, así como el orden de prelación que —desde mi punto de vista— habría de establecerse entre ellos. En íntima conexión con este punto, desarrollaré a continuación la tesis central de este trabajo, a saber, que estamos no tanto ante un conflicto de derechos subjetivos —esto es, ante una colisión de dos *status libertatis*— cuanto ante la definición en común del espacio público, algo que entiendo debería hacerse desde el *status procuratoris* de quien representa a la colectividad. Más allá del respeto a las convicciones ajenas, la concreción del principio de laicidad es, según se expondrá, una cuestión que atañe fundamentalmente al desarrollo del Derecho constitucional objetivo. Para ilustrar esta idea, aludiré en un epígrafe al debate suscitado en Estados Unidos sobre la distinta naturaleza que, desde su origen, quiso dársele a la *Free Exercise Clause* y a la *Establishment Clause*, ubicadas ambas en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. En fin, como conclusión del trabajo incoaré sucintamente una vía, basada en reglas de conflicto concretas, para solucionar —sin anticiparlos— aquellos problemas que pueden plantearse en una sociedad pluralista en relación con la presencia de símbolos religiosos en el espacio público.

Antes de entrar de lleno en las valoraciones de fondo, he de proceder, como se acaba de indicar, a hacer una breve síntesis del caso *Lautsi*, tal y como se planteó en el orden interno, y remarcar sus aspectos más relevantes.

El asunto procede de la demanda de la sra. Soile Lautsi, madre de dos alumnos que estudiaban en una escuela pública italiana, en la pared de cuyas aulas se exponía un crucifijo. En palabras del artículo 118 del del *Reglamento interno de enseñanza media*², «cada escuela tendrá una bandera nacional y cada aula tendrá un crucifijo y un retrato del Rey»; y según el artículo 119 del *Reglamento general de educación primaria*³, el crucifijo formará parte del «equipamiento y suministro necesario en las aulas de las escuelas». La sra. Lautsi, perteneciente a la *Unión de ateos y racionalistas agnósticos*, entendía que la presencia del crucifijo lesionaba su derecho a la libertad religiosa y a educar a sus hijos conforme a sus convicciones. Así lo hizo constar su marido en una reunión del consejo escolar celebrada en abril de 2002, en la que solicitó la retirada del crucifijo. Ante la negativa recibida, Soile Lautsi recurrió la decisión al Tribunal Administrativo de Veneto alegando la violación del principio de laicidad en conexión con el principio de igualdad (artículo 3 Constitución Italiana) y la libertad religiosa (artículo 19 CI), así como el artículo 9 CEDH y el principio de imparcialidad de la Administración pública (artículo 97 CI). En enero de 2004, el órgano judicial planteó una cuestión de constitucionalidad en relación con las normas indicadas, la cual fue inadmitida *a limine* por referirse a preceptos reglamentarios.

En marzo de 2005, el Tribunal Administrativo desestimó finalmente la demanda y declaró la validez de los reglamentos cuestionados. El Tribunal entendió que la presencia de crucifijos en escuelas públicas no quebranta la laicidad del Estado ya que, tratándose de un símbolo histórico y cultural cristiano, se halla ínsito en el sistema de valores que subyace en la Constitución Italiana. Ante esta decisión, la demandante apeló al Consejo de Estado —máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa— que, en abril de 2006, confirmó el pronunciamiento recurrido y corroboró la impronta cristiana de los valores que caracterizan la civilización y el orden constitucional italiano. Al decir del Alto Tribunal, el crucifijo posee, incluso desde una perspectiva secular distinta de la religiosa, una función educativa simbólica muy elevada, con independencia de la religión profesada por los pupilos.

Frustrados sus intentos ante la jurisdicción nacional, la Sra. Lautsi demandó a Italia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que falló a su favor el 3 de noviembre de 2009 y condenó a Italia por violar el artículo 2 del Protocolo 1º CEDH (derecho de los padres a elegir la enseñanza de los hijos),

² RD 965, de 30 de abril de 1924.

³ RD 1297, de 26 abril 1928.

junto con el artículo 9 CEDH (derecho a la libertad religiosa). La Sala consideró la exhibición del símbolo religioso como una restricción de la libertad negativa de la recurrente contraria a la neutralidad del Estado en materia religiosa y lesiva, por lo tanto, de los derechos del Convenio. Al abrigo del artículo 43.1 y 43.2 del Convenio, el gobierno italiano solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala, que accedió a su petición el 1 de marzo de 2010 y, en Sentencia de 18 de marzo de 2011, revocó el primer pronunciamiento.

Entre las circunstancias relevantes del caso, conviene remarcar que el crucifijo en las escuelas italianas de educación primaria y secundaria estaba previsto en dos decretos gubernativos de 1924 y 1928, lo cual pone de manifiesto una larga tradición, reflejada, eso sí, en una normativa carente de origen democrático⁴. El procedimiento judicial vino precedido, de otro lado, por una decisión del consejo escolar del centro ampliamente favorable a mantener el crucifijo en el aula —diez votos contra dos y una abstención. En cuanto al procedimiento en Estrasburgo, lo más llamativo fue el contraste entre la opinión unánime (siete a cero) de la Sala que condenó a Italia y la Sentencia revocatoria de la Gran Sala, aprobada por quince votos contra dos. La trascendencia política del caso fue alimentada por las críticas del Gobierno Italiano, y se vio confirmada con la presencia de decenas de periodistas en la vista oral ante la Gran Sala, en la que el profesor J. H. H. Weiler, de la Universidad de Nueva York, representó *pro bono* a ocho estados que, en calidad de coadyuvantes, solicitaron la revocación de la primera Sentencia.

¿Por qué aquella primera decisión abrió tal herida en el Estado condenado y suscitó esta reacción de numerosas Altas Partes del Convenio? ¿A qué se debió el desequilibrio de votos entre uno y otro pronunciamiento? ¿Cómo es posible que la libertad religiosa signifique tan claramente algo para la Sala y, al cabo de poco más de un año, sea tan patente lo contrario para la Gran Sala? La perplejidad que causan estas cuestiones constituye un buen punto de partida para una reflexión serena cuyos resultados trataremos de sintetizar en los siguientes apartados.

II. ESTRASBURGO Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

En su segunda decisión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apoyó la revocación de la Sentencia de la Sala en el margen de apreciación de

⁴ Así lo subraya con acierto, v. gr., BARRERO ORTEGA, A., «El caso *Lautsi*: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, enero-abril 2012, p. 394.

los Estados y en la falta de consenso en Europa acerca de la cuestión que se planteaba. No es aventurado ver en ello un cierto reconocimiento —aunque sin llegar a retractarse de su propia concepción de la laicidad— de la tesis central del alegato de Weiler, a saber, que no era a Estrasburgo a quien competía definir el modelo de laicidad de los diferentes Estados europeos. El catedrático neoyorkino había expresado su opinión con gran dureza apenas se conoció la primera Sentencia en un editorial del *European Journal of International Law*. La clave de su argumento, como quizás se recuerda, residía en la falta de sensibilidad de la Sala para reconocer la pluralidad europea en materia religiosa: su decisión sería comprensible si procediese del Consejo Constitucional francés o del Tribunal Supremo de Estados Unidos, pero no de un Alto Tribunal Europeo⁵. Es ésta una opinión que no puede calificarse como novedosa. En Alemania —donde un caso similar fue objeto de una resolución más matizada en 1995⁶—, el papel de Estrasburgo en la definición de la neutralidad y la cooperación ya había sido discutido, v. gr., en la Reunión anual de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, celebrada en Heidelberg en 1999. En un contexto eminentemente académico, alejado de la polémica que rodea a un caso concreto, una de las tesis que mayor acuerdo suscitó entre los presentes fue, precisamente, que el Derecho eclesiástico y religioso —un «derecho simbólico», como fue denominado por G. Robbers⁷— se halla caracterizado nacionalmente⁸, y no se puede reconducir automáticamente al plano supranacional de los derechos humanos. De un modo general se afirmó, respecto al Tribunal de Estrasburgo, que la transferibilidad de su jurisprudencia es limitada, dada su función de tribunal internacional y dado el predominio del caso concreto. Y en relación con su doctrina en materia religiosa se declaró, más precisamente, que la diversidad de posturas constitucionales en torno al fenómeno religioso da lugar a un mosaico plural valioso, cuya protección está confiada a la responsabilidad de cada Estado⁹. Más recientemente, la cuestión ha vuelto a ser elegida en una

⁵ Vid. WEILER, J. H. H., «Editorial. Crucifix in the Classroom Redux», *European Journal of International Law*, Vol. 21, n. 1, pp. 1-2.

⁶ Vid. STCF 93, 1 (*Kruzifix-Beschluss*), de 16 de mayo de 1995, a la que nos referiremos más adelante.

⁷ «Religionsrecht ist symbolisches Recht» [ROBBERS, G., *Staat und Religion*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 59, De Gruyter, Berlín, 2000, p. 259].

⁸ ISENSEE, J., *VVDStRL*, 59, *cit.*, p. 324 (Aussprache).

⁹ En concreto, se afirmó que «la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no se puede compatibilizar con una imagen de Europa que persiga la nivelación regional y es-

nueva Reunión, y relevantes autores como C. Möllers han vuelto a insistir en la legitimación democrática del Derecho religioso y en lo inconveniente de suprimir las diferencias legítimas a través del Convenio¹⁰.

Estas observaciones no pueden conducir, obviamente, a una claudicación de las argumentaciones de derechos humanos en materia religiosa, sino a la necesidad de distinguir apropiadamente lo que constituye la *libertad negativa* que ha de asegurarse como estándar mínimo en los estados del Convenio de lo que forma parte, por el contrario, de la *lícita expresión simbólica* de un país. Aplicando estas consideraciones al caso *Lautsi*, ¿puede afirmarse que la presencia del crucifijo en las aulas vulnera, *stricto sensu*, el estándar mínimo de tutela de los derechos humanos del Convenio? En la respuesta a esta pregunta reside una primera aclaración de las perplejidades con que abrimos el artículo. Varios autores reconocidos habían alabado, desde luego, la primera Sentencia, al considerarla fundadamente como un corolario del principio de laicidad¹¹. Es dudoso, sin embargo, que sea misión del Tribunal de Estrasburgo ofrecer una definición acabada de este principio. El primer argumento, *de naturaleza estrictamente empírica*, para abogar por el *self-restraint*, fue el que de hecho utilizó la Gran Sala para rectificar la decisión impugnada, a saber, la ausencia de un consenso europeo suficiente y el consiguiente *margen de apreciación* de los estados. *Lautsi I* ponía en entredicho, en cierto modo, la simbología nacional de numerosos países europeos que exhiben la cruz en sus banderas, cantan a Dios en sus himnos o invocan a la Santísima

tatal. También la Constitución del Estado individual requiere del apoyo estatal que la asegure para conservar la diversidad religiosa a través de los estados miembros, dentro de la fiabilidad exigida por el CEDH» (FIEDLER, W., *VVDStRL*, 59, *cit.*, p. 228).

¹⁰ Según Möller, «el Derecho religioso funciona en numerosos ordenamientos también como Derecho de organización legitimado democráticamente», y «el Derecho internacional asume la garantía de unos estándares mínimos, mas no la homogeneización del sistema en su conjunto» (MÖLLER, C., *Religiöse Freiheit als Gefahr?*, en *VVDStRL*, 68, De Gruyter, Berlín, 2009, p. 93).

¹¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Símbolos religiosos en actos y espacios públicos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 16, 2010, p. 67. *Vid.* también, favorables a la Sentencia de la Sala, v. gr. BARRERO ORTEGA, A., «El caso *Lautsi*: la cara y la cruz», *cit.*, p. 391; SALAZAR BENÍTEZ, O., «Símbolos religiosos y espacio público», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G., y RUIZ RUIZ, J. J. (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 200-201; y LOZANO CONTRERAS, F., «TEDH – Sentencia de 03.11.2009, S. Lautsi c. Italia, 30814/06 – Artículo 9 CEDH – Protocolo n.º 1º – La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, 35, 2010, p. 232.

Trinidad en sus constituciones¹². No son mayoría, ciertamente, los Estados en cuyas escuelas públicas se exhiben símbolos religiosos, y existen pronunciamientos de altos tribunales nacionales que los proscriben. Ello no quiere decir, de todos modos, que en los países cuya cultura se encuentra entretejida con lo religioso no se respete el estándar común que el Convenio requiere. No sería del todo acertado —desde mi punto de vista— objetar a ello la decisión del Constituyente italiano a favor de la aconfesionalidad¹³, y ello porque no es misión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretar y, por ende, «concretizar» dicha decisión. Fue esto lo que realizó la Sala Segunda al preguntarse inmediatamente por el significado de la laicidad, mientras que sólo la Gran Sala elucidó la cuestión preliminar de los límites funcionales de su jurisdicción¹⁴.

Cabría plantearse si *las especialidades del proceso educativo* exigirían a estos países evitar toda simbología religiosa en las escuelas. Se ha dicho con acierto que la escuela es un espacio crucial para la formación de las personas en la libertad¹⁵. Los alumnos se hallan en la escuela, en efecto, como *educandos* en un proceso formativo, y dicho proceso debe fomentar la tolerancia para permitir el libre desarrollo de la personalidad, máxime en un contexto cultural pluralista. Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, la educación en el diálogo es esencial para participar democráticamente en las decisiones públicas¹⁶. Entiendo que no se puede inferir de este postulado —y el

¹² Da cuenta de esta diversidad, i. a., CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010, pp. 11 y ss.

¹³ Vid. en tal sentido, v. gr., BARRERO ORTEGA, «El caso *Lautsi*: la cara y la cruz», *cit.*, pp.392-393.

¹⁴ Sobre la interpretación como «concretización», *vid.* más ampliamente HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, 20ª edición, 1999, Heidelberg, pp. 24 y ss. (§§ 60 y ss.); sobre los límites funcionales de la jurisdicción, *vid. mutatis mutandis*, para la jurisdicción constitucional, las pp. 242 y ss. (§§ 568 y ss.)

¹⁵ Como sostiene el profesor Aláez, estamos ante «un ámbito especialmente sensible», en el que las reglas y principios constitucionales tratan de «garantizar la formación de individuos con plena capacidad para poder ejercer los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce» y que les permite, siguiendo las categorías de Luhmann, «construir diversos sistemas sociales de comunicación» (ALÁEZ CORRAL, B., «Símbolos religiosos y derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 2003, p. 90).

¹⁶ Más exactamente, el Alto Tribunal alemán ha afirmado que «el deber general de educación» se dirige a «la formación de ciudadanos responsables, que participan con igual derecho en los procesos democráticos en una sociedad pluralista»; y ha de posibilitar, en

Tribunal Constitucional Federal nunca lo ha hecho— que la presencia de símbolos religiosos entrañe necesariamente una falta de respeto o dificulte dicho marco de tolerancia, especialmente en países donde tales símbolos se consideran una fuente generadora de valores seculares¹⁷. Al contrario, no es del todo aventurado sostener que una generalización así corre el riesgo de ser percibida como poco tolerante, sobre todo por minorías particularmente identificadas con los símbolos cuestionados.

Otro argumento, *de naturaleza normativa*, a favor del *self-restraint*, se apoya en un postulado que, subrayado por numerosos autores, requiere alguna explicación para no ser utilizado falazmente: a saber, que la prohibición del crucifijo no es menos neutral que su presencia. Evidentemente, *la ausencia* del crucifijo es más neutral que su presencia, en la medida en que el *muro bianco* —como gráficamente se le ha llamado en Italia— carece de significado simbólico. Ahora bien, si es cierto que la pared desnuda es neutral, la decisión pública que lleva a cabo la *interdicción* del crucifijo constituye una opción positiva por un espacio público carente de símbolos de naturaleza religiosa, o lo que es lo mismo, la opción positiva por la *laïcité*, cuya carga secularizadora es más fuerte que el binomio alemán, también secular, de *Neutralität-Kooperation*. Ambos modelos son compatibles con la libertad religiosa. Por más que pueda reivindicarse legítimamente el modelo de laicidad defendido en la primera decisión de la Sala, no se puede decir que éste sea estrictamente neutral ni que se encuentre libre de condicionamientos culturales valorativos¹⁸. En este sentido, no es sorprendente encontrar autores que, defendiendo su superioridad, nieguen explícitamente su falta de neutralidad¹⁹. En definitiva, ambos modelos pueden coexistir pacíficamente —y de hecho coexisten— con los requerimientos de los derechos humanos. Resuelta en algunos países, la opción por uno u otro modelo es una *quæstio disputata* en

consecuencia, la «capacidad de diálogo como presupuesto fundamental del proceso de formación de la voluntad democrática» (ATCF de 31 de mayo de 2006, §§ 16 y 18).

¹⁷ En sentido distinto, *vid. v. gr.* SALAZAR BENÍTEZ, O., «Símbolos religiosos y espacio público», *cit.*, p. 200; y BARRERO ORTEGA, A., «El *via crucis* judicial de unos padres quisquillosos», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G., y RUIZ RUIZ, J. J. (dirs.), *cit.*, p. 222. Sobre la apropiación y traducción secular de ideas religiosas, *vid.* HABERMAS, J., «Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?», en HABERMAS/RATZINGER, *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion*, Herder, Friburgo de Brisgovia, 2005, pp. 31 y ss.

¹⁸ *Vid.* la opinión concurrente del Juez Power.

¹⁹ *Vid.* en esta dirección PIRET, J.-M., «A Wise Return to Judicial Restraint», *Religion and Human Rights (BRILL)*, 6, 2011, pp. 276-277.

otros muchos. En todo caso, no parece —a mi juicio— que esta pugna se deba zanjar en el ámbito de los derechos humanos.

III. EL SIGNIFICADO CULTURAL DE LA RELIGIÓN

Una segunda reflexión ha de abordar la relación entre lo cultural y lo religioso. Como seguramente se recuerda, la primera Sentencia del caso *Lautsi* apoyó su condena a Italia en el carácter predominantemente religioso del crucifijo frente a otros significados que, además, pudiera otorgársele²⁰. Tampoco la Sentencia de la Gran Sala tomó entre sus argumentos el del valor cultural de este símbolo. No obstante, dado que esta idea fue la principal de las objeciones que se le hizo a la primera Sentencia —tanto por parte de los recurrentes como del juez Bonello²¹ y de algunos académicos²²— sería un error pasarla por alto.

En un penetrante trabajo relativamente reciente, K.-H. Ladeur ha tratado de distinguir entre los aspectos subjetivos y trans-subjetivos de la libertad religiosa. Según este prestigioso teórico del Derecho, más allá del «verdadero núcleo de la neutralidad» (*the true kernel of neutrality*), que prohíbe al Estado identificarse con ideas religiosas y discriminar a las minorías o a los no creyentes, existe una cierta tendencia a la *individualización* y a la *exculturación* de lo religioso²³. Sin perjuicio del carácter personal de toda convicción religiosa y de la interdicción constitucional de toda coacción, no se puede desdeñar, por una parte, el sentido comunitario de la religión y la imposibilidad de sustraer completamente sus expresiones de la vida pública (*individualización*). Y sin que sea lícito infravalorar la naturaleza esencialmente religiosa de símbolos como el crucifijo, tampoco se puede minusvalorar su significado para la memoria colectiva (*exculturación*).

²⁰ *Lautsi I*, §§ 5-52.

²¹ Según el Juez italiano, «un tribunal de derechos humanos no puede dejarse vencer por un alzheimer histórico. No tiene el derecho a desdeñar la continuidad cultural de la trayectoria de una nación a través del tiempo, ni olvidar lo que a lo largo de los siglos ha contribuido a modelar y definir el perfil de un pueblo. Ningún tribunal supranacional debe sustituir con sus propios modelos éticos las cualidades que la historia ha impreso a la identidad nacional» (*Lautsi II*, Opinión concordante del Juez Bonello, § 1.1; *vid.* también § 1.4).

²² *Vid.* por todas, la opinión de NAVARRO-VALLS en «Lautsi contra Lautsi», *Revista General de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, 2011.

²³ LADEUR, K.-H., «The myth of the neutral state and the individualization of religion: the relationship between state and religion in the face of fundamentalism», *Cardozo Law Review*, Vol. 30-6, 2009, pp. 2451 y ss. y 2459 y ss.

La discusión sobre los presupuestos constitucionales y políticos anteriores al texto constitucional mismo es tradicional en Alemania²⁴, donde ha conitado el debate de algunas de sus figuras intelectuales más relevantes (Böckenförde, Habermas, Ratzinger, etc.). Es bien conocido el apotegma de Böckenförde según el cual «el Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar»²⁵. Una tesis similar ha sido mantenida por la teología post-liberal protestante, en especial por el teólogo luterano G. A. Lindbeck²⁶. Son, por lo demás, opiniones que poco añaden a lo que, a lo largo de la historia, han postulado numerosos pensadores²⁷ y estadistas²⁸.

Para criticar la «autoconstrucción de la identidad» no es preciso pronunciarse, de todos modos, sobre la controvertida tesis de la suficiencia del proceso democrático en la generación de valores, sino que basta con reconocerse a uno mismo en el *factum* de unos presupuestos culturales heredados. Que la religión forma parte de esos presupuestos culturales es un hecho, y sustraerlo coercitivamente del espacio público es una forma explícita de renunciar a él. Al margen del sentido —positivo o negativo— que revista, ninguna decisión que tenga por objeto regular los símbolos religiosos puede ser indiferente para la memoria colectiva. En referencia al significado normativo de permitir ha exhibición del crucifijo en las escuelas, Ladeur ha subrayado el

²⁴ No en vano, a esta cuestión fue dedicada la Reunión anual de profesores de Derecho público de 2008 (*Erosion von Verfassungsvoraussetzungen*, VVDStRL, 68, De Gruyter, 2009).

²⁵ BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation», publicado por vez primera en VV.AA., *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1967, pp. 75-94; citado según su compilación de trabajos en *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, 2ª edición, Francfort del Meno, 2006, p. 112.

²⁶ Apoyándose en «algunos de los más agnósticos fundadores de la república americana», sostiene Lindbeck que la «sociedad abierta» necesita comunidades religiosas en el proceso de inculcar los «absolutos morales» y «doctrinales» necesarios para mantener su propia apertura (LINDBECK, G., *The Nature of Doctrine: Religion and Theology in a Postliberal Age*, Westminster John Knox Press, Louisville, 1984, p. 78).

²⁷ Vid. por todos, el capítulo de *De la démocratie en Amérique*, II, I, V («Comment, aux Etats-Unis, la religion sait se servir des instincts démocratiques»), en TOCQUEVILLE, A., *Œuvres*, Vol. II, Gallimard, París, 1992, pp. 530 y ss.

²⁸ En el célebre *Farewell Address*, v. gr., George Washington sentenció que «se conceda lo que se conceda a la influencia de la educación refinada en mentes de estructura singular, la razón y la experiencia nos prohíben esperar que la moralidad nacional pueda prevalecer con la exclusión del principio religioso» [WASHINGTON, G., *A Collection* (ed. W. B. ALLEN), Liberty Fund, Indianápolis, 1988, p. 521].

carácter «inconsciente» de los presupuestos culturales, que no pueden concebirse estrictamente como obligaciones que presupongan siempre el consentimiento del adulto individual²⁹. De un lado, la responsabilidad por legar una cultura requiere que las generaciones maduras actuales anticipen constantemente el asentimiento de los menores y de las generaciones futuras³⁰. De otro, allí donde hay una cultura compartida existen símbolos, y no se puede exigir que la colectividad renuncie a ellos en interés de la libertad ideológica de quienes no los comparten. ¿Por qué, en el caso de los símbolos religiosos, ha de resolverse la tensión en beneficio del interés individual frente al colectivo? El objeto de la decisión sobre la presencia de un símbolo religioso no es tanto la libertad religiosa como derecho humano cuanto el contenido de *la misma cultura* compartida. Por sus implicaciones culturales, una *decisión* al respecto no puede tildarse de neutral, sea del signo que sea.

IV. SÍMBOLOS RELIGIOSOS, DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHO OBJETIVO

Las reflexiones esbozadas sobre el significado cultural y religioso de los símbolos nos conducen al quicio del caso *Lautsi*, que no es sino la distinción entre el ámbito de los derechos subjetivos y el de los principios jurídicos objetivos. Aquí se revelan con toda claridad, a mi juicio, las deficiencias de la perspectiva individualista de los derechos para definir el papel de los símbolos en la vida colectiva. Ni la exhibición ni la ausencia de símbolos religiosos debería problematizarse *a priori*, sin posibilidades de ulterior consideración, desde la dimensión negativa del derecho humano. Se trata de un asunto que se explica a partir de las precondiciones o presupuestos culturales, ámbito sobre el que las instancias locales tienen, como hemos apuntado, una visión más clara que un órgano supranacional.

²⁹ «‘Las precondiciones constitucionales’ tienen principalmente un carácter inconsciente; son ‘huellas’ del pasado, que han de interpretarse y adaptarse una y otra vez a las condiciones cambiantes de la reproducción cultural, pero no son normas en el sentido estricto de que siempre presupongan al adulto individual como sujeto de elección y destinatario de obligaciones» (LADEUR, K.-H., «The myth of the neutral state and the individualization of religion», *loc. cit.*, p. 2461).

³⁰ Sobre la anticipación de las decisiones de los afectados no participantes en la discusión política, *vid.* más ampliamente SPAEMANN, R., «Die Utopie der Herrschaftsfreiheit», en *Zur Kritik der politischen Utopie*, Klett, Stuttgart, 1977, p. 122; *vid.* también, del mismo autor, «Technische Eingriffe in die Natur als Problem der politischen Ethik», *Scheidewege*, 9/4, 1979, pp. 482.

La cuestión no queda resuelta, sin embargo, con la sola diferenciación de esferas de decisión *nacional* y *supranacional*. En efecto, la pertenencia de los símbolos a la legítima esfera de decisión de la comunidad sugiere una nueva diferenciación de competencias entre el *individuo* y la *colectividad*. Ciertamente, no se puede soslayar la necesidad de solucionar adecuadamente los conflictos que se planteen —volveremos sobre ello en la última reflexión—; ahora bien, tampoco se puede sustraer la decisión sobre la regla y el conflicto a las instancias competentes. A diferencia de lo que sucede con otros ámbitos, parece que, en el que tiene por objeto «lo religioso», la libertad negativa erige unas pretensiones muy amplias, a veces excesivas, que podrían entrar en conflicto con la legítima expresión simbólica de la colectividad. Nos encontramos ante pretensiones encontradas, que amenazan difuminar los linderos que separan la autonomía del individuo de la legítima capacidad política de la sociedad.

Para subrayar la densidad política de la cuestión, es oportuno aludir al sugerente intento de Attracta Ingram de fundar las libertades individuales en una autonomía entendida como «autogobierno» (*self-government*), y no como «propiedad» (*self-ownership*)³¹. Con ello se enfatiza la dimensión política de los derechos, que ponen en manos del individuo un «bien jurídico», como suele llamarlo la doctrina y la jurisprudencia. La cuestión que hemos de plantearnos es si la autonomía del individuo, entendida como *self-government*, puede sustraer la decisión sobre los símbolos religiosos al *self-government* de la sociedad.

Nuestra respuesta ya ha sido anticipada en cierto modo al referirnos al significado cultural de los símbolos. Con la categoría del «símbolo pasivo» —poco feliz, pero expresiva de su inocuidad— la Gran Sala vino a reconocer que el crucifijo no entraña ninguna injerencia en la libertad negativa de los alumnos. La inocuidad del símbolo religioso no se debe, sin embargo, a un supuesto carácter «pasivo» que evidentemente no posee, sino más bien a su inaptitud para lesionar un interés subjetivo subsumible en la libertad religiosa. Concebida como un interés individual, la pretensión de la señora Lautsi tiene por objeto el de no ser confrontada con un símbolo religioso, mas dicha confrontación es ineludible en el espacio público de cualquier sociedad abierta, y no puede ser suficiente, en consecuencia, para declarar lesionada la libertad religiosa. ¿Puede hablarse realmente, como parte de la libertad religiosa negativa, de un derecho humano o fundamental a no exponer

³¹ Vid. INGRAM, A., *A Political Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 17 y ss., 168 y ss. y 214 y ss.

a los niños a símbolos religiosos³²? A mi modo de ver, en una sociedad abierta esta pretensión haría insoslayable la discriminación, al hacer necesaria una decisión sobre los símbolos cuya presencia en la aulas atenta contra los derechos humanos. K.-H. Ladeur ha asociado esta reacción subjetiva al crucifijo a una «*problématique* de la post-modernidad» que, según él, eleva la libertad religiosa negativa más allá de la tutela frente a injerencias en sentido estricto y la convierte en un derecho a la no confrontación con la trascendencia religiosa en el espacio colectivo³³.

Una segunda interpretación de las pretensiones de Lautsi consiste en basarlas no en un puro interés estrictamente individual —la pretensión de «no ser confrontado con el símbolo religioso»— sino en el interés por un espacio público laico o secular —en el sentido de libre de signos religiosos. El objeto de esta pretensión, sin embargo, ya no puede adscribirse al *self-government* de la señora Lautsi, sino que se trata de una decisión que compete a la comunidad. Difícilmente se puede cuestionar que los miembros de grupos que comparten una historia, religión y cultura social tienen un interés fundamental en adherirse a su religión y cultura y en sostenerla durante las generaciones³⁴. Congruentemente, la definición de los símbolos culturales de la comunidad no puede llevarse a cabo desde ningún *status libertatis* individual, sino sólo desde el *status procuratoris* de quien representa a dicha comunidad³⁵. Si el objeto sobre el que se había de decidir era la pertinencia de una referencia cultural en el aula como espacio público, y dicha decisión no lesionaba un interés subjetivo preferente, el interés de la mayoría de los alumnos —representado por sus padres— en tener un crucifijo en la pared no podía verse menoscabado por el interés subjetivo no iusfundamental de los hijos de la señora Lautsi. Y es que, a mi juicio, el interés de Lautsi no es, en este caso, el interés individual

³² Cfr. en tal sentido MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Símbolos religiosos en actos y espacios institucionales», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, p. 71.

³³ La libertad negativa se convierte, según Ladeur, «en un derecho a no ser confrontado con lo *Otro* de la trascendencia transfigurada por símbolos religiosos en la esfera pública» (LADEUR, K.-H., «The myth of the neutral state and the individualization of religion», *cit.*, p. 2464).

³⁴ GANS, CH., *The Limits of Nationalism*, *cit.* en DANCHIN, P. G., «Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law», *The Yale Journal of International Law*, 33:1, 2008, p. 20.

³⁵ Sobre la distinción entre *status libertatis* y *status procuratoris*, *vid.* SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid, 2012, pp. 69 y ss. (§ 1.3.2.2).

prevalente en que se respeten sus convicciones, sino el interés en un espacio público laico. Identificar el interés de Lautsi en *un espacio público laico* con su interés en el *respeto a sus convicciones* sería tanto como identificar el interés del consejo escolar en *un espacio público con un símbolo religioso* con el *respeto a las suyas*. Honestamente, entiendo que este modo de enfocar el problema no es acertado, porque el interés en juego no tiene por objeto en ningún caso el respeto de unas convicciones sino la realización colectiva de dichas convicciones mediante la configuración simbólica del espacio común.

No queda todo dicho con ello, sin embargo, puesto que el interés de la comunidad educativa habría de ceder —esta vez sí— ante un interés más general, atribuible a la comunidad política en su conjunto. El interés de la clase (representado por los padres de los alumnos) o del centro (representado por el consejo escolar), fácilmente oponible a Soile Lausi, sería más difícil de alegar frente a un interés público plasmado en la ley. En un modelo político de *laïcité*, la separación estricta haría que el interés local ya no pudiese prevalecer apelando al *status procuratoris*³⁶. En un contexto semejante tampoco habría de hablarse, de todos modos, de un derecho fundamental a la «ausencia de símbolos» sino, más bien, de un principio constitucional objetivo en tal dirección³⁷. Y es que si bien es cierto que, en los países donde es adoptada, la separación estricta se concibe como instrumento al servicio de la libertad religiosa, continúa siendo un principio objetivo que no está necesariamente incluido en aquélla. En este sentido, la referencia a un modelo

³⁶ Ello sólo cabría desde una argumentación —más difícil, sin duda— basada en la comprensión institucional de los derechos fundamentales. Una interpretación semejante sería posible, v. gr., desde las categorías de NIKLAS LUHMANN, atendiendo a la autonomía de decisión de las pequeñas comunidades (*vid. Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, pp. 23-25). En nuestro país, autores como Fernando Rey se han referido con acierto a las dificultades de encajar un derecho semejante en la Constitución (*vid. REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?», Revista Jurídica de Castilla y León, 27, Mayo 2012, p. 25*). En todo caso, me parecería injusto negar la prevalencia *prima facie* del interés de la comunidad en la definición del espacio público frente al interés puramente individual.

³⁷ El interés individual en la realización de semejante principio no llegaría a alcanzar la cualidad de derecho subjetivo autónomo, sino que ostentaría —dentro de los límites del desarrollo legal del principio— el carácter de interés legítimo o de «derecho subjetivo reaccional» (GONZÁLEZ CANO, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo: especial consideración de los intereses legítimos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 37; *vid. también GÓMEZ MONTORO, Á. J., «El interés legítimo para recurrir en amparo», Cuestiones Constitucionales, 9, 2003, pp. 160-164; y SIMÓN YARZA, F., cit. pp. 76-77*).

determinado de *laicidad* como dimensión objetiva de la *libertad religiosa*, aunque subraya las conexiones que median entre uno y otro principio, puede perder de vista el carácter *objetivo* del primero³⁸.

Resulta ilustrativa, en relación con la distinción entre el *principio objetivo* y el *derecho subjetivo*, la deferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a las prohibiciones del velo en países como Turquía o Francia, una actitud que sólo podría legitimarse desde el interés colectivo en la seguridad pública en determinadas relaciones³⁹ o, en un contexto algo más amplio, desde el interés por la *laïcité* como forma comunitaria de organización social. En casos como *Leyla Çahin c. Turquía*, de 29 de junio de 2004, o *Dogru c. Francia* y *Kervanci c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, el principio aplicado por el Tribunal de Estrasburgo para justificar las restricciones del velo no es propiamente un derecho individual a la laicidad —entendida como corolario de la libertad religiosa del artículo 9 CEDH. Pese a los reparos que indudablemente suscitan estas decisiones, conviene advertir que el fundamento al que recurren es el interés de Francia —reputado como legítimo por el Alto Tribunal— en circunscribir la libertad religiosa hasta extremos que la hagan compatible con su carácter secular. En definitiva, la laicidad que se aplica se hace derivar no de la libertad religiosa, sino de un interés de la comunidad⁴⁰. Y, paradójicamente, entre los mismos reparos que generan estas sentencias, algunos no derivan de una pretensión puramente *individualista* sino del deseo de desarrollar, incluso en minoría, un *modus vivendi* conforme a la propia cultura⁴¹. La perspectiva individualista ofrece,

³⁸ Desde una postura distinta, tendente a conectar intensamente el principio objetivo y el derecho fundamental, *vid. v. gr.* el tratamiento de PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Mandato de neutralidad de las instituciones públicas y simbología religiosa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, enero-abril 2012, en especial las pp. 349.

³⁹ *Vid.* al respecto la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Morsli c. Francia*, de 4 de marzo de 2008; más ampliamente, *v. gr.*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Los atuendos de significado religioso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 13, Mayo 2010, pp. 17-18.

⁴⁰ No es ocioso advertir que, en el seno de la propia Francia, se han reconocido excepciones al principio de laicidad sobre la base, una vez más, no de derechos individuales sino de especificidades culturales —así sucede, *v. gr.*, con la Alsacia-Mosela, que fue excepcionada del régimen general de *laïcité* en 1905. *Vid.* más ampliamente DANCHIN, P. G., «Suspect Symbols», *cit.*, pp. 23-24; también se hace eco de ello PAREJO GUZMÁN, M. J., en «Reflexiones en torno a Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37 (2010), p. 873.

⁴¹ Hasta cierto punto, coincido con Talal Asad en que «los derechos de las minorías no son derivables de una teoría de la ciudadanía: el *status* está conectado con la perte-

pues, una comprensión deficiente tanto de los intereses legítimos de una nación como de la inclusión de minorías en su seno, y dificulta al mismo tiempo la articulación pacífica del pluralismo.

V. EL ARTÍCULO 9 CEDH Y LA *ESTABLISHMENT CLAUSE*

Para ampliar la perspectiva de enjuiciamiento de *Lautsi* y poder realizar una valoración más completa del tratamiento europeo de los símbolos religiosos, resulta muy sugerente considerar el enfoque recibido por esta cuestión en los Estados Unidos. En este país, la Primera Enmienda ocupa un lugar preeminente en la Constitución y encabeza, no sólo en la letra, el *Bill of Rights*⁴². En lo que respecta a la fe, la Primera Enmienda contiene dos prescripciones fundamentales: la *Free Exercise Clause*, que reconoce la libertad religiosa, y la *Establishment Clause*, que prohíbe el establecimiento de una religión oficial. Esta última cláusula está particularmente influida por la experiencia de los privilegios de la Iglesia anglicana en Inglaterra, y se asocia con frecuencia al levantamiento, postulado por Jefferson, de un «muro de separación» entre la Iglesia y el Estado⁴³. Así lo sostuvo precisamente la Sentencia *Everson v. Board of Education*, de 10 de febrero de 1947, que aplicó por primera vez la norma frente a los estados: «La Primera Enmienda ha erigido un muro entre Iglesia y Estado. Ese muro debe mantenerse alto e inexpugnable»⁴⁴.

En los años setenta del pasado siglo, el contenido de la *Establishment Clause* fue resumido en el triple *test* de *Lemon v. Kurtzman* (1971), que requiere de toda medida pública: 1) que tenga un fin secular (*secular purpose*);

nencia a un grupo *histórico*, no a una clase abstracta de ciudadanos» (ASAD, T., *Formation of the Secular: Cristianity, Islam, Modernity*, 2003, p. 176; *cit.* en DANCHIN, P. G., «Suspect Symbols», *cit.*, p. 38).

⁴² Sobre la teoría de la posición preferente de los derechos de la Primera Enmienda, *vid.* muy resumidamente HALL, K. L. (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, 2ª ed., Nueva York, 2005, p. 769.

⁴³ «Letter to Messrs. Nehemiah Dodge and Others, a Committee of the Danbury Baptist Association (Jan. 1, 1802)», en JEFFERSON, T., *Writings*, Library of America, Nueva York, 1994, p. 510. La carta de Jefferson se enmarca en la campaña de resistencia de Virginia —encabezada por Madison y por el propio Hamilton— frente al intento de fijar un impuesto para sostener a los ministros y las iglesias. Sobre los antecedentes históricos de la Primera Enmienda, *vid.* i. a. NOONAN, J., GAFFNE, E., *Religious Freedom*, Foundation Press, 3ª ed., Nueva York, 2011, pp. 506 y ss.

⁴⁴ 330 U.S. 1, p. 18.

2) que no favorezca ni inhiba la fe (*secular effect*); y 3) que no suponga un excesivo entrelazamiento entre Iglesia y Estado (*prohibition of excessive entanglement*). Hasta 1980, el Tribunal Supremo rehusó conocer casos relativos a los símbolos religiosos, respetando la decisión de los estados en la materia. Fue en ese año cuando el Alto Tribunal resolvió por primera y última vez un asunto sobre los símbolos religiosos en colegios públicos en *Stone v. Gram*. Aplicando el *lemon test*, declaró contraria a la Primera Enmienda la presencia de los Diez mandamientos en las paredes de los colegios públicos debido a su propósito no secular.

Al margen del caso *Stone*, que constituye la única referencia jurisprudencial realmente equivalente a *Lautsi*, la postura del Tribunal Supremo norteamericano respecto a los símbolos religiosos carece de un principio claro. El llamado *lemon test* ha sido muy criticado hasta la fecha, y se ha utilizado con poca consistencia⁴⁵. La insatisfacción que produce un *test* tan etéreo se debe en gran medida a la falta de consenso para dotar de significado a la Enmienda misma. El caso más patente fue, probablemente, la crítica por parte de Rehnquist, en un voto disidente en *Wallace v. Jaffrey* (1985), de la constitucionalización del inexpugnable «muro de separación» de Jefferson, metáfora que, a su entender, capta equivocadamente el significado genuino que destilan las discusiones acerca de la promulgación de dicha Enmienda. Después de tratar de explicar el sentido de la Enmienda, Rehnquist afirmaba que no hay fundamento histórico alguno para sostener que los fundadores quisieron construir el ‘muro de separación’ constitucionalizado en *Everson v. Board of Education*⁴⁶.

En el citado caso *Wallace* se discutía la compatibilidad con la *Establishment Clause* de una ley de Alabama que autorizaba a los colegios a iniciar la jornada con un minuto de silencio para la «meditación o rezo voluntario». Un año antes, en *Lynch v. Donnelly*, el Tribunal consideró conforme a la Constitución la exposición en una ciudad de Rhode Island de motivos navideños, incluida una escena de la Natividad. En este caso, Sandra Day O’Connor emitió un voto concurrente proponiendo el *non-endorsement test*, conforme al cual serían contrarias a la Primera Enmienda aquellas medidas que supusie-

⁴⁵ Entre las propuestas alternativas a este canon de control se cuentan un *non-endorsement test* (sugerido por la Juez Sandra Day O’Connor), un *non-preferentialism test* (propuesto por el antiguo *Chief Justice* William H. Rehnquist) o un *non-coercitive test* (postulado por el Juez Scalia). *Vid.* i. a. VILE, J., HUDSON, DAVID L., y SCHULTZ, D., *Enciclopedia of the First Amendment*, Vol. II, CQ Press, Washington, 2009, pp. 667-668.

⁴⁶ 472 U.S. 38, p. 106.

sen el alineamiento Iglesia-Estado o la sanción pública de una religión. En 1989, en un caso similar a *Lynch*, el Tribunal consideró contraria a la *Establishment Clause* la exposición de la escena de la Natividad en el Tribunal del Condado en Pittsburgh en *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union* (1989). Resultó decisivo, una vez más, el voto concurrente de O'Connor, que esta vez sí consideró que existía alineamiento. El Juez Kennedy, sin embargo, rechazó el *endorsement test* tanto como el *lemon test* porque, a falta de coerción, el riesgo de infligir agravios a través de un entrelazamiento meramente simbólico sería, a su parecer, irrelevante.

Más recientemente, un Tribunal muy dividido se pronunció sobre la compatibilidad de la exposición pública de los Diez Mandamientos en dos casos contradictorios resueltos el mismo día, *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky* y *Van Order v. Perry*, ambos de 27 de junio de 2005. En los dos asuntos se cuestionaba la exposición pública de un monolito con los diez mandamientos: el primero en el Juzgado de los condados de McCreary y Pulasky y el segundo en el Capitolio de Texas. Con dos ajustadas votaciones (5-4), fue el parecer del Juez Breyer el que inclinó la balanza, respectivamente, a un lado y a otro. En el caso *Van Order*, sin embargo, la opinión de la mayoría, redactada por Rehnquist, no razonó en la línea del «muro de separación» desarrollado por el *lemon test* sino que subrayó, por el contrario, la «ininterrumpida historia de reconocimientos oficiales por los tres poderes del rol de la religión en la vida americana». La lista de casos continúa con *Pleasant Grove City v. Summum*, de 25 de febrero de 2009, en el que el Tribunal mantuvo por unanimidad la constitucionalidad de un monumento a los Diez Mandamientos en un parque público de Utah y negó que existiese un derecho de veto de los disidentes. El caso más reciente, en fin, es *Salazar v. Buono*, de 28 de abril de 2010, en el que el Tribunal siguió la línea mantenida por *Pleasant Grove City*.

La división de opiniones en torno al «muro de separación» y al significado originario de la *Establishment Clause* es patente no sólo en la jurisprudencia, sino que también en la academia existe un profundo desacuerdo. En un importante trabajo, el profesor Akhil Reed Amar, de la Universidad de Yale, explicó la paradoja que llevaba consigo aplicar la Cláusula de Establecimiento («*Congress shall make no law respecting an establishment of religion...*») frente a los estados incorporándola a la XIV Enmienda⁴⁷, teniendo en cuenta

⁴⁷ En Estados Unidos, las diez primeras enmiendas que formaban el *Bill of Rights* fueron concebidas para vincular exclusivamente a la Federación, como quedó fijado en

que aquella cláusula se estableció, precisamente, con el propósito contrario de proteger la decisión de los estados sobre su modelo religioso⁴⁸. Amar recuerda además que, cuando se discutía el *Bill of Rights*, James Madison propuso una enmienda que obligase a los estados a respetar los derechos individuales —incluida la libertad de conciencia—, excluyendo en ella, precisamente, una *cláusula de no-establecimiento* frente a aquéllos. No fue muy distinta la postura de Jefferson que, al tiempo que defendía la absoluta incompetencia federal en materia religiosa, reconocía a los estados su capacidad decisoria en este punto, de nuevo siempre bajo el respeto a la libertad de conciencia —ambos diferencian pues, *libertad religiosa* y *no-establecimiento*.

Amar critica que, en el caso *Everson*, se utilizase el «muro de separación» jeffersoniano fuera de su contexto federal, y explica con abundantes argumentos históricos que, en materia religiosa, sólo la *Free Exercise Clause* quiso estatuir propiamente «derechos individuales», mientras que la *Establishment Clause* reconoció más bien «derechos de los estados». Sólo la primera podría, por lo tanto, incorporarse pacíficamente a la XIV Enmienda y aplicarse, en consecuencia, frente a los estados. La *Establishment Clause*, al contrario, sería una defensa de derechos colectivos.

Sin perjuicio del valor que se le quiera dar a la historia como clave interpretativa en el proceso de incorporación de derechos a la XIV Enmienda, esta indagación corrobora una verdad teórico-política más profunda, a saber, que, en materia religiosa, sólo la libertad de conciencia y de culto —el «libre ejercicio»— hace referencia directa a un *status libertatis* que el ordenamiento ha de garantizar para legitimarse, mientras que las doctrinas sobre las relaciones iglesia-estado son —dentro del respeto a la libertad de conciencia— decisiones de la comunidad, propias de un *status procuratoris*. El debate americano tiene particular interés porque nos muestra cómo, en el origen del reconocimiento de un *derecho a la exclusión de símbolos religiosos en las escuelas públicas* en 1980, se encuentra una interpretación muy discutible, tanto desde el punto de vista histórico como desde una adecuada com-

la Sentencia *Barron v. Baltimore* (1833). Tras la Guerra Civil, sin embargo, la XIV Enmienda (1865) estableció, entre otras cosas, que ningún estado «privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal» (*due process*). Con base en la incorporación de derechos a esta cláusula abierta (*incorporation doctrine*), desde finales del siglo XIX y, sobre todo a lo largo del XX, fue expandiéndose la aplicación del *Bill of Rights* frente a los Estados.

⁴⁸ Vid. AMAR, A. R., «The Bill of Rights as a Constitution», *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1990-1991, pp. 1557 y ss.

prensión del significado y alcance de los derechos subjetivos, de la *Establishment Clause*. Si se atiende a las diferencias esenciales que existen entre esta cláusula y la *Free Exercise Clause*, es posible desenmascarar las dificultades que encierra una perspectiva semejante.

Sólo queda reiterar la importancia que la exégesis sobre el significado de la *Establishment Clause* ha concedido a los argumentos históricos, no sólo desde la corriente originalista sino desde todas las partes en el debate. Ello es lógico, porque de lo que se trata es de desentrañar el verdadero significado y alcance de la tradición secular o religiosa americana. En fin, se trata de un asunto, como venimos señalando, objeto de controversias en el ámbito nacional, donde ha dado lugar a teorías diversas⁴⁹ y a un *corpus* jurisprudencial heterogéneo y zigzagueante⁵⁰. Si en semejante contexto el desacuerdo es tan patente, difícilmente cabe defender, a mi modo de ver, una aproximación internacional decisionista basada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

VI. LAUTSI EN PROSPECTIVA: POR LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO

De las observaciones precedentes se concluye que, salvo que reconozcamos un derecho a no ser confrontado con símbolos religiosos, estamos ante una cuestión de Derecho objetivo. En una sociedad abierta, elevar a la categoría de derecho fundamental la facultad de no ser confrontado a los símbolos religiosos privilegia en exceso, desde mi punto de vista, un tipo de sensibilidad —legítima, sin lugar a dudas— frente a otras que carecen, por el contrario, de un derecho semejante a no ser confrontado visualmente con expresiones que no comparten.

A ello hay que añadir que, en los países que carecen de un modelo de *laïcité* o de *confesionalismo estricto*, no nos encontramos ante un asunto cerrado en el plano constitucional. Sólo una opción constitucional inequívoca permite cerrar el debate público *praeter* o incluso *contra legem*. En ausencia de ésta, la concreción del principio objetivo es misión preferente del legisla-

⁴⁹ E. CHERMERINSKY da cuenta de, al menos, tres teorías: *estricta separación*, *neutralidad* y *acomodación* (*American Constitutional Law*, Wolters Kluwer, 3ª ed., 2009, pp. 1703 y ss.).

⁵⁰ *Vid.*, numerosos casos en WITTE, J., y NINA-LOUISA, A., «Lift High the Cross? Contrasting the New European and American Cases on Religious Symbols on Government Property», *Emory International Law Review*, Vol. 25, 2011, pp. 31 y ss.

dor, aunque el individuo ostente, una vez cumplida esta tarea, el derecho a asegurar la correcta aplicación de la ley —en ello consistiría, precisamente, su interés legítimo⁵¹.

Para concluir este trabajo, quisiera apuntar someramente una vía tal vez apropiada para solucionar los problemas que pueden plantearse en un régimen de «laicidad positiva» —como ha sido calificado nuestro modelo por el Tribunal Constitucional⁵². En un contexto semejante, cualquier compromiso con una religión determinada ha de estar alerta para evitar caer en un *excessive entanglement* o en la discriminación. Del mismo modo, sin embargo, el secularismo constitucional en el ámbito público también puede entrar en conflicto con el legítimo interés de las comunidades que se identifican con lo religioso⁵³. Más que problematizar el asunto *a priori*, convendría articular un sistema de respuestas concretas a los problemas, también concretos, que eventualmente se plantean⁵⁴.

Algunos autores han advertido el reduccionismo que supone una aproximación al fenómeno del pluralismo basada exclusivamente en la neutralidad y la no discriminación. Frente a semejante visión, calificada como «determinativa», postulan un pluralismo más integrador, «permisivo», que permita al Estado comprometerse con una herencia nacional, cultural y religiosa en tanto que respete los derechos básicos de los ciudadanos que tienen compromisos diferentes o que carecen de compromiso alguno. Este modelo —se argumenta— conduce en última instancia a formas más efectivas de no discriminación, porque trata de integrar a las minorías en cuanto tales, sin hacer abstracción de sus especificidades culturales⁵⁵.

No menos que los países estrictamente laicos y confesionales, lo que precisamos para el futuro es una ordenación jurídica que favorezca el pluralismo, la convivencia y el intercambio fluido y armónico de mayorías y minorías. Una de las peculiaridades de Lautsi, que no ha sido puesta de manifiesto suficientemente, es la desventaja en que se hallaba el consejo escolar de Abano Terme para defender su posición. Sigue pareciendo que las partes contendientes eran dos, y sólo dos: *Lautsi contra Italia*. Centrándonos en el individuo y en el Estado —como expuso ya hace años M. A. Glendon en un

⁵¹ *Vid. supra* Nota 37.

⁵² STC 46/2001, FJ 4.

⁵³ DANCHIN, P. G., «Suspect Symbols:...», *loc. cit.*, p. 13.

⁵⁴ En este sentido, LADEUR, K.-H., «The myth of the neutral state and the individualization of religion», *loc. cit.*, pp. 2462 y ss.

⁵⁵ DANCHIN, P. G., «Suspect Symbols:...», *loc. cit.*, p. 15.

interesante ensayo— nuestro lenguaje político hace sumamente difícil defender los intereses de las pequeñas comunidades. Esto es así porque las comunidades se encuentran a menudo «como cogidas con unas tenazas», entre los derechos individuales y las razones públicas⁵⁶. La reproducción de una tradición colectiva a través de símbolos en la escuela puede formar parte de este tipo de razones que, sin ser derechos individuales, llegan a adquirir una gran importancia para la comunidad. Desde perspectivas diversas, la ausencia de una protección constitucional nítida de este tipo de intereses ha sido afirmada otros autores⁵⁷, una carencia que es, creo, de lamentar. La tutela de los intereses de las comunidades no implica que todos los grupos tengan un derecho a que se exhiban públicamente sus símbolos en los centros escolares en que están presentes. Un derecho tal sólo podría formar parte del *status libertatis* de la minoría frente a la colectividad, esto es, de la libertad religiosa de la minoría. Como vengo sosteniendo, sin embargo, la fijación o supresión de símbolos en el espacio público no es una facultad subsumible en el *respeto* a la libertad religiosa individual, sino que pertenece a la definición del espacio compartido. En este sentido, sería razonable hablar de un interés de la comunidad educativa en la configuración simbólica del espacio en el que actúa —configuración que habría de hacerse, eso sí, democráticamente y de un modo no ofensivo, esto es, sin chocar con el *status libertatis* iusfundamental de sus miembros.

Volviendo sobre el lenguaje de los derechos, se ha dicho que, en ocasiones, éste constituye un canal demasiado estrecho para articular los compromisos en el seno de las comunidades, y que exacerba el interés de los individuos o el particularismo de los grupos más que su integración. Glendon subraya, en este sentido, que la composición de este tipo de conflictos complejos mediante el otorgamiento de derechos fundamentales tiende a producir en muchas ocasiones el conflicto mismo, creando múltiples oposiciones entre los individuos, los grupos y el Estado. Con feliz expresión, esta autora concluye que alzan «espectros de opresión individual» donde no la hay. Más que resolver este tipo de conflictos atribuyendo derechos a las comunidades, Glendon apuesta por fomentar, a través del Derecho, pequeños compromisos sociales que favorezcan el entendimiento mutuo⁵⁸.

⁵⁶ GLENDON, M. A., *Rights talk. The impoverishment of political discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991, pp. 110-111.

⁵⁷ Entre otros, *vid.* el citado trabajo de REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?», *loc. cit.*, p. 25.

⁵⁸ GLENDON, M. A., *Rights talk, cit.*, p. 137 (la cursiva es mía).

En un asunto como *Lautsi*, la sola aproximación desde los derechos es insuficiente. En algunos países, la tradicional sustracción de lo religioso de la esfera pública forma parte de una tradición; y en otros, por el contrario, son formas de presencia de lo religioso las que modelan la cultura común. Coincido con Ladeur —que sigue una línea muy cercana a Glendon— en que la Constitución del pluralismo no puede imponer modelos excesivamente rígidos, y que es preferible la articulación de reglas de conflicto a la transposición radical de un principio abstracto a cualquier tipo de supuesto. La gestión pacífica del pluralismo parece exigir «meta-normas» que simultáneamente eviten la anticipación innecesaria del conflicto entre religión y espacio público y provean soluciones justas en caso de que se produzca⁵⁹.

Un ejemplo de solución constructiva fue, en este sentido, la que aportó el legislador de Baviera a raíz de la famosa STCF 93, 1 (*Kruzifix-Beschluss*), de 16 de mayo de 1995, que declaró contrario a la Ley Fundamental un reglamento bávaro que preveía la presencia del crucifijo en las escuelas públicas no por el hecho de prever el crucifijo, sino por no tomar en consideración los intereses divergentes. Sin perjuicio de la opinión que merezca esta Sentencia, lo cierto es que el estado bávaro modificó el art. 7.3 de su Ley de instrucción y enseñanza pública (*Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen*) y, junto con la presencia normal del crucifijo —prevista «en atención a la naturaleza cultural e histórica de Baviera»—, fijó una cláusula que permitiese el arreglo ante los conflictos que pudieran suscitarse. Esta cláusula —avalada judicialmente con posterioridad⁶⁰—, rezaba como sigue: «si la fijación del crucifijo entrase en contradicción con razones de fe o cosmovisión fundadas y razonables, la directora o director intentará un arreglo amistoso. Si no lograrse el acuerdo, tras informar a la Oficina Pública de Educación, procederá a fijar una regla que respete la libertad religiosa del disidente y llegue a un equilibrio entre las convicciones religiosas y cosmovisivas de todos los afectados de la clase; para ello se tendrá en cuenta, hasta donde sea posible, la voluntad de la mayoría».

⁵⁹ «El enlace entre un derecho constitucional religioso y la autoridad pública es un ejemplo de la complejidad de la relación entre religión y política, que no se puede gestionar sólo mediante la ‘ponderación’». Al contrario, «la cuestión ha de abordarse indicando qué ‘reglas de colisión’ han de ser formuladas para la coordinación del rol colectivo de la religión y sus contribuciones a la reproducción de la cultura, de un lado, y los requerimientos de respeto y tolerancia para ‘disidentes’ individuales, de otro» (LADEUR, K.-H., «The myth of the neutral state and the individualization of religion», *loc. cit.*, p. 2466-2467).

⁶⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera de 1 de agosto de 1997, y Auto del Tribunal Constitucional Federal de 27 de octubre de 1997.

Más allá del grado de acierto que pueda atribuírsele a este compromiso, ofrece una regla de conflicto más justa que una solución arbitrada en el discurso de los derechos. Sin renunciar a su capacidad legítima de decisión, la comunidad toma en consideración los intereses contrapuestos y se fija como objetivo la consecución del acuerdo. El modelo de «reglas de conflicto» es sumamente aconsejable para conjugar los símbolos de la cultura con un orden atento al pluralismo.

SÍMBOLOS RELIGIOSOS, DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHO OBJETIVO. REFLEXIONES EN TORNO A *LAUTSI*

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lautsi y otros c. Italy*, de 18 de marzo de 2011, es, probablemente, una de las decisiones más importantes de la historia del Tribunal. Como puede deducirse de los numerosos comentarios que ha suscitado, el asunto encierra varios problemas importantes como los límites de los derechos humanos y la soberanía de los estados, el valor cultural de la religión, el modo de conjugar la preservación de la identidad nacional con el respeto al pluralismo o, incluso, la función apropiada de los derechos fundamentales. Este artículo trata de ofrecer algunas respuestas a estos interrogantes. En esta tarea, el autor enfatiza la necesidad de basar los propios argumentos en una teoría de los derechos fundamentales que sitúe adecuadamente el *status* del individuo y de las pequeñas comunidades en el conjunto de la sociedad política.

PALABRAS CLAVE: *Lautsi*; libertad religiosa; pluralismo; identidad nacional; soberanía; cultura; símbolos religiosos; iglesias; derechos humanos; derechos fundamentales; derechos subjetivos; derecho objetivo; comunidad política; *status*.

RELIGIOUS SYMBOLS, INDIVIDUAL RIGHTS AND OBJECTIVE LAW. REFLECTIONS ON *LAUTSI*

ABSTRACT: The Judgement of the European Court of Human Rights in the case *Lautsi and others v. Italy*, dated as of 18 March 2011, is probably one of the most relevant decisions in the Court's history. As it can be deduced from the different commentaries it has aroused, the case raises up several important problems such as the limits of human rights and the sovereignty of the states, the cultural value of religion, the way of conjugating the preservation of national identity and the respect for pluralism, or even the appropriate role of fundamental rights. This article seeks to offer some responses to those questions. In doing so, the author emphasizes the necessity of basing one's arguments on a theory of constitutional rights that places correctly the *status* of the citizen and the small communities within the whole political society.

KEY WORDS: Lautsi; religious freedom; pluralism; nacional identity; sovereignty; culture; religious symbols; churches; human rights; constitutional rights; individual rights; objective law; political community; *status*.

SYMBOLES RELIGIEUX, DROITS SUBJECTIFS ET DROIT OBJECTIF.
RÉFLEXIONS SUR LAUTSI

RÉSUMÉ: L'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans le cas Lautsi et autres contre l'Italie, du 18 Mars 2011, est vraisemblablement une des plus importants arrêts dans l'histoire de la Cour. Comme l'on peut déduire des nombreuses commentaires qu'il a occasionnés, l'affaire porte sur plusieurs questions aussi importantes que les limites des droits de l'homme et la souveraineté des Etats, la valeur culturelle de la religion, la façon de combiner la préservation de l'identité nationale avec le respect du pluralisme ou même le rôle des droits fondamentaux. Cet article essaye d'apporter quelques réponses à pareilles questions. Dans cette tâche, l'auteur met l'accent sur la nécessité de fonder leurs propres arguments dans une théorie des droits fondamentaux telle de placer correctement le statut des personnes individuelles et des petites communautés dans l'ensemble de la société politique.

MOTS CLÉS: Lautsi; liberté religieuse; pluralisme; identité nationale; souveraineté; culture; symboles religieux; églises; droits de l'homme; droits fondamentaux; droits subjectifs; droit objectif; communauté politique; *status*.

