

LAUTSI CONTRA ITALIA: SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LOS DEBERES DE NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD DEL ESTADO.

José Ignacio Solar Cayón
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

Recientemente, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que la presencia del crucifijo en las aulas italianas no supone una vulneración del derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos de conformidad con sus propias creencias religiosas y de los deberes de neutralidad e imparcialidad estatal impuestos por el derecho de libertad religiosa. Con ello revocaba una decisión en sentido contrario de una Sala de la Sección Segunda del propio tribunal. En el trabajo se repasan críticamente los fundamentos de la decisión definitiva, basada principalmente en el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad en la actuación de las autoridades nacionales, y se muestran las incoherencias con algunas decisiones previas del propio tribunal.

PALABRAS CLAVE.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, libertad religiosa, educación, símbolos religiosos, margen de apreciación del Estado

ABSTRACT.

Recently, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights has ruled that the presence of the crucifix in the classrooms of Italian publicly run schools does not involve a violation of the parent's right to ensure their children's education and teaching in conformity with their own religious beliefs and does not infringe the State duty of neutrality and impartiality imposed by the right of religious freedom. This decision reversed another one in the opposite direction delivered of a Chamber of the Second Section of the same Court. This work examines critically the foundations of the definitive decision, mainly based on recognition of a wide margin of discretion in the action of the national authorities, and shows its inconsistencies with some previous decisions of the Court

KEY WORDS.

European Court of Human Rights, religious freedom, education, religious symbols, margin of appreciation of the State

SUMARIO. I. El tratamiento de la cuestión litigiosa en el Derecho italiano. II. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A. Los principios generales.

B. El margen de apreciación nacional.

C. La prohibición del adoctrinamiento.

I. El tratamiento de la cuestión litigiosa en el Derecho italiano.

El 18 de marzo de este mismo año la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el caso *Lautsi y otros contra Italia*, en el que se dirimía la delicada cuestión de la compatibilidad de la presencia de los crucifijos en las aulas italianas con el derecho de libertad religiosa, reconocido en el artículo 9 del Convenio Europeo de

Derechos Humanos, y, más específicamente, con el derecho de los padres a asegurar para sus hijos una educación y una enseñanza conforme con sus propias convicciones filosóficas y religiosas, reconocido en el artículo 2 del Protocolo número 1 adicional al Convenio. En su decisión, acordada por un amplio margen de 15 votos contra dos, el Tribunal concluye que aquella presencia no supone una infracción de los preceptos citados. De este modo, revocaba la decisión adoptada en relación al mismo caso por una Sala de la Sección Segunda del propio tribunal, que el 3 de noviembre de 2009 había resuelto, con el voto unánime de sus siete magistrados, la incompatibilidad de dicha práctica con aquellos derechos.

El caso tiene su origen en las sucesivas demandas interpuestas ante los tribunales italianos por la señora Soile Lautsi, en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores de edad, impugnando la presencia del crucifijo en las aulas de la escuela pública a la que éstos acudían. En Italia, la

exposición del crucifijo en las aulas de los centros públicos de educación primaria y secundaria es obligatoria en virtud de sendos Reales Decretos de 1924 y 1928¹. Y la demandante reclamaba que dicha exposición es inconstitucional en cuanto supone una violación de los principios de laicidad del Estado -un principio que, aunque no está proclamado expresamente en la Constitución, ha sido reconocido por la *Corte Costituzionale* como un principio supremo del orden constitucional que deriva de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20²- y de imparcialidad en la actuación de la administración - artículo 97-, vulnerando así su derecho a

¹ En concreto, tal obligación viene impuesta por el artículo 118 del Real Decreto 965/1924, de 30 de abril, y el artículo 119 del Real Decreto 1297/1928, de 26 de abril.

² En dichas provisiones constitucionales se perfila de manera general el significado y contenido de dicho principio de laicidad: tutela de los derechos fundamentales de todas las personas, independientemente de lo que disponga su confesión religiosa (art. 2), igualdad jurídica de todos los ciudadanos, sin distinción de creencias (art. 3), respeto a la autonomía organizativa de las confesiones conforme a sus propios estatutos, siempre que estos no contravengan el ordenamiento jurídico italiano, y prohibición de que el Estado se inmiscuya en sus asuntos internos (arts.7 y 8), reconocimiento de la libertad religiosa (art. 19) y prohibición de discriminar a las confesiones religiosas por razón de sus fines religiosos o sus cultos (art. 20).

educar a sus hijos conforme a sus convicciones seculares y, en definitiva, su derecho de libertad religiosa.

Se planteaba así un asunto que ha sido, y sigue siendo, objeto de polémica y de fuertes discrepancias en el seno del propio derecho italiano. Como se puede observar, la obligación de exponer el crucifijo en las aulas proviene de dos normas preconstitucionales, que no tienen siquiera rango legal y que fueron promulgadas durante el régimen fascista de Mussolini, careciendo de cualquier legitimidad democrática. Además, en el momento de su promulgación se hallaba vigente el Estatuto Albertino, cuyo primer artículo proclamaba a la religión católica como “la única religión del Estado”, siendo el resto de confesiones meramente toleradas. Y poco después, en 1929, Mussolini reafirmaría este estatus privilegiado del catolicismo mediante la firma con el Estado Vaticano de los Pactos de Letrán. Sin embargo, en la actualidad, esta situación ha cambiado en Italia como consecuencia de la ratificación por ley, en marzo de 1985,

de un nuevo Concordato con el Estado Vaticano en virtud del cual ha quedado sin efecto la provisión contenida en aquellos Pactos sobre la oficialidad de la religión católica. Y en este nuevo contexto de relaciones entre la Iglesia y el Estado se ha suscitado el problema de la compatibilidad de aquellas normas con el orden constitucional.

De hecho, después de la ratificación del nuevo Concordato la *Corte Costituzionale* italiana ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre este tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, proclamando reiteradamente que la Constitución impone el principio de la separación. Principio de separación que -ha precisado- no implica una actitud de indiferencia del Estado ante las religiones sino el deber de garantizar la libertad religiosa en un contexto de pluralismo cultural y confesional, posibilitando que las diversas creencias, culturas y tradiciones coexistan en un marco de igualdad (sentencias 203/89, 259/90,

195/93 y 329/97). En este contexto, los principios fundamentales de igualdad entre todos los ciudadanos sin distinción de religión y de igual libertad de todas las confesiones religiosas ante la ley requieren, a juicio de la *Corte*, que la actitud del Estado italiano en esta materia haya de ser necesariamente una actitud de equidistancia e imparcialidad (sentencia 508/2000), independientemente del número de fieles de cada confesión (sentencias 925/88, 440/95 y 329/97) o de la magnitud de las reacciones sociales ante la infracción de los derechos de una u otra de ellas (sentencia 329/97).

Ya en este marco general de principios constitucionales, aunque en un contexto distinto al educativo, la cuestión de la presencia del crucifijo en las escuelas públicas ha sido incluso objeto de una sentencia del Tribunal de Casación en marzo de 2000 (sentencia 439/2000). En este caso, la demanda había sido presentada por uno de los integrantes de una mesa electoral que se había negado a realizar su tarea en un aula en el que se

hallaba visiblemente expuesto un crucifijo. Y el Tribunal concluyó que dicha exposición infringía los principios de separación Iglesia - Estado y de imparcialidad estatal, así como la libertad de conciencia de todas aquellas personas que no desearan aceptar la sumisión a dicho símbolo, rechazando expresamente el argumento esgrimido por el representante del gobierno italiano en el sentido de que la presencia de la cruz se justificaba porque la misma constituía el símbolo de una civilización y de una conciencia ética colectiva, representando un valor universal independiente de cualquier credo religioso específico.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, y ante la reclamación de Lautsi, la compatibilidad de los preceptos que establecen la obligatoriedad de la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas italianas con el principio constitucional de laicidad ofrecía muy serias y fundadas dudas. De hecho, incluso el propio Tribunal Administrativo Regional del Véneto que conoció en

primera instancia aquella reclamación, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, elevó una cuestión de constitucionalidad planteando dicho problema. Sin duda, la resolución de la misma hubiera podido aclarar definitivamente la situación, pero dicha cuestión fue inadmitida por la *Corte Costituzionale* al entender que su objeto versaba sobre normas reglamentarias que, careciendo de la fuerza de ley, no eran susceptibles de una revisión de constitucionalidad³.

En cualquier caso, pese a la decisión del Tribunal de Casación mencionada anteriormente, en el caso Lautsi el gobierno italiano volvió a insistir, como línea principal de defensa, en el significado del crucifijo como un símbolo histórico y cultural ligado a la propia identidad del pueblo italiano. Y en dicha idea se basaron también tanto el Tribunal Administrativo Regional del Véneto como, posteriormente, el Consejo de Estado (actuando como Tribunal

³ Cfr. la decisión n. 389/2004, de 13 de diciembre, de la *Corte Costituzionale*.

Administrativo Supremo) para denegar las pretensiones de la reclamante. Ambos órganos insistieron en que el crucifijo, más allá e independientemente de su significado específicamente religioso, puede representar simbólicamente, tanto para creyentes como para no creyentes, valores civilmente relevantes de origen religioso que subyacen e inspiran el propio orden constitucional italiano. Valores entre los que ambos tribunales mencionaban a la tolerancia, el respeto mutuo, el valor de la persona, la afirmación de los derechos individuales, la libertad, la igualdad, la autonomía de la conciencia moral frente a la autoridad, la solidaridad humana, el rechazo de cualquier forma de discriminación e, incluso, la separación entre la Iglesia y el Estado⁴.

⁴ En este sentido, el Tribunal Administrativo Regional del Véneto llegaba a afirmar incluso la existencia de una relación directa entre el surgimiento del cristianismo hace 2000 años y la lucha por la afirmación en Europa del derecho a la libertad individual, situando también a aquel en el origen de los principios clave de la Ilustración: libertad individual, declaración de los derechos humanos y secularización del Estado (cfr. la sentencia n. 1110/2005 del

La reivindicación, a través del simbolismo de la cruz, del origen religioso de estos valores y de su plena consonancia con las enseñanzas cristianas sirve -remarcaba el Consejo de Estado- para manifestar su fundamento trascendente sin poner en cuestión la autonomía del orden temporal respecto del espiritual, de tal manera que aquellos valores “pueden ser asumidos ‘secularmente’ por todos, independientemente de su adhesión o no a la confesión que los ha inspirado y propugnado”⁵. De este modo, el Consejo de Estado terminaba -paradójicamente- por concluir que, en el contexto cultural italiano, el crucifijo constituye el símbolo que mejor representa el principio de laicidad estatal⁶.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sección tercera, fundamento jurídico n. 11.2)

⁵ Sentencia n. 556/2006 del *Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, sección sexta, fundamento jurídico n. 3.

⁶ En relación a este punto el Tribunal Administrativo Regional del Véneto había ido incluso más allá que el Consejo de Estado en su argumentación, al declarar abiertamente la superioridad moral del Cristianismo sobre cualquier otra religión precisamente por su capacidad para representar dichos valores universales. En este sentido llegaba a afirmar que, si bien “el mecanismo lógico de exclusión del no creyente es inherente a cualquier convicción religiosa, aun cuando los interesados no sean conscientes de ello, la única excepción es la religión cristiana (...) El rechazo de un

Actualmente, por tanto, la resolución de esta cuestión no es pacífica en el seno del propio ordenamiento jurídico italiano. Pese a las inequívocas y reiteradas afirmaciones de la *Corte Costituzionale* sobre la separación Iglesia - Estado y las exigencias de equidistancia e imparcialidad en la actuación estatal, hoy coexisten dos líneas jurisprudenciales claramente confrontadas sobre la constitucionalidad de la presencia de la cruz en las aulas de las escuelas públicas, abanderadas por el Tribunal de Casación y por el Consejo de Estado. Y así, en este contexto de indeterminación del propio derecho doméstico, el problema llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Del interés excepcional despertado por este caso -especialmente tras el revuelo provocado por la decisión de la Sala de la Sección Segunda que rechazaba la

presencia del crucifijo- da buena cuenta el hecho de que, para su definitiva revisión ante la Gran Sala, además de las partes intervinientes, se personaron en el proceso un buen número de organizaciones no gubernamentales (*Greek Helsinki Monitor, Associazione Nazionale del Libero Pensiero, European centre for Law and Justice, Eurojuris, International Commission of Jurists, Interights, Human Rights Watch, Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Semaines sociales de France y Associazioni cristiane lavoratori italiani*), treinta y tres miembros del Parlamento Europeo actuando colectivamente y los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Rusia, Grecia, Lituania, Malta, San Marino, Mónaco y Rumanía.

no cristiano por un cristiano implica una negación radical de la propia Cristiandad, una abjuración sustantiva, pero eso mismo no puede decirse de otros credos religiosos..." (fundamento jurídico n. 13.3). De este modo, se reconocía al cristianismo como la única religión no excluyente y la cruz se convertía jurídicamente en el único símbolo religioso susceptible de ser universalmente aceptado.

II. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A. Los principios generales.

En su decisión, como es habitual, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza reafirmando los principios generales derivados de su jurisprudencia en los que ha de enmarcarse la resolución de la cuestión litigiosa. En este sentido, recuerda que el artículo 2 del Protocolo número 1 constituye, en el ámbito de la educación y la enseñanza, una *lex specialis* en relación al artículo 9 de la Convención, que garantiza la libertad religiosa e impone a los Estados contratantes “un deber de neutralidad e imparcialidad” en sus actuaciones, en cuanto garantes del ejercicio de las diversas religiones, fes y creencias en un clima de armonía y tolerancia (parágrafo 60). En este contexto, la obligación del Estado de respetar el derecho de los padres a asegurar una educación y una enseñanza

conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas no viene configurada en la jurisprudencia del tribunal como una obligación meramente negativa, sino que -como ha señalado reiteradamente- implica una obligación positiva por parte del Estado de crear el mencionado clima de tolerancia y respeto mutuo también en sus escuelas.

Y aunque esto no impide la impartición dentro del currículum escolar de informaciones y conocimientos de carácter religioso, sí requiere que dichos contenidos sean proporcionados de una manera, objetiva, crítica y pluralista, posibilitando que los alumnos de cualquier confesión desarrollen una mentalidad crítica en una atmósfera abierta y libre de cualquier proselitismo. De este modo, queda prohibido cualquier intento de adoctrinamiento: éste es el límite que las autoridades estatales no deben sobrepasar.

Además, el tribunal reafirma que esta obligación del Estado no sólo alcanza - como defendía el gobierno italiano- al

contenido del currículum escolar o a la forma en que éste es impartido, sino que se extiende al ejercicio de todas las funciones que aquel asume en relación a la educación y la enseñanza, lo cual “incluye sin ninguna duda la organización del ambiente escolar”. De este modo, no duda en señalar que la decisión del Estado italiano de imponer la presencia del crucifijo en las aulas constituye una medida que cae plenamente dentro del ámbito de aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo, lo que justifica el examen de su compatibilidad con el Convenio (parágrafos 63 y 64).

Hasta este punto existe una absoluta coincidencia entre la decisión inicial adoptada por la Sala de la Sección segunda y la definitiva de la Gran Sala. Las discrepancias surgirán a la hora de aplicar estos principios generales a las circunstancias concretas del caso que se juzga. Aunque también es preciso reseñar que hay un aspecto concreto muy importante en el que ambas salas coincidieron: su consideración del

crucifijo como un símbolo, por encima de cualquier otra consideración, de naturaleza religiosa. De este modo, se desactivaba completamente la fuerza del que había constituido el principal argumento del gobierno italiano para defender la compatibilidad de la obligada presencia de la cruz con los deberes de neutralidad e imparcialidad estatal exigidos tanto por la *Corte Costituzionale* como por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos: su interpretación de aquella como un símbolo de carácter histórico y cultural que, constituyendo un elemento fundamental de la tradición y de la propia identidad de la nación, sería susceptible de representar los valores comunes de la sociedad italiana⁷.

Sin embargo, mientras que para la Sala de la Sección segunda la constatación del

⁷ Un problema de naturaleza semejante ya había sido tratado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Buscarini y otros contra San Marino* (1994), ante la demanda de un grupo de diversos parlamentarios electos que no habían podido tomar posesión de sus cargos por negarse a realizar el preceptivo juramento sobre los Evangelios. El Tribunal sostuvo que el alegado carácter tradicional, en un sentido histórico y social, de dicha práctica no privaba al juramento de su naturaleza específicamente religiosa, constituyendo por tanto aquella exigencia una violación de la libertad religiosa protegida por el artículo 9 del Convenio.

carácter fundamentalmente religioso del crucifijo resultaba esencial, constituyendo uno de los presupuestos básicos sobre los que sustentó su argumentación sobre la vulneración del derecho de Soile Lautsi a asegurar una educación para sus hijos de conformidad con sus convicciones religiosas y filosóficas, la Gran Sala consideró esta cuestión absolutamente irrelevante para la resolución del caso.

B. El margen de apreciación nacional.

La razón que explica la gran diferencia entre las decisiones de las dos salas a la hora de aplicar los principios precedentes se halla, fundamentalmente, en su distinta consideración de la adecuada extensión del margen de apreciación que debe corresponder a los Estados a la hora de justificar la legitimidad de la medida impugnada. Conviene recordar a este respecto que el sistema de protección de derechos configurado por

el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en consecuencia la propia actuación del tribunal, se mueven frecuentemente en un equilibrio precario e inestable, sometido a las tensiones entre la lógica centrífuga que tiende a justificar la actuación estatal en persecución de determinados fines y la lógica centrípeta que exige la garantía efectiva de los derechos, así como entre el carácter subsidiario del mecanismo de protección del Convenio y la aspiración integradora de fijación de unos estándares europeos comunes. Tensiones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos maneja y resuelve mediante el recurso a su doctrina del “margen de apreciación nacional”, en virtud de la cual reconoce a las autoridades nacionales una cierta discrecionalidad a la hora de justificar la adopción de medidas que, en principio, podrían interferir en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio, atendiendo así en la aplicación de éste a las posibles peculiaridades del contexto doméstico.

Este margen de apreciación nacional, que el Tribunal modula teniendo en cuenta factores tales como la naturaleza del derecho afectado y su importancia, el fin perseguido por la medida estatal cuestionada, las circunstancias del caso y, muy especialmente, la existencia o no de un consenso europeo en relación a la materia discutida, funciona como una especie de válvula de seguridad que alivia las presiones del sistema, permitiendo al Tribunal reforzar o rebajar el nivel de supervisión y control de las actuaciones estatales en cada materia⁸. Y, en este aspecto, una de las notas fundamentales que se derivan claramente del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de la protección de la libertad religiosa es el reconocimiento de un amplísimo margen de discrecionalidad en la actuación

⁸ Para un análisis detallado de los diversos factores que el Tribunal pondera a la hora de determinar en cada caso la extensión de dicho “margen de apreciación nacional” cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.; *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

estatal, sin parangón con lo permitido en relación a otros derechos⁹.

La razón fundamental que ha esgrimido para ello es la ausencia de un consenso europeo en materia religiosa:

“Cuando están en juego cuestiones relativas a la relación entre el Estado y las confesiones religiosas, respecto de las cuales las opiniones en una sociedad democrática pueden diferir ampliamente, debe concederse una importancia especial al papel del órgano nacional (...) No se puede discernir en Europa una concepción uniforme sobre el significado de la religión en la

⁹ Cfr. al respecto SOLAR, J. I.; “Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derechos y Libertades*, nº 20 (enero 2009), págs. 134 y ss. El reconocimiento de este amplio margen resulta llamativo si se tiene en cuenta el papel fundamental que los derechos reconocidos en los artículos 9 a 11 juegan como garantes esenciales del pluralismo inherente al modelo de sociedad democrática que se encuentra en la base del Convenio. Precisamente por esa razón, en el ámbito de las libertades de expresión (artículo 10) y de reunión y asociación (artículo 11) el tribunal ha reducido al mínimo dicho margen, extremando el control sobre las actuaciones estatales.

sociedad, y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público. Por tanto, la elección de la extensión y forma de tales regulaciones debe dejarse inevitablemente hasta cierto punto al Estado interesado, puesto que dependerá del contexto doméstico”¹⁰.

En este sentido, el Tribunal parte del reconocimiento de la heterogeneidad de las tradiciones nacionales y de las soluciones adoptadas por los distintos países europeos en lo relativo a sus

relaciones con las confesiones religiosas - desde la confesionalidad de buena parte de los Estados miembros del Convenio hasta el laicismo francés, pasando por la existencia de numerosas iglesias con régimen jurídico privilegiado o por la peculiar laicidad turca-, ajustando los principios generales de su jurisprudencia a las circunstancias particulares del contexto nacional e incluso local. De ahí el limitado alcance que los principios de neutralidad e imparcialidad juegan finalmente en el ámbito de la libertad religiosa, ya que, lejos de funcionar como presupuestos generales que pudieran traducirse en una exigencia apriorística de separación de la iglesia y el Estado o de un trato igual de las confesiones religiosas, sólo operan en el plano más específico del control de la legitimidad de las concretas injerencias estatales en el ejercicio del derecho, partiendo siempre el tribunal de la aceptación del marco institucional doméstico.

Y estas coordenadas se reflejan también en el tratamiento jurisprudencial de las potestades del Estado en el ámbito

¹⁰ *Leyla Sahin contra Turquía* (1998), parágrafo 109.

educativo, tanto en lo que se refiere al diseño del currículum académico como al uso de prendas y símbolos religiosos en los centros de enseñanza. Específicamente en relación a este último asunto, el tribunal ha enfatizado que el amplio margen de apreciación que corresponde a las autoridades nacionales en materia religiosa se impone especialmente cuando los Estados regulan el uso de los símbolos religiosos en los centros educativos, dada la disparidad de soluciones legislativas adoptadas en este tema. Así lo remarcó en el caso *Leyla Sahin contra Turquía*, donde apeló al complejo contexto político turco y a la carga simbólica que el debate sobre el uso del velo ha adquirido allí en los últimos años como consecuencia de su defensa por parte de ciertos grupos religiosos fundamentalistas y de algunos partidos políticos de orientación islamista disueltos por el Tribunal Constitucional, para respaldar la prohibición gubernamental de usar el velo en las

Universidades¹¹. Y ello pese a que Turquía es el único país firmante del Convenio en el que existe esta prohibición en el ámbito universitario, por lo que el argumento de la falta de consenso europeo en esta materia es más que discutible. Del mismo modo, el Tribunal declaró inadmisibles las demandas presentadas contra Francia por diversos alumnos y alumnas de secundaria a los que se denegó el acceso a las aulas por usar, respectivamente, el *keski sikh* y el velo musulmán, basándose también en el poder discrecional del Estado para configurar un sistema laicista en el que

¹¹ *Ibidem*: “Cuando se aborda la cuestión del velo islámico en el contexto turco no se puede olvidar el impacto que puede tener el uso de este símbolo, que es presentado o percibido como una obligación religiosa, sobre quienes no lo usan. Como ya se ha señalado, entre los temas en juego se halla la protección de los derechos y libertades ajenos y el mantenimiento del orden público en un país en el que la mayoría de la población, manifestando una adhesión profunda a los derechos de las mujeres y a un estilo secular de vida, se adhieren al credo islámico. La imposición de limitaciones en esta materia puede, por tanto, considerarse como una necesidad social imperiosa para alcanzar estos dos fines legítimos, especialmente porque, tal como indican los tribunales turcos, este símbolo religioso ha adquirido recientemente en Turquía un significado político” (párrafo 115).

quede proscrito del espacio público cualquier símbolo religioso¹².

No puede resultar, por tanto, extraña para quien se halle familiarizado con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la conclusión de la Gran Sala en el sentido de que “la decisión acerca de si los crucifijos deben estar presentes en las aulas de las escuelas públicas es, en principio, una materia que cae dentro del margen de apreciación del Estado demandado”¹³. Lo que lleva al Tribunal a afirmar su deber de respetar la solución adoptada en el derecho nacional siempre que no se vulnere el límite de la prohibición del adoctrinamiento. Aunque, curiosamente, ello suponga remitirse en este caso a un derecho totalmente incierto. Situación que es hecha notar por el propio tribunal,

¹² Cfr. *Aktas contra Francia* (2008), *Bayrak contra Francia* (2008), *Gamaleddyn contra Francia* (2008), *Ghazal contra Francia* (2008), *J. Singh contra Francia* (2008) y *R. Singh contra Francia* (2008).

¹³ *Lautsi y otros contra Italia* (2011), parágrafo 70. Sí resulta extraño, por el contrario, que la decisión de la Sala de la Sección segunda ni siquiera hiciese mención a esta consolidada doctrina del “margen de apreciación nacional”.

advirtiendo al tiempo que su tarea no es la de decidir sobre la compatibilidad de la presencia de los crucifijos en las aulas públicas con los principios contenidos en la Constitución italiana ni, mucho menos, tomar posición en un debate doméstico.

C. La prohibición del adoctrinamiento.

Es cierto que el reconocimiento del margen de apreciación nacional no elimina la tarea de supervisión del Tribunal Europeo, que en todo caso ha de determinar si se ha excedido o no el límite de la prohibición del adoctrinamiento. Pero la ampliación del margen de apreciación que el Tribunal realiza en esta materia supone, correlativamente, una rebaja del nivel de supervisión y control de la medida estatal cuestionada, terminando aquel con frecuencia por asumir sin más la decisión de la autoridad nacional. Ya se trate en unos casos de prohibir el uso de prendas o símbolos religiosos por parte de los

estudiantes en los centros públicos de enseñanza o, en el caso que estamos analizando, de permitir en los mismos la utilización por parte del Estado del símbolo de una determinada confesión religiosa. El problema es que, de este modo, el deber de imparcialidad que - según reiteradamente afirma en su jurisprudencia- pesa sobre los Estados en el cumplimiento de sus funciones como organizadores neutrales del ejercicio de las diversas creencias y convicciones, acaba prácticamente desfigurándose ante el abanico de una pluralidad de decisiones que resultan difícilmente conciliables entre sí y que dificultan la aspiración integradora de fijación de unos estándares europeos comunes que anima la propia creación del Convenio.

Un ejemplo de esta incoherencia es, a mi juicio, la llamativa diferencia de criterios utilizados por el Tribunal en la resolución del caso *Dahlab contra Suiza* -cuya línea argumentativa sigue la decisión de la Sala de la Sección Segunda en *Lautsi*- y en la decisión definitiva de la Gran Sala a la

hora de evaluar si las prácticas cuestionadas eran susceptibles de incurrir en el adoctrinamiento de los estudiantes o en el proselitismo. En relación a este aspecto, ha de señalarse que la Gran Sala rechazó expresamente la consideración de *Dahlab* como un precedente aplicable por considerar los hechos de los dos casos completamente diferentes, aunque en ningún momento se detuvo a señalar cuáles eran esas diferencias relevantes que, a su juicio, invalidaban la autoridad de aquella decisión en este caso.

En *Dahlab* la demandante era una maestra de educación primaria a la que - después de haber utilizado el velo islámico durante casi cuatro años sin que se hubiera producido la más mínima objeción o queja en relación a su tarea- el Director General de Educación Primaria del Cantón de Ginebra prohibió el uso de dicha prenda en el ejercicio de sus funciones docentes. Aunque en el ordenamiento jurídico suizo no existía ninguna norma que prohibiera expresamente dicha práctica, la razón invocada para justificar tal medida fue el

precepto constitucional que declara el carácter no confesional de las escuelas públicas y la consecuente necesidad de garantizar el respeto a las creencias religiosas de los alumnos y de sus padres. En este sentido, las autoridades suizas enfatizaron especialmente la distinción fundamental existente entre el uso de prendas o símbolos religiosos por parte de los alumnos, que en ningún momento se cuestionaba, y el uso de dichas prendas o símbolos por parte de una maestra, cuya libertad religiosa entendían que podía verse sujeta a restricciones especiales en razón de la función institucional que, como representante del Estado, desarrolla.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de remitirse al consabido amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales en esta materia, respaldó completamente la posición del gobierno suizo, justificando la restricción de la libertad religiosa de la demandante en aras a la protección de los derechos de sus alumnos, unos niños

de edades muy tempranas que podían verse fácilmente influenciados por la exposición de un símbolo religioso como el velo islámico:

“El Tribunal admite que es muy difícil determinar el impacto que un símbolo externo tan poderoso como el uso del velo pueda tener sobre la libertad de conciencia y religión de niños tan pequeños. Los alumnos de la demandante tenían entre cuatro y ocho años, una edad en la que se preguntan sobre muchas cosas y son más fácilmente influenciables que otros alumnos más mayores. En esas circunstancias, no puede descartarse completamente que el uso del velo pueda tener algún tipo de efecto proselitista, a la vista de que es impuesto sobre la mujer por un precepto establecido en el Corán (...) Consecuentemente, ponderando el derecho de la maestra a manifestar su religión

con la necesidad de proteger a los alumnos y preservar la armonía religiosa, el Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso y teniendo en cuenta, sobre todo, la tierna edad de los niños de cuya formación es responsable la demandante en cuanto representante del Estado, las autoridades de Ginebra no excedieron su margen de apreciación y que la medida que tomaron no fue irrazonable”¹⁴

Por tanto, aunque el Tribunal reconoce que es muy difícil determinar el impacto que el uso del velo por parte de una maestra pueda tener sobre las creencias de sus alumnos -y de hecho no existía ninguna prueba de que a lo largo de los casi cuatro años en que Dahlab había ejercido sus tareas docentes usando dicha prenda se hubiera producido

siquiera algún tipo de “impacto”- aquel no duda en respaldar la prohibición basándose en la idea de que, dada la edad de los niños, “no puede descartarse completamente” que dicha práctica religiosa “pueda tener algún tipo de efecto proselitista”.

Una vara de medir muy distinta, desde luego, de la que la Gran Sala utiliza en el caso *Lautsi*. Aquí, a la hora de evaluar si la presencia del crucifijo en las aulas puede tener un efecto proselitista o incurrir en el adoctrinamiento, se limita a señalar que

“no existen pruebas ante el Tribunal de que la exposición de un símbolo religioso en las paredes del aula pueda tener alguna influencia sobre los escolares y, por tanto, no puede afirmarse de manera razonable que tenga o que no tenga algún efecto sobre personas jóvenes cuyas

¹⁴ *Dahlab contra Suiza* (2001), parágrafo 98.

convicciones se hallan todavía
en proceso de formación”¹⁵.

Así, la mera hipótesis de que no pueda descartarse completamente la posibilidad de que el uso de un símbolo religioso por parte de un representante del Estado tenga algún efecto proselitista, que era suficiente en *Dahlab* para justificar la prohibición del uso del velo, legitimando así la interferencia en la libertad religiosa de la demandante, se transforma en *Lautsi* en una exigencia de pruebas concluyentes sobre los efectos que la presencia de la cruz en las aulas pueda tener sobre los escolares para revocar la obligación impuesta por el Estado italiano. De este modo, paradójicamente, se acaba imponiendo una exigencia incomparablemente más débil para justificar la limitación de la libertad religiosa de la maestra que para justificar la limitación del poder del Estado, que no puede invocar tal derecho.

¹⁵ *Lautsi y otros contra Italia* (2011), párrafo 66.

La conclusión que parece derivarse de este análisis es que el reconocimiento del amplísimo poder del Estado en esta materia viene a operar efectivamente una auténtica inversión de la carga de la prueba. Así, para desvirtuar la legitimidad de las actuaciones estatales es preciso, en el primer caso, que Dahlab pruebe que el uso del velo no tiene ningún efecto sobre las convicciones religiosas de los alumnos (al objeto de descartar completamente la hipótesis de que el uso del velo pueda tener algún efecto proselitista), y, en el segundo, que Lautsi pruebe -por el contrario- que la exposición del crucifijo en el aula sí ejerce influencia sobre las creencias de los escolares. Posición difícilmente aceptable por cuanto, según la jurisprudencia plenamente consolidada del propio Tribunal, una vez que se ha puesto de manifiesto la incidencia de la actuación estatal en la esfera de los derechos del reclamante, es lógicamente el Estado demandado quien ha de justificar la necesidad de la medida cuestionada, lo cual se traduce en la doble exigencia de

probar que existe una “necesidad social imperiosa” que justifica la injerencia en el derecho afectado y que, además, esta injerencia es “proporcional al fin perseguido”.

Siguiendo con el razonamiento de la Gran Sala, ésta llega a admitir incluso que “es cierto que al imponer la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas -un símbolo que, tenga o no también un valor simbólico secular, alude al Cristianismo- las normas confieren a la religión mayoritaria del país una visibilidad preponderante en el ambiente escolar”. Pero estima, no obstante, que esa preponderancia no es suficiente para denotar un proceso de adoctrinamiento y, en definitiva, para constituir una vulneración de los deberes estatales de neutralidad e imparcialidad¹⁶.

Dicha conclusión se apoya en la idea -cuya importancia es específicamente subrayada por el tribunal a efectos de la consideración del principio de neutralidad

estatal- de que “un crucifijo en una pared es un símbolo esencialmente pasivo”, respecto del cual no puede considerarse que “tenga una influencia sobre los escolares equiparable a la de un discurso didáctico o a la de su participación en actividades religiosas”¹⁷. Al introducir esta comparación, el Tribunal se remite expresamente a los casos *Folguero y otros contra Noruega* (2002) y *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía* (2004), en los que rechazó la compatibilidad con el Convenio de la introducción en el currículum escolar de sendas materias sobre cultura religiosa y ética en las que se daba un peso preponderante a las religiones mayoritarias de cada uno de los dos países, incluyendo también la asistencia a ceremonias religiosas en el caso noruego. Pero resulta difícil no atisbar también en esta consideración del Tribunal una alusión implícita al caso *Dahlab*, aunque lo haya descartado como precedente aplicable. Repárese en este sentido en que, mientras en su resolución de dicho caso, el velo aparece

¹⁶ *Ibidem*, parágrafo 71.

¹⁷ *Ibidem*, parágrafo 72.

caracterizado como “un poderoso símbolo externo”, en la decisión de *Lautsi* el crucifijo es considerado “un símbolo esencialmente pasivo”, en lo que parece constituir un intento sutil de justificar el diferente criterio utilizado en ambos casos. Sin entrar en la discusión acerca de qué quiere decir el tribunal al hablar de un símbolo “pasivo” -todos los símbolos son, por naturaleza, portadores de un significado- lo que parece cierto es que un velo es tan “pasivo” como una cruz, al menos si se compara también con un discurso o con la participación en una ceremonia religiosa. Del mismo modo que, desde la perspectiva contraria, no parece posible descartar que una cruz pueda ser un símbolo tan poderoso como un velo.

A partir de este punto, la argumentación de la Gran Sala se dirige a contrarrestar los hipotéticos efectos que sobre los escolares pudiera tener la presencia del crucifijo y, en consecuencia, esa mayor visibilidad de la religión cristiana en el ambiente escolar, apelando a la

consideración de otros rasgos o características del sistema educativo italiano. En este sentido hace referencia a circunstancias como la no obligatoriedad de la enseñanza de la doctrina cristiana, la no prohibición de la utilización del velo islámico o de otras prendas de carácter religioso por parte de los estudiantes, la celebración en algunas ocasiones del comienzo y del fin del Ramadán en las escuelas o la posibilidad de organizar una enseñanza religiosa opcional para todos los credos reconocidos. A lo que añade (¿quién podría dudarlo?) el derecho que conservan los padres a educar, aconsejar y guiar a sus hijos en una dirección acorde con sus propias creencias y convicciones. Cuestiones todas ellas que, aunque pueden ayudar a perfilar el contexto escolar en el que opera la obligación de exponer el crucifijo, en mi opinión no tienen por qué afectar sustancialmente a la resolución de la cuestión concreta planteada ni, mucho menos, servir como circunstancias atenuantes o neutralizadoras de aquella obligación rebajando el nivel de escrutinio

y de exigencia del Tribunal en relación a la misma¹⁸. Sobre todo teniendo en cuenta que las circunstancias de este tipo no han sido tenidas en cuenta o ponderadas de la misma manera por el Tribunal en la resolución de otros casos similares.

Con todo, la decisión de la Gran Sala es una buena muestra del enfoque y de las estrategias argumentativas generalmente adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa. Estrategias entre las que destaca especialmente la -a mi juicio- abusiva utilización del mecanismo del “margen de apreciación nacional”. El resultado, una vez más, es una

jurisprudencia que tiende a la sobreprotección de las confesiones religiosas mayoritarias y que refleja una limitada consideración de las exigencias de neutralidad e imparcial en la actuación estatal y del valor del pluralismo.

¹⁸ En este sentido, es significativo el voto particular emitido por los jueces Rozakis y Vajic respaldando la decisión de la Gran Sala. En su opinión, “es indiscutible que la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas italianas tiene un simbolismo religioso que afecta a la obligación de neutralidad e imparcialidad del Estado”. Sin embargo, consideran que el nivel de transgresión de dicha obligación que supone aquella medida no justifica una declaración judicial de transgresión del Convenio por la concurrencia de las circunstancias señaladas relativas al contexto educacional. Circunstancias que -a su juicio- constituyen “un factor fundamental para la ‘neutralización’ de la importancia simbólica de la presencia de la cruz”.

