

**MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL,
LIBERTAD RELIGIOSA Y CRUCIFIJOS
(O LAS CONSECUENCIAS
DE UN DEFICIENTE DIÁLOGO
ENTRE JURISDICCIONES)**

RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA EFICACIA INTERPRETATIVA DE LA SENTENCIA LAUTSI II: MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL Y ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN. 3. LA RECEPCIÓN INTERNA DE LA SENTENCIA LAUTSI II EN LA STC 34/2011. 4. LA PRESENCIA DE CRUCIFIJOS EN LAS AULAS PÚBLICAS DESDE EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 4.1. Planteamiento general. 4.2. El significado del crucifijo como símbolo. 4.3. Sobre el supuesto valor constitucional de la tradición. 4.4. Análisis del supuesto desde la vertiente subjetiva de la libertad de creencias y del derecho del art. 27.3 CE. 4.5. Crucifijo y neutralidad religiosa del Estado. 5. REFLEXIÓN FINAL.

Fecha recepción: 30.07.2012
Fecha aceptación: 27.12.2012

MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL, LIBERTAD RELIGIOSA Y CRUCIFIJOS (O LAS CONSECUENCIAS DE UN DEFICIENTE DIÁLOGO ENTRE JURISDICCIONES)¹

RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

El art. 10.2 CE obliga, como es sabido, a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España sobre la materia. En este sentido, son cada vez más frecuentes las referencias, en la jurisprudencia

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto «Multiculturalidad, Género y Derecho», DER2009-08297 (subprograma JURI), que dirige la profesora Patricia Laurenzo Copello. Quisiera agradecer la disposición de Ángel Rodríguez a discutir conmigo los distintos puntos conflictivos que iban surgiendo durante su elaboración y sus valiosas sugerencias. Se utiliza aquí la expresión «diálogo entre jurisdicciones» en un sentido equivalente a la de «diálogo judicial», esto es, «*la comunicación entre tribunales derivada de una obligación (...) de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho.* Esto es, el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*» [BUSTOS GIBBERT, R. (2012). «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, pág. 21, cursiva también en el original.].

constitucional, a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)² o a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano jurisdiccional encargado de velar por el respeto a los derechos incluidos en el citado Convenio o en sus protocolos³.

Este recurso, que ha permitido la homologación del nivel interno de protección otorgado a nuestros derechos fundamentales con los estándares internacionales, merece, sin embargo, una valoración crítica cuando conlleva la importación de elementos claramente reductores en relación con los que hubieran podido ser de aplicación desde una perspectiva estrictamente interna. El objeto del presente trabajo es, precisamente, ilustrar este supuesto tomando como base uno de los casos en que así sucede. Nos referimos concretamente a la precipitada recepción en la STC 34/2011, de 28 de marzo, de la doctrina sentada por la Gran Sala del TEDH en su sentencia de 18 de marzo del mismo año, en el caso *Lautsi y otros contra Italia* (demanda n.º 30814/06), citada en adelante como sentencia *Lautsi II* (por oposición a la sentencia *Lautsi I*, que aludirá a la dictada por la Sala sobre el mismo caso, con fecha de 3 de noviembre de 2009)⁴.

² Adoptada en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979.

³ La extensión del ámbito del art. 10.2 CE a la jurisprudencia del TEDH fue pronto destacada por la doctrina [LINDE, E. (1979). «Eficacia de la Convención en el Derecho español», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, págs. 153-154]. Más recientemente, RODRÍGUEZ, A. (2001). *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, págs. 164 y sigs.; o QUERALT JIMÉNEZ, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁴ Los hechos que dan lugar a esta demanda son suficientemente conocidos. En el curso 2001-2002, los hijos de Soile Lautsi, menores de edad, asisten en Italia a un centro escolar público, en cuyas aulas había un crucifijo. Tras desatender los órganos directivos del colegio la petición de retirada, la demandante emprendió una vía judicial que llevó el asunto incluso hasta la Corte Constitucional italiana, por medio de una cuestión de inconstitucionalidad, que fue inadmitida por estar en realidad dirigida frente a normas que carecían de rango de ley. Finalmente, su demanda fue rechazada tanto por el Tribunal Administrativo del Véneto, con fecha de 17 de marzo de 2005, como por el Consejo de Estado italiano (sentencia de 13 de abril de 2006). Planteado el asunto ante el TEDH, la Sala concedió la razón a la demandante, al declarar que había habido violación del art. 2 del Protocolo núm. 1, en relación con el art. 9 CEDH. Esta sentencia fue finalmente revocada por la de Gran Sala arriba citada.

Varios de los argumentos que fueron utilizados por la Gran Sala para fundamentar que la exposición obligatoria de crucifijos en las aulas de los colegios públicos italianos no viola el art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio⁵ ni la libertad religiosa del art. 9 CEDH⁶, pasaron a formar parte importante de la línea argumental utilizada por el TC para denegar el amparo a un abogado del Colegio de Abogados de Sevilla que entendía lesionada su libertad religiosa por el artículo del nuevo Estatuto de esa corporación, que establecía el patronazgo de la Santísima Virgen María.

Analizaremos, en primer lugar, cómo el recurso por el TEDH a la doctrina del margen de apreciación estatal y la naturaleza del CEDH como estándar mínimo de protección condicionan el alcance de los efectos de la sentencia *Lautsi II* en nuestro ordenamiento; veremos también que nuestro Tribunal Constitucional, ignorando estos condicionantes, aplica equivocadamente los criterios elaborados por el TEDH a un contexto notablemente diverso; y finalmente, expondremos los argumentos que, a nuestro juicio, permiten sostener que la línea emprendida por la STC 34/2011, de ser continuada en el futuro para abordar el caso de origen, esto es, la presencia de crucifijos en las aulas escolares públicas, supondría la aplicación al derecho fundamental a la libertad religiosa de un estándar de protección disminuido en relación con el que le correspondería en virtud de nuestro orden interno⁷.

⁵ Según este precepto: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

⁶ El art. 9 CEDH establece, en su apartado primero: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos». Por su parte, su apartado segundo dispone: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

⁷ Entienden aplicable la doctrina de esta sentencia al asunto de los crucifijos, desde planteamientos de fondo notablemente distintos, PRIETO ÁLVAREZ, T. (2011). «Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 150, pág. 468; RUIZ-RICO RUIZ, G. (2011). «El ejercicio de la libertad religiosa en el sistema de enseñanza desde la reciente jurisprudencia constitucional e internacional». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, pág. 56.

2. LA EFICACIA INTERPRETATIVA DE LA SENTENCIA *LAUTSI II*: MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL Y ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN

Cuando, en 2009, se dictó la sentencia *Lautsi I*, en la que se concluía que la exposición obligatoria de un crucifijo violaba el artículo 2 del Protocolo núm. 1 conjuntamente con el art. 9 del Convenio, fueron muy numerosas las voces que se alzaron en contra. Entendían que el TEDH se había excedido en sus atribuciones, al no conceder a Italia el mismo margen de apreciación que, con anterioridad, había sido otorgado a otros Estados en diversos supuestos conflictivos relacionados con la libertad religiosa⁸. El propio Gobierno italiano, en su recurso ante la Gran Sala, invocó la doctrina del margen de apreciación estatal ante la falta de una aproximación común en los países europeos sobre la cuestión relativa a las relaciones entre Estado y religiones, así como acerca de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas (§ 34).

La protesta no carecía de lógica. En la medida en que el TEDH se sirve, para la definición del estándar convencional de protección, de los derechos, principios, valores o tradiciones comunes a los Estados parte⁹, la construcción del

⁸ En este sentido, MÜCKL, S. (2010). «Crucifijos en las aulas: ¿lesión a los derechos fundamentales?». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 23, págs. 12-13; COMBALÍA, Z. (2010). «Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista General del Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, págs. 19-20; PAREJO GUZMÁN, M.^a J. (2010). «Orden público europeo y símbolos religiosos: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, págs. 14, o 17 y sigs. En contra de la concesión de tal margen de apreciación al Estado, COLAIANNI, N. (2010). «Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, págs. 13-14 o 24-25; RELAÑO PASTOR, E. (2011). «La polémica del crucifijo en las aulas, *Lautsi contra Italia*: ¿un nuevo conflicto entre cristóforos y creyentes?», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G., y RUIZ-RUIZ, J.J. (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 255 y sigs. Para un estudio detenido del argumento del margen de apreciación, véanse GARCÍA ROCA, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, o ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2011). «Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, págs. 1-27. Su aplicación en materia de libertad religiosa se ha estudiado en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2003). «Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, págs. 14 y sigs.

⁹ A. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 308. En torno a la dificultad de construir un contenido mínimo del derecho a la libertad religiosa en el ámbito del CEDH, SANTOLAYA MACHETTI, P. (2006).

parámetro europeo de control se complica cuando, como sucede en el supuesto que nos ocupa, los ordenamientos nacionales presentan una clara diversidad de soluciones sobre la materia objeto del litigio. En este contexto, una decisión del TEDH encaminada a impulsar la elevación del estándar europeo por encima del comúnmente aceptado por los Estados miembros estaba destinada a suscitar una importante división entre estos¹⁰.

Es en este marco en el que debe ser situada la sentencia de la Gran Sala. Son varias las ocasiones en las que la sentencia *Lautsi II* utiliza el argumento del margen de apreciación estatal¹¹, si bien es cierto que cada una de estas referencias viene seguida por una apelación a los límites a los que, en el plano europeo, se enfrenta dicha margen. Así, se concede, en primer lugar, un margen de apreciación al Estado para la determinación del alcance del término «respeto» en el art. 2 del Protocolo núm. 1 (§ 61), y, por tanto, en sus esfuerzos para conciliar el ejercicio de las funciones estatales en relación con la educación y la enseñanza con el respeto del derecho de los padres a asegurar que tal educación y enseñanza sean conformes a sus propias convicciones filosóficas y religiosas (§ 69). Este espacio para la libre disposición del Estado solo resultaría excedido, según la Gran Sala, en el caso en que el Estado persiguiera un objetivo de adoctrinamiento no respetuoso con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres (§§ 62 y 69).

También se confía al margen de apreciación estatal la decisión de perpetuar o no una tradición, si bien se recuerda que la referencia a una tradición no exime al Estado parte de su obligación de respetar los derechos y libertades previstos en el Convenio y sus protocolos (§ 68).

Más concretamente, se reconoce el citado margen en el punto relativo a la decisión de si los crucifijos deberían estar presentes en las aulas de las escuelas

«Sobre el derecho a la laicidad. (Libertad religiosa e intervención de los poderes públicos)». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 33, pág. 60; RUIZ-RICO, G. (2011). «Símbolos religiosos en el espacio público escolar. Examen de la Sentencia *Lautsi contra Italia*», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G., y RUIZ RUIZ, J.J. (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 172.

¹⁰ En el caso que nos ocupa intervinieron como terceros los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta y República de San Marino. Como señala GARCÍA ROCA, el TEDH suele acudir al margen de apreciación en determinadas situaciones de las que pretende huir como «ante una situación política muy embarazosa, en la que teme provocar una división mayor entre los Estados miembros si resuelve el litigio, por las implicaciones del caso, y prefiere optar por ciertas sabias virtudes pasivas como son la contención y la prudencia» (*op. cit.*, pág. 202).

¹¹ Denuncia la abusiva utilización de este argumento en la sentencia *Lautsi II*, SOLAR CAYÓN, J.I. (2011). «*Lautsi contra Italia*: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pág. 586.

públicas. A juicio de la Gran Sala, que recoge así la alegación del Gobierno italiano, el hecho de que no haya un consenso europeo sobre la cuestión habla a favor de esta aproximación. Ahora bien, este margen de apreciación va según el TEDH (recordando su consolidada jurisprudencia al respecto), de la mano de la supervisión europea, que debe determinar si se ha excedido el límite ya referido del adoctrinamiento (§ 70).

No es de extrañar, pues, que la conclusión expuesta en el § 76 de la sentencia gire en torno al argumento que nos ocupa. Afirma en este punto el TEDH que

«en la decisión de mantener los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas a las que asistían los hijos de la primera demandante, las autoridades actuaron dentro de los límites del margen de apreciación dejado al Estado demandado en el contexto de su obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en relación con la educación y enseñanza, el derecho de los padres de asegurar tal educación y enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas».

Con este planteamiento de mínimos, adquiere pleno sentido que en la sentencia *Lautsi II* no se conceda importancia alguna a la libertad religiosa del artículo 9 del Convenio, que sí formaba parte de las argumentaciones de los demandantes. Para el Tribunal europeo, en el área de educación y enseñanza, el art. 2 del Protocolo núm. 1 es, en principio, ley especial en relación con el art. 9 CEDH (§ 59). La única referencia al derecho del art. 9 CEDH se realiza para afirmar que no plantea ninguna cuestión distinta a las resueltas respecto del art. 2 del Protocolo núm. 1 (§§ 77 y 78). De este modo, el TEDH elude una cuestión, a nuestro juicio, central en el asunto planteado, y que había desempeñado un papel relevante en la anterior sentencia de Sala¹², que no es otro que el de si la exhibición obligatoria de un crucifijo viola el derecho a la libertad religiosa de los alumnos que no comparten el significado del símbolo. ¿Es conforme con la libertad religiosa el que un Estado parte del Convenio obligue a un alumno, cualquiera sea su religión o creencia, a recibir docencia ante la presencia de un crucifijo?

El enfoque adoptado condiciona el resultado al que llega el TEDH, toda vez que su jurisprudencia anterior sobre el art. 2 del Protocolo núm. 1, en torno al que giran todas sus consideraciones, le permite, como hemos visto, centrar su labor de control en un único punto: la ausencia de adoctrinamiento por parte

¹² Véanse, en este sentido, §§ 47, 55, 56, 57 y 48.

del Estado. Son varios los argumentos que llevan a la Gran Sala a concluir que este límite no se había excedido:

a. En primer lugar, sostiene el Tribunal que no existen pruebas de que la exposición de un símbolo religioso en clase pueda tener influencia o efecto alguno sobre los alumnos. La percepción subjetiva de la demandante no se considera suficiente para establecer en este punto una violación del art. 2 del protocolo núm. 1 (§ 66). Por otra parte, a efectos del respeto al principio de neutralidad, la Gran Sala estima que, al tratarse de un símbolo esencialmente pasivo, la influencia del crucifijo sobre los alumnos no es comparable a la de una charla didáctica o a la participación en actividades religiosas (§ 72).

b. Tampoco se estima suficiente para indicar un proceso de adoctrinamiento, a juicio del TEDH, el que las normas internas concedan una visibilidad preponderante a la religión mayoritaria del país en el ambiente escolar (§ 71). Se sirve para ello de nuevo de su doctrina anterior sobre el art. 2 del Protocolo núm. 1, que considera conforme al CEDH la superior presencia de la religión mayoritaria en los currícula escolares¹³, y de una apreciación de los efectos de esta mayor visibilidad en el contexto de una valoración general de la actitud del Estado italiano ante el fenómeno de la convivencia religiosa en sus escuelas públicas. Así, destaca, dando por buenos los argumentos ofrecidos por el Gobierno italiano, la ausencia de enseñanza obligatoria de la religión cristiana; la falta de prohibición del velo islámico u otros símbolos con connotaciones religiosas; la posibilidad de adoptar medidas alternativas para hacer compatible la instrucción con prácticas religiosas no mayoritarias o de organizar en los colegios una educación religiosa optativa para todos los credos religiosos reconocidos; la ausencia de manifestaciones de intolerancia con los estudiantes que tuvieran otras creencias, o la falta de queja alguna por los demandantes acerca de que la presencia del crucifijo en las aulas hubiera alentado el desarrollo de prácticas de enseñanza con una tendencia proselitista (§ 74).

c. Finalmente, el Tribunal confirma la ausencia de adoctrinamiento en el hecho de que la demandante conservaba en su totalidad su derecho como madre a ilustrar y aconsejar a sus hijos, ejercer sus funciones naturales como educadora y guiarles por un camino en línea con sus propias convicciones filosóficas (§ 75).

Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos por los efectos que se pueden deducir de esta sentencia para nuestro ordenamiento. No cabe duda de que la obligatoriedad de las sentencias del TEDH puede ir mucho más allá de los efectos directos que de ella se derivan para el Estado infractor. Estas sentencias

¹³ Véanse las referencias a los casos *Folgero* y *Zengin* en el citado § 71.

generan unos efectos interpretativos que vinculan, en principio, a todos los Estados parte del Convenio¹⁴. Sin embargo, la correcta delimitación del alcance de dicho efecto exige tener en cuenta el sentido de la resolución. Así, en el caso que nos ocupa, el TEDH no pretende fijar una respuesta uniforme para todos los Estados parte acerca de cómo ha de afrontarse el problema de la exhibición de crucifijos en las aulas de los colegios públicos. Ciertamente afirma que la solución italiana es compatible con el Convenio, por lo que se puede razonablemente sostener que la presencia de estos símbolos en las aulas públicas de los colegios españoles, en sí misma considerada, también superaría el control de compatibilidad realizado por el órgano europeo. Lo que no resulta de la sentencia es que esta sea la única solución posible conforme al Convenio. Antes al contrario. Con el empleo por la instancia europea del tópico del margen de apreciación estatal, la pelota queda en el tejado de las autoridades nacionales, que deben resolver el asunto de acuerdo con sus propias normas internas sobre derechos fundamentales¹⁵.

La recepción interna, en cada Estado miembro, de la doctrina sentada por la sentencia *Lautsi II* sobre el art. 2 del Protocolo núm. 1 y (su ausencia de doctrina sobre) el art. 9 CEDH no puede perder nunca de vista que en el nivel de protección europeo se establece tan solo un «estándar mínimo» de protección, que, si bien no puede ser nunca infringido, puede ser perfectamente elevado en el plano interno por los Estados parte¹⁶. No podría ser de otra forma, dado

¹⁴ Sobre este argumento, por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, pág. 4. RODRÍGUEZ nos habla de «auténticas normas producidas sin el concurso de la voluntad estatal y con una clara vocación de alcance general en el desarrollo de sus disposiciones. Se trata de las normas «subconvencionales» producidas por el propio TEDH al interpretar la Convención» (*op. cit.*, pág. 138).

¹⁵ Cfr. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, pág. 95. Véase también en relación con el problema concreto que nos ocupa, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2012). «Símbolos religiosos en actos y espacios institucionales». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, pág. 74.

¹⁶ La consideración del CEDH como estándar mínimo de protección puede verse, entre otros, en LINDE, *op. cit.*, pág. 154; RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 99 y sigs.; QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 98 y sigs.; GARCÍA ROCA, *op. cit.*, págs. 100-101. En relación con la libertad religiosa, PORRAS RAMÍREZ, J.M. (2011). «La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea», en PORRAS RAMÍREZ, J. M. (coord.), *Derecho y factor religioso*, Madrid, Tecnos, pág. 25. Esta concepción tiene también su reflejo en la jurisprudencia constitucional. En este sentido, véase STC 91/2000, f.j. 7. RODRÍGUEZ señala una excepción a este criterio, en virtud de la que «deberá aplicarse un estándar convencional menos protector cuando el mismo se haya definido así para dispensar una mayor protección a otro derecho fundamental, y siempre y cuando su menor protección no implique una vulneración del contenido esencial del derecho menos protegido» (*op. cit.*, pág. 331). Esta excepción, sin embargo, no concurre en el supuesto que analizamos, ya que el TEDH no justifica en ningún momento su posición en la necesidad de proteger otros derechos.

el número tan elevado de Estados que han ratificado el CEDH y la diversidad de culturas y correspondientes concepciones jurídicas presente entre ellos¹⁷. El propio CEDH plasma en su articulado este carácter de estándar mínimo cuando dispone en su art. 53, de forma también vinculante para los poderes públicos internos¹⁸, lo siguiente:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que esta sea parte».

De este modo, resulta obligado, tanto desde un punto de vista interno como europeo, el apartamiento de la doctrina del TEDH cuando de ella se deduce un nivel de protección de los derechos fundamentales inferior al que se puede obtener del propio ordenamiento interno.

En definitiva, el recurso al argumento del margen de apreciación estatal en la sentencia *Lautsi II* y su carácter de estándar mínimo impide importar de manera acrítica los argumentos sostenidos en dicha sentencia. Se impone que el órgano jurisdiccional interno realice previamente una labor de filtro, para depurar el sentido que la resolución pueda tener en el marco constitucional español¹⁹.

¹⁷ Por todos, BERNHARDT, R. (1983). «Internationaler Menschenrechtsschutz und nationale Gestaltungsspielraum», en BERNHARDT, R. y otros (herausgegeben von), *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, pág. 80.

¹⁸ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 332. Como señala QUERALT JIMÉNEZ, el art. 53 CEDH «se erige en instrumento de resolución de potenciales conflictos con otros sistemas de garantía y, en especial, con los sistemas nacionales» (*op. cit.*, pág. 101).

¹⁹ Así lo entendió la sentencia 3250/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 14 de diciembre (en adelante, sentencia del TSJ de Castilla y León), en relación con la sentencia *Lautsi I*, aun cuando esta no contenía apelación alguna al margen de apreciación estatal. El órgano judicial interno puso de manifiesto que, si bien, en virtud del art. 10.2 CE «el criterio fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un juicio interpretativo a seguir», su influencia en el ordenamiento español debía ser ponderada. Su extrapolación lineal o literal quedaba impedida por una serie de razones: el distinto tenor literal del art. 9 CEDH y el art. 16 CE, al prever este un apartado 3, inexistente en el CEDH, que contiene un mandato a todos los poderes públicos para tener en cuenta el hecho religioso; la sentencia se refiere al ordenamiento italiano, donde la presencia de símbolos religiosos en las aulas está expresamente impuesta; la sentencia analiza un caso concreto, y no se pronuncia en términos generales (fundamento de Derecho sexto). Reclamaba prudencia a la hora de aplicar la sentencia *Lautsi I* en nuestro ordenamiento, IGLESIAS BERLANGA, M. (2010). «¿Crucifijos en las aulas? Asunto Lautsi vs. Italia (demanda n.º 30814/06). Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 2009». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, págs. 8 y 12-13.

De otro modo, se estaría cercenando indebidamente la posibilidad de adoptar internamente otras soluciones más garantistas para los derechos fundamentales en juego²⁰.

En nada de esto repara, sin embargo, el Tribunal Constitucional español en la STC 34/2011, anteriormente citada. En ella, el TC utiliza en tres ocasiones la doctrina europea a modo de argumento de autoridad para apoyar la solución por él ofrecida para un caso hasta aquel momento no resuelto, como es la presencia de símbolos religiosos en el espacio público, con el efecto, como veremos, de reducir por vía indirecta el estándar que sería alcanzable para este tipo de supuestos con una interpretación independiente de las normas constitucionales internas²¹.

Antes de adentrarnos en el correspondiente examen del problema relativo a la exposición de crucifijos en las aulas de los centros escolares públicos desde el punto de vista de nuestro ordenamiento constitucional, dedicaremos el siguiente apartado a concretar otros motivos por los que entendemos que la recepción por la STC 34/2011 de la sentencia *Lautsi II* es manifiestamente incorrecta.

3. LA RECEPCIÓN INTERNA DE LA SENTENCIA *LAUTSI II* EN LA STC 34/2011

La STC 34/2011 ignora dos elementos que, a nuestro juicio, obligan a cuestionar el uso de la doctrina de la sentencia *Lautsi II* al caso que allí se plantea. Así, por una parte, el Tribunal Europeo inicia sus consideraciones con la advertencia de que el único objeto de su decisión es la compatibilidad, a la luz de las circunstancias del caso, de la presencia de crucifijos en las aulas públicas escolares italianas con las exigencias del art. 2 del Protocolo núm.1 y el artículo 9 del Convenio. Excluye el Tribunal incluso el examen de la presencia de crucifijos en lugares distintos a los colegios públicos (§ 57). Con

²⁰ Compartimos en este punto la opinión de RODRÍGUEZ, cuando sostiene que «debe entenderse que es posible una mayor protección no sólo en los casos en los que se establece claramente un estándar más alto, sino también cuando éste es alcanzable mediante una interpretación del derecho interno independiente del derecho supranacional» (*op. cit.*, pág. 364).

²¹ A este problemático uso de la doctrina del TEDH como argumento de autoridad se refieren MUÑOZ MACHADO, S. (1988). «Prólogo» a FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Tecnos, págs. 18-19; RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 341. En general, sobre el recurso por el TC a las sentencias del TEDH como argumento de autoridad, EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (1987). *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, págs. 325 y sigs.; QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 220 y sigs.

esta delimitación expresa del objeto del recurso, el propio TEDH pretende evitar cualquier intento de darle a sus consideraciones un alcance mayor al que tienen por el *thema decidendi*, a sabiendas de la enorme casuística que se puede producir en torno a la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos. A pesar de ello, el TC acude a la sentencia *Lautsi II* para construir su respuesta a un asunto diferente, esto es, la previsión en los Estatutos de un Colegio de Abogados del patronazgo de la Virgen María.

Por otro lado, el Tribunal Europeo excluye expresamente de su objeto de estudio el análisis de la compatibilidad con el principio de laicidad, tal y como se consagra en el Derecho italiano, de la presencia de crucifijos en las aulas públicas estatales (§ 57)²². La razón se encuentra en el propio ámbito funcional del TEDH, que se encarga de velar por el respeto de los derechos humanos recogidos en el Convenio y sus protocolos. No constituye, sin embargo, parámetro de control para él ni los derechos fundamentales de los Estados miembros, tal y como estos resultan configurados en sus respectivas constituciones, ni otras normas o principios que en ellas se pudieran prever. Entre estos últimos se encuentra, en algunos países como España, el principio de laicidad, que no está previsto en el CEDH, y, por tanto, no va a ser tenido en cuenta por el Tribunal Europeo en sus consideraciones²³. Por el contrario, para nuestro TC el examen de la cuestión a la luz del principio de aconfesionalidad estatal debe constituir ineludiblemente una de las piedras angulares de cualquier resolución al respecto. Dada la diferencia entre parámetros, parece evidente que el TC no puede servirse de la doctrina del TEDH para interpretar dicho principio, tal y como se dispone en el art. 16.3 CE²⁴.

Sin embargo, el TC se remite a la sentencia *Lautsi II* para apoyar su consideración acerca de «la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad

²² Se hace aquí referencia al principio de laicidad, aunque la versión oficial inglesa utiliza la expresión «secularism», por ser el término utilizado tanto en la versión oficial francesa como en la italiana.

²³ Esta apreciación puede verse también en el voto particular concurrente del magistrado Bonello (apartado 2.2), quien, sin embargo, se muestra abierto a la posibilidad de que la presencia del crucifijo en las aulas públicas sea contraria al principio de laicidad o al régimen de separación entre Estado e Iglesia (apartados 2.9 y 2.11). No tiene sentido deducir, pues, como hace PRIETO ÁLVAREZ, de la nula atención que presta el TEDH a la aconfesionalidad estatal que se trata del argumento «más débil de cuantos pueden esgrimirse en defensa de la proscripción de los signos religiosos en las aulas de las escuelas públicas» («Crucifijo y escuela pública...», cit., pág. 449).

²⁴ Como sostiene BUSTOS GISBERT, «(t)oda comunicación requiere la presencia de un contexto compartido. Sin el mismo la comunicación no resulta posible, pues no cabe la posibilidad de que los sujetos intervinientes en el mismo puedan comprender el significado de las opiniones del otro» (*op. cit.*, pág. 44).

religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas, como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas» (f.j. 4 de la STC 34/2011, con remisión al § 72 de la del TEDH). Ciertamente, la referencia a la neutralidad existe en el párrafo citado de la sentencia *Lautsi II*, pero, ¿a qué neutralidad se está refiriendo aquí la Gran Sala? La respuesta nos la da el reenvío que hace el TEDH al § 60 de la misma sentencia. En él se nos dice que el art. 2 del Protocolo núm. 1 debe ser leído a la luz del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, previsto en el art. 9 CEDH. Sostiene el Tribunal europeo que este derecho impone a los Estados parte un «deber de neutralidad e imparcialidad». Al respecto, se señala que el Estado debe asegurar, de manera neutral e imparcial, el ejercicio de las diversas religiones y creencias. Lo que aquí sostenemos es que la neutralidad mencionada por la sentencia *Lautsi II* no es la misma que se deduce de la aconfesionalidad del Estado establecida por el art. 16.3 CE, que es a la que pretende, sin embargo, referirse nuestro TC. El motivo ya lo conocemos: el TEDH excluye desde el primer momento cualquier consideración sobre el principio de laicidad. La neutralidad a la que alude el Tribunal europeo es un deber mínimo que resulta de la libertad religiosa, y se impone a todos los Estados parte del Convenio, sea cual sea su naturaleza. El principio de laicidad, sin embargo, no se encuentra ontológicamente unido al reconocimiento de la libertad religiosa, como prueba la existencia en el ámbito del Consejo de Europa de países en los que la garantía de esta libertad convive con un Estado formalmente confesional. De este modo, es razonable pensar que las exigencias que derivan de *nuestro* principio de neutralidad constituyen un plus respecto de las que se obtendrían del mero reconocimiento de la libertad religiosa.

Al confundir ambos elementos, nuestro TC prescinde en realidad del análisis del problema desde la perspectiva del principio de neutralidad religiosa que se deduce del art. 16.3 CE, bajo el pretexto de una interpretación conforme con la doctrina del TEDH. Se trata, sin duda, de un efecto no deseado por la propia sentencia *Lautsi II*, que deja necesariamente esta cuestión a los órganos internos de cada Estado parte que disponga el principio de laicidad como modelo de relación con el fenómeno religioso.

La STC 34/2011 recurre a la cita de fragmentos de la sentencia del TEDH como argumento de autoridad en otras dos ocasiones, pero también de manera desafortunada:

1. Se vale de la sentencia *Lautsi II* para rechazar que en la asunción del patronazgo de la Virgen María por el Colegio de Abogados de Sevilla predomine

mine su significado religioso. El TC pretende así sostener que el significado del símbolo se obtiene a partir de su sentido social, que prevalece sobre el que deriva de la percepción subjetiva del reclamante (f.j. 4)²⁵. Sin embargo, de este modo desvirtúa la premisa de la que parte la sentencia europea ya que, como veremos más adelante, esta afirma rotundamente, en relación con la presencia del crucifijo en las aulas escolares, la naturaleza religiosa del símbolo. El sentido correcto del fragmento utilizado por el TC se observa a la luz del contexto de la frase en la sentencia *Lautsi II*. Allí, la Gran Sala, tras exponer que no existen pruebas de que la exhibición de un símbolo religioso pueda influir o producir efectos sobre personas jóvenes cuyas convicciones se encuentran en proceso de formación, declara:

«Sin embargo, es comprensible que la primera demandante pueda ver en la exposición de crucifijos en las aulas de la escuela estatal antes frecuentadas por sus hijos una falta de respeto de parte del Estado a su derecho a garantizar su educación y enseñanza de conformidad con sus propias convicciones filosóficas. Sea como sea, la percepción subjetiva de la demandante no basta por sí sola para caracterizar una violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1».

Como se puede observar, nada tiene que ver el inciso utilizado por el TC con el significado —religioso o no— del símbolo en cuestión, sino con un debate totalmente distinto acerca de si la percepción subjetiva del demandante es suficiente por sí sola para entender violado el derecho mencionado.

2. Finalmente, el TC acude a la sentencia *Lautsi II* para resolver el recurso de amparo en su aspecto relativo al derecho a la igualdad. A juicio del recurrente, los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla habían consagrado una desigualdad, al primar unas creencias religiosas determinadas e imponerlas al resto. Con ello, sostiene el demandante, la norma habría discriminado a quienes poseen distintas creencias o carecen de ellas. El TC vincula la solución de este punto a la ya dada sobre las vertientes subjetiva y objetiva del derecho fundamental a la libertad religiosa, de manera que al considerar que estas no han sido objeto de violación «queda desprovista de sustento la queja referida a la infracción del art. 14 CE, que proclama la igualdad ante la ley de todas las personas y

²⁵ La cita completa es la siguiente: «no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social. En este mismo sentido, la muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, Caso *Lautsi* y otros contra Italia —que ha juzgado sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas— pone de relieve que, en este ámbito, la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado (§ 66)».

prohíbe cualquier discriminación por razón de «religión» (en el mismo sentido, acerca del carácter instrumental de similar queja, la citada STEDH de 18 de marzo de 2011, caso *Lautsi y otros c. Italia*, § 80)» (f.j. 6).

No es objeto de este trabajo resolver si la institución del Patronazgo de la Virgen María en los Estatutos de un Colegio Profesional vulnera o no el derecho a la igualdad del art. 14 CE en su vertiente de no discriminación por razones religiosas. Sí queremos, sin embargo, advertir de las dificultades que presenta el recurso en este punto a la sentencia del TEDH como argumento de autoridad, dado el diferente contenido del art. 14 CEDH y el art. 14 CE. En este sentido, el art. 14 CEDH garantiza únicamente la igualdad en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y no tiene existencia independiente al margen de estos²⁶, mientras que el alcance de la protección otorgada por el art. 14 CE es más amplio, al no vincularse necesariamente al ejercicio de ningún derecho fundamental²⁷. Dicho de otro modo: en el ámbito del art. 14 de nuestra Constitución es posible concebir supuestos de discriminación por razones religiosas que no estén ligados a la violación de la vertiente subjetiva de la libertad religiosa.

En definitiva, el TC utiliza los razonamientos del TEDH sin tener en cuenta, ni la delimitación que este último hace del objeto del recurso en la sentencia *Lautsi II*, ni las diferencias existentes entre las normas aplicables, sacando de contexto además en algún caso las citas empleadas.

Hechas estas precisiones generales sobre la recepción de la sentencia *Lautsi II* en la STC 34/2011, dedicaremos el epígrafe siguiente a analizar, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento interno, la presencia de crucifijos en las aulas

²⁶ Así lo afirma la Gran Sala del TEDH en la sentencia *Lautsi II* (§ 81). Según el art. 14 CEDH: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

²⁷ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Aunque el art. 1 del Protocolo núm. 12 al Convenio establece una prohibición general de discriminación, lo cierto es que la sentencia *Lautsi II* no contiene referencia alguna a este precepto. Este artículo dispone en su apartado primero que «(e)l goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Por su parte, el apartado segundo señala que «(n)adie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1».

escolares públicas, con el fin de determinar en qué medida es aquí aplicable la doctrina establecida por la Gran Sala del Tribunal europeo.

4. LA PRESENCIA DE CRUCIFIJOS EN LAS AULAS PÚBLICAS DESDE EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

4.1. *Planteamiento general*

Hemos visto hasta el momento que la condición del CEDH como estándar mínimo de protección de los derechos previstos en él, la importancia concedida en la sentencia *Lautsi II* al margen de apreciación estatal y las diferencias existentes entre el parámetro de control europeo y el interno impiden a nuestros órganos jurisdiccionales acoger acríticamente los argumentos empleados por el TEDH en la citada sentencia y nos obligan a determinar con mayor atención la medida en la que esto es posible. Asimismo, hemos podido apreciar como, a pesar de esto, la STC 34/2011, en un supuesto de hecho distinto al que se resuelve en el caso *Lautsi*, ha recibido internamente argumentos de la sentencia de la Gran Sala, lo que permite sospechar que, de plantearse ante el TC el mismo problema jurídico suscitado en sede europea, podría llegar a idéntica conclusión que el TEDH en *Lautsi II*. Todo ello justifica el que nos adentremos finalmente en un estudio de la presencia de crucifijos en las aulas de los centros escolares públicos desde un punto de vista interno sustantivo o de fondo, con el doble objetivo de, por un lado, dilucidar si de nuestro ordenamiento constitucional se obtiene una mayor protección de la vertiente subjetiva de la libertad religiosa que la otorgada en el plano europeo y, por otro, fijar los términos en que la definición constitucional del principio de neutralidad religiosa del Estado autorizan una separación de la sentencia europea.

Centraremos, por tanto, el núcleo de nuestras consideraciones en el art. 16 CE, donde se recogen los elementos que definen en nuestro ordenamiento las relaciones entre Estado y religión o Estado y confesiones religiosas. En su apartado primero, este precepto garantiza «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Al respecto, nos plantearemos si quienes rechazan la exposición del crucifijo en las aulas públicas pueden invocar a su favor el citado derecho y, por otro lado, si este protege la pretensión dirigida a que el Estado acoja determinados

símbolos religiosos. Por su vinculación con este art. 16, completaremos nuestra exposición con alguna referencia al derecho contenido en el art. 27.3 CE²⁸.

Por su parte, el apartado tercero del art. 16 CE dispone: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas». ¿Impide este mandato de aconfesionalidad del Estado a los poderes públicos acoger un símbolo de las religiones cristianas como el crucifijo en las aulas de los centros escolares públicos? ¿Puede, por el contrario, ser la exhibición de este símbolo una forma constitucionalmente aceptable de «tener en cuenta» las creencias religiosas de la sociedad española y de cooperar con las confesiones que lo adoptan, entre las que está la Iglesia Católica?

Antes de comenzar este análisis procede, no obstante, formular algunas consideraciones sobre el significado del crucifijo como símbolo y en torno al supuesto valor constitucional de la tradición, a la vista de la posición sostenida sobre estas cuestiones por la STC 34/2011 en relación con el reconocimiento del patronazgo de la Virgen en los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla.

4.2. *El significado del crucifijo como símbolo*

El presupuesto necesario para que la presencia del crucifijo en las aulas de los centros escolares públicos pueda ser considerada un asunto relevante desde el punto del art. 16 CE es que aquel se trate de un símbolo religioso. Solo así se puede invocar el derecho a la libertad religiosa como argumento para defender su colocación o su retirada, y únicamente bajo esta premisa se suscita la duda de su compatibilidad con el principio de neutralidad religiosa del Estado²⁹.

²⁸ «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

²⁹ Por este motivo, la ausencia de naturaleza religiosa o el pluralismo de significados del crucifijo (histórico-cultural) ha sido uno de los argumentos utilizados por parte de la doctrina para justificar la presencia del crucifijo. En este sentido, CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2005). *Libertad Religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, pág. 61; CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2010). «La cruz de Estrasburgo. En torno a la sentencia Lautsi v. Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 22, pág. 11; PATRUNO, F. (2004). «Reflexiones sobre el valor de los pronunciamientos extranjeros en materia de exhibición de crucifijos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 4, págs. 1-2; OLIVETTI, M. (2009). «Principio de laicidad y símbolos religiosos en el sistema constitucional italiano: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 39, págs. 255-256 o 268. Para PRIETO ÁLVAREZ, «Esconder el carácter esencial religioso del símbolo es negar la evidencia», si

La naturaleza del símbolo ha sido objeto de especial atención en la citada STC 34/2011, en relación, como ya se ha dicho, con el patronazgo de la Virgen, asumido por el Colegio de Abogados de Sevilla. En la medida en que esta línea argumental pudiera ser aplicable en el futuro a la exposición del crucifijo en las aulas públicas, conviene detenerse en ella. Para el TC,

«no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa». (F.j. 4).

Este planteamiento obliga al TC a adentrarse en la resbaladiza cuestión de cuál es el significado dominante de un símbolo como el patronazgo. Para este fin, como se vio con anterioridad, rechaza la adopción de un criterio subjetivo basado en la percepción del demandante, pero también la visión de los creyentes, para quienes admite que «siga operando su significado religioso», sin que esto influya en modo alguno en su decisión. A juicio del alto Tribunal, «sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social» (f.j. 4)³⁰. Pues bien, pese a la intención del TC de evitar que la respuesta a la naturaleza jurídica del símbolo venga dada sobre la base del criterio subjetivo, lo cierto es que la sociedad no puede ser considerada en realidad sino como otro sujeto más, si bien de carácter abstracto. El TC no está eligiendo, pues, entre un significado subjetivo del símbolo y otro objetivo, sino entre uno subjetivo individual y otro subjetivo colectivo. No hay diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa³¹.

bien se trata, al tiempo, de una manifestación cultural y social («Crucifijo y escuela pública...», cit., pág. 454). LUTHER, por su parte, aborda la posibilidad de otorgar al crucifijo significados compatibles incluso con una visión laica [LUTHER, J. (2004). «La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)». *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, pág. 9. En www.olir.it).

³⁰ La propuesta de un criterio social/colectivo para definir el significado del símbolo, puede verse en MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M. (2010). «Reflexiones jurídicas entorno a los símbolos religiosos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, pág. 30.

³¹ RUIZ-RICO se muestra en contra del criterio seguido por la STC 34/2011 para determinar la naturaleza religiosa o secular del símbolo. Así, sostiene que la apelación a la percepción colectiva dominante es «un criterio de valoración demasiado ambiguo», y concluye que «resulta difícil —o imposible— imaginar que se puedan aplicar métodos decisionales democráticos o de mayoría

Si, como afirma el propio TC, los patronazgos son «en su origen propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo», ¿en qué se convierten cuando dejamos al margen, como hace el TC, su componente religioso? El Tribunal apunta a que, en una sociedad en la que se ha producido un fuerte proceso de secularización, este símbolo, tal y como sucedió con el domingo como día de descanso en la STC 19/1985, se había transformado en un símbolo cultural. Así concluye:

«Claramente se advierte que la finalidad de la norma estatutaria es conservar una de las señas de identidad del Colegio de Abogados de Sevilla; y que, precisamente con el propósito de evitar interpretaciones como la que sostiene el recurrente, se incorporan al precepto dos afirmaciones que de otro modo serían innecesarias: la declaración de aconfesionalidad del Colegio y el origen del patronazgo, esto es, la tradición secular» (f.j. 4).

En los fragmentos citados, la STC 34/2011 hace un uso confuso de los términos «secular» y «secularización». Cuando el Tribunal Constitucional utiliza este último, lo hace con el significado de «acción y efecto de secularizar» («hacer secular lo que era eclesiástico»), lo que convierte a lo «secular» en equivalente a «seglar», esto es, «que no tiene órdenes clericales» o «perteneciente o relativo a la vida, estado o costumbre del siglo o mundo». Los Estatutos utilizan el término «secular» en el sentido de «que dura un siglo, o desde hace siglos»³². Sin embargo, en esta última acepción, el término no tiene un sentido opuesto a lo religioso. Así, una tradición puede ser secular, por mantenerse desde hace siglos, pero no haberse secularizado o alejado de lo religioso.

El propio TC no es capaz de mantener la coherencia de su argumentación, de manera que formula la siguiente afirmación: «fácilmente se comprende que cuando una *tradición religiosa* se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos» (f.j. 4. La cursiva es nuestra). Por lo tanto, para el TC, el patronazgo de la Virgen no es un símbolo religioso, sino una tradición...religiosa³³. Una

para resolver sobre el valor meramente cultural o identitario de todos los símbolos religiosos» («El ejercicio de la libertad religiosa...», cit., pág. 58).

³² Seguimos en este punto las definiciones previstas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (<http://www.rae.es/rae.html>. Consulta con fecha de 12/06/2012).

³³ Pone de manifiesto esta incoherencia, desde una posición distinta a la que aquí se sostiene, PRIETO ÁLVAREZ, T. (2011). «Colegios profesionales, aconfesionalidad y patronazgo religioso. Comentario a la STC 28 de marzo de 2011». *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 79, págs. 146-147. Como se ha señalado: «Los dogmas de fe sólo

tradición religiosa no deja de serlo por hallarse integrada en el conjunto del tejido social. Podríamos convenir como mucho que se trata de una tradición religiosa seguida mayoritariamente, aun sin encontrar a veces respaldo en unas convicciones religiosas serias; pero la asunción por el poder público de una tradición religiosa dominante en un colectivo transmite, sin duda, un respaldo o adhesión al postulado religioso que representa, lo que plantea, como veremos, importantes problemas desde el punto de vista del principio de neutralidad religiosa del Estado.

¿Pueden extenderse al crucifijo las consideraciones del TC sobre el patronazgo de la Virgen? Sin duda, no. El crucifijo es un símbolo clave de la religión católica y otras religiones cristianas, rasgo que no debería, llegado el caso, ser soslayado por el TC³⁴. Su secularización resulta, pues, una opción a todas luces excesiva. No dudamos que pueda haber personas que utilicen este símbolo a pesar de carecer de una sólida convicción religiosa o, incluso, de creencia religiosa alguna, pero no se puede hacer depender la naturaleza religiosa de un símbolo, precisamente, de quienes no comparten el sentir religioso que este representa, no solo originariamente, sino también, sin lugar a dudas, en la actualidad. Por otra parte, tengamos presente que si el ordenamiento jurídico otorga alguna protección, incluso eventualmente de naturaleza penal, al uso del crucifijo es por su condición de símbolo religioso, de manera que la afirmación de su secularización puede derivar, paradójicamente, en la pérdida de su estatus jurídico³⁵.

Algún autor ha objetado a la posición que aquí se mantiene la contradicción que implicaría con el principio de neutralidad, al realizar una interpretación religiosa unilateral de un símbolo que posee objetivamente varios significados³⁶. Aquí no podemos sino negar la premisa, esto es, que la afirmación del sentido religioso del crucifijo sea el fruto de afirmación unilateral alguna. Se trata tan solo de una respetuosa recepción del significado que le es atribuido por las re-

tienen una acepción religiosa, tanto para el creyente como para el no creyente, no cabe matizarle o despojarle de dicha significación» (CONTRERAS CEREZO, P. (2011). «El Tribunal Constitucional da un paso atrás en el progreso a la laicidad de las instituciones públicas». *Diario La Ley*, Año XXXII, núm. 7717, pág. 3).

³⁴ Esta naturaleza religiosa del crucifijo, puede verse en BVerfGE 93, 1, 19-20; o en la sentencia *Lautsi I*, § 51. En la doctrina, RUIZ-RICO, «El ejercicio de la libertad religiosa...», cit., pág. 54; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pág. 67. Aunque el alcance del crucifijo como símbolo va más allá de la religión católica, nos referimos particularmente a ella por su especial trascendencia histórica y sociológica en España, elemento que consideramos determinante de su eventual presencia en algunas aulas escolares públicas.

³⁵ Cfr. CONTRERAS CEREZO, *op. cit.*, pág. 3.

³⁶ MÜCKL, *op. cit.*, pág. 11.

ligiones cristianas y, entre ellas, por la Iglesia Católica³⁷. No solo no se aprecia, pues, contradicción alguna con el principio de neutralidad, sino que este planteamiento viene precisamente obligado por dicho principio, tal y como resulta, *mutatis mutandi*, de la STC 38/2007, que, en otro contexto, afirma la exclusiva competencia de la Iglesia o confesión respectiva para la definición del credo religioso objeto de enseñanza en la asignatura de Religión (f.j. 5). El problema desde el punto de vista del principio de neutralidad se produciría, precisamente, si, como consecuencia del rechazo por los poderes públicos de la condición del crucifijo como símbolo religioso, se denegara a quien lo ostentara la protección de su derecho a la libertad religiosa³⁸.

La propia doctrina sentada por el TEDH en la sentencia *Lautsi II* sustenta un juicio basado en la naturaleza religiosa del crucifijo³⁹. Para la Gran Sala «el crucifijo es sobre todo un símbolo religioso», y «la cuestión de si el crucifijo está cargado con cualquier otro significado más allá de su simbolismo religioso no es decisivo» en el razonamiento del Tribunal (§ 66); posteriormente, hace referencia el Tribunal europeo a la ausencia de consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de *símbolos religiosos* en los colegios estatales (§ 70); al crucifijo como signo que «indudablemente remite al cristianismo» (§ 71); o a la mayor visibilidad que la presencia del crucifijo da al cristianismo en los colegios (§ 74).

Sin duda, la religión, como el Derecho o tantas otras cosas, es una manifestación cultural, pero esto no implica necesariamente que deba recibir el mismo tratamiento jurídico que el resto de expresiones culturales. La Constitución configura para el factor religioso un régimen jurídico, en su art. 16, distinto y especial respecto del que reciben otras manifestaciones culturales, como consecuencia precisamente de su importancia de cara al desarrollo de la personalidad y de su relevante papel desde un punto de vista histórico y social. Pero este tratamiento constitucional no se establece a modo de opción que pueda ser tomada o dejada en función del resultado más o menos favorable que se obtenga de él para el fenómeno religioso. Esto es, precisamente, lo que se hace cuando pretende ser eludido mediante el expediente de confundir la especie con el género, lo religioso con lo cultural⁴⁰.

³⁷ Cfr., COLAIANNI, *op. cit.*, págs. 25-26.

³⁸ Sobre a quién corresponde la definición de un símbolo como religioso, véase ALÁEZ CORRAL, B. (2003). «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, págs. 93 y sigs.

³⁹ Así lo pone de manifiesto, también, SOLAR CAYÓN, *op. cit.*, pág. 574.

⁴⁰ En todo caso, como se ha afirmado, «la cruz es un símbolo culturalmente cargado, propio de una forma de vida particular y no universalizable y, por tanto, capaz de suscitar rechazo en determinados sujetos que no comparten dicha creencia o visión del mundo» [VELASCO

4.3. Sobre el supuesto valor constitucional de la tradición

Alguna reflexión aparte merece la valoración jurídica que realiza el TC de la presencia del símbolo religioso como «tradición». La STC 34/2011, al hilo de las consideraciones que realiza en torno a la ausencia de discriminación en la asunción por los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla de la Virgen como patrona, invoca el argumento de la voluntad mayoritaria del ente y, acto seguido, incorpora un factor nuevo, harto discutible. Para el TC, los elementos representativos de la institución, «en tanto se configuren como tradiciones, han de gozar de la protección pretendida por el preámbulo de nuestra Constitución» (f.j. 6)⁴¹. ¿Es correcto este planteamiento? ¿Cualquier tradición está garantizada constitucionalmente? ¿Es el Preámbulo de la Constitución una sede idónea para deducir exclusivamente de ella la existencia de un bien constitucionalmente protegido? ¿Exime el Preámbulo de la necesidad de analizar el contenido de la tradición invocada a la luz de las normas constitucionales?

Lo sostenido por el TC cambia radicalmente su doctrina sobre la materia, que puede entenderse incluida en la STC 126/1997. En ella, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre la legislación del régimen sucesorio de los títulos nobiliarios, se puede leer lo siguiente (f.j. 8):

«aun cuando el precepto aquí cuestionado proceda de la legislación histórica y sea aplicable a los títulos de nobleza, cuyas raíces también se asientan en un pasado secular, sin embargo ha de recordarse que el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí sólo, su contraste con la Constitución. Pues si los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro ordenamiento, la consecuencia es que la Norma fundamental «imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas (aun con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales». (STC 76/1988, fundamento jurídico 3.º)».

ARROYO, J.C. (1997). «El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania». *Claves de razón práctica*, núm. 72, pág. 38]. Para RUIZ-RICO, «El uso de determinados elementos representativos de una creencia (crucifijo) tiene efectivamente aún un significado más religioso que identitario o cultural. No obstante, la defensa del proceso de “secularización” de una simbología evidentemente religiosa se ha convertido en la coartada para mantener una cierta “confesionalidad implícita” en algunos Estados europeos» («Símbolos religiosos...», cit., pág. 183).

⁴¹ Según el Preámbulo constitucional: «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones».

La posición del TC en la sentencia 34/2011 se enfrenta además a importantes dificultades. En primer lugar, exige la atribución al Preámbulo constitucional de un valor normativo directo, algo que ha sido rechazado por la doctrina⁴² y, respecto de los preámbulos de los textos legislativos, por el propio TC⁴³. Estos poseen únicamente un valor jurídico, consistente en su aptitud para ser utilizado como criterio de interpretación de las normas contenidas en la ley que encabeza, en la medida en que expresan las razones que motivan la actuación legislativa y los objetivos perseguidos con ella por el legislador. El alto Tribunal les niega, sin embargo, el valor preceptivo propio de las normas jurídicas. No siendo, pues, el Preámbulo de la Constitución norma jurídica, no puede utilizarse como fuente autónoma de bienes constitucionalmente protegidos. No es casualidad que la Constitución no otorgue este tratamiento a la tradición posteriormente, en su texto articulado⁴⁴.

Por otra parte, la conclusión que se deduciría de atribuir a las tradiciones el valor normativo directo que sí se deriva del texto articulado de la Constitución es inasumible: las tradiciones pasarían a integrar el parámetro de constitucionalidad de todas las normas jurídicas de nuestro ordenamiento. Además, el discurso del TC permitiría incorporar en la evaluación de cualquier conflicto jurídico de relevancia constitucional el factor «tradición» como bien jurídico en sí mismo protegido por la Norma Suprema, con las consecuencias que esto conlleva, especialmente de cara al enjuiciamiento de las tradiciones que implican un límite a un derecho fundamental. Desde este punto de vista, la restricción a un derecho fundamental sería conforme con la Constitución si se mostrara útil, necesaria y proporcional en sentido estricto en relación con su objetivo de garantizar una tradición⁴⁵. Con este argumento, el TC se aparta incluso de lo establecido por la sentencia *Lautsi II* respecto al valor de la tradición. En efecto, como vimos anteriormente, para el TEDH, aunque «la decisión de si perpetuar o no una tradición cae en principio dentro del margen de apreciación del Es-

⁴² Véase al respecto, TAJADURA TEJADA, J. (1997). *El Preámbulo constitucional*, Granada, Comares, especialmente págs. 26-27.

⁴³ Por todas, STC 31/2010, f.j. 7.

⁴⁴ Únicamente encontramos alguna referencia a la tradición en el art. 57.2 (titularidad por el Príncipe heredero de los títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona en España) o en art. 125 CE (participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través de los tribunales tradicionales).

⁴⁵ Sobre los límites a los derechos fundamentales, véase mi trabajo NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000). *Los límites a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 72-129.

tado demandado», «la referencia a una tradición no puede eximir a un Estado parte de su obligación de respetar los derechos y libertades consagrados en el Convenio y sus protocolos» (§ 68). Esto es, desde el punto de vista europeo, una tradición se puede mantener con tal que no lesione alguno de los derechos protegidos por el Convenio. Este planteamiento tiene el mérito, frente al de nuestro TC, de reducir el valor intrínseco de la tradición a sus justos términos y poner el énfasis en los derechos afectados.

La Constitución no protege, pues, «las tradiciones», lo que no impide que puedan existir tradiciones cuya continuidad encuentre amparo bajo la norma constitucional, pero será necesario llegar a esta conclusión a partir de un análisis de su texto normativo, no de su Preámbulo. Por tanto, llegado el caso en que se planteara de nuevo ante un órgano judicial, o por vez primera ante el TC, la exhibición de un crucifijo en el aula de un centro escolar público, esta no se podría justificar en virtud de su carácter tradicional. No cabe duda de que determinadas tradiciones pueden generar un sentimiento importante de adhesión en un sector de la población, pero esto no le concede el estatuto de bien constitucionalmente protegido.

4.4. *Análisis del supuesto desde la vertiente subjetiva de la libertad de creencias y del derecho del art. 27.3 CE*⁴⁶

En su dimensión interna, la libertad de creencias garantiza, por lo que respecta a la libertad religiosa, «la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual» (STC 101/2004, f.j. 3). Externamente, implica la posibilidad de actuar libremente con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión

⁴⁶ Utilizamos la expresión «libertad de creencias negativa» con la intención de evitar el debate, sin efectos para el asunto que nos ocupa, acerca de la medida en que la libertad religiosa da cobertura a las creencias ateas o agnósticas. Sobre esta cuestión, en sentido afirmativo, véanse SSTC141/2000, f.j. 4 y 46/2001, f.j. 4; SSTEDH casos *Buscarini y otros contra San Marino*, de 18 de febrero de 1999, § 34; *Grzelak contra Polonia*, de 15 de junio de 2010, § 84; *Wasmuth contra Alemania*, de 17 de febrero de 2011, § 50, entre otras. En la doctrina, se puede consultar las distintas posiciones de BARRERO ORTEGA, A. (2006). *La libertad religiosa en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 106-107; PORRAS RAMÍREZ, J.M. (2006). *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, págs. 23-24; o RUIZ MIGUEL, A. (2008). «Para una interpretación laica de la Constitución», en RUIZ MIGUEL, A. y NAVARRO-VALLS, R., *Laicidad y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 41.

o injerencia de los poderes públicos (STC 20/1990, f.j. 20) o, en relación concretamente con la libertad religiosa, la protección, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001, f.j. 4). Como reverso de la moneda, la libertad de creencias ampara el derecho a no creer en algo y a comportarse de acuerdo con esa no-creencia⁴⁷.

Pues bien, una de las manifestaciones del fenómeno religioso es, sin duda, el uso de símbolos de naturaleza religiosa. La inclusión de esta faceta en el ámbito de delimitación del derecho a la libertad religiosa se reconoce en la doctrina del TEDH en el caso *Leyla Sabin contra Turquía*, donde se parte de la consideración de que la prohibición del *hiyab* en un centro universitario constituye una injerencia en el ejercicio por la demandante del derecho a manifestar su religión⁴⁸. Si esto es así, esto es, si la libertad religiosa protege el derecho de cada persona, sin compulsión, injerencia o coacción por parte de los poderes públicos, a usar los símbolos religiosos acordes con su credo, necesariamente debe ser reconocido también el derecho a elegir el símbolo que desea utilizar y, por tanto, el derecho a no hacer uso de otros que no se comparte.

En su faceta positiva, el uso del símbolo religioso protegido por el derecho fundamental del art. 16 CE no se limita a los diversos casos en los que aquel es portado por el sujeto (*hiyab*, pendientes, medallas, estampitas, etc.). Por el contrario, alcanza también cualquier supuesto en el que la persona se sitúa voluntariamente bajo la influencia del mismo, como por ejemplo, mediante la colocación de un crucifijo en la pared de la casa que habita o del despacho donde trabaja. Así pues, la vertiente negativa de la libertad de creencias debe proyectarse también sobre estas situaciones⁴⁹. Compartimos en este punto el planteamiento formulado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en una conocida sentencia de 1995, cuando afirma:

«Especialmente la libertad de creencias garantiza la participación en actos de culto, que una creencia prescribe o en los que se expresa. A ello corresponde a la inversa, la libertad de no asistir a actos de culto de una confesión no compartida. Esta libertad se refiere en todo caso a los símbolos en los que una creencia o una religión se representa. El art. 4, apartado 1 LFB permite al individuo decidir qué símbolos religiosos reconoce y venera y cuáles rechaza. Sin embargo, él no tiene derecho, en una sociedad que otorga espacio a distintas convicciones religiosas,

⁴⁷ En relación con la obligación de participación en ceremonias de naturaleza religiosa, SSTC 177/1996, f.j. 10 o 101/2004, f.j. 2.

⁴⁸ §§ 71 de la sentencia de Sala de 29 de junio de 2004 y 78 de la sentencia de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005.

⁴⁹ Por todos, PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., pág. 153.

a no ser molestado por manifestaciones religiosas, actos de culto y símbolos religiosos ajenos. Debe distinguirse no obstante una situación creada por el Estado, en la que el individuo, sin posibilidades de apartamiento, queda expuesto a la influencia de determinadas creencias, a los actos en los que se manifiesta y a los símbolos en los que se representa. En esta medida, el art. 4.1 LFB desarrolla su efecto protector de la libertad precisamente en ámbitos que no se dejan a la autoorganización de la sociedad, sino que han sido tomados por el Estado a su cuidado» (BVerfGE, 93,1, 15-16)⁵⁰.

Con ello no estamos prejuzgando cuál deba ser la solución a otros supuestos de presencia de símbolos religiosos en espacios públicos, que deberían ser analizados caso por caso. Como afirmara la sentencia anteriormente citada del Tribunal Constitucional Federal alemán, la presencia de crucifijos en las aulas de colegios públicos presenta como elemento distintivo el que los alumnos son obligados por el Estado durante las clases a aprender «bajo la cruz», sin posibilidad de eludirla. Además, en otros casos es distinta la duración e intensidad del encuentro y no se aprecia el componente de obligación exigible en caso de necesidad mediante sanciones (BVerfGE 93, 1, 18)⁵¹.

Conviene señalar, antes de continuar, que el derecho a la libertad religiosa se ve afectado con la mera imposición al alumno de la presencia no deseada del crucifijo en la pared del aula. El elemento decisivo es que se está obligando a una persona a educarse en un entorno escolar marcado por una religión concreta, contraria a sus creencias⁵². No es correcta, por tanto, la supeditación de dicha afección a la verificación de algún tipo de efecto en el sujeto activo del derecho o en sus creencias. Nos alejamos en este punto de lo sostenido por la STC 34/2011 (f.j. 5), en relación con la previsión del patronazgo de la Virgen

⁵⁰ En este mismo sentido, en la sentencia *Lautsi I* se podía leer lo siguiente: «La libertad negativa no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Se extiende a las prácticas y los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. Este derecho negativo merece una protección especial si es el Estado el que expresa una creencia y si se coloca a la persona en una situación que no puede evitar o que puede evitar solamente mediante un esfuerzo y un sacrificio desproporcionados» (§ 55). En nuestro ordenamiento, puede encontrarse la prevalencia de esta «libertad negativa» en la sentencia 288/2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, de 14 de noviembre de 2008 (fundamento de Derecho cuarto) (en adelante, sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid) y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (fundamento de Derecho séptimo).

⁵¹ Cfr. en el mismo sentido, COLAIANNI, *op. cit.*, pág. 15.

⁵² Véase este argumento en la sentencia de Sala, § 55. En contra, CAÑAMARES ARRIBAS, «La cruz de Estrasburgo...», *cit.*, pág. 9.

María en los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla. Allí se tiene en cuenta que

«los elementos representativos a que nos venimos refiriendo, singularmente los estáticos, son escasamente idóneos en las sociedades actuales para incidir en la esfera subjetiva de la libertad religiosa de las personas, esto es, para contribuir a que los individuos adquirieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas, o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo»⁵³.

El TC sigue de esta manera el camino abierto por la sentencia *Lautsi II*, donde se toma en consideración que «(e)l Tribunal no dispone de pruebas de que la exposición de un símbolo religioso en las paredes de la clase pueda tener influencia sobre los alumnos y así no puede ser razonablemente afirmado que tiene o no un efecto sobre personas jóvenes cuyas convicciones están todavía en proceso de formación» (§ 66)⁵⁴. Por supuesto, la Gran Sala no aclara cuáles son los efectos cuya concurrencia se exige como requisito para la constatación de la violación del derecho, más allá de que no basta la mera percepción subjetiva del demandante. ¿Sería exigible que provocaran un cambio en sus creencias o bastaría que las pusieran en duda? ¿Se podría exigir un efecto aún mayor: un trauma, o cualquier alteración de su integridad psicológica?⁵⁵

⁵³ Más adelante, el alto Tribunal afirma, en la misma línea, que «(t)ambién quedaría afectada la dimensión subjetiva de la libertad religiosa si el patronazgo cuestionado incidiese de cualquier otro modo relevante sobre la esfera íntima de creencias, pensamientos o ideas del recurrente, esto es, sobre el espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso», y tiene en cuenta que el recurrente no «ha acertado a razonar convincentemente en qué medida se ha visto afectada su ámbito íntimo de creencias, debiéndose recordar que, según resulta del art. 41.2 LOTC, el recurso de amparo procede contra la lesión real y efectiva de los derechos fundamentales y no contra lesiones simplemente temidas de tales derechos» (STC 34/2011, f.j. 5).

⁵⁴ La Gran Sala rebate así los argumentos expuestos al respecto por la sentencia de la Sala (§§ 48, 50, 54 y 55). Se adentra también en los posibles efectos de la exposición del crucifijo la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, fundamento de Derecho cuarto.

⁵⁵ MÜCKL, por ejemplo, hace referencia a la salud psíquica de los niños o a su eventual conversión (*op. cit.*, págs. 11-12). En torno a la cuestión de los efectos, PRIETO ÁLVAREZ se muestra contrario al empleo del criterio subjetivo para su determinación, y entiende «más razonable el «juicio de tolerabilidad» que realizaron los magistrados disidentes de la sentencia germana del año 1995, en el sentido de considerar que con la presencia del crucifijo no se provoca en los menores «cargas insostenibles». Es, pues —a juicio del autor citado—, un «sacrificio» asumible, tolerable (una molestia, como decíamos atrás, sin apenas carga impositiva) que permite el disfrute de un derecho por una mayoría» («Crucifijo y escuela pública...», *cit.*, págs. 459-460).

Este planteamiento, sin embargo, no atiende correctamente a los bienes jurídicos protegidos por el derecho. Como vimos arriba, la libertad religiosa no se reduce a la faceta interna, a ese claustro íntimo de ideas o espacio de autode-terminación intelectual, sino que posee también una faceta externa, que protege la actuación, libre de coacción, conforme a esas creencias, esto es, la libertad de la persona en este ámbito vital. Así, el problema desde el punto de vista constitucional no se debe buscar en que la exposición del símbolo religioso fuerce o compela al individuo a hacer o abstenerse de hacer algo⁵⁶, sino precisamente en que se fuerce o compela al individuo a situarse bajo la influencia del símbolo religioso.

Por otra parte, no se puede negar que la mera presencia de un símbolo religioso genera una influencia en el espacio que preside. Su propio valor como símbolo presupone en él esta capacidad, sea cual sea la naturaleza de estos efectos (integradores, representativos, educativos, etc.). Más aún, dichos efectos son, precisamente, los perseguidos por las personas que reclaman su presencia.

Finalmente, la tesis expuesta no puede ser aceptada porque hace depender la existencia de una violación del derecho a la libertad religiosa de la estructura psicológica de la persona, esto es, de la capacidad que ella tenga de mantener sus creencias pese a la presencia del crucifijo, con la paradoja perversa de que descarta esta lesión en quien resiste, que por este motivo no vería menoscabado su derecho, mientras que quien es finalmente convencido carecería ya normalmente, por ello mismo, de la necesaria disposición subjetiva a recurrir. Estamos, pues, ante un peligroso argumento *ad casum*, que no admite su generalización, ni tan siquiera limitada al propio derecho a la libertad religiosa. Así, por ejemplo, las sentencias que establecen que la obligación de participación en ceremonias religiosas constituyen una violación del derecho a la libertad religiosa⁵⁷ no se detienen en los efectos reales que tal participación tuvo o pudiera haber tenido en el recurrente, cuando resulta obvio que es más que probable que la mera participación en una ceremonia religiosa no genere efecto alguno, en el sentido que parecen exigir el TC y el Tribunal europeo, en una persona adulta, más que el mero desagrado de ver violentada su voluntad en tan sensible terreno. Estas sentencias aprecian la lesión del derecho como consecuencia de la mera imposición de la obligación. Este proceder es, por lo demás, el común en la gran mayoría de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la existencia de violación de la integridad física de la persona no depende de que se produzca

⁵⁶ En estos términos argumenta, a nuestro entender de manera errónea, la magistrada Power en su voto particular concurrente a la sentencia *Lautsi II*.

⁵⁷ SSTC 177/1996 y 101/2004.

un daño en su salud; una breve detención ilegal puede vulnerar la libertad personal del art. 17 CE, cualquiera haya sido la vivencia interna de la misma por el sujeto afectado; y un insulto constituye una violación del derecho al honor, sin que haya que probar el efecto subjetivo por él ocasionado.

La obligación impuesta a una persona de permanecer, en contra de su voluntad, en un espacio objetivamente determinado por la influencia de un símbolo religioso contrario a sus creencias constituye, por tanto, un límite a su libertad religiosa, que solo será legítimo si está justificado por la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos⁵⁸. En este sentido, se ha planteado el problema que nos ocupa en términos de conflicto entre la libertad de creencias negativa de quienes no desean la presencia del crucifijo y la libertad religiosa, esta vez positiva, de quienes, por el contrario, la pretenden⁵⁹. A nuestro juicio, este enfoque no procede, porque parte de una errónea delimitación de la faceta positiva de la libertad religiosa. Ciertamente, este derecho ampara, como hemos visto, el ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001, f.j. 4). Entre estas manifestaciones se encuentra, sin duda, el derecho de cada persona a utilizar los símbolos religiosos que se correspondan con sus creencias. Los poderes públicos quedan vinculados a este derecho, de manera que deben abstenerse de prohibir el uso particular de estos símbolos en los espacios públicos, salvo que otra cosa derive de la necesidad de salvaguardar el orden público protegido por la ley. Por otra parte, deben proteger a quienes desean ejercer este derecho correctamente, frente a quienes intentan obstaculizarlo indebidamente. No existe, sin embargo, un derecho

⁵⁸ Este argumento, en relación con la vertiente positiva de la libertad religiosa, puede verse en la STC 141/2000, f.j. 4.

⁵⁹ En estos términos, por ejemplo, ALENDA SALINAS, M. «Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Servicio editorial. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999-2003, págs. 69-70; PRIETO ÁLVAREZ, T. (2010). *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Madrid, Civitas/Thomson, pág. 125; del mismo autor, «Crucifijo y escuela pública...», pág. 464; MORENO BOTELLA, G. (2003). «Crucifijo y escuela en España». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, pág. 18; MÜCKL, *op. cit.*, págs. 12-13. También puede verse la STSJ de Castilla y León, fundamento de Derecho sexto o el voto particular concurrente a la sentencia *Lautsi II* del magistrado Rozakis, al que se adhiere la magistrada Vajiç. Implícitamente se encontraba presente en la sentencia de la Sala del TEDH, que sostuvo que la exhibición de uno o varios símbolos religiosos no puede justificarse «por la demanda de otros padres que quieren una educación religiosa conforme a sus convicciones (...) El respeto a las convicciones de los padres en materia de educación debe tener en cuenta el respeto de las convicciones de otros padres» (§ 56).

fundamental a que los poderes públicos exhiban determinados símbolos religiosos, ni tan siquiera a petición de los interesados⁶⁰. Esto otorgaría a la libertad religiosa una suerte de vertiente prestacional de la que, en verdad, carece por su propia naturaleza. El derecho fundamental del art. 16.1 CE es un derecho de libertad, no de prestación, lo que no se ve afectado ni por el art. 9.2 CE, que no convierte a los derechos de libertad en derechos prestacionales, ni por el deber de cooperación con las confesiones religiosas establecido por el art. 16.3 CE⁶¹.

En definitiva, no se puede hablar de conflicto alguno entre las vertientes negativa y positiva de la libertad religiosa, porque esta última no protege la pretensión de quienes aspiran a lograr la presencia del crucifijo en las paredes del centro escolar público. Nada cambia en lo expuesto con anterioridad el hecho de que la petición pudiera ser respaldada por la mayoría de padres y alumnos del centro en cuestión o por su Consejo escolar. El respaldo de la mayoría no puede hacer surgir un derecho fundamental donde no lo hay ni extender su significado más allá de donde razonablemente se sitúa⁶².

⁶⁰ En este sentido, ALENDA SALINAS, *op. cit.*, pág. 64. El TCF alemán, en su sentencia de 1995, sostuvo que el art. 4.1 LFB no concede a los individuos y a las comunidades religiosas ningún derecho a dar expresión a sus convicciones religiosas con el apoyo del Estado: «De la libertad de creencias del art. 4.1 LFB se deduce al contrario el principio de neutralidad estatal frente a las diferentes religiones y confesiones. El Estado, en el que conviven los partidarios de las distintas o incluso opuestas convicciones religiosas e ideológicas, solo puede garantizar la coexistencia pacífica si él mismo mantiene la neutralidad en cuestiones de fe. Él no puede por eso por sí mismo poner en peligro la paz religiosa en una sociedad» (BVerfGE 93, 1, 16-17).

⁶¹ Véanse, al respecto, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (con la colaboración de LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C.). (2007). *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3^a ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, pág. 368; PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., pág. 162; VALERO HEREDIA, A. (2008). *Libertad de Conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de Laicidad (Un Estudio Constitucional Comparado)*, Madrid, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, pág. 114; RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2009). «Reflexiones sobre la intimidad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y la igualdad material», en BARRERO ORTEGA, A. y TEROL BERRERA, M. (coords.), *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 193 y sigs.; o CASTRO JOVER, A. (2008). «Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas y poderes públicos», en FERREIRO GALGUERA, J. (coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Madrid, Ministerio de Justicia/Secretaría General Técnica, pág. 793.

⁶² Este enfoque en términos de conflicto entre mayorías y minorías, con la defensa de la prevalencia del criterio mayoritario, entre otros, en PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 167 o 172-173; o en ALCANTARILLA HIDALGO, F.J. (2009). «Las encrucijadas del Estado aconfesional: breve estudio de la Sentencia 28/2008, de 14 de noviembre, del juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 2 de Valladolid». *Diario La Ley*, núm. 7103 (versión digital), pág. 10. En contra, BVerfGE 93, 1, 17; VELASCO ARROYO, *op. cit.*, pág. 38; ALENDA SALINAS, *op. cit.*, págs. 64 y 65. Dejan la decisión en manos del Consejo escolar del centro, entre otros, MORENO BOTELLA, G. (2001). «Libertad religiosa y neutralidad escolar (A propósito del cru-

Del mismo modo, no se puede oponer a la vertiente negativa de la libertad de creencias el derecho fundamental contenido en el art. 27.3 CE, ya que este tampoco sirve de cobertura a la pretensión de los padres católicos de lograr la presencia del crucifijo en las aulas públicas⁶³. De él se deduce la libertad de los padres para elegir la formación moral y religiosa que han de recibir sus hijos, y la definición del Estado como garante de tal libertad, pero lo que no hace el art. 27.3 es convertir este derecho en un derecho de prestación⁶⁴. El propio TEDH, en la sentencia *Lautsi II*, afirma, en relación con el art. 2 del Protocolo núm. 1, que «esta norma no puede ser interpretada para afirmar que los padres pueden exigir al Estado que provea una concreta forma de enseñanza» (§ 61)⁶⁵.

Por el contrario, sí se puede afirmar que la presencia del crucifijo en las aulas de los centros públicos escolares entra en conflicto con el derecho que el citado precepto otorga a los padres que matriculan a sus hijos en una escuela pública, confiando en la obligada neutralidad de los poderes públicos educativos⁶⁶. Como ha afirmado el TC, el art. 27.3 CE

«ampara, junto a la libre elección de una cierta educación moral o religiosa, el derecho a la neutralidad ideológica de los Centros docentes públicos (...). Desde este punto de vista el derecho fundamental en él garantizado guarda una estrechísima relación con el que sanciona el art. 16 de la Constitución, hasta el punto que en ciertos aspectos (...) prácticamente se confunden» (ATC 551/1985, f.j. 4).

cifijo y otros símbolos de carácter confesional)». *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 150, vol. 58, pág. 218; PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 181 y 205. En contra de esta última solución, por todos, LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C. (1998). «La presencia de símbolos religiosos en las aulas de centros públicos docentes», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional del Derecho Eclesiástico del Estado*, Granada, Comares, pág. 572. La insuficiencia del argumento de las mayorías puede verse, entre otras, en las SSTEDH de los casos *Folgero y otros contra Noruega*, de 29 de junio de 2007, § 84, apartado f), o *Efstratiou contra Grecia*, de 18 de diciembre de 1996, § 28. En la doctrina, consúltese el trabajo de MONTILLA MARTOS, J.A. (1999). «La crítica a la protección de las minorías en Alemania». *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 106, págs. 111-136.

⁶³ En contra, NAVARRO-VALLS, R. «Lautsi contra Lautsi. Simbología religiosa y Tribunal de Derechos Humanos». *Zenit. El mundo visto desde Roma*. <http://zenit.org/article-38672?l=spanish>; o MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, *op. cit.*, pág. 17.

⁶⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (con la colaboración de LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C.). (2007). *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3^a ed., Madrid, Thomson/Civitas, pág. 57; PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...* cit., pág. 38.

⁶⁵ Sobre este argumento, véase también la decisión del TEDH en el caso *Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España*, de 25 de mayo de 2000, fundamento de Derecho 1.

⁶⁶ En este sentido, ALENDA SALINAS, *op. cit.*, pág. 63; MORENO BOTELLA, «Libertad religiosa...», cit., pág. 208; RUIZ-RICO, «El ejercicio de la libertad religiosa...», cit., pág. 53; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pág. 74.

De este modo, la libertad de los padres se configura constitucionalmente de modo negativo, como un derecho a que los hijos no reciban una formación moral o religiosa en contra de su voluntad⁶⁷.

En otro orden de cosas, como vimos al inicio de este trabajo, el TEDH, en la sentencia *Lautsi II*, limita su labor de control en relación con el art. 2 del Protocolo núm. 1 a la existencia de adoctrinamiento por parte del Estado (§ 62), como consecuencia del reconocimiento de un margen de apreciación en este ámbito al Estado italiano. No volveremos a exponer aquí las razones por las que dicha doctrina no debe guiar la solución que se le dé al problema en España, pero sí conviene añadir alguna reflexión al respecto. Resulta cuanto menos discutible que la exposición de un crucifijo en las paredes de un aula pública no pueda ser considerada adoctrinamiento⁶⁸. Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, veremos que por «adoctrinar» se entiende «instruir a alguien en el conocimiento o enseñanzas de una doctrina, inculcarle determinadas ideas o creencias». Se trata de una actividad distinta al proselitismo, que implica, según la misma fuente, «celo en ganar prosélitos»⁶⁹. Pues bien, a nuestro juicio la exhibición del símbolo en el aula contribuye claramente a esta tarea adoctrinadora, en la medida en que introduce las ideas y creencias religiosas que representa en un espacio dedicado específicamente a la instrucción y a la educación de personas jóvenes, en período de formación⁷⁰. Solo así se explica, por lo demás, que la propia Gran Sala sitúe la colocación del crucifijo en el ámbito del segundo inciso del art. 2 del Protocolo núm. 1, entre las funciones estatales relativas a la educación y la enseñanza. Esto únicamente es posible si se acepta de manera implícita que el crucifijo está desempeñando un papel al respecto. Ciertamente, los efectos producidos en este sentido por la

⁶⁷ Así, BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...* cit., pág. 275. Como señala DIEZ-PICAZO, el art. 27.3 CE «sustraer al Estado las decisiones acerca de la educación moral: no cabe dirigismo en esta materia», más allá de los autorizados por los principios constitucionales citados en el apartado segundo del propio art. 27 CE [DÍEZ-PICAZO, L.M.^a (2003). *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson/Civitas, pág. 219].

⁶⁸ Sostienen esta posición, sin embargo, entre otros, ALCANTARILLA HIDALGO, *op. cit.*, págs. 9-10; MORENO BOTELLA, «Crucifijo...», cit., pág. 9; CAÑAMARES ARRIBAS, «La cruz de Estrasburgo...», cit., págs. 6-7 o 9-10.

⁶⁹ Según la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, no puede considerarse «un acto de proselitismo la existencia de estos símbolos, o, al menos, no puede considerarse acreditado que sea ésta la finalidad de la presencia de los símbolos religiosos, si se parte del concepto de proselitismo como actividad deliberada de convencer del propio credo y hacer nuevos adeptos» (fundamento de Derecho cuarto).

⁷⁰ En este sentido, con matices, COMBALÍA, *op. cit.*, pág. 18. A la finalidad educativa del crucifijo se refiere LUTHER, *op. cit.*, pág. 7.

mera presencia del símbolo serán más limitados que los que pudieran darse de venir esta acompañada por una labor proselitista activa, de difusión y defensa del credo correspondiente por parte del profesorado, pero la menor intensidad de sus efectos no privan al crucifijo de su condición de elemento adoctrinador. De la misma opinión deberían ser, entendemos, por razones de coherencia en sus argumentos, quienes fundamentan, erróneamente a nuestro juicio, la presencia del símbolo en el derecho del art. 27.3 CE, en la medida en que este argumento parte implícitamente del presupuesto de que el símbolo sirve a una formación religiosa de los hijos acorde con las convicciones de los padres.

En conclusión, la exposición del crucifijo en las aulas escolares públicas constituye una lesión del derecho a la libertad religiosa de quienes no desean situarse bajo la influencia del símbolo, así como del derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa que reciben sus hijos. Por el contrario, ni la libertad religiosa ni el derecho fundamental del art. 27.3 CE protegen a quienes reclaman de los poderes públicos que exhiban en sus centros tales símbolos religiosos.

Analizada la cuestión desde el punto de vista de la vertiente subjetiva de los derechos implicados, dedicaremos el siguiente apartado al estudio del tema desde la perspectiva de la neutralidad religiosa exigible al Estado en virtud del art. 16.3 CE.

4.5. Crucifijo y neutralidad religiosa del Estado

La aconfesionalidad del Estado español, prevista como dimensión objetiva de la libertad religiosa en el art. 16.3 CE, atiende al pluralismo de creencias existente en la sociedad española, y actúa como una garantía de la libertad religiosa de todos [STC 340/1993, f.j. 4.D)]. Este principio desempeña un importante papel como «presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE)» (STC 177/1996, f.j. 8). De él se ha deducido la exigencia de neutralidad de los poderes públicos (STC 101/2004, f.j. 3).

El TC ha puesto en diversas ocasiones de manifiesto que, con el art. 16.3 CE, «el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso» (STC 24/1982, f.j. 1). Es por ello que la neutralidad religiosa del Estado «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» e impide «que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de

las normas y actos de los poderes públicos» (STC 24/1982, f.j. 1). En definitiva, el Estado neutral es incompetente ante el acto de fe⁷¹.

Del art. 16.3 CE deriva, por tanto, una concepción de la neutralidad estatal distinta y más exigente de la que podría deducirse meramente del apartado primero del citado precepto. Mientras que, desde este último punto de vista, el Estado sería neutral con tal de que se mantuviera como árbitro imparcial respecto de las convicciones de sus ciudadanos, aunque se viera implicado en sus manifestaciones públicas⁷², esta última posibilidad queda descartada por el art. 16.3 CE en la medida en que se sitúe al Estado como agente de actitud religiosa alguna.

El TC ha llegado, incluso, a deducir una vertiente subjetiva del principio de neutralidad, al sostener que el derecho a la libertad religiosa de cada persona «comprende también, en general y específicamente en un Estado que se declara aconfesional (art. 16.3 de la Constitución), el de rechazar cualquier actitud religiosa del Estado en relación con la persona» (ATC 359/1985, f.j. 3).

Pues bien, en tanto que, como hemos visto, el crucifijo es, ante todo, un símbolo religioso perteneciente a confesiones cristianas, el Estado deja de ser neutral cuando lo mantiene en las paredes de las aulas públicas o acoge la solicitud de los padres o los alumnos en este sentido⁷³. Su colocación o su man-

⁷¹ BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., pág. 264. En palabras de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, el Estado «no puede ser sujeto de fe» (*Derecho de la libertad de conciencia. I...*, cit., pág. 361).

⁷² Defienden esta concepción PRIETO ÁLVAREZ, «Crucifijo y escuela pública...», cit., pág. 452; ALCANTARILLA HIDALGO, *op. cit.*, pág. 6.

⁷³ Encuentran en el principio de neutralidad el fundamento para rechazar la presencia de crucifijos en las aulas escolares públicas, entre otros, BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., págs. 277-279; ALENDA SALINAS, *op. cit.*, pág. 65; MORENO BOTELLA, «Libertad religiosa...», cit., pág. 208; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, cit., págs. 361 y 370; LLAMAZARES CALZADILLA, *op. cit.*, pág. 570; PORRAS RAMÍREZ, J.M.^a (2011). «La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa», en PORRAS RAMÍREZ, J.M.^a (coord.), *Derecho y factor religioso*, Madrid, Tecnos, págs. 83-84; RUIZ-RICO RUIZ, «El ejercicio de la libertad religiosa...», cit., pág. 55; CASTRO JOVER, *op. cit.*, pág. 794; MARTÍNEZ RUANO, P. (2011). «El principio democrático y el uso de símbolos religiosos por los poderes públicos», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G. y RUIZ RUIZ, J.J. (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 61-62; BARRERO ORTEGA, A. (2011). «El vía crucis judicial de unos padres quisquillosos», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G y RUIZ RUIZ, J.J. (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 222-223. Cabe formular una salvedad, por razones histórico-artísticas, para los elementos que formen parte del ornato primigenio de la edificación [en este sentido, PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., pág. 147; LLAMAZARES CALZADILLA, *op. cit.*, págs. 569-570; REY MARTÍNEZ, F. (2009). «La decisión del constituyente en materia de conciencia y religión», en BARRERO

tenimiento implican una actitud religiosa, de aquellas que quedan vedadas al Estado como consecuencia del principio de neutralidad. A estos efectos, resulta indiferente, en contra de lo sostenido por la STC 34/2011 en relación con la asunción del patronazgo de la Virgen por el Colegio de Abogados de Sevilla (f.j. 4)⁷⁴, su naturaleza de símbolo activo o pasivo, o que su presencia venga o no acompañada de una labor activa de adoctrinamiento. Como afirma la magistrada Power en su voto particular concurrente a la sentencia *Lautsi II*, «los símbolos (ya sean religiosos, culturales o de otro tipo) son portadores de significado. Ellos pueden ser silenciosos pero pueden, no obstante, decir mucho sin, sin embargo, hacerlo en un modo coercitivo o adoctrinador». Lo decisivo es que un Estado neutral en materia religiosa carece de título jurídico para esta exhibición del crucifijo. Solo así el principio de neutralidad puede cumplir la función constitucional que hemos visto que desempeña como garantía de la libertad religiosa de todos o como presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural como la española⁷⁵. Por lo

ORTEGA, A. y TEROL BECERRA, M. (coords.), *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 107]. En la sentencia *Lautsi I* se sostuvo que, tanto el derecho del art. 2 del protocolo núm. 1 como el deber de neutralidad del Estado «conducen a la obligación para el Estado de abstenerse de imponer, siquiera indirectamente, unas creencias, en los lugares donde las personas dependen de él o incluso en los lugares donde éstas son particularmente vulnerables» (§ 48; véase también, en este sentido, el § 56). También el Tribunal Federal suizo, en sentencia de 26 de septiembre de 1990, tras defender que el Estado garante de la neutralidad confesional de la escuela debe evitar identificarse con una religión mayoritaria o minoritaria, perjudicando así las convicciones de los ciudadanos con confesiones distintas, concluye que «la exposición del crucifijo en las aulas de las escuelas elementales no cumple la exigencia de neutralidad» [f.j. 7.c)]. No creemos que frente a la postura que aquí se sostiene se pueda oponer lo establecido en la STC 130/1991 (en el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, «Símbolos religiosos...», cit., pág. 189). En ella, el TC declara que la Universitat de Valencia en el legítimo ejercicio de su derecho fundamental de autonomía puede válidamente acordar por el procedimiento legal establecido la supresión en el escudo de la Universidad de la imagen de la Virgen de la Sapiencia. Ciertamente, en su fundamento jurídico 5 se afirma que los símbolos propuestos por la minoría «seguramente serían igual de lícitos y respetables, solo que no han sido los mayoritariamente votados». Sin embargo, como puede verse, el TC formula tan solo una posibilidad. Por otra parte, aunque ya nos hemos pronunciado anteriormente sobre el argumento que hace prevalecer la decisión mayoritaria, conviene señalar, además, que este no sería trasladable al entorno escolar, toda vez que su autonomía, a diferencia de la universitaria, carece de reflejo en la Constitución.

⁷⁴ Para el TC, «debemos valorar la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas, como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas».

⁷⁵ Esta idea la expresó la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid al señalar: «Nadie puede sentir que, por motivos religiosos, el Estado le es más o menos

demás, una actitud del Estado respetuosa con la pluralidad de creencias en otros ámbitos de la vida escolar no le exime del cumplimiento de la Constitución en lo que respecta específicamente al crucifijo⁷⁶.

A este planteamiento se le reprocha, precisamente, su falta de neutralidad, por entenderse que la retirada o prohibición de crucifijos en las aulas escolares públicas constituye una manifestación de arreligiosidad o antirreligiosidad⁷⁷. En palabras de la magistrada Power en su voto particular concurrente a la sentencia *Lautsi II*, «(u)na preferencia por la laicidad sobre concepciones del mundo alternativas —ya sean religiosas, filosóficas o de otro tipo— no es una opción neutral». A nuestro juicio, esta posición no distingue debidamente entre quienes sostienen una creencia, quienes la critican o rechazan, quienes dudan y quienes, como los poderes públicos, no pueden siquiera tenerla, por mandato de la Constitución⁷⁸. Desde un punto de vista objetivo, no se puede atribuir, pues, a la ausencia de símbolo religioso alguno en las paredes del aula escolar pública un significado contrario a la creencia religiosa que pretende manifestarse allí mediante el mismo. No se trata de un posicionamiento a favor o en contra de nada, sino de un obligado no-posicionamiento⁷⁹.

próximo que a sus conciudadanos» (fundamento de Derecho cuarto). Esta frase la podemos encontrar en DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 217. Crítico con este argumento por su subjetividad, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2010). «Símbolos religiosos y espacio público», en VV.AA., *Ius et Iura. Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, pág. 730.

⁷⁶ SOLAR CAYÓN, *op. cit.*, págs. 585-586. Otra es, como sabemos, la posición del TEDH en la sentencia *Lautsi II*, § 74.

⁷⁷ En este sentido, véase la posición del Gobierno italiano en la sentencia *Lautsi II*, § 35; o el voto particular concurrente del magistrado Bonello, apartado 2.10). En la doctrina, PAREJO GUZMÁN, M.ªJ. (2010). «Reflexiones sobre el asunto *Lautsi* y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, págs. 876-877; PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 131 y 208; del mismo autor, «Crucifijo y escuela pública...», cit., pág. 455. Cfr. también NAVARRO-VALLS, R. (2008). «Neutralidad activa y laicidad positiva», en RUIZ MIGUEL, A. y NAVARRO-VALLS, R., *Laicismo y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 145.

⁷⁸ En este sentido, se ha afirmado que «(l)a fe y la religión, en sí mismas consideradas, son ajenas al Estado en cuanto tal. Esto significa que el Estado no puede adoptar ante lo religioso ninguna actitud propia del sujeto de fe, porque no lo es, así que no le corresponde ni profesar, ni ignorar, ni negar lo religioso» [VILADRICH, P.-J. y FERRER ORTIZ, J. (2004). «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en FERRER ORTIZ, J. (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 5.ªed., Pamplona, Eunsa, pág. 98].

⁷⁹ Es por ello que tampoco procede referirse, como hace, sin embargo, PRIETO ÁLVAREZ, a una neutralidad más atenta a las minorías que a las mayorías o de la imposición de estas sobre aquellas (*Libertad religiosa...*, cit., págs. 49 y 80).

También se ha sostenido que los poderes públicos, cuando exhiben un crucifijo en las paredes de sus centros escolares, no están mostrando en realidad adhesión a creencia religiosa alguna, sino acogiendo las demandas procedentes en este sentido de la sociedad⁸⁰. Faltaría, pues, desde este punto de vista, el elemento de identificación que haría perder al Estado su neutralidad. A nuestro juicio, sin embargo, la pérdida de neutralidad se produce tan pronto como el aula queda caracterizada por la presencia del símbolo, cualquiera que sea el origen de su exposición. Cualquier observador imparcial así lo acreditaría. Nuestra posición encuentra, por lo demás, reflejo incluso en la propia STC 34/2011, de la que se deduce que cuando en el símbolo predomina su significación religiosa se puede inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa (f.j. 4)⁸¹.

Incluso la solución consistente en permitir la presencia de crucifijos en las aulas públicas y proceder a su retirada únicamente en el caso de que esta sea solicitada por algún padre o alumno⁸² ignora el principio de neutralidad religiosa del Estado⁸³, cuya eficacia no debe verse condicionada a la «composición religiosa o ideológica» de la clase, al tiempo que provoca efectos perturbadores desde el punto de vista del art. 16.2 CE⁸⁴. En efecto, cuando un Estado neutral

⁸⁰ Así, PRIETO ÁLVAREZ, «Crucifijo y espacio público...», cit., pág. 464; ALCANTARILLA HIDALGO, *op. cit.*, pág. 9. Para CAÑAMARES ARRIBAS, haría falta acreditar que la presencia del símbolo determina una adhesión del Estado a las creencias religiosas a las que alude (*Libertad religiosa...*, cit., pág. 61).

⁸¹ Así lo ve también, desde una opinión discrepante, PRIETO ÁLVAREZ, «Colegios profesionales...», cit., pág. 145. La cita textual de la sentencia es la siguiente: «La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa».

⁸² La sostiene, por ejemplo, GONZÁLEZ-VARAS, S. (1996). «La polémica «Sentencia del Crucifijo» (Resolución del tribunal Constitucional alemán, de 16 de mayo de 1995)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, pág. 355 o la sentencia del TSJ de Castilla y León, fundamento de Derecho séptimo.

⁸³ Así, SALAZAR BENÍTEZ, O. (2011). «Símbolos religiosos y espacio público: comentario del asunto *Lautsi contra Italia*», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G. y RUIZ RUIZ, J.J. (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 212.

⁸⁴ «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». Véase este argumento en ALENDA SALINAS, *op. cit.*, págs. 69-70; BARRERO ORTEGA, «El vía crucis...», cit., págs. 224-226; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pág. 69. En relación con la participación en ceremonias religiosas o, en general, con las manifestaciones externas de culto, véase este argumento en PÉREZ ROYO, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*, 12.ª ed., Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, págs. 269-270; BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., págs. 396-397. Sobre el significado del término «declaración», en el art. 16.2 CE, véanse ROCA,

desde el punto de vista religioso adopta un símbolo de una concreta confesión está obligando a quien no lo comparte a que declare su posición contraria como condición necesaria para lograr la incolumidad de su derecho. Podría discutirse el perfecto encaje de este supuesto en la literalidad del precepto constitucional citado, pero no cabe ninguna duda de que una interpretación teleológica del mismo, realizada de manera conjunta con el principio de neutralidad, permite llegar a la conclusión que aquí se sostiene⁸⁵. También la doctrina del TEDH ofrece apoyo al respecto. En este sentido, se puede leer en la sentencia del caso Grzelak contra Polonia, de 15 de junio de 2010, que

«la libertad de manifestar las propias creencias religiosas comprende por tanto un aspecto negativo, especialmente el derecho de los individuos a no ser obligado a revelar su fe o creencias religiosas y a no ser obligado a adoptar una postura de la que pueda ser deducida si tienen o no tales creencias (...) existirá una intromisión en el aspecto negativo de esta norma si el Estado propicia una situación en la que los individuos se ven obligados —directa o indirectamente— a revelar que son no creyentes. Esto es más importante aún cuando tal obligación se produce en el contexto de la prestación de un importante servicio público como es la educación» (§ 87)⁸⁶.

Por supuesto, el derecho contenido en el art. 16.2 CE puede verse sometido a límites, pero ninguno de ellos opera en este supuesto. Concretamente, el TC ha admitido la imposición de una restricción a este derecho en dos circunstancias:

a) Cuando la propia naturaleza de un derecho fundamental exige de quien pretende ejercitarlo que renuncie a mantener en secreto sus creencias. Este era el caso de quien quería ejercer el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE)

M.^a J. (1992). *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Universidad de Santiago de Compostela, págs. 40 y 70-71. En la Sentencia del TSJ de Castilla y León puede leerse, sin embargo, que «la formulación de la solicitud de retirada de los símbolos religiosos no puede entenderse que suponga una infracción del derecho de libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.2 de la Constitución Española, en su vertiente negativa, entendida como el derecho a no declarar sobre la misma, pues en puridad no entraña declaración alguna, como tampoco lo supone optar por la promesa o por el juramento en una toma de posesión, o en un supuesto más cercano, cuando se opta por la asignatura de religión o su alternativa» (fundamento de derecho octavo).

⁸⁵ Como señala RODRÍGUEZ RUIZ, «el artículo 16.2 obliga a erigir la neutralidad del Estado y el respeto de la intimidad religiosa en norma general» (*op. cit.*, pág. 205).

⁸⁶ Véanse también, en un sentido similar, las sentencias de los casos *Wasmuth contra Alemania*, de 17 de febrero de 2011, § 50 o *Folgerø y otros contra Noruega*, de 29 de junio de 2007, §§ 98 y 100. En la sentencia del caso *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, de 9 de octubre de 2007, recuerda el TEDH que «las convicciones religiosas pertenecen ante todo al foro interno de cada uno» (§ 73).

(véase al respecto STC 160/1987, f.j. 5), o también podría serlo el del padre que desea ejercer el derecho a que sus hijos reciban la formación moral o religiosa acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). No creemos, sin embargo, que este argumento justifique el sometimiento de quien no desea la exposición del crucifijo en el aula pública a la obligación de revelar sus creencias. En realidad, la declaración de sus creencias no es necesaria para el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, que es propiamente un derecho de defensa, sino que es una consecuencia de una vulneración ya consumada del derecho. Sitúa, por tanto, injustamente al afectado ante la disyuntiva de, o mantener en secreto sus creencias, soportando la presencia del crucifijo, o ponerlas de manifiesto para restablecer su derecho, una vez que ha sido ya violado⁸⁷.

b) Cuando lo exige otro derecho fundamental⁸⁸, lo que no sucede en este caso pues, como hemos visto, nadie puede reclamar para sí la existencia de un derecho fundamental a que el Estado exhiba sus símbolos religiosos.

En otro orden de cosas, se ha intentado justificar la presencia del crucifijo en el aula de los centros escolares públicos como acción promocional positiva del Estado respecto de las religiones, con base en los arts. 9.2 CE o 16.3 CE⁸⁹. Se afirma, desde este punto de vista, que la religión debería ser considerada un factor social específico susceptible de ser fomentado de manera positiva, como ocurre con el arte, la investigación o el deporte⁹⁰. Sin embargo, una comparación genérica del factor religioso con otras manifestaciones sociales, de cara a su fomento por los poderes públicos no procede desde el momento en que cada uno recibe un tratamiento diverso en la Constitución. En este sentido, mientras

⁸⁷ Como señala RODRÍGUEZ RUIZ, «Sólo quien quiera recibir asistencia estatal en materia religiosa debe verse obligado, como contrapartida, a compartir con los poderes públicos información relativa a sus creencias y prácticas confesionales. (...) Lo que ni el artículo 9.2 ni el artículo 16.2 de la Constitución justifica es que se sitúe a los individuos en la obligación de expresar cuáles son sus creencias, o cuáles no lo son, no como condición para que el Estado facilite el disfrute de la libertad religiosa, sino como condición para que no interfiera con esta libertad.» (*op. cit.*, pág. 205).

⁸⁸ STC 38/2007, f.j. 12.

⁸⁹ PRIETO ÁLVAREZ, «Colegios profesionales...», cit., pág. 154. Para este autor, el mandato de colaboración «ordena a los poderes públicos atender a lo que resulte democráticamente de la demanda social de cada momento» (*Libertad religiosa...*, cit., pág. 57). En la sentencia del TSJ de Castilla y León se afirma, en relación con el art. 16.3 CE, que «en este mandato de colaboración, el ordenamiento jurídico educativo atribuyó a los Consejos Escolares múltiples funciones, entendiéndose este Tribunal que entre ellas se incluye la decisión sobre la presencia o no de símbolos religiosos que ahora se revisa» (fundamento de Derecho sexto).

⁹⁰ En este sentido, PRIETO ÁLVAREZ, «Crucifijo y escuela pública...», cit., pág. 449; del mismo autor, «Colegios profesionales...», cit., págs. 147-148. En términos generales, OLLERO, A. (2005). *España: ¿un Estado Laico?*, Madrid, Thomson/Civitas, págs. 51-52.

que en ella se dispone expresamente que los poderes públicos fomenten el deporte (art. 43.3 CE), promuevan y tutelen el acceso a la cultura (art. 44.1 CE) o promuevan la ciencia y la investigación (44.2 CE), la religión se protege en la medida en que es objeto de una libertad de los individuos y de las comunidades (art. 16.1 CE) y en relación con ella el Estado debe regirse, como sabemos, por el principio de neutralidad, algo que no se establece respecto de los restantes factores con los que se compara⁹¹.

La afirmación general de que de nuestra Constitución se deduce una valoración positiva del hecho religioso, que, por tanto, debe ser objeto de fomento por parte de los poderes públicos, necesita ser matizada⁹². De nuestro texto constitucional se deriva una valoración positiva de la libertad religiosa, no de una o varias religiones concretas. En este sentido, la valoración constitucional de las religiones no puede ser ni más ni menos positiva que la de posiciones ateas o agnósticas. Precisamente por este motivo el Estado debe permanecer neutral ante el hecho religioso, condición imprescindible para el logro de una igual protección de la libertad religiosa de todas las personas⁹³, y ha de promover las condiciones para que la libertad religiosa *de todos*, cualquiera que sea sus creencias, sea real y efectiva, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Ya hemos visto, por lo demás, que este último artículo no puede convertir lo que es un derecho de libertad en un derecho de prestación frente a los poderes públicos. Añadamos en este momento que, en el desarrollo de la labor promocional que dispone, el Estado debería abstenerse de confundirse con el sujeto de la libertad, lo que sucedería si adopta actitudes religiosas tales como la exhibición de un símbolo religioso. El principio de neutralidad actúa, pues, en este punto, como límite también del art. 9.2 CE⁹⁴.

⁹¹ Aun así, como afirma NAVARRO-VALLS, «no es concebible un Estado apoyando al Real Madrid más que al Atlético» [NAVARRO-VALLS, R. (2008). «The end. (Unas palabras finales sobre «La neutralidad, por activa y por pasiva», del profesor Ruiz Miguel)», en RUIZ MIGUEL, A. y NAVARRO-VALLS, R., *Laicismo y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 197]. Para RUIZ MIGUEL, «más allá de las diferencias con actividades de fomento cultural y deportivo con las que a veces se quiere comparar y equiparar a las creencias y prácticas religiosas —y en especial más allá de la diferencia de que el fomento de las primeras no permite hacer distinciones y exclusiones equivalentes a las que se operan entre creyentes y no creyentes—, el fomento de las artes y los deportes se configura también como *policias* y no como un derecho de los artistas, los aficionados o, todavía menos, de los clubes deportivos» (*op. cit.*, pág. 90).

⁹² Véase en este sentido, RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, págs. 64-65 y 69-70; BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., págs. 322-323; VALERO HEREDIA, *op. cit.*, pág. 163.

⁹³ *Ibidem*, pág. 111.

⁹⁴ Cfr. PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 114-115; VALERO HEREDIA, *op. cit.*, pág. 164.

¿Pueden, por otro lado, los dos mandatos que acompañan en el art. 16.3 CE al principio de aconfesionalidad del Estado actuar como título habilitante de la presencia de crucifijos en las aulas escolares públicas? ¿Es esta una forma constitucionalmente posible de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española o una modalidad de cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas cristianas, y muy específicamente, con la Iglesia Católica? Según el TC, ambos mandatos suponen una «especial expresión» de la actitud positiva que es exigible a los poderes públicos «respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas», idea a la que se refiere con el nombre de «aconfesionalidad o laicidad positiva»⁹⁵. Se hace necesario, pues, detenerse brevemente en su alcance para dar respuesta a las cuestiones arriba planteadas.

El primero de estos mandatos evita una interpretación de la aconfesionalidad del Estado que le lleve a posiciones indiferentes u hostiles con el fenómeno religioso, o que lo recluyan en el ámbito estrictamente privado⁹⁶. Como afirma el ATC 180/1986 en relación con el delito de escarnio de confesión religiosa o ultraje público de sus dogmas, ritos o ceremonias, del art. 209 del Código Penal de 1973:

«el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección. El mismo art. 16.3 de la Constitución, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, afirma también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Y, por otra parte, la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma fundamental, debe ser garantizada» (f.j. 2).

Por lo que respecta al citado deber de cooperación, se trata de un mandato dirigido a la protección y promoción del ejercicio colectivo de la libertad religiosa⁹⁷. Para este fin, la Constitución ordena a los poderes públicos que colaboren con las confesiones religiosas. Esta cooperación, aclara el TC, se regula como

⁹⁵ SSTC 46/2001, f.j. 4 y 128/2001, f.j. 2.

⁹⁶ BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., pág. 290. Para este autor el significado de este inciso se encuentra en «aceptar socialmente la presencia de los acontecimientos y de las comunidades religiosas, favoreciéndose así el ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa» (ibídem, pág. 291). En este mismo sentido, PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., pág. 185.

⁹⁷ Las características de este trabajo no permiten abordar un estudio en profundidad de este deber de cooperación. Al respecto puede verse, entre otros muchos, BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., págs. 301 y sigs. y PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 184 y sigs.

deber de los poderes públicos, «y no un derecho fundamental de los ciudadanos» (STC 93/1983, f.j. 5).

La jurisprudencia constitucional ha reconocido, por su parte, distintas manifestaciones de este deber de colaboración⁹⁸, entre las que destacan: la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas (ATC 616/1984, f.j. 3); la inserción de la religión en el itinerario educativo (por todas, STC 38/2007, f.j. 5) o, en el caso de la religión católica, en los planes de estudio de los títulos universitarios dirigidos a la formación de profesorado (SSTC 187/1991, f.j. 4 y 155/1997, f.j. 2); el reconocimiento legal de eficacia en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico (STC 66/1982, f.j. 2); o las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en establecimientos públicos, previstas en el art. 2.3 LOLR (STC 166/1996, f.j. 4). Estas últimas han sido consideradas por el TC la concreción de una vertiente «asistencial o prestacional» de la actitud positiva que es exigible a los poderes públicos en relación con la dimensión externa de la libertad religiosa⁹⁹. El alcance de esta dimensión queda limitado, sin embargo, por la propia jurisprudencia constitucional, donde se afirma que «de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias» (STC 166/1996, f.j. 4).

En el concreto ámbito que a nosotros interesa, sobre la base del mandato de cooperación del art. 16.3 CE se ha justificado, como hemos visto, la inclusión de la enseñanza de religión en los distintos niveles de la enseñanza. De este modo se podría explicar, por tanto, la presencia del crucifijo en las aulas

⁹⁸ Desde un punto de vista normativo, se puede destacar el papel que a estos efectos desarrollan los acuerdos de cooperación entre el Estado español y la Santa Sede, firmados el 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, Enseñanza y Asuntos Culturales, Asuntos Económicos o asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos, así como los acuerdos entre el Estado y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, o la Comisión Islámica de España, aprobados estos tres últimos, respectivamente, por las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre.

⁹⁹ Así, en las ya citadas SSTC 46/2001, f.j. 4 y 128/2001, f.j. 2. Según el art. 2.3 LOLR: «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

dedicadas a la impartición de esta asignatura y mientras cumpla este fin¹⁰⁰, que encontraría cobertura en la Orden de 4 de agosto de 1980, por la que se regula la enseñanza religiosa y los actos de culto en los centros escolares. Más allá de este supuesto, sin embargo, la exposición del crucifijo no ha sido prevista por nuestro ordenamiento como forma de colaboración con confesión religiosa alguna¹⁰¹.

No podría ser además de otra forma sin vulnerar la neutralidad del Estado¹⁰². En efecto, la relación entre los tres elementos que componen el apartado tercero del art. 16 CE queda definida por la subordinación al principio de aconfesionalidad del Estado de los demás. Así, cuando el TC utiliza la expresión «laicidad positiva» le añade el siguiente inciso: «(...) que veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales»¹⁰³. Como señala el TCF alemán: «tampoco allí donde él (el Estado) colabora con ellas (comunidades religiosas o ideológicas) o las promueve, puede llevar esto a una identificación con determinadas comunidades religiosas» (BVerfGE 93, 1, 17). Es por ello que la doctrina ha destacado que el deber de cooperación impuesto por el art. 16.3 CE a los poderes públicos no debe extenderse a la ayuda o promoción de actividades estrictamente religiosas¹⁰⁴. Además, no se

¹⁰⁰ ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, pág. 110; PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 147-148; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, cit., pág. 380; LLAMAZARES CALZADILLA, *op. cit.*, págs. 569-570.

¹⁰¹ En este sentido, ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, pág. 111.

¹⁰² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, cit., pág. 370; REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 113-114. Rechaza también que el art. 16.3 CE obligue a la Administración a colocar el crucifijo en las aulas, como modo de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad, ALENDA SALINAS, *op. cit.*, pág. 64. En contra, entre otros, MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2008). «El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España», en FERREIRO GALGUERA, J. (coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Madrid, Ministerio de Justicia/Secretaría General Técnica, pág. 98.

¹⁰³ Así puede verse, por ejemplo, además de en las SSTC 46/2001 (f.j. 4) y 128/2001 (f.j. 2), antes señaladas, en la propia STC 34/2011, f.j. 3, con cita de jurisprudencia anterior. El principio de aconfesionalidad del Estado como límite del deber de cooperación se encuentra presente implícitamente en la STC 340/1993, f.j. 4.D). En la doctrina, esta idea puede verse, entre otros, en BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., págs. 290, 297 o 304; PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., págs. 188-189; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 217; VILADRICH y FERRER ORTIZ, *op. cit.*, pág. 109; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, cit., pág. 367; SANTOLAYA MACHETTI, *op. cit.*, pág. 53. Sobre esta cuestión, véase también ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, pág. 104.

¹⁰⁴ BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., pág. 326; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, cit., pág. 365; PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa...*, cit., pág. 188; VALERO HEREDIA, *op. cit.*, pág. 164; RUIZ MIGUEL, «Para una interpretación laica...», cit., pág. 81.

debe perder de vista que, tal y como resulta de la STC 24/1982 (cfr. f.j. 4), cualquier forma de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas puede violar el derecho fundamental a la libertad religiosa si no respeta la libertad de los eventuales destinatarios para aceptar o rechazar la prestación que se ofrece¹⁰⁵.

La posición que aquí se defiende no implica, como se ha afirmado erróneamente, una amenaza para la libertad religiosa de los ciudadanos¹⁰⁶. La neutralidad del Estado no afecta a este derecho ni en su vertiente interna ni en la externa. Por un lado, la retirada o la no colocación de un crucifijo en un aula pública en nada incide sobre el derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones¹⁰⁷. Ciertamente, los poderes públicos dejan de introducir así un elemento en ese proceso de formación de las propias creencias, pero esto solo puede ser visto como un obstáculo por quien pretende del Estado una colaboración activa en su labor adoctrinadora. Antes bien, la no interferencia de los poderes públicos en el proceso de formación de la conciencia individual de las personas en materia religiosa es una garantía del desarrollo de esta vertiente subjetiva en plena libertad. A la misma conclusión se puede llegar respecto de la vertiente externa de la libertad religiosa, en la medida en que no se ve afectada en modo alguno la posibilidad de que los alumnos expresen sus creencias mediante el uso de sus símbolos religiosos. Sin embargo, como vimos en el apartado anterior, la libertad religiosa no comprende el derecho a reclamar de los poderes públicos que acojan los símbolos religiosos propios¹⁰⁸. No se puede afirmar, pues, que la ausencia del crucifijo en las paredes de las aulas públicas solo pueda ser interpretada como expresión de un laicismo estatal «a la francesa»¹⁰⁹. Al Estado no le es indiferente el ejercicio por los ciudadanos de su derecho a la libertad religiosa, ni este queda desterrado del espacio público y relegado al privado; el fenómeno religioso no es objeto de persecución ni de

¹⁰⁵ Véase al respecto, BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa...*, cit., pág. 304.

¹⁰⁶ Sostiene la existencia de esta amenaza PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa...*, cit., pág. 68.

¹⁰⁷ Seguimos aquí la definición ofrecida por la STC 20/1990, f.j. 20.

¹⁰⁸ En contra de lo que aquí se sostiene, VIDAL GIL, E.J. (2010). «Derecho, política y religión en el caso del crucifijo en la jurisprudencia italiana y española. Un análisis crítico de la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 2 de Valladolid y la sentencia del Consejo de Estado italiano», en RAMÍREZ NAVALÓN, R.M.^a (coord.), *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 615.

¹⁰⁹ Sobre las diferentes versiones de la laicidad, puede verse, por todos, ROCA, M.^aJ. (1996). «La neutralidad del Estado: Fundamento doctrinal y actual delimitación en la Jurisprudencia». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, págs. 251-272.

hostilidad¹¹⁰. Tal persecución solo existe ante los ojos de quienes «persiguen» indebidamente al Estado para que muestre sus símbolos¹¹¹.

En definitiva, la presencia del crucifijo en las aulas públicas supone una actitud religiosa por parte del Estado que es contraria en todo caso al principio de neutralidad y obliga a quien no comparte el significado religioso del símbolo a manifestar sus creencias, resultado no deseado por el art. 16.2 CE.

5. REFLEXIÓN FINAL

Como todo ejercicio de diálogo, el que tiene lugar entre jurisdicciones tiene que cumplir, para llegar a buen puerto, unas condiciones mínimas, entre las que se encuentran, por descontado, el empleo de un «idioma» común, el reconocimiento de las diferencias y el respeto por los ámbitos de decisión propios y ajenos. Hemos visto que estos requisitos no siempre se satisfacen, como sucede en el ejemplo que nos ha ocupado. Nuestro Tribunal Constitucional se entrega a la decisión elaborada por el TEDH para resolver el supuesto de la presencia de crucifijos en las aulas públicas italianas y construye sobre ella lo que podría estar llamado a ser el punto de partida para cualquier debate interno acerca de la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, sin tener en cuenta que el propio orden europeo le reconoce la posibilidad de optar por otras soluciones más garantistas para los derechos fundamentales en juego. Por el camino, se deja atrás la vertiente negativa de la libertad religiosa y el principio constitucionalmente protegido de neutralidad religiosa del Estado, que llega a confundir con la exigencia mínima de neutralidad que deriva del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa en cualquier modelo —formalmente confesional o laico— de Estado. Los efectos perjudiciales que para nuestro ordenamiento constitucional derivan de esta práctica se han dejado sentir ya en la STC 34/2011, pero pueden extenderse en el futuro, si el alto Tribunal no corrige el rumbo, a los padres y alumnos que reclamen con razón, ante los órganos judiciales o el propio TC, que las paredes de la escuela pública —y, por tanto, neutral— se hallen libres de símbolos religiosos.

¹¹⁰ En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pág. 68. En palabras de BARREIRO ORTEGA: «La neutralidad no es hostilidad» (*La libertad religiosa...*, cit., pág. 265).

¹¹¹ RUIZ MIGUEL se refiere gráficamente al planteamiento, que confunde neutralidad y laicismo, de que el que no está conmigo está contra mí (*op. cit.*, pág. 64).

Title:

NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION, FREEDOM OF RELIGION AND CRUCIFIXES (OR THE CONSEQUENCES OF A POOR DIALOGUE AMONG JURISDICTIONS)

Summary:

1. Introduction. 2. The interpretative effects of Lautsi II judgment: national margin of appreciation and minimum protection standard. 3. The domestic reception of Lautsi II judgment by STC 34/2011. 4. The display of crucifixes in Public School classrooms from Spanish Constitutional Law. 4.1. General approach. 4.2. The meaning of the crucifix as a symbol. 4.3. About the hypothetical constitutional value of the tradition. 4.4. Case analysis from the subjective perspective of freedom of belief and on the basis of Article 27.3 CE. 4.5. The crucifix and religious neutrality. 5. Conclusion.

Resumen:

El recurso por parte del Tribunal Constitucional a la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como argumento de autoridad es criticable cuando sirve para disminuir el nivel de protección que nuestro ordenamiento constitucional otorga a los derechos fundamentales. Este es el caso de la STC 34/2011, que utiliza para su fundamentación argumentos de la sentencia *Lautsi II*, sin tener para ello en cuenta ni el margen de apreciación que esta concede a los Estados ni su carácter de estándar mínimo de protección. Frente a este planteamiento, este trabajo reivindica el papel de la vertiente negativa de la libertad religiosa y la neutralidad religiosa del Estado en el análisis de la presencia de crucifijos en las paredes de las aulas escolares públicas.

Abstract:

The use by the Spanish Constitutional Court of the jurisprudence of the European Court of Human Rights may raise some criticism when the result is the reduction of the level of protection given to a fundamental right according to the domestic constitutional system. This may be the case of STC 34/2011, grounded on ECtHR judgment in *Lautsi II*, but without taking into account that it relies on the Member State's margin of appreciation and that the ECHR only provides a minimum standard of protection. In opposition to that line of reasoning, the negative side of religious freedom and the neutrality of the State in religious matters are emphasized as relevant domestic

constitutional arguments to analyze the presence of crucifixes on state school walls in Spain.

Palabras claves:

Margen de apreciación estatal, estándar mínimo de protección, libertad religiosa, neutralidad religiosa, crucifijos, símbolos religiosos, espacios públicos.

Key words:

National margin of appreciation, minimum standard of protection, freedom of religion, religious neutrality, crucifixes, religious symbols, public spaces.