

# Símbolos religiosos y deber de neutralidad estatal: el supuesto de los crucifijos en las aulas como excusa para aproximarse a la relación entre religión y Estado



**&** *Resumen/Abstract: La relación entre religión y Poder Público —o confesiones religiosas y Estado, como se prefiera— no es una cuestión de respuesta sencilla. Durante siglos ha representado un problema social y político. En la actualidad continúa siendo uno de los temas más espinosos al que legisladores y tribunales deben enfrentarse. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos resulta extremadamente clarificadora del camino que otros países podrían seguir, como es el caso de España, dado que dicho tribunal ha estado afrontando durante décadas esa cuestión, guiado siempre por el principio de libre elección y el deber de neutralidad estatal. Ahora que la polémica vuelve a plantearse entre nosotros a raíz de la presencia de ciertos símbolos religiosos en ámbitos públicos (crucifijos en escuelas públicas), parece útil volver sobre aquella.***&**

**&** *Palabras clave: Libertad religiosa, poder público, deber de neutralidad estatal, crucifijos en escuelas públicas, justicia constitucional, jurisprudencia norteamericana sobre libertad religiosa, Lemon Test*



## 1. ¿UN ASUNTO PENDIENTE?

### 1.1. La relación entre la Iglesia Católica y el Estado: una espita abierta para los Constituyentes

El Constituyente español tuvo que abordar cuatro «espitas abiertas», cuatro puntos concretos en los que el consenso, más que difícil, era prácticamente imposible, por mantenerse respecto a ellos posturas irreconciliables o de muy difícil reconciliación. En estos cuatro puntos el compromiso, las cesiones y los acuerdos fueron arduos y, sobre todo, inciertos en su devenir futuro.

Esas cuatro espitas eran: a) la cuestión territorial; b) la opción entre Monarquía o República; c) la posición que correspondería al Ejército y d) la posición que habría de ocupar la Iglesia Católica en el nuevo orden.

Una sentencia de 14 de noviembre del 2008 ordenando la retirada de los crucifijos y otros símbolos religiosos de una escuela pública nos obliga a cuestionarnos, una vez más, treinta años de frágil calma aparente en materia religiosa. Todo parecía indicar que la posición de la Iglesia Católica en la democracia española estaba resuelta —pacificada<sup>1</sup>— en sus aspectos básicos, en parte debido a los Acuerdos con la Santa Sede y en parte debido a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa<sup>2</sup>, aunque no pueden ser pasados por alto los críticos que cuestionan no ya la utilidad o conveniencia de tales acuerdos, sino incluso la constitucionalidad de los mismos<sup>3</sup> o el poco conveniente régimen de los acuerdos adoptados por el Estado español con las denominadas confesiones minoritarias<sup>4</sup>.

Tal vez la espita religiosa siga abierta. Quizás el problema de fondo no sea la posición concreta que corresponde a la Iglesia Católica, planteamiento de un localismo y contingencia preocupantes que —si bien es cierto ha influido directamente en la redacción del artículo 16 CE— ocultan el verdadero problema, antiguo y de respuesta compleja: las relaciones entre Poder Público y confesiones religiosas o, si se prefiere, la posición que el fenómeno religioso debe ocupar en un Estado democrático de Derecho que opta, como no podía ser de otro modo, por la aconfesionalidad o la laicidad.

Este tema es, no una espita abierta para el Constituyente español, sino un tema eterno al que democracias antiguas que tienen en su origen fundacional mismo la libertad religiosa como piedra angular llevan siglos intentando, sin éxito, dar una solución que contente a todos los sectores, que satisfaga todas las posturas y que zanje, siquiera temporalmente, el asunto sin fisuras, incoherencias o contradicciones. Pese a todo, su experiencia, dilatada y meditada, ofrece claves que pueden ser de vital utilidad en estos tiempos y sobre las que habremos de volver más adelante.

### 1.2. El reciente caso de los crucifijos en las aulas españolas: una contienda reavivada, un tema difícil y eterno

La polémica no es nueva ni privativa de España. La presencia de todo tipo de símbolos religiosos en la esfera pública encuentra protectores y detractores.

Esta vez le ha tocado el turno a los crucifijos expuestos en las aulas de los colegios públicos españoles, pero ya con anterioridad, a finales de mayo del 2008, una propuesta presentada en el Congreso de los Diputados por Izquierda Unida para que se retirasen ciertos símbolos religiosos de actuaciones netamente públicas (como el crucifijo de la mesa del

Palacio de la Zarzuela ante el que toman posesión y juran o prometen el cargo presidente y ministros) fue rechazada entre la unidad de los restantes partidos políticos y el debate social.

Aunque hemos conocido, a mediados de noviembre, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Valladolid, núm. 28/2008 de 14 de noviembre, ordenando la retirada de los crucifijos del Colegio Público Macías Picavea, el «caso del crucifijo en las aulas» trae causa de una sentencia anterior, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 1617/2007, de 20 de septiembre.

En esta primera sentencia, no demasiado interesante desde el punto de vista de los derechos fundamentales y, en concreto, la libertad religiosa, los fundamentos de Derecho se entretienen en disquisiciones en torno a la legitimación procesal de las partes intervinientes (Junta de Castilla y León<sup>5</sup>, de un lado, y la Asociación Cultural Escuela Laica<sup>6</sup> de Valladolid, de otro), la no siempre ortodoxa actuación procesal de las partes litigantes y la normativa aplicable al caso para determinar el órgano competente para resolver tan comprometido asunto.

De mayor relevancia para la cuestión aquí abordada resulta el FJ7.º de la sentencia 1617/2007. Entiende el Tribunal que el mantenimiento de símbolos religiosos en un centro de enseñanza pública no es un acto de simple gestión del mobiliario o del equipamiento material del centro y tiene, por el contrario, trascendencia pedagógica.

A continuación, en el FJ8.º, elude entrar en la cuestión verdaderamente interesante, la de si la presencia de símbolos religiosos en los colegios públicos vulnera los artículos 16 y 27 CE y la de si se ha producido o no una progresiva secularización de los símbolos religiosos, para limitarse a afirmar que el mantenimiento, colocación o retirada de un símbolo religioso está en intrínseca relación con el entorno escolar y las circunstancias concretas del alumnado, de modo que la decisión sobre tales actuaciones debe residenciarse en el Consejo Escolar del Centro, de conformidad con el marco competencial diseñado por el legislador estatal.

Sorprende, sin embargo, que en el FJ9.º el Tribunal se adentre en cuestiones que acaba de eludir para no pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la retirada de los crucifijos de las aulas. Apunta que la retirada de todo símbolo religioso de un colegio público, por mor del principio de libertad religiosa y de la declaración de aconfesionalidad del Estado, no es la única solución posible<sup>7</sup>. Esgrime como argumentos a favor de esta postura la sensibilidad hacia la diversidad religiosa de los ciudadanos mostrada por el Estado y la Administración, en general, en otros ámbitos de la actividad pública, tales como el hospitalario o el penitenciario.

Parece olvidar el Tribunal que tanto en centros penitenciarios como en hospitales la movilidad de los internos se halla limitada o totalmente restringida y que, en ese caso, el Estado, neutral en materia religiosa, pero también garante de los derechos fundamentales, está obligado a facilitar el disfrute de un derecho en condiciones de absoluta igualdad, pues de otro modo su neutralidad se tornaría obstáculo al disfrute de la libertad religiosa. También alude a «símbolos conformes con las creencias de la totalidad de los alumnos», sin tener en cuenta que cuando de derechos fundamentales se trata, en primer lugar, no es cuestión de números ni de mayorías, a lo sumo de respeto a las minorías y, en segundo lugar, en materia de libertad religiosa, con independencia de las creencias religiosas de los alumnos y sus familias, el Estado tiene un claro deber de neutralidad.

Para concluir, el FJ10.º y, correlativamente, el fallo entienden que la competencia para resolver tal asunto corresponde al Consejo Escolar de cada centro, sin perjuicio de la revisión

en vía administrativa. Toda revisión adoptada por un centro escolar será revisable en vía administrativa ante la Dirección Provincial de Educación, ante la Delegación Territorial o ante los órganos centrales de la Junta de Castilla y León, según el caso.

Ante esta respuesta por parte de los Tribunales, la cuestión volvió a ser planteada al Consejo Escolar del Centro. El asunto de la retirada de los crucifijos de las aulas y espacios comunes, nuevamente judicializado, ha obtenido ahora una resolución de fondo por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Valladolid. Su sentencia núm. 28/2008 de 14 de noviembre es estimatoria de las peticiones de la parte actora, la Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid, debiendo ser destacado que el Ministerio Fiscal había evacuado el trámite de alegaciones en el sentido de interesar la estimación de la demanda.

Tras rechazar las alegaciones de no agotamiento de la vía administrativa previa y litispendencia esgrimidas por la parte demandada y afirmar que también los menores son titulares de derechos fundamentales, el Juzgado de lo Contencioso se detiene en destacar que la educación es especialmente sensible a la libertad religiosa, pues, en la fase de formación de la personalidad de los jóvenes, «la enseñanza influye decisivamente<sup>8</sup> en su futuro comportamiento respecto de creencias e inclinaciones, condicionando sus conductas dentro de una sociedad que aspira a la tolerancia de otras opiniones e ideales» que no necesariamente tienen por qué coincidir con los propios<sup>9</sup>.

En el supuesto enjuiciado, la presencia de símbolos religiosos en las aulas y dependencias comunes del centro educativo público no forma parte de la enseñanza de la Religión Católica; tampoco puede considerarse un acto de proselitismo la existencia de estos símbolos, o, al menos, no puede considerarse acreditado que sea esta 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. Ahora bien, siendo cierto esto último, sí se considera, sin embargo, que la presencia de símbolos religiosos en las aulas y dependencias comunes del centro educativo público en el que se imparte enseñanza a menores que se encuentran en plena fase de formación de su personalidad vulnera los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 y 16.1 y 3 CE<sup>10</sup>.

Afirma la sentencia que la aconfesionalidad implica una visión más exigente de la libertad religiosa, pues exige la neutralidad del Estado frente a las distintas confesiones y, más en general, ante el hecho religioso. Ningún ciudadano debiera sentir que, por motivos religiosos, el Estado le es más o menos próximo que a sus conciudadanos. El crucifijo no ha perdido sus connotaciones religiosas, aunque pueda tener otras. La presencia de estos símbolos en las zonas comunes de un centro educativo público, en el que reciben educación menores de edad en plena fase de formación de su voluntad e intelecto, puede provocar en estos el sentimiento de que el Estado está más cercano a la confesión con la que guardan relación los símbolos presentes en el centro público que a otras confesiones respecto de las que no está presente símbolo alguno, con lo que «el efecto que se produce, o puede producirse, con la presencia de los símbolos religiosos es la aproximación a la confesión religiosa representada en el centro por considerar que es la más próxima al Estado y una forma de estar más próximo a este».

La sentencia de 14 de noviembre del 2008 no es firme y la Junta de Castilla y León ya ha anunciado su voluntad de recurrirla alegando los siguientes argumentos<sup>11</sup>: a) la presencia de símbolos religiosos en otros ámbitos de la vida pública no ha sido cuestionada, ni su constitucionalidad ha sido puesta en entredicho, pues, a su entender, no vulnera los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas por la CE; b) la sentencia del juzgado de lo

contencioso es contraria al acuerdo del Consejo Escolar del centro en cuestión, órgano competente para resolver, según la sentencia del TSJ de 20 de septiembre del 2007.

Solo cabe esperar. La argumentación jurídica de la sentencia que se pretende recurrir podría haber abundado más en la cuestión, máxime habida cuenta la trascendencia de la misma. Los argumentos anunciados por la Junta de Castilla y León no parecen excesivamente sólidos:

- a) Respecto a la presencia de símbolos religiosos en otros ámbitos de la vida pública cabe responder que 1.º) en algunos casos las circunstancias pueden ser distintas y por tanto estar justificada dicha presencia, y 2.º) en otros casos pudiera ser que fuese igual de cuestionable y contraria al deber de neutralidad del Estado como parece ser la presencia de crucifijos en las escuelas;
- b) Respecto a la competencia del Consejo Escolar para decidir sobre este tipo de asuntos, supuestamente señalada por la STSJ de 20 de septiembre del 2007, la Junta parece olvidar que esa misma sentencia añade que los acuerdos del Consejo Escolar son revisables en vía administrativa y estos actos administrativos, a su vez, recurribles ante los tribunales, con mayor razón habiendo, como hay en este caso, derechos fundamentales de por medio.

Acierta la Junta, sin embargo, al expresar su deseo de obtener «un mismo criterio» a aplicar en todos los colegios de la Comunidad de Castilla y León<sup>12</sup>. Es más, sería deseable que el asunto llegase al Tribunal Constitucional, como ya ha sucedido en otros países de nuestro entorno jurídico-cultural a los que en breve nos referiremos, para obtener un pronunciamiento —aplicable a todos los colegios públicos (¿y concertados?) del país— procedente del Supremo Intérprete de la Constitución que se vería obligado, al resolver el asunto, a realizar reflexiones muy necesarias sobre la relación entre Religión y Estado cuando este opta por la laicidad, pues esta opción parece exigir que se modifiquen aquellas normas o pautas de conducta que, bien porque contengan residuos de confesionalidad, bien porque aparezcan vinculadas a tradiciones religiosas no claramente «desacralizadas», su aplicación o realización suponga un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías. Asimismo, la laicidad del Estado debe servir de límite para atender demandas procedentes de grupos religiosos minoritarios cuya aceptación pudiera hacer peligrar la separación entre lo religioso y lo político<sup>13</sup>.

## 2. LA SIMILITUD DEL CASO ESPAÑOL CON OTROS PRECEDENTES

Es un hecho reconocido que, en la tradición jurídica occidental, el poder siempre ha sentido la necesidad de utilizar «símbolos que exhiban estructuras semánticas orientadas a representar ciertos valores»<sup>14</sup>. El poder necesita símbolos pero, al mismo tiempo, los símbolos del poder, para desempeñar su función, necesitan del Derecho para que este imponga su utilización en documentos, edificios públicos o ceremonias oficiales. Parece, sin embargo, evidente que la coincidencia entre los símbolos del poder público y los símbolos religiosos solo es entendible en ordenamientos jurídicos teocráticos o confesionales. Es necesario insistir en la condición de primordial que, en un Estado democrático de Derecho, tiene el principio de laicidad, del que deriva, a su vez, el deber de neutralidad estatal en materia religiosa. El Estado debe ser neutral/imparcial ante las distintas confesiones y, además, debe *aparecer* como tal.

En los últimos tiempos Europa, caracterizada tradicionalmente por la presencia de símbolos religiosos de contenido cristiano en las diversas manifestaciones del poder público, ha venido experimentando, por razones diversas, un proceso de «retirada» de dichos símbolos,

unas veces de oficio, otras a instancia de ciudadanos que han judicializado sus peticiones. Debe, no obstante, precisarse que no todos los símbolos cuestionados son cristianos. Valga como ejemplo el velo islámico en sus distintas modalidades. También debe insistirse en que la retirada de símbolos religiosos del ámbito público no afecta únicamente a las escuelas.

La postura adoptada por los poderes públicos en los distintos países europeos<sup>15</sup> no siempre es la misma. Por citar algunos ejemplos: mientras Francia<sup>16</sup> ha optado por la «laicidad militante» impuesta tanto a la Administración como a los ciudadanos en los espacios públicos (un modelo laico «abierto, dinámico y generoso»<sup>17</sup> que prohíbe todo símbolo religioso<sup>18</sup>), Bélgica<sup>19</sup> —con una respuesta distinta pero también coherente— se ha decantado por impedir a la Administración Pública mostrar preferencia alguna hacia cualquier religión a través de la exposición de sus símbolos, mientras que para los símbolos o signos portados por los ciudadanos se inclina hacia un sistema de ponderación razonable realizada casuísticamente.

Analizar en profundidad la utilización de símbolos religiosos en la esfera pública excede el objeto de este trabajo, mucho menos ambicioso<sup>20</sup>. Dada la polémica suscitada recientemente en España respecto a la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos, la finalidad perseguida aquí y ahora es, simplemente, detenernos en ese caso concreto, que también se ha planteado con anterioridad en Alemania e Italia en sede constitucional, para ver qué respuesta ha recibido por parte de los respectivos Tribunales Constitucionales y analizarlas críticamente (así como las opiniones en contra).

## 2.1. El caso alemán

### A. Una respuesta dividida y divisoria

En su auto de 16 de mayo de 1995<sup>21</sup>, el Tribunal Constitucional alemán declara que la presencia de un crucifijo en las aulas de una escuela pública lesiona el derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

El *iter* seguido por este caso hasta llegar a sede constitucional presenta considerables paralelismos con el caso español<sup>22</sup>. La retirada del crucifijo la solicitan los padres de alumnos asistentes al centro (partidarios de una filosofía antroposofista); el asunto se judicializa y finalmente llega al Constitucional; la decisión del Tribunal ocasiona una fractura social y numerosas opiniones en contra en el tradicional Estado de Baviera. Una diferencia respecto al caso español debe ser mencionada: la existencia de una Ordenanza bávara, de 21 de junio de 1983<sup>23</sup>, por la que se regían las escuelas de educación primaria de Baviera era la que exigía la instalación de una cruz en cada aula de las escuelas de educación primaria (artículo 13.1.3.º).

La división ocasionada por la respuesta dada comenzó en el seno del propio Tribunal. Lejos de ser una resolución unánime o claramente mayoritaria, tres de los ocho magistrados que integraban la Sala Primera, llamada a conocer del asunto, formularon voto particular por no compartir la doctrina de la mayoría.

La decisión de la mayoría se apoya fundamentalmente en dos argumentos:

1.º) la libertad religiosa reconocida en la Ley Fundamental implica, correlativamente, un deber de neutralidad estatal en lo que a religión y confesiones religiosas se refiere, de modo que no puede primar o privilegiar ninguna creencia religiosa frente a otra. La cruz no es un simple emblema de la cultura occidental, tiene una carga religiosa innegable.

Añadimos que la solución posible (y totalmente hipotética) de que estuviesen presentes, en las escuelas, símbolos religiosos correspondientes a todas las confesiones continuaría sien-

do igualmente contraria al deber de neutralidad, pues el Estado debe permanecer al margen del fenómeno religioso y la presencia de símbolos varios de esta naturaleza en los ámbitos públicos resulta «excluyente» para quienes no profesan religión alguna (ateos, agnósticos) o para quienes, profesándola, son partidarios de relegar el fenómeno religioso a la esfera privada, posibilidad esta que suele ser olvidada.

2.º) los conflictos entre derechos fundamentales no pueden ser solucionados en términos de mayorías. Cuando de derechos fundamentales se trata, en general, el criterio de la mayoría es poco o nada operativo, pero no puede ser esgrimido en ningún caso cuando dos derechos fundamentales en concreto están involucrados, libertad religiosa y libertad de expresión, pues estos son, por definición, derechos de las minorías, derechos reconocidos para proteger a los «disidentes».

### *B. En respuesta a algunos críticos*

Muchos argumentos en contra fueron esgrimidos por la parte contraria<sup>24</sup>, por los tribunales de lo contencioso administrativo<sup>25</sup>, por los magistrados disidentes en sus votos particulares<sup>26</sup> y por la opinión pública y los políticos<sup>27</sup>. Nos detendremos en rebatir especialmente alguna sugerencia doctrinal que, bajo una apariencia de «solución aceptable», pudiera encerrar aspectos cuestionables.

No ha faltado quien<sup>28</sup> haya sugerido la permanencia de los crucifijos en las aulas, como criterio general, a modo de «salida armónica» que deje también a salvo los intereses de la mayoría. La propuesta —que coincide con la posición adoptada por la nueva ley de 1996<sup>29</sup> aprobada en Baviera a raíz de la resolución del Tribunal Constitucional— consistiría en mantener los crucifijos siempre que esto no entre en conflicto con la protección de las minorías. Aparentemente esta posición deja un cauce abierto para que la mayoría disfrute de sus valores, pero con el límite que representaría, en su caso, la protección de las minorías que acrediten un *interés jurídico* en la retirada de los crucifijos o cualquier otro símbolo religioso.

Encontramos algunos inconvenientes jurídicos de primer orden en esta propuesta que, solo aparentemente, promete conciliar posiciones e intereses.

En primer lugar, la presencia de cruces o cualquier otro símbolo religioso en un espacio público (sea escuela, oficina, hospital o prisión, por poner los ejemplos más recurrentes) es contraria, en principio, al deber de neutralidad estatal en materia religiosa. Si en circunstancias especiales y plenamente justificadas el Estado se ve en la necesidad de «quebrantar» esa neutralidad en materia religiosa a la que viene obligado, deberá: a) ser él el encargado de justificar o demostrar la existencia de ese interés general y b) respetar en todo momento el principio de igualdad o no discriminación entre confesiones religiosas, no pudiendo, por tanto, primar a una frente al resto.

En segundo lugar —y esto nos parece aún más importante porque pasa más desapercibido y es mucho menos respetuoso del contenido esencial de la libertad religiosa—, exigir a las minorías actuar y solicitar la retirada de cualquier símbolo religioso de la esfera pública alegando interés jurídico en ello implica la obligación de declarar sobre sus propias creencias, contenido esencialísimo y primeramente protegido, incluso desde una perspectiva histórica, de la libertad religiosa.

La respuesta a esta contraargumentación no se hace esperar por parte de un jurista español: nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la posibilidad, plenamente



constitucional, de tener que declarar sobre las propias creencias a raíz del caso de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio<sup>30</sup>.

La similitud aparente entre ambos casos es innegable, pero existe, a nuestro juicio, una diferencia esencial que no puede ser pasada por alto: en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, nos hallamos ante un deber jurídico cuyo cumplimiento quiere ser eludido por un ciudadano y la forma de hacerlo es, precisamente, declarando sobre las propias creencias, que entran en contradicción y conflicto con dicho deber.

En el supuesto ahora examinado —la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas— no existe deber jurídico alguno impuesto a los ciudadanos que se ven «perturbados» por la presencia del mismo en un espacio público y cuya retirada solicitan, antes bien, todo lo contrario: el Estado tiene un deber de neutralidad y, correlativamente, los ciudadanos tienen constitucionalmente garantizado el pleno disfrute de su derecho a la libertad religiosa, disfrute que debe ser propiciado, favorecido y posibilitado activamente por los poderes públicos.

Sería, por tanto, contradictorio e incoherente verse obligado a declarar sobre las propias convicciones, religiosas en este caso, para poder disfrutar de un derecho fundamental a cuyo disfrute se tiene derecho *ex constitutione* cuando no existe deber jurídico alguno que eludir. Nos hallaríamos, sencillamente, ante el sacrificio injustificado o innecesario del contenido esencial de un derecho fundamental (no poder ser obligado a declarar sobre las propias creencias) y todo ello solo dando como argumento a favor el cuestionable «respeto y tolerancia hacia los valores de la mayoría».

## 2.2. El caso italiano

### A. La cuestión permanece abierta

También en un país de tradición<sup>31</sup> y presente<sup>32</sup> profundamente católico como es Italia se ha planteado la retirada del crucifijo de las aulas, en sede judicial y en sede constitucional. Allí la respuesta dada ha sido una evasiva de la Corte Constitucional a entrar al fondo de la cuestión por motivos formales.

Dos son, básicamente, los casos paradigmáticos y bien conocidos:

a) **Caso Ofena**<sup>33</sup>: en el primero de los casos, de gran resonancia mediática, un ciudadano italiano de religión musulmana, Adel Smith, solicitó la retirada cautelar de los crucifijos en las aulas de las escuelas maternal y primaria a las que asistían sus hijos en Ofena (AQ). El Tribunal civil de Aquila, en actuación unipersonal, por *ordinanza* de 23 de octubre del 2003<sup>34</sup>, entendió tácitamente derogadas las disposiciones reglamentarias en virtud de las cuales dicho símbolo religioso debía formar parte del mobiliario de las escuelas, por considerarlas incompatibles con el cuadro normativo resultante, de un lado, de la garantía constitucional de la libertad de conciencia y religiosa y del pluralismo religioso y, de otro, de la supresión de la confesionalidad del Estado y la consideración de la religión católica como religión oficial. La sentencia añade que, mientras un adulto puede ser menos sensible o vulnerable a la exposición a símbolos religiosos o condicionamientos culturales, los más jóvenes, por el contrario, con bases y convicciones menos sólidamente formadas, tienden a dar a los símbolos un valor mayor.

Esta decisión fue posteriormente revocada por el *Tribunale dell'Aquila*, en actuación colegiada, en *ordinanza* de 29 de noviembre del 2003, por considerar que la jurisdicción competente sobre este tipo de controversias es la contencioso-administrativa, dado que se ve

afectada la organización de un servicio público<sup>35</sup>. Esta postura ha sido sucesivamente confirmada por la *Corte di Cassazione*<sup>36</sup>.

b) **Caso TAR del Veneto:** en este segundo caso, Lauti, una ciudadana italiana de origen finlandés, no creyente, solicitó al TAR del Veneto análoga remoción de los crucifijos expuestos en las aulas de la escuela intermedia pública de Abano Terme (PD) a la que asistían sus hijos. A la vista de la petición y la normativa aplicable, el TAR del Veneto, por ordenanza n.º 56 de 14 de enero del 2004, remitió a la Corte Constitucional *una questione di legittimità* sobre los artículos 159 y 190 del Decreto Legislativo n.º 297 de 16 de abril de 1994, cuyo contenido venía a ser integrado, respectivamente, por el artículo 119 del Decreto n.º 1297 de 26 de abril de 1928 y por el artículo 118<sup>37</sup> del Decreto n.º 965 de 30 de abril de 1924, en los que se exigía la colocación de un crucifijo en cada aula escolar, como parte del mobiliario. La cuestión planteada reposaba en la posible contradicción existente entre el contenido de dicha normativa, de un lado, y el principio de laicidad del Estado y los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución, de otro.

La Corte Constitucional, en *ordinanza* n.º 389 de 13 de diciembre del 2004<sup>38</sup>, ha entendido que la cuestión es manifiestamente inadmisibile porque las normas secundarias mencionadas, carentes de fuerza de ley, no integran el contenido del Decreto Legislativo y no puede pronunciarse sobre ellas en un juicio de legitimidad constitucional.

Como resultado de este «pronunciamiento» constitucional y a resultas de la devolución de la cuestión, el TAR del Veneto, sección III, en sentencia n.º 1110 de 22 de marzo del 2005<sup>39</sup>, ha rechazado la solicitud planteada en la demanda.

En el mismo sentido se ha manifestado el Consejo de Estado (sez. VI, n.º 556 del 2006<sup>40</sup>). Considera el Consejo de Estado<sup>41</sup> que la exposición del crucifijo en la esfera pública es expresión de valores consustanciales a la cultura italiana y que están también recogidos en la propia norma fundamental<sup>42</sup>.

### *B. Las paradojas y contradicciones criticadas por la doctrina italiana*

La doctrina no ha tardado en comentar y criticar la respuesta claramente evasiva dada por la Corte Constitucional en el caso TAR del Veneto<sup>43</sup>.

El silencio de la Corte Constitucional italiana puede ser entendible en un país profundamente impregnado de las convicciones y prácticas propias del Catolicismo, al tiempo que criticable por no haber tan siquiera sugerido «indicaciones» a un problema de relevancia incuestionable en la construcción de un Estado de Derecho que pretende abundar en la libertad religiosa y la igualdad entre confesiones, cuestión que exige neutralidad estatal. Su actitud ha sido de extrema cautela o precaución<sup>44</sup>, a diferencia de lo abiertamente declarado en otras situaciones que guardaban cierto paralelismo respecto a la contradicción existente entre normas de rango reglamentario y la Constitución<sup>45</sup>. Se ha limitado a callar o «lavarse las manos» en la que ha llegado a ser calificada por algún autor de solución «pilatesca»<sup>46</sup>. Para otros, reconociendo la coyuntura complicada en la que se encontraba la Corte, su *ordinanza* viene a reforzar las posiciones más intransigentes y alejadas de la tolerancia al no permitir, en un futuro próximo, presagiar cambios<sup>47</sup>.

Con todo, la Corte Constitucional solo aparentemente ha dado «la llamada por respuesta», pues ¿cómo puede, si no, ser interpretada la retirada del crucifijo de su propia sede y la

sustitución del mismo por una obra pictórica de valor histórico-artístico de primer orden en la que aparece representada una *Madonna*?<sup>48</sup>

Si comentada y criticada ha sido la decisión de la Corte Constitucional, aún más, si cabe, lo ha sido la del TAR del Veneto (sentencia n.º 1110 de 22 de marzo del 2005), pues, si la inadmisibilidad constitucional era previsible, la respuesta de la jurisdicción ordinaria ha sido sencillamente «evasiva» por no haber afrontado la posible derogación tácita de unos reglamentos de los años veinte elaborados en un contexto político y jurídico muy diferente al actual<sup>49</sup>.

La sentencia n.º 1110 del TAR es, para una parte considerable de la doctrina, un argumento técnicamente débil que reposa más en consideraciones y valoraciones sociológicas que propiamente jurídicas, en cierto modo innecesarias<sup>50</sup>. Cuatro son las premisas afirmadas en la sentencia:

a) El asunto es competencia del juez de lo contencioso (aunque el precepto que sirve de apoyo para determinar la jurisdicción de dicho órgano —artículo 33.e) del Decreto Legislativo n.º 80 de 1998— había sido declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en sentencia n.º 204 del 2004, de modo que el caso, que afectaba a un derecho fundamental, podría haberse entendido era competencia de la jurisdicción ordinaria; tampoco es menos cierto que el tribunal pudo haber dado por producida la *perpetuatio iurisdictionis*).

b) Las normas reglamentarias que prevén la exposición del símbolo de la cruz se consideran plenamente vigentes (pese a entrar en contradicción directa con el principio constitucional de laicidad y neutralidad estatal frente a las confesiones religiosas).

c) El crucifijo es considerado un símbolo con significado religioso, pero también histórico, cultural e «identitario» (consideraciones más sociológicas que jurídicas, que modifican el valor religioso del crucifijo).

d) Su contenido religioso aparece vinculado a la tradición cristiana, que está en armonía y conexión con la tradición de los ordenamientos jurídicos occidentales (cuestión no negada, pero que debe ser, una vez más, conjugada con los planteamientos derivados de la Constitución en materia de libertad religiosa, pues de lo contrario vaciaría de contenido el principio de laicidad del Estado).

La conclusión a la que llega el TAR es que la presencia del símbolo de la cruz en el ámbito público no lesiona, sino que afirma y confirma el principio supremo de laicidad del Estado. La doctrina no ha dudado en criticar el razonamiento seguido, cuestionable en ciertos puntos, pero más aún la conclusión a la que se llega (más incluso que el mantenimiento del crucifijo *per se*)<sup>51</sup>, así como la contradicción existente entre la sentencia n.º 1110 del TAR y la decisión de la Corte de Casación en el caso Montagnana<sup>52</sup>.

Ante la insatisfacción generalizada de la doctrina y la sentida necesidad de cerrar una cuestión decisiva que permanece abierta, han sido ofrecidas distintas soluciones o alternativas: a) dado que la Constitución ni prohíbe ni obliga a la presencia del crucifijo, quizás una solución equilibrada sería dejar la decisión en manos de la autonomía institucional y de la discreción de cada órgano directivo, pues si la presencia de un símbolo religioso en un aula no es obligada ni obligatoria (léase una imposición normativa estatal), no tiene por qué ser incompatible con la neutralidad del Estado ni con la laicidad<sup>53</sup>; b) que resuelva el legislador la cuestión, bien incorporando al ordenamiento jurídico italiano una solución similar a la de la ley bávara de 1996 (objección de conciencia, intento de conciliación, retirada del crucifijo o símbolos en general solo en última instancia)<sup>54</sup>, bien optando sin ambigüedades por la neutralidad y la reti-

rada de símbolos de significación religiosa, para que así, por «paradójico» que parezca, la ley pueda ser recurrida ante la Corte Constitucional y esta, a su vez, pronunciarse<sup>55</sup>.

### 3. LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA: UNA EXPERIENCIA VALIOSA

Las palabras dirigidas por el primer presidente norteamericano, George Washington, en agosto de 1790, a la Congregación judía de Newport (Rhode Island) son un elocuente testimonio de la importancia central y decisiva concedida en la sociedad americana a los valores de tolerancia y libertad religiosa desde el momento fundacional mismo de los Estados Unidos<sup>56</sup>.

Aunque un año después, en 1791, la *Bill of Rights* se convirtiera en parte integrante de la Constitución y su 1.ª Enmienda proclamase, precisamente, la libertad religiosa y la libertad de expresión, ya anteriormente dicha Constitución, en su texto original, recogía en su articulado la profunda preocupación que un pueblo compuesto en sus orígenes por «perseguidos por motivos religiosos» mostraba hacia la libertad religiosa y de conciencia, aunque fuese de un modo tangencial, en su artículo VI, que impedía el sometimiento a cualquier investigación, pesquisa o prueba de contenido religioso para poder acceder a un cargo público<sup>57</sup>.

La historia de este país demuestra que han existido también episodios (algunos, incluso, institucionalmente respaldados) de animosidad, discriminación e intolerancia contra grupos religiosos minoritarios, pero no es menos cierto que, pese a todo ello, para el grueso de la ciudadanía norteamericana, la libertad religiosa nunca ha dejado de ser uno de sus más preciados y básicos derechos civiles, considerado un atributo irrenunciable e inherente a una sociedad libre.

#### 3.1. Los casos más señalados de la Corte Suprema USA en materia de libertad religiosa: una valoración de conjunto

Profunda, compleja e interesante, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre la 1.ª Enmienda, en materia de libertad religiosa, no por ello deja de ser considerada (por la doctrina y por los propios *Justices*) como «desesperadamente confusa, inconsistente e incoherente»<sup>58</sup>.

Abundante y, casi con total certeza, en plena evolución —hasta el punto de merecer, por sí sola, constituir objeto de estudio independiente y extenso— lo ahora pretendido es, sencillamente, exponer de forma «simplificada» y breve algunas de las claves y afirmaciones esenciales que la Corte Suprema norteamericana ha podido destilar durante su prolongada experiencia resolviendo cuestiones varias relacionadas con la libertad religiosa (muchas de ellas de calado más hondo y de mayor complejidad jurídica que la retirada de símbolos religiosos de la esfera pública), recurriendo para ello a las *landmark decisions*. El repaso, aun superficial, de la experiencia americana debiera resultar provechoso y enriquecedor para un jurista continental.

El primer dato que podría llamar la atención de un observador atento tiene una explicación sencilla: si hasta la década de 1940 solo se encuentran casos aislados<sup>59</sup> relacionados con la *religion clause*, ello es debido, en parte, a que antes del *New Deal* el Gobierno federal desempeñaba un «papel reducido en la vida americana»<sup>60</sup> y, fundamentalmente, a que únicamente tras la incorporación de la 14.ª Enmienda, en 1868, se produjo el cambio legal y jurisprudencial que hizo posible la extensión vinculante de la 1.ª Enmienda, hasta entonces aplicable exclusivamente al Gobierno federal, también a los distintos Estados federados<sup>61</sup>.

La vinculación de los Estados a la 1.<sup>a</sup> Enmienda (conocida como *incorporation doctrine*) en materia de libertad religiosa pudiera ser considerada como uno —por no decir el único— de los pocos aspectos zanjados definitivamente por la *Supreme Court* en el debate Iglesia-Estado. El significado y alcance de dicha vinculación continúa, a día de hoy, siendo una cuestión parcialmente abierta y, desde luego, debatida dentro y fuera del Tribunal Supremo.

La libertad religiosa —genéricamente reconocida en la 1.<sup>a</sup> Enmienda— ha sido tradicionalmente subdividida por la doctrina y por la Jurisprudencia en dos grandes bloques materiales: *no establishment clause* (o *free establishment*) y *free exercise clause*. Dicha distinción resulta útil para nuestra exposición, aunque también ha sido duramente criticada por algún autor<sup>62</sup>, que ve en ella una distorsión del verdadero significado originario de la *religion clause*, preocupada, ante todo, por garantizar la libertad religiosa como valor central de una sociedad democrática, y también un peligro confundente a la hora de resolver casos concretos, por no mencionar la hipertrofia de la *no establishment clause* respecto a la de *free exercise*, a la que no siempre resulta conveniente extender los criterios establecidos para la primera. Al haberse perdido la visión de conjunto, el razonamiento sobre la libertad religiosa puede acabar pareciendo mecánico o empobrecido y llegar a resultar erróneo.

A) La *no establishment clause* siempre ha sido un lugar común en la organización política y jurídica norteamericana, tanto del Gobierno federal como de los Estados. A diferencia de lo sucedido en Europa desde tiempos muy antiguos, Estados Unidos nunca ha tenido religión oficial (*state-supported church*) en cuanto Federación. Aquellos Estados federados que mostraban en sus ordenamientos jurídicos trazas de religión oficial, por superficiales que estas fuesen, las habían eliminado de forma progresiva y voluntaria, a través de sus propios procesos políticos, hacia 1833<sup>63</sup>. Siempre se ha percibido la existencia de *state-supported churches* como contraria a la libertad religiosa.

Se atribuye a Justice Black, ponente en *Everson v. Board of Education* 330 US 1 (1947)<sup>64</sup>, el mérito de haber sabido condensar buena parte del significado histórico de la 1.<sup>a</sup> Enmienda tal como la concibieron los Padres Fundadores en materia de establecimiento: el Gobierno, tanto el federal como los estatales, debe mantenerse absolutamente neutral no solo respecto a las diferentes Iglesias protestantes (predominantes) o respecto a los restantes grupos religiosos, sino que también debe ser absolutamente neutral respecto a los creyentes religiosos y los no creyentes. «Neither a state nor the Federal Government can pass laws which aid all religions. *The First Amendment was intended to erect a wall of separation between church and State*». Quedo así afirmado el deber de neutralidad estatal y la separación entre órdenes<sup>65</sup>.

Durante décadas, cada vez que el Tribunal Supremo ha debido argumentar en torno al significado de la *no establishment clause* ha tomado como referencia los nunca cuestionados principios de neutralidad y separación de órdenes.

Ha sido así hasta que, en *Wallace v. Jaffree* 472 US 38 (1985), Justice Rehnquist, en voto particular disidente, realizó una aproximación diversa al significado originario de la 1.<sup>a</sup> Enmienda, afirmando que un correcto entendimiento de la misma no prohíbe al Gobierno mostrar apoyo o preferencia alguna por el «fenómeno religioso» respecto a la «no religión», siempre y cuando no se decante por una religión concreta, haciendo quebrar el principio de igualdad y no discriminación entre credos.

Secundado por algunos autores y también duramente criticado por otros, el debate en el interior del Tribunal Supremo parece estar servido, aunque la visión de Rehnquist ha sido nuevamente rechazada, con carácter general, en *Lee v. Weisman* 112 US 2649 (1992). No

obstante, en lo relativo a financiación indirecta, su visión personal sobre el significado de la *no establishment clause* parece haber abierto una brecha en la doctrina de la *Supreme Court* hasta entonces «compacta»<sup>66</sup>.

La visión de *Justice Black* sobre los principios de neutralidad y separación, todavía dominante, ha desencadenado la retirada de símbolos y otras manifestaciones de significación religiosa de la vida pública norteamericana<sup>67</sup>. Antes de *Everson v. Board of Education*, la presencia de tales elementos en la vida pública de una sociedad profundamente religiosa no se reputaba contraria a la Constitución. Ahora, sí.

Si bien es cierto que también en este punto el Tribunal Supremo ha transigido en dejar un «cierto margen» de libertad en otros ámbitos de la vida pública, en lo relacionado con escuelas públicas de educación primaria y secundaria ha sido tajante y contundente: la mayor facilidad de los menores de edad para ser influenciados en su etapa formativa les hace merecedores de la más estricta protección, de modo que cualquier «implicación institucional» con el fenómeno religioso es considerado, *a priori*, contrario a la Constitución y los principios de neutralidad y separación<sup>68</sup>.

B) La *free exercise clause*, por comparación con la de no establecimiento, parece ofrecer un menor grado de coherencia jurisprudencial, junto a un más enconado nivel de debate doctrinal. Cabría incluso pensar, tras una lectura superficial, que con la criticadísima *Employment Division v. Smith* 485 US 660 (1990) se ha producido un retroceso jurisprudencial.

Si las apelaciones al origen y significado históricos de la cláusula de no establecimiento son frecuentes en las sentencias del Tribunal para respaldar la posición mantenida por sus mayorías, con la *free exercise clause* no sucede lo mismo y es la doctrina, fundamentalmente, la que se ha ocupado de ello<sup>69</sup>. Los autores, por su parte, no terminan de ponerse de acuerdo sobre el significado de la libertad (religiosa) de ejercicio.

Una primera concepción entiende que la *free exercise clause* está fundamentalmente orientada a promover y garantizar la autonomía religiosa, esto es, la posibilidad para los creyentes de practicar y vivir conforme a su fe, incluso cuando dicha práctica pueda suponer la contravención o violación de leyes aplicables a la generalidad de la población aprobadas sin intención discriminatoria alguna por motivos religiosos. Buena parte de los casos estimados por el Tribunal Supremo relativos a la *free exercise clause* son casos de «objeción de conciencia» en los que un sujeto, por motivos religiosos, elude de forma lícita el cumplimiento de una ley plenamente constitucional.

Así entendida —como favorecimiento de una autonomía religiosa lo más plena posible—, el criterio del *strict scrutiny mantenido en Sherbert v. Verner* 374 US 398 (1963) y *Wisconsin v. Yoder* 406 US 205 (1972) parece garantizarla mejor. Esa es la posición mantenida por la doctrina más «tradicional».

Una segunda concepción (muy posiblemente minoritaria) de la *free exercise clause*, a diferencia de la anterior, pone el acento en la garantía de la igualdad entre credos y confesiones.

En este caso, la *rational basis review* mantenida por la Corte en *Employment Division v. Smith* 485 US 660 (1990) podría ser entendida como una mejor lectura de dicha cláusula<sup>70</sup>.

Pocas sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos en materia de libertad religiosa han desatado una polémica tan intensa y un rechazo tan generalizado como lo ha hecho la recaída en el caso *Smith*. De ella se ha llegado a decir que es inconsistente con el texto de la 1.ª Enmienda y la forma en que la libertad de ejercicio venía siendo entendida, que supone una ruptura brusca con los precedentes y una traición abierta a la libertad religiosa enten-

didada como valor fundamental de una sociedad democrática, pues sencillamente vacía de contenido la *free exercise clause* y concede al legislador libertad absoluta para hacer lo que quiera<sup>71</sup>, retrocediendo a criterios mantenidos tiempo atrás en *Reynolds v. United States* 98 US 145 (1879)<sup>72</sup> y abandonando, de ese modo, la doctrina conocida como *conduct exemption* desarrollada en *Sherbert* y posteriormente acogida también en *Yoder*, según la cual el Gobierno no puede aprobar o hacer cumplir una ley que «grava» o impide una conducta realizada por motivación religiosa a menos que con dicha ley se esté protegiendo un interés «imperioso» de la manera menos restrictiva posible («the Government may not enact or enforce a law that burdens religiously motivated conduct unless it is protecting a compelling interest by the least intrusive means possible»).

En *Smith*, Justice Scalia, ponente por la mayoría, dio un paso decisivo hacia una postura más rígida (menos permisiva) en lo referente a *free exercise cases*: «... generally applicable religion-neutral laws that have the effect of burdening a particular religious practice need not be justified by a compelling governmental interest».

Divisoria en el seno de la Corte y profundamente criticada en el terreno político y en el plano académico durante años (el rechazo a la doctrina sentada en *Smith* es un lugar común en las Facultades de Derecho norteamericanas), en los últimos tiempos encuentra no solo algunos defensores, sino que, además, el Tribunal Supremo parece haber confirmado la línea de pensamiento así iniciada (¿o retomada de *Reynolds*?) en *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah* 508 US 520 (1993)<sup>73</sup> y *Locke v. Davey* 540 US 712 (2004)<sup>74</sup>.

*Smith*, *Lukumi* y *Locke* deben ser leídas de forma conjunta<sup>75</sup>. Es posible identificar en esa lectura de conjunto dos principios fundamentales en materia de *free exercise*: a) los tribunales deben, por defecto, aplicar favorablemente todas aquellas leyes «aprobadas en forma debida», «neutras en contenido» y «de aplicación general» también a conductas realizadas por motivación religiosa; y b) los tribunales no deben aplicar dichas leyes únicamente cuando sea evidente que han sido aprobadas con intención discriminatoria o persecutoria por motivos religiosos<sup>76</sup>. Se reconoce, de este modo, otro principio fundamental en materia de libertad religiosa: el principio de no persecución (*nonpersecution principle*).

Todavía habrá que esperar nuevos casos relativos a la *free exercise clause* y la *conduct exemption* para comprobar qué dirección toma (¿de nuevo temporalmente?) la *Supreme Court*, pero si continúa en la dirección que da la impresión ha elegido en resoluciones recientes, *Smith* no será —como algún autor ha sugerido que pudiera ser— «un caso aislado, no enmarcado en el conjunto de la jurisprudencia sobre libertad religiosa, sino comprensible a la luz de la lucha contra un problema preocupante y fuertemente vinculado a las políticas públicas: el consumo de drogas»<sup>77</sup>.

### 3.2. El Lemon Test: correcciones y críticas

Como podrá haberse comprobado tras una aproximación superficial, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando la 1.ª Enmienda y las *religion-clauses* dista de ser «pacífica» en todos sus aspectos. La materia sobre la que se proyecta es lo suficientemente compleja como para merecer y justificar diversidad de opiniones y planteamientos.

Con todo, y pese a ciertas críticas puntuales por parte de algunos autores, es una experiencia valiosa, tanto por su calidad conceptual desde un punto de vista netamente constitucional, como por la variedad casuística que ha sido sometida a su juicio. También ofrece una perspectiva diferente a la habitualmente mantenida en Europa y que debiera resultar prove-



chosa a la hora de argumentar jurídicamente: la neutralidad, la no discriminación y la no persecución por motivos religiosos están en el origen fundacional de Estados Unidos como nación e, inevitablemente, esos principios pesan en el razonamiento jurídico realizado por la Corte, del mismo modo que la existencia de antiguas religiones oficiales y la mayor uniformidad religiosa existente hasta hace poco parecen pesar, en ocasiones, en la aproximación que se hace a la cuestión religiosa en Europa.

A lo largo de su dilatada trayectoria, el Tribunal Supremo ha ido realizando afirmaciones en torno al fenómeno religioso que pueden ser consideradas basilares. También ha elaborado un test de constitucionalidad, el conocido como *Lemon Test*, para intentar racionalizar y homogeneizar sus respuestas y eliminar, así, en lo posible, cualquier sombra de arbitrariedad.

Entre las afirmaciones generales que ha venido realizando en sus sentencias, sin incluirlas en ningún test u operación racional de control de la constitucionalidad, merecen ser destacadas:

1.ª) No todas las manifestaciones del fenómeno religioso son beneficiosas o merecedoras de protección: algunas lo son, otras no.

2.ª) La religión es un fenómeno valioso, no en sí mismo considerado, sino en cuanto reflejo o manifestación de la opción libremente realizada por un individuo concreto: es el individuo el considerado valioso por el Derecho y su libertad es la protegida por el Ordenamiento jurídico<sup>78</sup>.

3.ª) La regla de no discriminación entre confesiones es irrenunciable, sin importar lo minoritarias o «poco convencionales» que puedan parecer a los ojos de la mayoría<sup>79</sup>.

Afirmaciones generales al margen, el Tribunal elaboró en *Lemon v. Kurtzman* 403 US 602 (1971) el conocido como *Lemon Test*, aunque, naturalmente, unas y otro habrán de ser conjugados de forma conjunta en el razonamiento jurídico. Debe también ser recordada la distinción establecida por el Tribunal entre *test* y *standard* (*strict scrutiny, rational basis review...*).

Según el *Lemon Test*, pensado fundamentalmente para dar respuesta a los casos relacionados con la *no establishment clause*, la actuación del legislador, para ser constitucional y no vulnerar la 1.ª Enmienda, debe: 1.º) perseguir una finalidad netamente secular, 2.º) producir un impacto fundamentalmente secular en la sociedad, y 3.º) no originar o producir una implicación o aproximación excesiva entre Gobierno y religión.

Aséptico y, aparentemente, de aplicación sencilla, tampoco ha escapado a las críticas dentro y fuera de la Corte, aunque, formalmente, continúa vigente. Aplicado en *Aguilar v. Felton* 473 US 402 (1985), fue duramente cuestionado en el voto particular formulado por Justice O'Connor, ya que el tercer paso del test (que prohíbe la involucración del Gobierno en actividades religiosas) puede llegar a resultar totalmente insalvable<sup>80</sup>.

Como alternativa o corrección al test tal como viene siendo formulado por la Corte, algún autor<sup>81</sup> ha propuesto que sean tenidas en cuenta de forma conjunta las dos *religion clauses*, de modo que el nuevo test podría tener la siguiente redacción o formulación:

1.º) Será inconstitucional toda ley o política pública cuyo propósito o efecto sea la uniformidad religiosa, bien impidiendo la práctica religiosa de una persona o colectivo (contraria a la *free exercise clause*), bien forzando una práctica religiosa cualquiera (contraria a la *no establishment clause*).

2.º) Una ley o política pública será inconstitucional si su aplicación interfiere con la independencia de un colectivo religioso en cuestiones relevantes desde el punto de vista de las creencias de dicho colectivo.



3.º) La contravención de los dos principios anteriormente expresados solo será constitucional, siempre del modo menos intrusivo posible, cuando: a) deban ser protegidos derechos de terceras personas y b) deban ser asegurados, de forma equitativa, el disfrute de los beneficios y el reparto de las cargas que la vida en sociedad conlleva.

#### 4. CONSIDERACIONES EN TORNO A UN ASUNTO ANTIGUO Y PENDIENTE

Se ha venido utilizando el argumento «histórico» para explicar y casi justificar la presencia de innumerables símbolos y otros vestigios religiosos en la esfera pública: juramentos sobre la Biblia; crucifijos en las aulas y en las tomas de posesión de autoridades y funcionarios públicos; fórmulas rituales de contenido o alusiones religiosas variadas; símbolos religiosos en escudos, emblemas y banderas; festividades de significación originariamente religiosa; descanso dominical...

Que nuestro pasado religioso pesa en nuestra tradición y en nuestra cultura es un hecho innegable: Europa como civilización<sup>82</sup> reposa sobre los pilares de la Filosofía griega, el Derecho romano y la Cristiandad<sup>83</sup>. Ciertamente, durante mucho tiempo la separación entre Religión y Poder —y posteriormente entre Religión y Estado— no constituía una prioridad o una preocupación excesiva en otros tiempos. La confusión, o quizás sea más exacto hablar de proximidad, era la tónica habitual<sup>84</sup>.

Todavía hoy, centrándonos en los textos constitucionales, es frecuente encontrar referencias de contenido religioso<sup>85</sup>. El debate sobre la conveniencia o necesidad de este tipo de referencias propias de la herencia cultural en las Normas Fundamentales de los ordenamientos jurídicos se ha suscitado nuevamente a raíz de la elaboración de la «Constitución europea»<sup>86</sup>. Una buena Constitución debe tener en cuenta las tradiciones y la realidad social sobre la que se proyecta, entre otros factores. Los sistemas nacionales de relación entre Estado y religión dan la impresión de ser muy diversos entre sí, pero sobre esa primera apariencia se impone una realidad sólida: los principios de libertad e igualdad del individuo<sup>87</sup>. Esa es la idea que debe guiar la reflexión sobre la posición que corresponde a la Religión en un Estado democrático de Derecho, con una sociedad multicultural y plurirreligiosa. Aunque las consideraciones realizadas desde la perspectiva histórica o sociológica son muy ciertas, nos vemos obligados a responder y argumentar como juristas, con independencia de convicciones, creencias o planteamientos personales de cualquier tipo.

El problema se ha complicado en los últimos años pues, como bien han puesto de relieve algunos autores, los ataques del 11 de septiembre del 2001 han proporcionado al tema de la libertad religiosa y la seguridad una dimensión «entrelazada» hasta entonces desconocida<sup>88</sup>.

Parece desprenderse «cierta ilegitimidad constitucional de cualquier provisión o conducta de los poderes públicos que haga ostentación de símbolos religiosos ajenos a la cultura de ciertos estratos sociales»<sup>89</sup>, aunque recojan creencias dominantes o mayoritarias, porque, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, la mayoría no es un buen argumento.

El principio de laicidad no es solo un genérico reconocimiento del pluralismo religioso. En sentido negativo, la laicidad exige separación Iglesia-Estado. En sentido positivo, la laicidad presupone neutralidad, entendida como libertad de conciencia e igualdad. Es un concepto funcional que contribuye a la determinación de los criterios de actuación que deben seguir los poderes públicos ante las diversas manifestaciones del fenómeno religioso para garantizar el ejercicio de la libertad religiosa a todos por igual<sup>90</sup>.

La única manera para el Estado de mantener ese pluralismo en materia religiosa (que entiende valioso) es mantener la neutralidad, no hacer «suya propia» ninguna religión<sup>91</sup>. A quienes alegan que una sociedad verdaderamente multirreligiosa debe serlo en sus fundamentos —no solo en la superficie— y que dichos fundamentos exigirán, tarde o temprano, su lugar y su reconocimiento en la esfera pública, «no conformándose con la irrisoria laicidad de una pared vacía»<sup>92</sup>, solo se nos ocurre contestarles que habrán de conformarse con ello si el Estado quiere salvaguardar la neutralidad en materia religiosa y la igualdad de trato a todas las confesiones y posiciones ante el fenómeno religioso, pilar de la libertad religiosa como derecho fundamental en Democracia.

Problema distinto, pero íntimamente relacionado, y de respuesta no tan «uniforme» en los ordenamientos jurídicos examinados es la utilización de símbolos de contenido y significación religiosa por parte de los ciudadanos —tanto en calidad de particulares como en calidad de funcionarios públicos— en el ámbito público<sup>93</sup>. Y el tema de los símbolos, en general, en sus distintas vertientes, es la «punta del iceberg», un tema menor, pues los grandes temas están aún por llegar: financiación de las confesiones religiosas, enseñanza de la religión en las escuelas públicas<sup>94</sup>, utilización de espacios y locales públicos por las confesiones religiosas, reconocimiento jurídico del secreto de confesión y sus posibles límites<sup>95</sup>, límites del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas<sup>96</sup>...

El tema ahora debatido con ocasión de la retirada de símbolos religiosos de la esfera pública es el de la neutralidad estatal en materia religiosa, el alcance y contenido de dicho principio, la forma en que su realización práctica opera y los efectos que el mismo puede perseguir o producir.

Durante mucho tiempo, sin duda fruto de la experiencia histórica de intolerancia vivida por Europa, la neutralidad estatal ha venido siendo considerada como una posición esencialmente deseable y beneficiosa para una sociedad plural. Se ha podido comprobar que también así fue entendida por los Padres Fundadores de la Constitución norteamericana influenciados por el pensamiento dominante de la Ilustración en materia de tolerancia religiosa.

Tal vez el bagaje cultural e histórico que inevitablemente impregna los ordenamientos jurídicos europeos haya hecho que nos planteemos esa forma de entender la neutralidad en un momento algo más tardío en comparación con Estados Unidos o que no seamos capaces de entenderla sin percibir cierta animadversión hacia el fenómeno religioso.

En este extremo, como en tantos otros en los que lo valorativo se entremezcla inevitablemente con lo jurídico, es casi imposible concitar no ya la unanimidad, sino una clara mayoría. Las opiniones están profundamente divididas y las posiciones enfrentadas. El concepto jurídico de libertad religiosa evoluciona<sup>97</sup> e incluso parece involucionar en ocasiones, cuando de la tolerancia costosamente conseguida se pasa, insensiblemente, a la difamación y el vilipendio por motivos religiosos.

Durante mucho tiempo se ha pensado que la neutralidad parecía servir mejor los intereses de la tolerancia, pero no faltan quienes perciben en ese deseo de neutralidad una intención de favorecer la secularización (entendida como reducción de la presencia de la religión en la vida privada), no de garantizar verdaderamente el pluralismo religioso.

Para este sector, la neutralidad estatal impediría a los gobiernos, empleando terminología norteamericana, fomentar la religión de cualquier modo, pero no impide que los Gobiernos «fuercen» a las distintas religiones a acomodarse a los dictados seculares de sus políticas públicas y su legislación. Quienes así piensan insisten también en que los colectivos más perjudicados suelen ser las confesiones minoritarias.

En defensa de las religiones minoritarias, precisamente, se pasó de la mera tolerancia a la plena libertad religiosa y esta, por mucho que a ellos les parezca lo contrario, exige neutralidad estatal entendida como separación de órdenes. Aunque haya quienes vean en la neutralidad estatal animadversión hacia el fenómeno religioso, pudiera muy bien suceder que, a día de hoy, sea la fórmula que mejor protege la religión, el pluralismo religioso y las minorías.

## Notas

---

- 1 En este sentido, SOUTO PAZ, J. A. 2005. «La transición política en España y la cuestión religiosa», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005 (1): «En ese pasado histórico inmediato la religión había vivido dos escenarios políticos claramente distintos. Una situación de crisis, como consecuencia de la política republicana, que desembocó en la que se denominó "la cuestión religiosa". Y otra situación claramente diversa, convertida en soporte del nuevo régimen autoritario, recuperando la Iglesia Católica los privilegios tradicionales y asumiendo el Estado la vieja doctrina de la confesionalidad católica. *El constituyente de 1978 tenía, de esta forma, ante sí dos posturas, en cierto modo irreconciliables, y, al mismo tiempo, la urgencia de ofrecer una solución que pudiera ser asumida por todos*, participando del consenso que presidió el período constituyente» (la cursiva es nuestra).
- 2 MARTÍNEZ-TORRÓN, J. 2005. «La contribución de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa a la transición democrática en España», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005. La LOLR se demostró esencial en el camino que habría de recorrer la Democracia en España, por no olvidar que fue la primera ley promulgada en desarrollo de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido (pág. 2).
- 3 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. 2005. «Los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005. Para este autor, los Acuerdos con la Santa Sede son preconstitucionales en su elaboración; se firmaron en un momento de transición política en el que era una prioridad dar una respuesta de consenso y pacificadora a la «cuestión religiosa»; son acuerdos al estilo *do ut des*, que tendrían pleno sentido en un Estado confesional, pero no en un Estado laico, democrático y de Derecho. Constituyen los Acuerdos con la Santa Sede «un verdadero riesgo para los derechos fundamentales de los ciudadanos» (pág. 8).
- 4 FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. 2005. «Valoración jurídica del sistema de cooperación con las confesiones minoritarias en España», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005 (11), advierte que los acuerdos con las distintas confesiones minoritarias corren el riesgo de convertir el Estado laico en Estado pluriconfesional, porque generalizan el tratamiento dado a la Iglesia Católica y se convierten en normas de privilegio confesional.
- 5 Entre otras alegaciones, relevantes para la libertad religiosa, la Junta de Castilla y León esgrime los siguientes argumentos: a) los crucifijos debían ser considerados bienes inmuebles por destino o «pertenencias» en los términos recogidos en el art. 334.4.º CC y, por consiguiente, la competencia para decidir qué hacer con ellos correspondería al Consejo Escolar del Centro; b) la permanencia de símbolos religiosos secularizados no afecta a derecho fundamental alguno. STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3.º, núm. 1617/2007, FJ 1.º.
- 6 Por su parte, la Asociación Cultural Escuela Laica defendía que: a) la competente para resolver sobre la retirada de los símbolos religiosos es la Administración autonómica, pues la autonomía de los centros educativos no puede desconocer la carga ideológica de aquellos, la diversidad cultural existente en la sociedad española, ni los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados, estando prohibido al Consejo Escolar decidir que un centro sea confesional; b) los crucifijos no habían experimentado proceso alguno de secularización, apoyándose, entre otras, en la LOLR y en el dictamen del Procurador del Común de Castilla y León de 14 de julio del 2002, que recomendaba la retirada de los símbolos religiosos cuando mediase petición de parte. STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3.º, núm. 1617/2007, FJ 2.º.
- 7 «Ante la colocación, retirada o mantenimiento de cualquier símbolo religioso caben diferentes posturas. A título meramente dialéctico se puede aventurar que la colocación o retirada de un símbolo religioso absolutamente contrario a las religiones que profesen todos los alumnos del centro no será una actuación adecuada al entorno del centro educativo. Inversamente, la colocación o retirada de un símbolo conforme con las creencias de la totalidad de los alumnos no vulnerará su libertad religiosa y además será plenamente adecuado a las circunstancias del entorno social del alumnado. Entre estos dos extremos, también hay lugar para soluciones intermedias, que pueden solventar supuestos de un entorno social y de alumnado multicultural. Piénsese, nuevamente a título hipotético, que ese centro, a través de su Consejo Escolar decida, en atención a las peticiones recibidas, el mantenimiento o colocación de unos símbolos religiosos en unas aulas y no en otras, según la concreta composición de las mismas, y siempre que sea posible tal opción». STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3.º, núm. 1617/2007, FJ 9.º.

- 8 En este mismo sentido se expresa CASTRO JOVER, A. 2004. «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación: la utilización de signos de identidad en la escuela», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004 (4), para quien el sistema educativo es una *pieza clave de transmisión de los signos de identidad cultural*, tales como valores constitucionales y respeto al pluralismo cultural.
- 9 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Valladolid, núm. 28/2008 de 14 de noviembre, FJ4.º.
- 10 La resolución del Consejo Escolar rechazando la retirada de los símbolos religiosos no aparecía motivada, pero de la propuesta de resolución del recurso de alzada se deduce que el Consejo Escolar afirmaba que los símbolos religiosos no interferían en la labor docente. También se alegaba que no se pretendía colocar nuevos símbolos religiosos donde no los había, sino únicamente mantener los existentes desde la fundación del colegio a finales de la década de 1930 y, en todo caso, durante los últimos treinta años de vigencia de la CE que tuvo en cuenta la realidad social en la que se enmarcaba, de mayoría católica. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Valladolid, núm. 28/2008 de 14 de noviembre, FJ4.º.
- 11 Información tomada de [www.abc.es/20081128/nacional-sociedad/](http://www.abc.es/20081128/nacional-sociedad/).
- 12 *Ídem*.
- 13 CASTRO JOVER, A. 2004. «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación: la utilización de signos de identidad en la escuela», *óp. cit.* (4).
- 14 PACILLO, V. 2004. «Diritto, potere e simbolo religioso nella tradizione giuridica occidentale: brevi note a margine», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004 (1-2).
- 15 Ofrece un estudio comparado entre diversos países europeos, aportando una perspectiva original de las diferentes posturas mantenidas hacia la simbología religiosa por el Catolicismo y el «Protestantismo», además de referencias bibliográficas actualizadas: PATRUNO, F. 2005. «Crocifisso, giurisprudenza straniera e laicità», [www.olir.it](http://www.olir.it), junio 2005.
- 16 En general, para la consulta de textos normativos y artículos de opinión sobre la laicidad en Francia: [www.laicite-laligue.org](http://www.laicite-laligue.org). También, como obras de carácter general: BAUBÉROT, J. 1990. *La laïcité, quel héritage? De 1789 à nos jours*. Ginebra: Labor et Fides; y 2000. *Histoire de la laïcité française*. París: Puf. Centrada en la laicidad en las escuelas, IVALDI, M. C. 2005. «Verso una nuova definizione della laicità? La recenté normativa a propósito dei segni religiosi nella scuola in Francia», [www.olir.it](http://www.olir.it), septiembre 2005. La tradición laica francesa se remonta muy atrás en el tiempo: la ley de 28 de marzo de 1882 suprimió la enseñanza de la religión en la escuela pública; la ley de 30 de octubre de 1886 estableció la laicidad del personal docente; la ley de 9 de diciembre de 1905, concerniente a la separación entre las Iglesias y el Estado, en su artículo 28 establece: «il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions». La remoción de los crucifijos de las escuelas públicas fue llevada a cabo por las circulares de 2 de noviembre de 1882 y 9 de abril de 1903.
- 17 Discurso del Presidente Chirac pronunciado el 17 de diciembre del 2003 «relatif au respect du principe de laïcité dans la République», que puede consultarse en [www.elysee.fr](http://www.elysee.fr).
- 18 Ley de 15 de marzo del 2004, n.º 228: «encadrant en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuses dans l'écoles, collèges et lycées» (JO 17 marzo 2004, n.º 65, 5190).
- 19 CAVINO, M. 2005. «La soluzione belga al problema della esposizione di simboli religiosi», [www.olir.it](http://www.olir.it), octubre 2005 (6).
- 20 La problemática que ofrece el uso de simbología y referencias varias de tipo religioso, fuera de nuestra órbita jurídico cultural, presenta una variedad notable. El uso de un determinado lenguaje y el empleo de símbolos es de una relevancia extrema en Pakistán, donde los miembros de ciertas comunidades tienen prohibido, en virtud de la Ordenanza XX y las secciones 295c y 298c del Código Penal, la realización de cualquier práctica musulmana, la profesión de la *Kalima* y el uso de epítetos o versículos musulmanes en tarjetas de felicitación, correspondencia privada, locales privados y mezquitas. UN Doc. E/CN. 4/1995/91/Add.1 (1995), págs. 53-54 (Pakistán). TAYLOR, P. M. 2005. *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, (279). En general, sobre la protección jurídica de la libertad religiosa en el sistema de las Naciones Unidas: WANI, I. J. 2008. «Freedom of Religion and the UN System», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore (21-29).
- 21 Citada como BVerfG, 1 BvR, 1087/1981 [puede también consultarse en *Juristen Zeitung*, núm. 11, de 6 de octubre de 1995 (942 y ss.), según indica GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. 1996. «La polémica "Sentencia del Crucifijo" (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47 (347-356)].
- 22 Un relato de las circunstancias concretas del caso se recoge en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La polémica "Sentencia del Crucifijo" (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)», *óp. cit.* (348-349), al que nos remitimos. También, PUZA, R. 1995. «La Cour Constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles», *Revue de Droit Canonique*, 45 (373 y ss); LUTHER, J. 2004. «La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004, pág. 1-3.
- 23 *Schulordnung für die Volksschulen in Bayern*.
- 24 El Gobierno bávaro, la Conferencia Episcopal y la Iglesia Luterana esgrimían: a) que el precepto de la Ordenanza bávara que imponía la presencia de un crucifijo en cada aula de primaria, objeto del litigio, tenía amparo en el artículo 135.2 de la propia Constitución de Baviera que establece que en las escuelas públicas se educa a los niños según los fundamentos de la religión cristiana. La Ordenanza cuestionada daría cumplimiento a un mandato jurídico (si bien es cierto que es un mandato harto cuestionable desde la óptica de la laicidad y el deber de neutralidad estatal en materia religiosa, debe añadirse); b) que la cruz solo adquiriría para ellos carácter de símbolo vinculado a la fe cristiana durante la impartición de la clase de religión, clase en la que no tomaban parte los alumnos cuyas familias solicitaban la retirada del crucifijo; c) que la libertad religiosa positiva de los alumnos que desean la presencia del símbolo de la cruz debía ser también tenida en cuenta, no solo la libertad religiosa negativa de los recurrentes.

- 25 Argumentos parcialmente compartidos por la parte contraria. Tribunal contencioso-administrativo de Regensburg (Ratisbona), resolución de 1 de marzo de 1991 (Bay VBI, 1991, pág. 345). Resolución del Tribunal Superior de Justicia de Baviera (Bay VGH, NVwZ, 1991, pág. 1099).
- 26 Los magistrados disidentes no comparten la opinión mayoritaria porque consideran que: a) la presencia de la cruz no es una carga insoportable, sino un elemento coercitivo mínimo que se mantiene dentro de límites aceptables, pues los alumnos no son obligados a comportamiento de contenido religioso alguno, ni a actitudes de reverencia ante la cruz; b) los *Länder* son competentes en materia educativa y pueden optar por recoger en su legislación el reconocimiento de una serie de valores tradicionales de tipo cultural basados en el Cristianismo.
- 27 La reacción social fue de rechazo masivo, intensa y tremendamente dura contra la resolución del Tribunal Constitucional, incluso por parte de los poderes públicos, políticos y personalidades de extracción religiosa.
- 28 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La polémica "Sentencia del Crucifijo" (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)», óp. cit. (355).
- 29 La ley exige objeción de conciencia por parte de los alumnos (o sus familias) e intento previo de conciliación. Si esta vía no funciona, entonces se procede a la retirada de los crucifijos. Es, claramente, la imposición de la mayoría, aunque sutilmente disimulada.
- 30 STC 160/1987, de 27 de octubre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra las leyes 48/1984 y 8/1984, sobre objeción de conciencia.
- 31 Ofrece un interesante recorrido histórico de la en ocasiones contradictoria relación entre Iglesia y Estado italiano CAVANA, P. 2004, «La Questione del Crocifisso in Italia», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004, con abundantes y completas referencias normativas. La presencia del crucifijo en las aulas sería, para este autor, expresión de la tradición religiosa del país, con orígenes lejanos enraizados en el Catolicismo. Dicha tradición religiosa ha permeado, profundamente, en el curso de los siglos, toda la Península, la sensibilidad común, la devoción popular, el arte y la cultura. La adhesión a la religión católica era, de hecho, el único rasgo común que proporcionaba unidad al Estado preunitario.
- 32 Téngase en cuenta que hasta hace muy poco tiempo, el Código Penal italiano continuaba haciendo referencia a las «*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio de persone*», artículo 403 CP. Para profundizar en esta cuestión también relacionada con la libertad religiosa y el deber de neutralidad del Estado: CASUSCELLI, G. 2005. «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della religione», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2005; CHIZZONITI, A. G. 2005. «Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2005; MARCHEI, N. 2005. «La Consulta conclude il "lavoro" intrapreso dieci anni fa: un volto "nuovo" (ma non troppo) per i reati in materia religiosa», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2005; IVALDI, M. C. 2005. «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla tutela penale in materia religiosa. Un excursus (1957-2005)», [www.olir.it](http://www.olir.it), junio 2005; y «Tutela penale della religione. Indicazioni bibliografiche per l'approfondimento», [www.olir.it](http://www.olir.it), junio 2005; D'ANGELO, G. 2005. «Corte Costituzionale e offese alla "religione dello Stato" mediante vilipendio di persone nella recenté sentenza n. 168/2005», [www.olir.it](http://www.olir.it), julio 2005.
- En general, un estudio completo y reciente sobre los distintos aspectos controvertidos de la libertad religiosa en Italia: TROILO, S. 2008. «La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento di Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore (79-166).
- 33 COLAIANNI, N. 2004. «La "laicità" de la croce e "la croce" della laicità», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004 y DE MARCO, P. 2004. «Del Crocifisso di Ofena, ovvero della secolarizzazione e dell'estetica laica», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004, contienen algunas referencias y comentarios al caso, aunque escasos.
- 34 Puede consultarse en [www.olir.it/ricerca](http://www.olir.it/ricerca).
- 35 El tribunal entendió que esta controversia entre un usuario y la Administración no viene referida a una relación individual (la norma cuestionada despliega sus efectos sobre una pluralidad de sujetos indiferenciados) y por tanto, en aplicación del artículo 33.e) del Decreto Legislativo n.º 80 de 1998, la competencia corresponde a la jurisdicción contenciosa. En el mismo sentido, Consejo de Estado, 4086/2002.
- 36 Cass. sez. I. n.º 15614 del 2006, en *Foro it.* 2006, pt. I, col. 2714 ss.
- 37 Sull'ordinamento interno degli istituti di istruzione media: «Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re».
- 38 Puede consultarse en [www.giurcost.it/decisioni](http://www.giurcost.it/decisioni).
- 39 Puede consultarse en [www.olir.it/ricerca](http://www.olir.it/ricerca).
- 40 Puede consultarse en [www.olir.it/ricerca](http://www.olir.it/ricerca).
- 41 En términos muy similares ya se pronunció el Consejo de Estado, sez. II, *parire* n.º 63 de 27 de abril de 1988. El Consejo de Estado ha afirmado que la Constitución «pur assicurando pari libertà a tutte le confessioni religiose, non prescrive alcun divieto alla esposizione nei pubblici di un simbolo che, come quello del Crocifisso, per i principi che evoca e dei quali si è già detto, fa parte del patrimonio storico. Né pase, d'altra parte, che la presenza dell'immagine del Crocifisso nelle aule scolastiche possa costituire motivo di costrizione della libertà individuale a manifestare le proprie convizioni in materia religiosa». Transcrito por LUTHER, «La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)», óp. cit. (3).
- 42 Existen otros casos interesantes: a) El caso Tosti, más complejo que los anteriores desde un punto de vista jurídico, relativo también a la presencia del crucifijo en el ámbito público, pero esta vez no en las escuelas, sino en las salas de justicia. Luigi Tosti, magistrado del *Tribunale di Camerino*, se ha negado a celebrar audiencia en salas en las que estuviese expuesto un crucifijo. Por este motivo se han iniciado contra él actuaciones penales ante el *Tribunale dell'Aquila*, por un delito de *omissione di atti d'ufficio* y también un procedimiento disciplinario ante el Consejo Superior de la Magistratura. Ha sido planteado un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado ante la Corte Constitucional, conflicto que esta ha declarado inadmisibles por *ordinanza* n.º 127 del 2006 ([www.giurcost.it/decisioni](http://www.giurcost.it/decisioni)). La res-

- puesta dada tanto por los tribunales de la jurisdicción ordinaria (Trib. Aquila, n.º 622 del 2005, [www.olir.it/ricerca](http://www.olir.it/ricerca)) como por el Consejo Superior de la Magistratura (*ordinanza* de 23 de noviembre del 2006, [www.olir.it/ricerca](http://www.olir.it/ricerca)) ha sido que la presencia del crucifijo en las salas de justicia, a la que el magistrado puede personalmente ser contrario, no lesiona ni menoscaba ninguna de sus atribuciones constitucionalmente garantizadas. El magistrado no puede negarse a celebrar audiencia, porque la tutela de su libertad religiosa o de conciencia no puede prevalecer sobre el deber de juzgar, expresión de una función pública fundamental. TROIO, «La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano», óp. cit. (89); b) El caso *Montagnana*, relativo a la presencia del crucifijo en las mesas electorales (Cass. pen. sez. IV, 1 marzo 2000, n.º 439). OTTINO, C. 2000. «Montagnana assolto. Ma i crocifissi restano fuori posto», *Laicità*, 2-3, anno XII, giugno (9 y ss.).
- 43 Entre otros: BENELLI, F. 2004. «Il fine non giustifica il mezzo. Una via sbagliata (il ricorso alla Corte) per un problema reale (l'esposizione dei simboli religiosi)», *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi). Turín: Giappichelli; CHIZZONITI, A.G. 2004. «Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte Costituzionale si interroga, ma non si espone», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004; FIORITA, N. y L. Zannotti, 2004. «La Corte in croce», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004; MADONNA, M. 2004. «L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche dal caso di Ofena all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 389 del 13 dicembre 2004: brevi note su una questione ancora aperta», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004; MARGIOTTA BROGLIO, F. 2004. «Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004; FIORITA, N. 2005. «Se il crocifisso afferma e conferma la laicità dello Stato: paradossi, incongruenze e sconfinamenti di una sentenza del Tar del Veneto», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2005; PASQUALI CERIOLI, J. 2005. «Il crocifisso "afferma" la laicità, ma el giudice la nega. Commento critico a Tar Veneto, sent. 22 marzo 2005 n. 1110», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2005.
- 44 CASUSCELLI, G. 2005. «Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"», [www.olir.it](http://www.olir.it), julio 2005, califica la respuesta de la Corte Constitucional de «prudente». Este autor es más duro en sus críticas con la sentencia del TAR del Veneto.
- 45 La Corte Constitucional, en resolución n.º 72 de 27 de junio de 1968, estableció que las normas de rango reglamentario que resulten ilegítimas por contraste con la Constitución pueden y deben ser inaplicadas. En esa ocasión, la cuestionada era una norma reglamentaria que exigía a los detenidos declarar sobre sus creencias religiosas. ONIDA, V. 1968. «Sulla "disapplicazione" dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)», *Giurisprudenza Costituzionale* I, (1036).
- 46 PUGIOTTO, A. 2005. «Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca», *Diritto e Giustizia* 3. Solo la bandera, por imperativo constitucional, cumpliría una función de representación de la comunidad nacional.
- 47 FIORITA y Zannotti, «La Corte in croce», óp. cit. (2). También sugieren que el modo en que la cuestión de legitimidad había sido elevada a la Corte Constitucional propiciaba y facilitaba a esta otra respuesta diferente a la finalmente ofrecida: «l'ordinanza de remissione si sforzava in tutti i modi di individuare una copertura legislativa alle norme regolamentari oggetto de impugnazione e probabilmente permettevva alla Corte anche di compotarsi diversamente».
- 48 Dato conocido a través de MARGIOTTA BROGLIO, «Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso», óp. cit. (1).
- 49 CASUSCELLI, «Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"», óp. cit.
- 50 CHIZZONITI, «Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte Costituzionale si interroga, ma non si espone», óp. cit.
- 51 FIORITA, N. «Se il crocifisso afferma e conferma la laicità dello Stato: paradossi, incongruenze e sconfinamenti di una sentenza del Tar del Veneto», óp. cit.
- 52 PASQUALI CERIOLI, J. «Il crocifisso "afferma" la laicità, ma el giudice la nega. Commento critico a Tar Veneto, sent. 22 marzo 2005 n. 1110», óp. cit. En general, este autor disiente profundamente con la sentencia del TAR porque: 1.º) la sentencia afirma que es el Derecho el que impone la presencia del crucifijo; 2.º) la mayoría ha decidido una cuestión referente a derechos fundamentales sin tener en cuenta a las minorías.
- 53 MADONNA, «L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche dal caso di Ofena all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 389 del 13 dicembre 2004: brevi note su una questione ancora aperta», óp. cit.
- 54 MARGIOTTA BROGLIO, «Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso», óp. cit.
- 55 CHIZZONITI, «Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte Costituzionale si interroga, ma non si espone», óp. cit. no considera paradójico o una «paradoja legislativa» —a diferencia de MARGIOTTA BROGLIO, «Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso», óp. cit.— el hecho de que el legislador decida sobre la cuestión, pues tampoco entiende como necesaria la impugnación de la ley que así lo haga ante la Corte Constitucional.
- 56 ZAGORIN, P. 2003. *How the Idea of Religious Toleration Came to the West*. Nueva Jersey: Princeton University Press (xi-xii). Washington envió una carta cordial en respuesta a los agradecimientos previamente remitidos por dicha Congregación, en la que ensalza a los ciudadanos de los Estados Unidos por «having given to mankind examples of an enlarged and liberal policy... worthy of imitation ....in which all people enjoyed the exercise of their inherent natural rights... including liberty of conscience».
- 57 Art. VI: «... no religious test shall ever be required as a qualification to any office or public trust under the United States». Sobre la vinculación de los estados federados a esta prohibición, véase *Torcaso v. Watkins* 367 US 488 (1961).
- 58 GLENDON, M. A. 1995. «Religion and the Court: A New Beginning?», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co. (472). Según esta autora, la lectura de la jurisprudencia en la materia produce la sensación de que las implicaciones prácticas suelen ser ignoradas; peticiones y argumentos importantes son desechados a la ligera; y, en general, aspectos serios y decisivos son pasados por alto (pág. 476).
- 59 De hecho, solamente uno —*Reynolds v. United States* 98 US 145 (1879)— es considerado por la doctrina de primer orden jurisprudencial.

- 60 EASTLAND, T. 1995. «Introduction», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State*. Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co. (1). Por todos, REICHLEY, A. J. 1985. *Religion in American Public Life*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- 61 La 14.ª Enmienda establece, entre otras cosas, que «No State shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law». A partir de 1897, en una serie de resoluciones del Tribunal Supremo, se comenzó a consolidar la doctrina que afirma que la *due process clause* absorbe ciertas previsiones de la *Bill of Rights* que los Estados, al igual que el Gobierno federal, vienen obligados a respetar. La extensión de la aplicación de la *religion clause* contenida en la 1.ª Enmienda a los Estados federados tuvo lugar con *Cantwell v. Connecticut* 310 US 296 (1940), respecto a la *free exercise-clause*, y con *Everson v. Board of Education* 330 US 1 (1947), respecto a la *no establishment-clause*. CURRIE, D. P. 1990. *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century, 1888-1986*, Chicago: Chicago University Press.
- 62 GLENDON, «Religion and the Court: A New Beginning?», óp. cit. (477).
- 63 En general, para profundizar sobre la cláusula de no establecimiento en la Constitución americana: BAKER, J. S. Jr. 1991. «The Establishment Clause as Intended: No Preference among Sects and Pluralism in a Large Commercial Republic», *The Bill of Rights: Original Meaning and Current Understanding* (edited by Eugene W. Hickock). Charlottesville: University Press of Virginia; LEVY, L. 1986. *The Establishment Clause: Religion and the First Amendment*. Nueva York: McMillan; NOONAN, J. T. Jr. 1987. *The Believer and the Powers That Are: Cases, History, and Other Data Bearing on the Relation of Religion and Government*. Nueva York: McMillan.
- 64 La importancia de *Everson* reside más en la doctrina establecida que en el resultado concreto al que llegó la Corte.
- 65 Precisamente, en el contexto europeo, muestra su preocupación por la confusión entre órdenes que parece estarse produciendo o acaso no haberse nunca borrado plenamente: PASQUALI CERIOLI, J. 2005. «Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso: brevi note sul (difficile) rapporto tra la presenza del símbolo religioso nelle strutture pubbliche e il principio di separazione degli ordini», [www.olir.it](http://www.olir.it), julio 2005.
- 66 Véase, *Mueller v. Allen* 463 US 388, (1983). Para profundizar en el estado de la cuestión actualmente, partiendo de planteamientos generales hasta llegar a concretar la aportación del Tribunal Rehnquist en materia de financiación indirecta: CONKLE, D. O. 2006. «Indirect Funding and the Establishment Clause: Rehnquist's Triumphant Vision on Neutrality and Private Choice», *The Rehnquist Legacy* (edited by Craig Bradley). Nueva York: Cambridge University Press (54-78).
- 67 En la actualidad se debate y cuestiona la constitucionalidad de la leyenda «In God We Trust» que aparece en el reverso de los distintos billetes de *dollar*.
- 68 En *Board of Education v. Mergens* 496 US 226 (1990), la *Equal Access Act* de 1984 fue declarada conforme a la 1.ª Enmienda. Dicha ley exige que, en escuelas públicas de educación secundaria que reciben fondos federales para su financiación, se permita la existencia de grupos estudiantiles religiosos, dirigidos e integrados por estudiantes, que puedan reunirse y celebrar actividades en condiciones de igualdad respecto a los restantes grupos estudiantiles. Esta parece ser, por ahora, la única presencia de la religión que el Tribunal Supremo está dispuesto a tolerar en las escuelas públicas: la libre participación de un menor religioso en actividades y reuniones donde los otros participantes son también estudiantes. Véase también *Aguilar v. Felton* 473 US 402 (1985) para comprobar lo restrictivo de las posiciones del Tribunal Supremo cuando se aborda la relación Iglesia-Estado y el interesante voto disidente de *Justice O'Connor*.
- 69 BRADLEY, G. V. 1991. «Beguiled: Free Exercise and the Siren Song of Liberalism», *Hofstra Law Review*, 20 (245-319); MCCONNELL, M. W. 1990. «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion», *Harvard Law Review*, 103 (1410-1512).
- 70 A favor del criterio mantenido por la Corte en *Smith*, KROTOSZYNSKI, R. J. 2008. «If Judges were Angels: Religious Equality, Free Exercise, and the (Underappreciated) Merits of *Smith*», *Northwestern University Law Review*, vol. 102, n.º 3, (1189-1275). Para este autor, la experiencia demuestra que, teorías a un lado, el *strict scrutiny* de *Sherbert* y *Yoder*, aparentemente más respetuoso con la *free exercise clause* y más exigente con el legislador, encubría, en realidad, una clara discriminación hacia las confesiones minoritarias y la preponderancia del protestantismo dominante.
- 71 LAYCOCK, D. 1990. «The Remnants of Free Exercise», *Supreme Court Review*, (2-3) («*Smith* is probably wrong as a matter of original intent» y «the decision is inconsistent with the apparent meaning of the constitutional text»); MCCONNELL, M. W. 1992. «Religious Freedom at a Crossroads», *University of Chicago Law Review*, 59 (116-117) («Court has adopted an interpretation of the Free Exercise Clause that permits the state to interfere with religious practices . . . without any substantial justification, so long as the regulation does not facially discriminate against religion», añadiendo que el Tribunal está «moving in the wrong direction»).
- 72 En *Reynolds*, la Corte distinguió entre «creencias» y «acciones», afirmando que, si bien es cierto que el Gobierno no puede castigar a los ciudadanos por sus creencias, sí puede, por el contrario, regular su «conducta religiosamente motivada» y para ello es suficiente con poder demostrar la superación de la *rational basis review*.
- 73 Declaración de inconstitucionalidad de una ley que prohibía el sacrificio de animales porque el lenguaje empleado en la misma evidenciaba la falta de neutralidad en materia religiosa, de modo que no podía ser considerada una *generally applicable religion-neutral law*. El lenguaje empleado en la ley era torpe, burdo y claramente discriminatorio contra una única religión, la Santería, única que en el ámbito territorial de aplicación de la ley incluía entre sus prácticas el sacrificio de animales.
- 74 Declaración de constitucionalidad de una ley del Estado de Washington que excluía los estudios de Teología del sistema público de becas: esa excepción no puede ser considerada como un supuesto de animosidad evidente contra la religión, sino como expresión del interés histórico y substancial de los Estados en excluir las actividades de contenido religioso de la financiación pública directa.
- 75 HAMILTON, M. A. 2005. *God vs. The Gavel. Religion and the Rule of Law* (foreword by the Honorable Edward R. Becker). Nueva York: Cambridge University Press (216).
- 76 En general, para una completa y profunda defensa jurídicamente argumentada de la doctrina establecida en *Smith* y el viraje en materia de *free exercise* apreciado en los últimos tiempos en el seno del Tribunal Supremo de Estados Unidos: HAMILTON, *God vs. The Gavel. Religion and the Rule of Law*, óp. cit. (203-237). Esta autora considera que con la nueva tendencia jurisprudencial, retomada en los últi-



- mos años, la Corte Suprema ha venido a restaurar el imperio de la *rule of law* en materia de libertad religiosa, así como a recordar la importancia del concepto de orden público al que todo ciudadano o colectivo (léase, confesiones religiosas consideradas como grupo organizado) está sujeto en democracia.
- 77 GLENDON, «Religion and the Court: A New Beginning?», óp. cit. (480-481). En *Smith*, dos nativos americanos (que profesaban su religión original y realizaban prácticas colectivas utilizando peyote) fueron despedidos (por consumo de drogas) de su trabajo como consejeros personales en una entidad de lucha contra la drogadicción. Cuando solicitaron la prestación por desempleo, esta les fue denegada, ya que se encontraban en paro por una circunstancia prevista para el despido precedente, pese a que, en su caso, el consumo de drogas respondía a motivos claramente religiosos y se enmarcaba en prácticas religiosas. Era un caso de desempleo en el que muchos pensaron que el Tribunal aplicaría miméticamente la solución alcanzada en *Sherbert* y en los otros casos análogos relativos a reclamaciones de la prestación por desempleo originado por conductas relacionadas con la práctica de alguna religión. No fue así.
- 78 En este sentido, *Wallace v. Jaffree* 472 US 38 (1985): «The individual's freedom to choose his own creed is the counterpart of his right to refrain from accepting the creed established by the majority ... The Court has unambiguously concluded that the individual freedom of conscience protected by the First Amendment embraces the right to select any religious faith or none at all. This conclusion derives support not only from the interest in respecting the individual's freedom of conscience, but also from the conviction that *religious beliefs worthy of respect are the product of free and voluntary choice by the faithful*» (la cursiva es nuestra).
- SANDEL, M. J. 1995. «Freedom of Conscience or Freedom of Choice?», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co. (483-496), realiza un interesante planteamiento sobre la libertad religiosa desde el punto de vista propio de la más pura tradición liberal y se cuestiona hasta qué punto las convicciones religiosas son fruto de una libre elección personal o vienen «impuestas» por el contexto sociocultural.
- 79 *Cutter v. Wilkinson* 544 US 709 (2005). Se protegen también religiones inusuales (en este caso estaban involucrados: dos practicantes de Asatru, religión vikinga politeísta que venera al dios Thor; un satanista; un brujo Wiccan, religión neopagana popularizada en 1954; un ministro de la Iglesia Cristiana de Jesucristo, que propugna la separación racial).
- 80 Según *Justice O'Connor*, el *Lemon Test* es resultado de las afirmaciones asumidas por la Corte desde los años 1940 que deben ser contrastadas con la realidad y las circunstancias de cada caso concreto. No puede realizarse un análisis abstracto y superficial del mismo, pues de lo contrario se corre el riesgo de prescindir de los entresijos del caso. En *Aguilar* fue declarado contrario a la *establishment clause* un programa escolar con casi veinte años de implantación no problemática (todo lo contrario, con resultados altamente satisfactorios) del que se beneficiaban alrededor de 20 000 niños con necesidades especiales de los estratos sociales más desfavorecidos de Nueva York. Ninguno de los profesores de escuelas públicas que acudía a impartir clases de apoyo a las escuelas parroquiales se había visto nunca envuelto en un episodio de proselitismo religioso, de hecho, tres cuartas partes de los profesores afectados no compartían las creencias religiosas del centro privado al que acudían. Fue la aplicación mecánica de un test abstracto la que dejó sin efecto un programa escolar cuidadosamente diseñado y simplemente porque, al tener que ser este monitorizado por el distrito escolar para asegurarse de que los profesores de las escuelas públicas no realizaban actividades orientadas a promover la religión, el hecho mismo de la monitorización significaba una forma intolerable de aproximación entre Gobierno y fenómeno religioso.
- 81 MCCONNELL, M. W. 1995. «Taking Religious Freedom Seriously», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co. (506).
- 82 JONES, J.W. 1970. *Historical Introduction to the Theory of Law*, reprinting of the edition Oxford 1940. Westport, Connecticut (79 y ss.); AAVV. 1974. *Historia General de las Civilizaciones IV: los siglos XVI y XVII. El progreso de la civilización europea y la decadencia de Oriente (1492-1715)* (publicada bajo la dirección de Maurice Crouzet; traducción española de Juan Reglá), cuarta edición española. Barcelona (102 y ss.).
- 83 H. E. Yntema: «... one of the proudest and most significant achievements of human intelligence, the evolution and construction of the law of Rome, which in later times, next to Christianity, exercised the most powerful influence in the formation of Western culture». LAWSON, F. H. 1953. *A Common Lawyer looks at the Civil Law* (Prologue by H. E. Yntema). Ann Arbor: University of Michigan Law School (xvi). También reconoce magistralmente este hecho el filósofo laico CROCE. B. 1943. *Perché non possiamo non dirci cristiani*. Bari: Laterza.
- 84 Algunas referencias bibliográficas interesantes que abordan la íntima conexión entre Religión y Estado: ROELKER, N. L. 1996. *One king, one faith: the Parlement of Paris and the religious reformations of the sixteenth century*. Berkeley; CODEVILA, G. 2008. *Lo Zar e il Patriarca. I rapporti tra trono e altare in Russia dalle origini ai giorni nostri*. Bergamo: R.C. Edizioni.
- 85 AAVV. 2003. *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales* (coordinadora Ana M. Vega Gutiérrez). Granada: Comares. Resulta especialmente interesante para conocer los textos constitucionales que incluyen referencias varias de contenido religioso en un marco más amplio que el estrictamente europeo.
- 86 Las Constituciones de países europeos que incluyen referencias a Dios en sus preámbulos suelen ser las de aquellos que acaban de salir de regímenes totalitarios en el momento de su elaboración. Alemania y Polonia son claros exponentes. FERRARI, S. 2004. «Dio, religione e Costituzione», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2004 (1-8).
- 87 FERRARI, S. 2005. «Dalla tolleranza ai diritti: le religioni nel proceso di unificazione», [www.olir.it](http://www.olir.it), enero 2005 (1-6).
- 88 CASUSCELLI, «Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"», óp. cit. (4).
- 89 PACILLO, V. «Diritto, potere e simbolo religioso nella tradizione giuridica occidentale: brevi note a margine», óp. cit. (4).
- 90 CASTRO JOVER, A. 2005. «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», [www.olir.it](http://www.olir.it), septiembre 2005 (2).
- 91 FIORITA, «Se il crocifisso afferma e conferma la laicità dello Stato: paradossi, incongruenze e sconfinamenti di una sentenza del Tar del Veneto», óp. cit. (6).



- 92 DE MARCO, «Del Crocifisso di Ofena, ovvero della secolarizzazione e dell'estetica laica», óp. cit. (4). MEYER-BISCH, P. 2008. «Les droits culturels, axes d'interprétation des interactions entre liberté religieuse et neutralité de l'Etat», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore (31-47) propone que sean tenidos en cuenta los derechos culturales para repensar la neutralidad del Estado, pues aquellos constituyen una fuente primera de desarrollo personal y colectivo, del mismo modo que considera la contraposición entre religiosidad y laicidad metodológicamente incorrecta porque cortocircuita los derechos culturales.
- 93 CAÑAMARES ARRIBAS, S. 2005. «El empleo de la simbología religiosa en España», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2005.
- 94 CANTA, C. C. 2002. «L'insegnamento della religione nella società multiculturale e multireligiosa», *Dialogo senza paure. Scuola e servizi sociali in una società multiculturale e multireligiosa*. Milán; CARACCIO, A. 2005. «Libertà religiosa e scuola», [www.olir.it](http://www.olir.it), enero 2005.
- 95 MILANI, D. 2008. *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro de culto e fedele*, Lugano: EUPRESS FTL.
- 96 Tema espinosísimo donde los haya, que recibe por parte de la jurisprudencia un tratamiento tímido y comedido. Resulta interesante traer aquí a colación el caso *Wisconsin v. Yoder* 406 US 205 (1972), no tanto por la decisión de la mayoría sino por el voto particular de Justice Douglas. Las leyes del estado de Wisconsin obligaban a los padres a escolarizar a los hijos hasta la edad de 16 años, bien en escuelas públicas, bien privadas. Sin embargo, padres pertenecientes a la *Old Order Amish* se negaban a enviar a sus hijos a la escuela más allá del octavo grado (entre trece y catorce años). Consideraban que recibir educación por encima de un nivel elemental podría exponer a los niños *Amish* a valores mundanos y competitivos, totalmente encontrados con los valores de aislamiento y vida profundamente rural que la comunidad *Amish* sostenía como parte integrante de sus creencias religiosas. El Tribunal Supremo les dio la razón, argumentando que no se trataba de una simple preferencia personal, sino de una profunda convicción religiosa que dominaba sus vidas. Aunque neutras en apariencia, las leyes del estado de Wisconsin sobre escolarización obligatoria imponían una carga ilegítima sobre el libre ejercicio de la libertad religiosa y, consiguientemente, eran contrarias a la exigencia constitucional de neutralidad gubernamental. Justice Douglas formuló voto particular disidente a la decisión mayoritaria, argumentando precisamente que los niños *Amish* deberían ser libres para poder decidir por sí mismos si continuar asistiendo a la escuela o adherirse a la forma de vida de sus padres. «If a parent keeps his child out of school beyond the grade school, then the child will be forever barred from entry into the new and amazing world of diversity that we have today. The child may decide that that is the preferred course, or he may rebel».
- También, KENNEDY, M. 2008. «Some practical thoughts on religious liberty», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore (233-234) relata un caso de custodia de menores en el que la religión practicada por el padre (*Scientology*) fue considerada inmoral y socialmente repugnante, corrupta, siniestra y peligrosa, de modo que los menores fueron encomendados al cuidado de la madre («It is dangerous because it is out to capture people, especially children and impressionable young people, and to indoctrinate and brainwash them so that they become the unquestioning captives and tools of the cult, withdrawn from ordinary thought, living and relationship with others», High Court of the Family Division, 1984).
- 97 TOMASI, S. M. 2008. «Il concetto di libertà religiosa nelel Nazioni Unite», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore (3-19).

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. 1974. *Historia General de las Civilizaciones IV: los siglos XVI y XVII. El progreso de la civilización europea y la decadencia de Oriente (1492-1715)* (publicada bajo la dirección de Maurice Crouzet; traducción española de Juan Reglá), cuarta edición española. Barcelona.
- AA. VV. 1995. *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co.
- AA. VV. 2002. *Dialogo senza paure. Scuola e servizi sociali in una società multiculturale e multireligiosa*. Milán.
- AA. VV. 2003. *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales* (coordinadora Ana M. Vega Gutiérrez). Granada: Comares.
- AA. VV. 2004. *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi). Turín: Giappichelli.
- AA. VV. 2006. *The Rehnquist Legacy* (edited by Craig Bradley). Nueva York: Cambridge University Press.
- AA. VV. 2008. *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore.
- BAKER, J. S. Jr. 1991. «The Establishment Clause as Intended: No Preference among Sects and Pluralism in a Large Commercial Republic», *The Bill of Rights: Original Meaning and Current Understanding* (edited by Eugene W. Hickock). Charlottesville: University Press of Virginia.
- BAUBÉROT, J. 1990. *La laïcité, quel héritage? De 1789 à nos jours*. Ginebra: Labor et Fides.
- 2000. *Histoire de la laïcité française*. París: Puf.
- BENELLI, F. 2004. «Il fine non giustifica il mezzo. Una via sbagliata (il ricorso alla Corte) per un problema reale (l'esposizione dei simboli religiosi)», *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi). Turín: Giappichelli.
- BRADLEY, G. V. 1991. «Beguiled: Free Exercise and the Siren Song of Liberalism», *Hofstra Law Review* 20.
- CANTA, C. C. 2002. «L'insegnamento della religione nella società multiculturale e multireligiosa», *Dialogo senza paure. Scuola e servizi sociali in una società multiculturale e multireligiosa*. Milán.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S. 2005. «El empleo de la simbología religiosa en España», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2005.
- CARACCIO, A. 2005. «Libertà religiosa e scuola», [www.olir.it](http://www.olir.it), enero 2005.
- CASTRO JOVER, A. 2004. «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación: la utilización de signos de identidad en la escuela», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004.
- 2005. «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», [www.olir.it](http://www.olir.it), septiembre 2005.
- CASUSCELLI, G. 2005. «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della religione», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2005.
- 2005. «Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"», [www.olir.it](http://www.olir.it), julio 2005.
- CAVANA, P. 2004. «La Questione del Crocifisso in Italia», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004.
- CAVINO, M. 2005. «La soluzione belga al problema della esposizione di simboli religiosi», [www.olir.it](http://www.olir.it), octubre 2005.
- CHIZZONITI, A.G. 2004. «Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte Costituzionale si interroga, ma non si espone», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004.
- 2005. «Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2005.
- COLAIANNI, N. 2004. «La "laicità" de la croce e "la croce" della laicità», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004.
- CONKLE, D. O. 2006. «Indirect Funding and the Establishment Clause: Rehnquist's Triumphant Vision on Neutrality and Private Choice», *The Rehnquist Legacy* (edited by Craig Bradley). Nueva York: Cambridge University Press.
- CODEVILA, G. 2008. *Lo Zar e il Patriarca. I rapporti tra trono e altare in Russia dalle origini ai giorni nostri*. Bergamo: R.C. Edizioni.
- CROCE. B. 1943. *Perché non possiamo non dirci cristiani*. Bari: Laterza.
- CURRIE, D. P. 1990. *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century, 1888-1986*. Chicago: Chicago University Press.
- D'ANGELO, G. 2005. «Corte Costituzionale e offese alla "religione dello Stato" mediante vilipendio di persone nella recenté sentenza n. 168/2005», [www.olir.it](http://www.olir.it), julio 2005.

- DE MARCO, P. 2004. «Del Crocifisso di Ofena, ovvero della secolarizzazione e dell'estetica laica», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004.
- EASTLAND, T. 1995. «Introduction», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State*. Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. 2005. «Valoración jurídica del sistema de cooperación con las confesiones minoritarias en España», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005.
- FERRARI, S. 2004. «Dio, religione e Costituzione», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2004.
- 2005. «Dalla tolleranza ai diritti: le religioni nel proceso di unificazione», [www.olir.it](http://www.olir.it), enero 2005.
- FIORITA, N. 2005. «Se il crocifisso afferma e conferma la laicità dello Stato: paradossi, incongruenze e sconfinamenti di una sentenza del Tar del Veneto», [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2005.
- FIORITA, N. y L. Zannotti. 2004. «La Corte in croce», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004.
- GLENDON, M. A. 1995. «Religion and the Court: A New Beginning?», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. 1996. «La polémica "Sentencia del Crucifijo" (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47.
- HAMILTON, M. A. 2005. *God vs. The Gavel. Religion and the Rule of Law* (foreword by the Honorable Edward R. Becker). Nueva York: Cambridge University Press.
- IVALDI, M. C. 2005. «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla tutela penale in materia religiosa. *Un excursus* (1957-2005)», [www.olir.it](http://www.olir.it), junio 2005.
- 2005. «Tutela penale della religione. Indicazioni bibliografiche per l'approfondimento», [www.olir.it](http://www.olir.it), junio 2005.
- 2005. «Verso una nuova definizione della laicità? La recenté normativa a propósito dei segni religiosi nella scuola in Francia», [www.olir.it](http://www.olir.it), septiembre 2005.
- JONES, J. W. 1970. *Historical Introduction to the Theory of Law*, reprinting of the edition Oxford 1940. Westport, Connecticut.
- KENNEDY, M. 2008. «Some practical thoughts on religious liberty», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore.
- KROTOSZYNSKI, R. J. 2008. «If Judges were Angels: Religious Equality, Free Exercise, and the (Underappreciated) Merits of Smith», *Northwestern University Law Review*, vol. 102, 3 (1189 y ss.).
- LAWSON, F. H. 1953. *A Common Lawyer looks at the Civil Law* (Prologue by H. E. YNTEMA). Ann Arbor: University of Michigan Law School.
- LAYCOCK, D. 1990. «The Remnants of Free Exercise», *Supreme Court Review*.
- LEVY, L. 1986. *The Establishment Clause: Religion and the First Amendment*. Nueva York: McMillan.
- LUTHER, J. 2004. «La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2004.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. 2005. «Los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005.
- MCCONNELL, M. W. 1990. «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion», *Harvard Law Review* 103.
- 1992. «Religious Freedom at a Crossroads», *University of Chicago Law Review* 59.
- 1995. «Taking Religious Freedom Seriously», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co.
- MADONNA, M. 2004. «L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche dal caso di Ofena all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 389 del 13 dicembre 2004: brevi note su una questione ancora aperta», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004.
- MARCHEI, N. 2005. «La Consulta conclude il "lavoro" intrapreso dieci anni fa: un volto "nuovo" (ma non troppo) per i reati in materia religiosa», [www.olir.it](http://www.olir.it), mayo 2005.
- MARGIOTTA BROGLIO, F. 2004. «Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. 2005. «La contribución de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa a la transición democrática en España», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005.

- MEYER-BISCH, P. 2008. «Les droits culturels, axes d'interprétation des interactions entre liberté religieuse et neutralité de l'Etat», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore.
- MILANI, D. 2008. *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro de culto e fedele*. Lugano: EUPRESS FTL.
- NOONAN, J. T. Jr. 1987. *The Believer and the Powers That Are: Cases, History, and Other Data Bearing on the Relation of Religion and Government*. Nueva York: McMillan.
- ONIDA, V. 1968. «Sulla "disapplicazione" dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)», *Giurisprudenza Costituzionale I*.
- OTTINO, C. 2000. «Montagnana assolto. Ma i crocifissi restano fuori posto», *Laicità*, 2-3, anno XII.
- PACILLO, V. 2004. «Diritto, potere e símbolo religioso nella tradizione giuridica occidentale: brevi note a margine», [www.olir.it](http://www.olir.it), diciembre 2004.
- PASQUALI CERIOI, J. 2005. «Il crocifisso "afferma" la laicità, ma el giudice la nega. Commento critico a Tar Veneto, sent. 22 marzo 2005 n. 1110, [www.olir.it](http://www.olir.it), abril 2005.
- «Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso: brevi note sul (difficile) rapporto tra la presenza del símbolo religioso nelle strutture pubbliche e il principio di separazione degli ordini», [www.olir.it](http://www.olir.it), julio 2005.
- PATRUNO, F. 2005. «Crocifisso, giurisprudenza straniera e laicità», [www.olir.it](http://www.olir.it), junio 2005.
- PUGIOTTO, A. 2005. «Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca», *Diritto e Giustizia* 3.
- PUZA, R. 1995. «La Cour Constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles», *Revue de Droit Canonique*, 45.
- REICHLEY, A. J. 1985. *Religion in American Public Life*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- ROELKER, N. L. 1996. *One king, one faith: the Parlement of Paris and the religious reformations of the sixteenth century*. Berkeley.
- SANDEL, M. J. 1995. «Freedom of Conscience or Freedom of Choice?», *Religious Liberty in the Supreme Court. The Cases that Define the Debate Over Church and State* (edited by Terry Eastland). Grand Rapids, Michigan: Ethics and Public Policy Center and W. B. Eerdmans Publishing Co.
- SOUTO PAZ, J. A. 2005. «La transición política en España y la cuestión religiosa», [www.olir.it](http://www.olir.it), noviembre 2005.
- TAYLOR, P. M. 2005. *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TOMASI, S. M. 2008. «Il concetto di libertà religiosa nelel Nazioni Unite», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore.
- TROILO, S. 2008. «La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore.
- WANI, I. J. 2008. «Freedom of Religion and the UN System», *Diritti dell'uomo e libertà religiosa* (a cura di Francesco Tagliarini), Quaderni. Dipartimento de Scienze Giuridiche «Alberico da Rosciate», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo. Nápoles: Jovene editore.
- ZAGORIN, P. 2003. *How the Idea of Religious Toleration Came to the West*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press.