



COMENTARIO A LA PONENCIA DEL DR. MARTÍN BOROWSKI "EL CRUCIFIJO EN LA ESCUELA PÚBLICA"*

Javier Ferrer Ortiz
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza (España)

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El punto de partida.- 3. La tesis principal: la convicción religiosa o ideológica decide.- 4. Las sentencias sobre los crucifijos a la luz de la tesis de fondo.- 5. Los argumentos.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar estos breves comentarios al hilo de la ponencia del profesor Borowski, quisiera dirigir unas palabras de agradecimiento y de excusa. De agradecimiento a la profesora Elósegui por haberme invitado a participar en estas Jornadas sobre *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*; y de excusa a todos porque, al haber sido convocado a última hora, para ocupar el lugar del profesor Gil Cremades, he tenido que preparar esta intervención contra reloj.

En el tiempo de que dispongo trataré de ceñir mis comentarios al texto presentado por el prof. Borowski, centrado en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán y en las sentencias *Lautsi I* y *Lautsi II* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sin embargo, en el análisis y valoración de sus argumentos mencionaré otros pronunciamientos de la misma Corte europea y de otros tribunales, así como algunas opiniones de diversos autores que estimo de interés.

* Texto provisional.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

Ante todo quisiera felicitar al profesor Borowski por el texto que ha presentado a nuestra consideración, en el que destacaría la claridad de su exposición y su valentía al mostrar desde el inicio su tesis de fondo sobre los crucifijos en la escuela pública y la neutralidad del Estado.

Estoy sustancialmente de acuerdo con el análisis de los diversos significados que atribuye al crucifijo, en el primer apartado de su trabajo. También comparto su afirmación, en contra de la postura adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán en 1995, de que *el crucifijo no tiene un significado objetivo, válido para todos*.

En cambio, no estoy tan seguro de que el punto de partida de sus reflexiones sea el más acertado. Conviene no perder de vista que la cuestión principal surge cuando una familia pide la retirada del crucifijo del aula de la escuela pública donde estudia su hijo. Así que no sólo hay que preguntarse ¿qué significa el crucifijo?, sino también ¿por qué está ahí el crucifijo?, ¿desde cuándo? Estas cuestiones no son irrelevantes.

En el pasado la instalación del crucifijo en la escuela formaba parte del mobiliario de cada aula, reglamentariamente establecido. Hoy en día, en la mayoría de los países no sucede así; de tal manera que en las escuelas de nueva creación no se incluye el crucifijos dentro de la dotación de cada aula y lo mismo suele ocurrir en caso de remodelación de la escuela. Esa presencia inmemorial del crucifijo en las escuelas más antiguas no debe ser ignorada, con independencia de la importancia que se le atribuya para justificar su permanencia o su retirada.

En consonancia con el punto de partida adoptado y con su tesis de fondo, el profesor Borowski concluye el primer apartado de su exposición diciendo que «el significado del crucifijo en la escuela pública obligatoria es altamente discutible» (no entiendo por qué dice que la escuela pública es *obligatoria*, desde luego en España no lo es) y «que tiene un significado decisivo para la cuestión de su admisibilidad» (pág. 6), para terminar preguntándose ¿cuál de sus significados es finalmente determinante?

3. LA TESIS PRINCIPAL: LA CONVICCIÓN RELIGIOSA O IDEOLÓGICA DECIDE

La respuesta a la cuestión planteada ocupa la segunda parte de la ponencia, donde el profesor Borowski formula su tesis principal: *la convicción del portador del derecho fundamental decide*. Resulta especialmente lúcida su argumentación, cuando llama la atención sobre la necesidad de estudiar primero los hechos y luego calificarlos jurídicamente, para no confundir la interpretación de las normas con la interpretación de los hechos (lo que sucede, en cambio, cuando se parte del principio *No es lo que no debe ser*).

En su argumentación el profesor Borowski recuerda que la diversidad de significados del símbolo (en este caso, el crucifijo), lo hace relativo y se pregunta: «¿Es decisiva la convicción del que usa el símbolo o la de aquel que es confrontado con el mismo?» (pág. 9). Inicialmente responde diciendo que *ambas son decisivas*, pero más adelante precisa que cuando es el Estado quien usa el símbolo religioso, «como asociación general de todos (...) más bien está obligado a adoptar una postura principalmente neutral ante todas las religiones e ideologías», de tal manera que podrá usar símbolos religiosos si puede justificarlo «ante el trasfondo de la neutralidad religiosa-ideológica» (pág. 11).

En este punto también me permito discrepar con el punto de arranque. Si como ha quedado suficientemente claro el crucifijo tiene diversos significados y *no existe uno que sea objetivo y único correcto*, me parece que pretender encontrar uno que sea *decisivo o determinante* para resolver la controversia, es tanto como suponer que al final existe de hecho un único significado que se impone a todos los demás.

Tampoco me parece que la colisión se produzca exclusivamente donde la sitúa el profesor Borowski: entre la persona que es confrontada por la presencia del crucifijo y el Estado, que a su juicio, utiliza el símbolo. El crucifijo es un símbolo para todos los alumnos presentes en el aula, no sólo para quienes se confrontan con él, y su retirada puede igualmente lesionar sus convicciones, sean éstas religiosas o no. Ceñir la discusión entre quien pide la retirada del crucifijo y el Estado, ignora que, al menos en los casos planteados en Italia y en



España, los consejos escolares de los centros públicos implicados se pronunciaron mayoritariamente por su mantenimiento en el aula.

En esta materia, como en todas en las que existen posturas enfrentadas y, sobre todo, diversos derechos en conflicto, la solución suele ser el resultado de la prudencia, tan propia de los jueces. Principios como el de la razonable acomodación y el equilibrio de intereses muestra que la solución más adecuada no es blanca ni negra, sino que se mueve en la línea de los grises. En este campo las respuestas de los jueces de carrera suelen ser más ponderadas, en contraste con las soluciones de corte academicista.

4. LAS SENTENCIAS SOBRE LOS CRUCIFIJOS A LA LUZ DE LA TESIS DE FONDO

En el tercer apartado de su ponencia el profesor Borowski analiza varias sentencias a la luz de su tesis. Concluye que el Tribunal Constitucional alemán coincide con ella, al decidir las controversias sobre símbolos religiosos en función de las convicciones de la persona que se ve confrontado con ellos, o incluso, que podría sentirse confrontado con ellos (pág. 13).

En cuanto al caso *Lautsi*, ofrece una síntesis de los pronunciamientos de los tribunales italianos, de los que disiente claramente; se muestra de acuerdo con la sentencia de la Sala del TEDH (2009), que adopta un razonamiento próximo al suyo; y adopta una postura muy crítica con la sentencia de la Gran Sala (2011), sobre todo porque considera que no ha tomado en serio la convicción religiosa-ideológica de la querellante (pág. 18).

Sobre estas valoraciones del profesor Borowski me ocuparé a continuación, al examinar algunos argumentos empleados en el debate sobre la presencia del crucifijo en la escuela pública y la neutralidad del Estado.

5. LOS ARGUMENTOS

El crucifijo es un símbolo con un significado predominantemente religioso, pero no exclusivamente religioso. Comparto el parecer del Consejo de Estado italiano cuando afirma que en un lugar de culto es propia y exclusivamente un símbolo religioso, pero en una sede no religiosa, como la escuela, puede representar también valores civilmente relevantes, como el origen religioso de los valores de tolerancia, respeto recíproco, valorización de la persona, afirmación de sus derechos, etc. (Decisión de 13 de enero de 2006). Al hilo de esta consideración conviene distinguir su origen y significado religioso y las razones que justifican su mantenimiento en un lugar determinado. El fenómeno de los días festivos, puede arrojar luz sobre el asunto. En un buen número de países, occidentales y no occidentales (como la Federación Rusa y la República Popular China), el domingo es el día de descanso semanal, sea por tradición o por motivos prácticos. En España, por ejemplo el Tribunal Constitucional ha declarado que su origen es claramente religioso, pero su mantenimiento ya no responde a motivos religiosos sino a motivos de tradición (STC 19/1985). Siguiendo con el caso español, de las 14 fiestas anuales de ámbito nacional, 9 coinciden con festividades religiosas católicas; y algo parecido sucede con las fiestas locales y autonómicas, que en su inmensa mayoría tienen un origen claramente religioso. Si se mantienen no es por su significado religioso. Podrían cambiarse por otras, pero no por colisionar con la aconfesionalidad del Estado, se trataría sencillamente de una decisión soberana del Ayuntamiento o de la Comunidad Autónoma que corresponda.

El crucifijo en la pared de un aula ¿es un símbolo activo, agresivo y misionero, o es un símbolo pasivo, no proselitista, que no influye claramente en quienes lo contemplan? Si seguimos la postura adoptada por el TEDH en otros fallos deberemos concluir que es un símbolo pasivo de escasa fuerza. El profesor Borowski menciona varias veces el caso *Dahlab vs. Suiza* (2001), recordando que la Gran Sala calificó de *powerful external symbol*, el velo islámico de una profesora que impartía clases a niños de 4 a 8 años. A mi juicio el ascendiente de un docente sobre niños de esa edad es, desde luego, diferente al que tiene un crucifijo en el aula de niños de 8 a 12 años. Y, en cualquier caso, el resultado no me parece tan evidente como se pretende: puede ayudarles a entender mejor la diversidad de la sociedad o puede influirles en sus creencias,

dependerá de si la profesora se sirve de él en un sentido u otro. Lo que me parece, sin ninguna duda, es que un símbolo estático no realiza una labor adoctrinadora de la misma identidad, en favor de valores religiosos o seculares. Por eso me parece que resulta mucho más interesante citar el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca* (1976) o el caso *Jiménez & Jiménez vs. España* (2000) donde la objeción de varias familias a que sus hijos recibieran educación sexual obligatoria en la escuela pública fue rechazada por el TEDH, por entender que no existía un propósito adoctrinador por parte del Estado. De igual modo, hubiera sido de interés mencionar el caso *Folguero vs. Noruega* (2007) donde una familia se oponía por razones filosóficas a que su hijo asistiera a clases obligatorias sobre *Cristianismo, religión y filosofía*; y el caso *Zengin vs. Turquía* (2007) donde el Tribunal una familia alevita se oponía a que su hija fuera obligada a asistir a *Cursos de cultura religiosa y ética*, de inspiración chiíta (las peticiones de ambas fueron atendidas). Finalmente, me permito discrepar de la opinión del profesor Borowski cuando minimiza el hecho de no se ha probado que la sola presencia del crucifijo en la pared del aula haya influido en los alumnos. Me parece que es importante para considerarlo un símbolo pasivo o activo. Tampoco me parece que, tal y como afirma en su ponencia, el Estado italiano pretenda considerar el crucifijo como un medio educativo, sino simplemente justificar su presencia, allí donde está, por pertenecer a la cultura italiana.

La convicción religiosa o ideológica de quien se confronta con el crucifijo no puede ser el criterio determinante. El criterio del profesor Borowski, aunque sugerente, conduce a una subjetivización de lo religioso o ideológico, y hace difícil, si no imposible, distinguir entre derechos y deseos, entre razones de conciencia y razones de conveniencia. A mi juicio el hecho de que una persona que profesa una determinada religión considere que debe llevar un determinado símbolo por pertenecer a esa religión, no es concluyente. Puede resultar que esa religión no obligue a sus miembros a llevar ese símbolo, en cuyo caso habría que ayudar a esa persona a conocer mejor su propia religión. Así se comprende que se haya podido afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas– de contenido primordialmente religioso o ideológico. Por otro lado, resulta evidente que alguien puede sentirse lesionado en sus

derechos y no tener razón. La querellante en *Laustsi I* sostiene que el crucifijo es un símbolo religioso católico y que los escolares *sentirán* que el Estado italiano está más próximo a los católicos que a los demás. A este respecto conviene recordar que el crucifijo en cuanto símbolo religioso es común a los cristianos, y que el argumento emocional y subjetivo, resulta poco convincente. Como se ha recordado a este propósito, cada persona tiene sentimientos y reacciones distintas y mudables; y, en concreto, la mayoría de los ateos y agnósticos suelen manifestar ordinariamente su indiferencia hacia los símbolos religiosos. Pretender convertirse en intérprete de los sentimientos e impresiones de los escolares es salirse del debate y olvidarse de la argumentación jurídica. Por lo demás, si entramos en ese tipo de argumentos, la retirada del crucifijo situaría al Estado en una posición próxima a la de los ateos y a los agnósticos, y alejada de la de los creyentes (cristianos, en este caso), lo que podría entredicho su neutralidad. Asimismo, al Estado no le corresponde proteger emociones, de orden meramente subjetivo, sino derechos fundamentales, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia de 7 de marzo de 2011, sobre símbolos religiosos en espacios públicos.

Las convicciones religiosas o ideológicas de quienes son partidarios de que el crucifijo siga en el aula también deben ser tenidas en cuenta. La retirada del crucifijo puede lesionar esas convicciones. No parece razonable que en esas condiciones una minoría imponga su criterio sobre la mayoría. En un sondeo realizado por ISPO en Italia en 2009, el 84% de los encuestados se declararon a favor a la presencia del crucifijo en las escuelas públicas, mientras que el 14% se mostró contrario a su mantenimiento. Conviene tener en cuenta también, como recientemente se ha dicho, que si la *paleta social de una sociedad* estuviera compuesta sólo de los grupos azul, amarillo y rojo, entonces el negro –entendido como ausencia de color– sería un color neutro; pero cuando algunas fuerzas sociales se han apropiado del negro como color distintivo, entonces esta opción ha dejado de ser neutral. La retirada del crucifijo puede causar un mayor rechazo que su permanencia y puede provocar un conflicto mayor que el que se pretende evitar. Conviene no olvidar la afirmación del juez Bonello en su voto particular concordante en *Laustsi II* cuando afirma: «Mantener un símbolo allí donde siempre ha estado no es un

acto de intolerancia de los creyentes. Expulsarlo sería un acto de intolerancia de los agnósticos».

¿Qué significa que el Estado es neutral? Buena parte de la argumentación para retirar los crucifijos de las escuelas públicas se apoya en la neutralidad del Estado, pero curiosamente no se precisa en qué consiste. Conviene advertir que la neutralidad no es un término que figure habitualmente en las Constituciones de los Estados contemporáneos. Es cierto que tanto la Constitución de Francia como la de Turquía afirma que el Estado es laico. En cambio, en el caso de España no se contiene una expresión de ese tipo. La Constitución de 1978 se limita a afirmar en el artículo 16, 3 que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», para continuar diciendo que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones» (art. 16, 3). Por su parte, el Tribunal Constitucional español en la mayor parte de las sentencias en que ha aludido a ese principio lo ha calificado de *aconfesionalidad del Estado*, en contraste con otras sentencias en que ha utilizado los términos de separación y neutralidad, y también la significativa expresión *laicidad positiva*, en conexión con el principio igualmente constitucional de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, formulado en el precepto constitucional citado. Desde esta perspectiva y, a la luz del amplio reconocimiento de la libertad religiosa, se comprende que la *aconfesionalidad* o, si se prefiere, la *laicidad* del Estado está al servicio de los derechos y libertades de las personas y no al revés.

Al TEDH corresponde pronunciarse si la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas lesiona o no el artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH, 1950) y el artículo 2 de su Protocolo adicional (1952). En cambio no le corresponde pronunciarse sobre el alcance que deba darse a las señas de identidad de los Estados (*aconfesionalidad*, *laicidad*, *neutralidad*, etc.), máxime cuando se admite que determinadas formas de *confesionalidad* son compatibles con el respeto del Convenio (como es el caso del Reino Unido, Dinamarca y Noruega). Desde esta perspectiva se comprende también la importancia que tiene el principio del margen de apreciación de cada Estado. En un ámbito



próximo, aunque diferenciado, resulta significativo que la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000) invoque expresamente en su preámbulo el respeto de *la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros*, afirmación esta última que también recoge el artículo 4, 2 del *Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada* (2007). Este mismo texto fundamental proclama la adhesión de la Unión al CEDH (art. 6, 1) y el valor de principios generales del Derecho de la Unión que tienen los derechos fundamentales garantizados en él y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6, 3). En este contexto me ha causado cierta extrañeza que el profesor Borowski se pregunte retóricamente: *¿No es cierto que la gran mayoría de los estados miembros se muestra crítica a la admisibilidad del crucifijo en la escuela pública obligatoria [sic], de modo que se observa un European consensos en contra de su admisibilidad?* (pág. 18) y que poco después siembre dudas sobre el TEDH afirmando que *la considerable presión política que se ejercía sobre la sentencia de la Gran Sala, puede haber jugado un determinado papel* (pág. 19). Lo cierto es que cuando se produjo la apelación a *Lautsi I*, diez Estados miembros del Consejo de Europa solicitaron intervenir como *tercera parte* ante el Tribunal a favor de la posición de Italia, mientras que ningún Estado solicitó hacerlo a favor de la sentencia apelada. Simultáneamente diez Estados más, también miembros del Consejo de Europa, se pronunciaron contra la sentencia de la Sala. Es decir, que consta positivamente que 20 de los 47 Estados firmantes del CEDH pidieron que las identidades y tradiciones religiosas nacionales sean respetadas.