

**DEMOCRACIA DIRECTA Y RELIGIÓN:
PROBLEMAS DERIVADOS
DE LA DECISIÓN SUIZA
DE PROHIBIR LOS MINARETES**

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO: EL REFERÉNDUM SUIZO DE 2009 Y SUS CONSECUENCIAS. 3. PROBLEMAS JURÍDICOS. CUESTIONES PARA EL DERECHO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL; 3.1 La violación de derechos; 3.2 Los conflictos entre normas internas e internacionales; 3.3 Posibles soluciones de la contradicción normativa; 3.4 La violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su recurso. 4. PROBLEMAS POLÍTICOS. CUESTIONES PARA EL ENCAJE DE DIFERENTES CULTURAS POLÍTICAS; 4.1 El significado de la votación y su simbolismo; 4.2 La cultura política suiza y sus limitaciones; 4.3 La recepción del control internacional de derechos humanos. 5. BIBLIOGRAFÍA.

Fecha recepción: 23.11.2012
Fecha aceptación: 15.04.2013

DEMOCRACIA DIRECTA Y RELIGIÓN: PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DECISIÓN SUIZA DE PROHIBIR LOS MINARETES¹

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto (Bilbao)
y Director del Instituto de Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales peculiaridades del régimen político suizo consiste en la proliferación del uso de mecanismos de democracia directa. La utilización de los mismos, sin embargo, puede dar lugar a contradicciones entre el orden jurídico-político interno y los compromisos internacionales asumidos por Suiza, particularmente en el ámbito de los derechos humanos. La manifestación más elocuente de estos desajustes se ha producido con la aprobación reciente por referéndum de ciertas iniciativas populares de reforma constitucional. Este trabajo se centra en particular sobre la incorporación a la Constitución suiza de una disposición que prohíbe la construcción de nuevos minaretes en el país.

El objetivo de este artículo es sistematizar los problemas de orden jurídico que plantea la situación creada en Suiza tras la aprobación de aquella iniciativa y sus posibles soluciones, así como ordenar los elementos de la cultura política suiza que se encuentran en el trasfondo de esta situación. La tesis central es que

¹ Este trabajo ha sido redactado parcialmente en el marco del proyecto de investigación «Nuevas demandas sociales y prácticas de armonización de la diversidad religiosa en el espacio público local o regional» (Ministerio de Economía y Competitividad; ref.: CSO 2011-24804).

resulta muy difícil hallar una solución estable a esta suerte de contradicciones, precisamente por el arraigo de la cultura política de la sociedad helvética, ciertamente específica en su entorno europeo. Dos debates pendientes quedan en este sentido al descubierto. El primero de ellos se refiere a la tensión entre soberanía popular y protección de los derechos humanos, o más bien, al control jurídico de dicha tensión. El segundo de ellos apunta a la necesidad de repensar los modelos de cohesión e integración cultural e identitaria en sociedades democráticas crecientemente plurales, pero que se resisten a abandonar visiones referenciales ancladas en contextos históricos ya superados.

Para ello, abordaremos en primer lugar el contexto del referéndum de 29 de noviembre de 2009. En un segundo momento analizaremos las consecuencias y contradicciones jurídicas que plantea el resultado el mismo, para posteriormente centrarnos en las explicaciones político-culturales más profundas que subyacen a la situación creada tras el citado plebiscito².

2. CONTEXTO: EL REFERÉNDUM SUIZO DE 2009 Y SUS CONSECUENCIAS

El devenir constitucional de Suiza en 2009 vino marcado por un hecho sin precedentes³. El 29 de Noviembre de 2009, el pueblo suizo y los cantones aprobaron por referéndum incorporar a la Constitución la prohibición absoluta de construcción de nuevos minaretes, en lo que a partir de entonces sería el artículo 72.3 de la Constitución⁴. De acuerdo al Derecho constitucional helvético

² La bibliografía final incorpora varios trabajos que hacen referencia a diversos aspectos de esta problemática. Esto no obstante, una explicación completa y muy certera se contiene en el artículo de la profesora Anne Peters: PETERS, A. (2010), «El referéndum suizo sobre la prohibición de minaretes», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, pp. 429-438, trabajo disponible en castellano gracias a la traducción realizada por Fernando Reviriego Picón. También destaca el trabajo de Daniel Moeckli: MOECKLI, D. (2011), «Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights», *Human Rights Law Review*, núm. 11-4, pp. 774-794, que se centra primordialmente en la búsqueda de soluciones jurídicas a los problemas planteados. Con todo, el análisis más exhaustivo y completo desde todos los puntos de vista es el de Lorenz Langer: LANGER, L. (2010). «Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, núm. 4, pp. 863-951.

³ HOTTELIER, M. y MARTENET, V. (2010), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2009», *Revue Suisse de Droit International et Européen*, vol. 2010-3, p. 419.

⁴ El nuevo texto de dicho precepto en versión castellana es el siguiente: «La construcción de minaretes está prohibida» (la versión auténtica en las cuatro lenguas oficiales es la siguiente: «*Der Bau von Minaretten ist verboten*»; «*La construction de minarets est interdite*»; «*L'edificazione di minareti è vietata*»; «*Igl è scumandà da construir minarets*»). El texto auténtico de las versiones ale-

(artículo 139 de la Constitución), las iniciativas populares de enmienda constitucional precisan del respaldo de 100.000 firmas de ciudadanos suizos obtenidas en el plazo de 18 meses para ser sometidas al referéndum nacional. Para su aprobación, es necesario que se pronuncie a favor de la misma tanto la mayoría de la población federal como una mayoría de los 26 cantones y semicantones que conforman la federación⁵.

Los orígenes de esta controvertida iniciativa se encuentran en Wangen, una pequeña localidad del cantón de Solothurn, en la que una asociación cultural turca obtuvo en el año 2003 un permiso para utilizar un edificio de un polígono industrial como centro comunitario incluyendo algunas salas de oración. Dos años más tarde, la asociación solicitó permiso para erigir un minarete simbólico de seis metros de altura. La petición fue denegada por partida doble por la comisión municipal de urbanismo, pero tras un recurso administrativo fue concedido el permiso de construcción con la condición de que no se llamara a la oración desde dicho minarete. El ayuntamiento y varios vecinos decidieron recurrir esta decisión, pero el tribunal administrativo cantonal desestimó los recursos alegando que la presencia de un minarete era irrelevante para transformar lo que ya era un centro de culto autorizado. Todavía fue interpuesto un recurso más contra la decisión, pero el Tribunal Federal de Suiza rechazó el mismo y denegó la necesidad de evaluar si el minarete era o no un elemento necesario en el caso concreto.

La decisión favorable a esta asociación sirvió para instalar un cierto clima de alarma en algunos sectores sociales, que fue capitalizado por dos formaciones políticas: el Partido Popular Suizo (SVP por sus siglas en alemán; su nombre en francés es Unión Democrática de Centro, UDC) y el mucho más minoritario Unión Democrática Federal (EDU-UDF), que intentaron asegurar la prohibición de construir minaretes a través de iniciativas legislativas cantonales que, sin embargo, fueron rechazadas por las restantes formaciones políticas helvéticas. En abril de 2007, los dos partidos decidieron empezar la búsqueda de apoyos populares para plantear una iniciativa popular de reforma constitucional. Finalmente, la iniciativa popular «contra la construcción de minaretes» fue formalmente interpuesta el 8 de julio de 2008, con el aval de 113.540 firmas. Sus promotores justificaban la propuesta sobre la consideración de que los minaretes constituyen símbolos de una reivindicación islámica de poder político-religioso

mana, francesa, italiana y romanche de la Constitución federal suiza de 18 de abril de 1999 está disponible en <http://www.admin.ch/org/polit/00083/index.html?lang=de>.

⁵ El resultado final de la votación fue de un 57,5 % de votos afirmativos (1.535.010 votos) y de una mayoría favorable en 23 de los 26 cantones. Votaron en contra de la iniciativa los cantones de Ginebra, Vaud, Neuchâtel y Basilea ciudad. La participación fue del 53,4 %.

que cuestiona el ordenamiento jurídico de Suiza. El grupo promotor estaba compuesto por 16 ciudadanos suizos, de los que 14 eran miembros del SVP.

Conviene destacar el hecho de que el minarete autorizado en Wangen no es sino el cuarto (y último) existente en todo el territorio suizo. Suiza tiene más de 1,5 millones de habitantes de origen extranjero, lo que supone aproximadamente un 21% de su población total, mucho más que los países de su entorno⁶. Por lo que respecta a la población musulmana, se calcula que oscila entre 300.000⁷ y 400.000 personas⁸, el número de mezquitas existente asciende a unas 160 y todo hace indicar que las futuras peticiones de construcción de nuevos minaretes serían muy escasas⁹, lo que, sin embargo, no ha impedido los desarrollos a los que nos referimos en este artículo. Es evidente por otro lado que la realidad religiosa de Suiza ha cambiado significativamente en los últimos 30 años respecto al panorama tradicional del país, marcado por la histórica división entre zonas católicas y protestantes¹⁰.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS. CUESTIONES PARA EL DERECHO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL

3.1 *La violación de derechos*

La primera cuestión jurídica que suscita el referéndum suizo de 2009 es si la norma adoptada en el mismo supone una violación directa de derechos humanos, bien por atentar contra la esencia de la libertad de religión, bien por hacerlo contra el principio de no discriminación.

Los proponentes de la iniciativa, y en particular el SVP, defienden que la misma no supone una violación de la libertad de religión por varias razones. En primer lugar, porque tras la aprobación de la nueva norma constitucional, las personas musulmanas pueden seguir practicando su religión con total libertad en Suiza, mientras que lo que se prohíbe es simplemente la erección de un símbolo político de alcance no religioso, sino urbanístico. El SVP recuerda que

⁶ GARÇON, F. (2011), *Le modèle Suisse*, 2ª ed., París, éditions Perrin, p. 189.

⁷ FUND, J.H. (2010), «Swiss Stunner», *The American Spectator*, febrero 2010, p. 60.

⁸ HIRTER, H. (dir.) (2010), *Année politique Suisse 2009*, Berna, Institut de science politique à la université de Berne, p. 13.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Bauman y Stolz ofrecen en su obra una descripción completa de las diversas comunidades religiosas existentes hoy en día en Suiza: BAUMANN, M. y STOLZ, J. (dirs.) (2009), *La nouvelle Suisse religieuse. Risques et chances de sa diversité*, Ginebra, Labor et fides.

existen muchas mezquitas en Suiza que no disponen de minaretes, y que por consiguiente la construcción de éstos no entra dentro del derecho protegido en el artículo 15 de la Constitución o de otras normas internacionales. Finalmente, recuerdan los defensores de la iniciativa que la construcción de minaretes no es intrínseca al Islam, como probaría el hecho de que el Corán no establezca nada al respecto¹¹. Por el contrario, lejos de tener que ver con la religión, el minarete sería en este sentido un símbolo del islamismo político y un reclamo de poder¹².

Esto no obstante, puede afirmarse que la generalidad de la doctrina, organizaciones como Amnistía Internacional, así como las principales instituciones suizas (tanto la Asamblea Federal como el Consejo Federal) participan de la opinión de que una prohibición absoluta de la construcción de minaretes en el país constituye una violación de derechos protegidos constitucional e internacionalmente.

En efecto, la medida puede, por un lado, ser fácilmente catalogada como discriminatoria contra una comunidad religiosa particular¹³. Uno de los fines legítimos que pudiera justificar la diferencia de trato entre comunidades religiosas a estos efectos es el combate del extremismo religioso, pero este combate guarda poca o ninguna relación con el objeto de la prohibición y en consecuencia no asegura aquél, por lo que no puede justificarla¹⁴. Lo mismo cabe decir respecto del pretendido fin de asegurar la igualdad de género. Por el contrario, la prohibición sólo sirvió en el plano político para remarcar quién o qué debe ser considerado como «propiamente suizo»¹⁵.

Por otra parte, se puede argumentar que la exitosa iniciativa popular resulta contraria al concepto de libertad religiosa incluida tanto en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) como en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)¹⁶. Para así hacerlo, es necesario defender que la construcción de minaretes constituye una manifestación de la religión mediante el culto, la enseñanza, la práctica o la observancia, y no exclusivamente un acto motivado por unas creencias religiosas. Siguiendo el llamado «test Arrowsmith»¹⁷, la erección

¹¹ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 875.

¹² LANGER, L., *ob. cit.*, p. 879.

¹³ HIRTER, H., *ob. cit.*, p. 13.

¹⁴ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 882.

¹⁵ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 947.

¹⁶ MAHON, P. (2011), «Minarets, droit international impératif et Convention européenne des droits de l'homme», *Journal of Sharia & Law*, vol. 45, p. 75.

¹⁷ En el caso *Arrowsmith v. United Kingdom* (application 7050/75), 19 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 5 (1978), la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos entendió

de los minaretes debe constituir una manifestación de la religión musulmana. A diferencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, la Corte Europea se reserva el derecho de establecer esta correspondencia¹⁸, de forma que el artículo 9 del CEDH no protege todos los actos motivados o influidos por una religión o creencia. Sin embargo, los conceptos de práctica u observancia religiosa no están jurisprudencialmente definidos, y por analogía con otros casos es fácilmente defendible que la llamada a la oración efectuada desde un minarete constituye una práctica religiosa o que la erección de un minarete como parte de una mezquita entra dentro de los conceptos de culto u observancia como elementos constituyentes del espacio de culto de una particular religión¹⁹.

La propia jurisprudencia suiza ayuda en esta línea interpretativa. El Tribunal Federal rechazó en 2007 la necesidad de juzgar la obligatoriedad de la construcción de minaretes desde un punto de vista religioso²⁰, y más tarde reiteraba que un Estado laico no puede discernir sobre la justificación teológica de las prácticas religiosas²¹. Al mismo tiempo, el Tribunal suizo ha establecido en otras ocasiones que la concesión o denegación de permisos de construcción para estructuras religiosas afecta a la libertad de religión²². Aunque en ningún caso concreto se refería el Tribunal al elemento particular de los minaretes, la doctrina suiza concluye unánimemente que éstos quedarían subsumidos en la misma consideración y que por tanto afectarían a la libertad reconocida en el artículo 15 de la Constitución federal²³.

que el pacifismo de Pat Arrowsmith constituía una creencia o convicción en el sentido del artículo 9.1 CEDH, pero que la distribución de panfletos entre soldados británicos sugiriendo su negativa a desplegarse en Irlanda del Norte no expresaba en realidad la creencia del pacifismo, aunque pudiera estar motivada por éste; por lo cual, dicha actividad de propaganda no podía ser considerada una práctica de manifestación de las creencias pacifistas y consiguientemente quedaba fuera del ámbito de protección del CEDH. Vid. también el caso *X v. United Kingdom* (application 5442/72), 1 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 41, 41 (1974).

¹⁸ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 886.

¹⁹ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), caso *Manoussakis and others v. Grecia*, (Application 18748/91), Sentencia de 26 de septiembre de 1996, para. 36 y ss.

²⁰ Así lo señaló el Tribunal Federal en la sentencia relativa al minarete de Wangen: *Arrêt du Tribunal Fédéral* (en adelante, ATF) 1P.26/2007, Sentencia de 4 de julio de 2007, para. 4.1.2.

²¹ ATF 135 I 79, Sentencia de 24 de octubre de 2008, para. 4.4.

²² ATF IP 149/2004, Sentencia de 21 de junio de 2004, para. 4.1.2. ATF IA.69/2002, Sentencia de 19 de marzo de 2003.

²³ LANGER, L., *cit.*, p. 877. STÜSSI, M. (2012), *Models of Religious Freedom. Switzerland, the United States and Syria, by Analytical, Methodological and Eclectic Representation*, Zurich-Berlin, Lit Verlag, p. 117.

3.2 *Los conflictos entre normas internas e internacionales*

Partiendo de la base de que la nueva norma constitucional suiza derivada de la iniciativa popular supone una violación del derecho a la libertad religiosa, reconocido tanto en la propia Constitución como en el ordenamiento internacional del que Suiza es parte, analizaremos a continuación las principales implicaciones de orden jurídico que dicha violación conlleva. Se trata por una parte de enfocar dicho análisis desde el interior del Derecho constitucional suizo, y por otro lado, bajo el prisma del Derecho internacional.

La Constitución suiza no establece más límites materiales para su reforma que lo contenido en las normas imperativas de Derecho internacional (ar-

Puede defenderse que, en comparación con la jurisprudencia europea, el poder judicial suizo se ha mostrado relativamente sensible a la diversidad religiosa en su interpretación de la esfera cubierta por la libertad de religión del artículo 15 de la Constitución y su utilización por grupos minoritarios de la sociedad. Entre los principales pronunciamientos en este sentido, destacan los que buscan preservar el carácter neutral del espacio educativo. Así, en su momento, la Corte federal declaró inconstitucional la presencia de símbolos religiosos, como los crucifijos, en colegios públicos de educación primaria (BGer Sept. 26, 1990, 116 BGE Ia 252), adoptando una posición diferente a la que toaría el TEDH en la famosa sentencia *Lautsi* de 2011. En la misma línea, otra importante sentencia de la Corte federal impidió a una profesora suiza llevar un *khimar* como parte del *hijab*, basándose en la obligación constitucional de los colegios públicos de exhibir una estricta neutralidad respecto a las religiones (BGer Nov. 12, 1997, 123 BGE I 296), posición que sería respaldada por el TEDH posteriormente en el caso *Dablab*.

Al mismo tiempo, la Corte federal pareció en su momento dispuesta a reconocer acomodos o exenciones de normas aparentemente neutrales a fin de dar cabida a distintas manifestaciones de la libertad de religión de miembros de minorías religiosas en Suiza, siguiendo la estela más consolidada en otros países entre los que destaca principalmente Canadá. Así, en 1988, la Corte obligó a los colegios públicos a otorgar a los miembros de las minorías religiosas exenciones de la obligación de atender a las clases durante las festividades propias de sus religiones, incluso si la ausencia se dilataba por varios días, como sucedía en el caso de la *Worldwide Church of God* (BGer Feb. 19, 1988, 114 BGE Ia 133). De modo parecido, en 1993, la Corte señaló que los colegios públicos tenían la obligación de eximir a las menores musulmanas de las clases obligatorias de piscina por razones religiosas cuando aquéllas o sus tutores lo solicitaran (BGer Jun. 18, 1993, 119 BGE Ia 178). Esta posición favorable al acomodo, sin embargo, parece haber variado más recientemente en una sentencia de 2008 (BGer Oct. 24, 2008, 135 BGE I 79) que no permitió la exención de las clases de natación mixtas que pretendía para sus hijos un residente permanente musulmán. En este supuesto, la Corte hizo prevalecer el que consideraba como interés público de proveer de igual educación a ambos sexos y de promover la integración de los menores inmigrantes. Autores como Reich señalan que la Corte en este caso confunde integración con asimilación y que estaba muy condicionada por las críticas que siguieron a la sentencia anterior de 1993: REICH, J. (2009), «Switzerland: Freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 4, pp. 754-767.

títulos 193 y 194 del texto constitucional para la revisión total o parcial respectivamente). Si entendemos a priori que no todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos y protegidos lo son a través de normas imperativas, es claro que podemos encontrarnos con reformas constitucionales jurídicamente posibles que violen derechos humanos y entren en contradicción con otras normas constitucionales o con internacionales.

Respecto a la primera posibilidad, sin embargo, en el Derecho constitucional suizo no existe el concepto de las normas constitucionales inconstitucionales. Así pues, ante un supuesto como el que nos ocupa, en el que presuntamente el nuevo artículo 72.3 contradice lo protegido en el artículo 15 (libertad de religión) o 8.2 (prohibición de discriminación), debe entenderse que aquél actúa como norma especial de éstos, salvándose así la posible inconsistencia, o que la nueva disposición es una restricción constitucional de los derechos garantizados en otros preceptos de la misma norma²⁴. Esto es, no hay relación de jerarquía dentro de las propias normas constitucionales, siendo todas ellas del mismo valor, lo que posibilita que una disposición más reciente pueda derogar o excepcionar las anteriores²⁵.

Por el contrario, es obvio que una nueva norma constitucional fruto de una revisión total o parcial puede entrar en contradicción con otras normas internacionales que Suiza haya ratificado previamente. A fin de evitar en lo posible esta contradicción podemos plantearnos dos momentos, anterior y posterior, a la asunción de una iniciativa de este estilo.

Para la fase anterior a su definitiva adopción, el precepto clave, desde luego, son los artículos 193 y 194 precitados, y, para el caso de una iniciativa popular de reforma constitucional, el artículo 139, que regula el procedimiento que han de seguir estas últimas. Este artículo señala que una iniciativa popular para la revisión parcial de la Constitución debe recibir el apoyo de 100.000 ciudadanos suizos en el plazo de 18 meses desde su formulación inicial. Salvado este primer escollo, corresponde al parlamento federal determinar si la iniciativa viola el principio de unidad de forma, el principio de unidad de materia o las normas imperativas de Derecho internacional. En cualquiera de los tres casos, el parlamento debe declarar inválida la iniciativa. Si el parlamento no aprecia que la iniciativa infrinja ninguna de estas tres condiciones, no puede oponerse a su tramitación posterior, que implica la sumisión de la misma al voto popular, aunque sí expresa una recomendación de voto a los ciudadanos. La razón por la que este escrutinio corresponde al parlamento y no a un tribunal federal se basa

²⁴ PETERS, A., *ob. cit.*, p. 432. MOECKLI, D., *cit.*, p. 783.

²⁵ MAHON, P., *ob. cit.*, p. 71.

en el respeto a la soberanía popular que ensalza el régimen político suizo. La iniciativa precisa de una doble mayoría (de votantes y de cantones) para entenderse como aprobada, dando lugar a la correspondiente reforma constitucional.

Considerando que los posibles defectos de unidad de forma o de materia son relativamente fáciles de evitar, el único elemento que ofrece un margen de discusión en este procedimiento es el que se refiere a la prohibición de la vulneración de las normas imperativas de Derecho internacional. El análisis de la experiencia constitucional suiza prueba que el parlamento federal ha hecho una interpretación estricta o restrictiva de aquella noción, que ha identificado con Derecho internacional imperativo o *ius cogens*²⁶. Ello ha conducido a que, en términos prácticos, solamente haya rechazado en una ocasión una iniciativa popular de reforma constitucional por dicho motivo. Así sucedió con la iniciativa popular «por una política de asilo razonable», impulsada por la formación «Demócratas suizos» en 1990. En aquella ocasión, la asamblea federal entendió, siguiendo las consideraciones del Consejo, que la iniciativa vulneraba la prohibición de torturas o tratos crueles al proponer la expulsión a otros países de los solicitantes sin ulterior consideración o recurso, siendo aquélla parte de las normas imperativas del Derecho internacional²⁷.

²⁶ MAHON, P., *ob. cit.*, p. 73. El artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, dispone que «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Del mismo modo, el artículo 64 del mismo tratado señala que «Si surge una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.» Sin embargo, ninguna disposición establece claramente cuáles son las normas imperativas a las que aluden estos artículos, ni siquiera con un listado ejemplificativo, por lo que esta labor queda abierta a la determinación jurisprudencial o doctrinal.

Aunque el concepto de obligaciones *erga omnes* no se corresponde plenamente con el de *ius cogens*, conviene recordar que la Corte Internacional de Justicia consideró en la sentencia del caso Barcelona Traction, que tales obligaciones «derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo de los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial»: Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power, Co., Ltd., (Bélgica c. España), Sentencia de 5 de febrero de 1970, para. 34.

²⁷ La iniciativa, que consistía en modificaciones sobre el artículo 69 y una disposición transitoria, se declaró inválida por el Parlamento el 14 de marzo de 1996: Documento FF 1993 I 1305. Mensaje del Consejo federal de 22 de junio de 1994: Documento FF 1994 III 1471.

En el caso que nos ocupa, tanto el Parlamento suizo como el Directorio coincidieron en señalar que la iniciativa violaba determinados derechos fundamentales protegidos por normas internacionales de derechos humanos (como los artículos 9 y 14 del CEDH o 18, 2 y 26 del PIDCP), pero que las mismas no son normas imperativas ni de *ius cogens*, dado que un importante número de Estados no aceptan o han reservado de varias formas la libertad de religión²⁸. El Consejo Federal o Directorio, por un lado, se muestra muy claro en observar la contradicción entre la norma propuesta y las normas internacionales citadas²⁹. Por lo que respecta al Parlamento, una propuesta de declarar inválida la iniciativa por violación de las normas imperativas fue rechazada por 128 votos frente a 53. Por ello, el Parlamento no podía declarar la iniciativa inválida, aunque su opinión mayoritaria era categórica en el sentido de entender que la misma violaba derechos fundamentales, por lo que la Asamblea aprobaría, por 129 frente a 50 votos, y siguiendo la propuesta del Consejo, recomendar a los votantes el voto negativo en el referéndum³⁰.

De este modo, la contradicción entre derechos humanos y reforma popular de la Constitución está servida. El mismo tipo de razonamiento había actuado ya anteriormente respecto de la iniciativa popular «por las naturalizaciones democráticas», respecto de la cual el Consejo Federal, en su mensaje a la Asamblea Federal, señala que la mayor parte de las normas del CEDH no forman parte del Derecho imperativo al que se refiere el artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados³¹.

Un año más tarde de la adopción por referéndum de la iniciativa contra los minaretes, el 28 de Noviembre de 2010, una mayoría del 53% de los votantes respaldaba la iniciativa para la repatriación de criminales extranjeros, profundizando en el problema de la contradicción entre derechos humanos y Derecho constitucional suizo. El Consejo seguiría también ante esta iniciativa la misma línea argumental en la que señalaba que siendo la misma categóricamente contraria al CEDH y PIDCP, resultaba jurídicamente válida³². Para

²⁸ PETERS, A., *ob. cit.*, p. 431. HOTTELIER, M. y MARTENET, V. (2007), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2006», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2007-2, p. 272.

²⁹ Mensaje del Consejo Federal de 27 de agosto de 2008: Documento FF 2008 6923, pp. 6949 y ss.

³⁰ Decisión de la Asamblea Federal de 12 de junio de 2009, Documento FF 2009 3903.

³¹ Mensaje del Consejo Federal de 25 de octubre de 2006, Documento FF 2006 8481, p. 8485.

³² Mensaje del Consejo Federal de 24 de junio de 2009, Documento FF 2009 4571, p. 4577.

algunos autores, este tipo de razonamiento es incoherente y no tiene en cuenta la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno³³. No obstante, el problema no es nuevo, puesto que ya en 2004, los ciudadanos suizos aprobaron una iniciativa en favor de la cadena perpetua para los autores de graves ofensas sexuales o violentas, que difícilmente puede entenderse compatible con el derecho a una revisión judicial regular previsto en el artículo 5.4 del CEDH. Por el contrario, en 2008 los votantes rechazaron la posibilidad de someter las decisiones de nacionalización al referéndum popular, lo que habría podido resultar en una violación de las garantías procesales constitucionales y del derecho a un remedio efectivo previsto en los artículos 13 del CEDH, 2.3 del PIDCP y 6 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

La posibilidad de evitar esta suerte de inconsistencias entre los derechos humanos internacionalmente protegidos y las decisiones que puede adoptar el electorado de un país que ensalza teórica y prácticamente la democracia directa, pasa por ampliar la interpretación del límite previsto constitucionalmente. Desde el prisma del Derecho internacional resulta hoy en día indiscutible que existe un Derecho imperativo conformado por aquellas normas internacionales indisponibles o sobre las que ninguna forma de derogación es posible³⁴. La jurisprudencia internacional, como medio auxiliar de determinación de las reglas de Derecho internacional, (artículo 38.1.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), la práctica internacional y la doctrina más reconocida son unánimes en afirmar la existencia de esta categoría normativa internacional³⁵.

Ahora bien, la Constitución suiza no exige que la expresión «normas imperativas de Derecho internacional» se interprete como sinónimo absoluto del Derecho imperativo o *ius cogens*. Así, mientras algunos autores sostienen que la citada expresión corresponde exactamente a este concepto³⁶, otros defienden que aquélla es un concepto autónomo del Derecho constitucional suizo que puede ser interpretado más ampliamente a fin de incluir en el mismo normas fundamentales de Derecho internacional que (aún) no se consideran general-

³³ HOTTELIER, M. y MARTENET, V. (2009), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2008», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2009-3, p. 433.

³⁴ DISTEFANO, G. (2011). «Le droit international public en péril», *Journal of Sharia & Law*, vol. 45, p. 78.

³⁵ DISTEFANO, G., *ob. cit.*, p. 79.

³⁶ HANGARTNER, Y. y KLEY, A. (2000), *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Schulthess, Zurich, pp. 227-228.

mente parte del *ius cogens*³⁷. Que la Asamblea Federal y el Consejo Federal hayan adoptado hasta el momento un concepto estrecho del límite constitucional³⁸ se debe seguramente a la cultura política suiza, en la que resulta difícil para el parlamento oponerse a una iniciativa que goza de un amplio respaldo popular. Sin embargo, esto no excluye una interpretación alternativa más amplia que evite esta suerte de problemas jurídicos y políticos. En el contexto de las normas constitucionales, un concepto más amplio de las normas perentorias de Derecho internacional puede incluir también los estándares europeos de protección de los derechos humanos, fundamentalmente el CEDH, en el sentido de incorporar un «orden público europeo»³⁹.

Por último, debe recordarse en cualquier caso que la jurisprudencia internacional señala que los Estados están obligados no solo a evitar o cesar cualquier comportamiento contrario a una norma de *ius cogens*, sino también a derogar el conjunto de actos legislativos y reglamentarios que resulten incompatibles con aquella⁴⁰, lo que no hace sino acrecentar la necesidad de encontrar una solución aceptable jurídica y políticamente al atolladero suizo cuando se someten a decisión popular iniciativas sensibles a los derechos humanos fundamentales.

Junto a la posible solución derivada de ampliar interpretativamente la expresión «normas imperativas de Derecho internacional», cabe también pensar en una reforma constitucional para incluir expresamente las normas internacionales de derechos humanos como límite a las iniciativas populares de reforma constitucional. Obviamente, esta salida evitaría a futuro la discusión y haría desaparecer las posibles contradicciones entre Derecho interno e internacional, al menos desde la perspectiva del propio Parlamento federal. El principal escollo de esta opción, sin embargo, consiste en el mecanismo necesario para llevarla adelante, que no es otro que el de la reforma constitucional. Ésta debería ser sancionada por la ciudadanía, que interpretaría la reforma como un intento de

³⁷ THÜRER, D. (2001), «Verfassungsrecht und Völkerrecht», en THÜRER, AUBERT, J.-F. y MÜLLER, J.-P. (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Schulthess, Zurich, pp. 184-185.

³⁸ MOECKLI, D., *ob. cit.*, p. 781.

³⁹ Vid. TEDH, caso Loizidou v. Turquía, (Application 15318/89), Sentencia (objeciones preliminares) de 23 de marzo de 19956, para. 75, en la afirmación de que el CEDH es «instrumento constitucional del orden público europeo». SUDRE, F., MARGUÉNAUD, J., et al. (2003). *Les grandes arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'homme*, Paris, Press Universitaires de France.

⁴⁰ Corte Internacional de Justicia, «Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado», Opinión de 9 de julio de 2004, *CIJ Recueil* 2004, paras. 150 y 151. DISTEFANO, G., *ob. cit.*, p. 81.

disminuir su capacidad de incidencia política o como un ataque a la democracia directa que caracteriza el sistema suizo y a la voluntad soberana del pueblo⁴¹.

Una opción menos delicada, aunque no derive en una solución definitiva, sería la de ampliar precisamente los mecanismos de democracia directa, posibilitando que las iniciativas populares resulten en normas con rango de ley y no, como hasta ahora, exclusivamente en normas constitucionales. Si los ciudadanos suizos dispusieran a nivel federal de la capacidad de proponer y adoptar por referéndum normas legislativas, posiblemente algunas de las iniciativas populares de reforma constitucional se canalizarían a través de esta nueva vía. Ello podría ayudar en la cuestión que nos ocupa, por un lado, al evitar que se introduzcan en la Constitución federal disposiciones cuya sede natural es otra (como, por ejemplo, sucede con la prohibición de construir minaretes)⁴². Por otro lado, al generar como resultado una norma con rango de ley, cabría por la relación entre leyes y tratados internacionales, que las normas internacionales de derechos humanos siguieran prevaleciendo sobre una hipotética ley aprobada por iniciativa popular que pudiera vulnerar alguno de aquellos derechos. De hecho, en ocasiones, las iniciativas populares de reforma constitucional precisan de normas posteriores de rango legal para su implementación. Esto plantea un nuevo problema, puesto que incluso cuando la norma constitucional se adopta con la oposición del parlamento, es éste el órgano encargado de concretarla legislativamente. A ello se añade que no existe en el modelo suizo un control judicial ni de constitucionalidad de la actividad legislativa del parlamento, lo que conduce en la práctica a que los ciudadanos tengan en estos supuestos la primera palabra pero no la última⁴³. En tales casos el Parlamento tratará normalmente de solventar su propio dilema adoptando normas legislativas que desarrollen las disposiciones constitucionales, pero dentro de los confines del Derecho internacional. El resultado de ello será una solución de compromiso sobre la base de una interpretación amplia de la nueva norma constitucional que puede alejarse de la intención original de los proponentes (así sucedió con la iniciativa para la detención permanente de autores de ofensas sexuales o violentas, o en la actualidad respecto de la iniciativa para la expulsión de los criminales extranjeros)⁴⁴.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa en este artículo, la concreción legislativa posterior de la norma constitucional adoptada no resulta necesaria, pues

⁴¹ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 894.

⁴² PETERS, A., *ob. cit.*, p. 437.

⁴³ TAUXE, L. (2007), «La concretization legislative des initiatives populaires fédérales acceptées en votation: un processus aux outputs très incertains», *Swiss Political Science Review*, núm. 13-3, pp. 455.

⁴⁴ MOECKLI, D., *ob. cit.*, p. 783.

produce sus efectos por sí misma. Ante ella no caben recursos en sede doméstica y las solicitudes de construcción de minaretes deberán ser rechazadas en vía administrativa, así como los eventuales recursos judiciales contra dichas decisiones, con independencia de que pudiera alegarse la violación de la libertad de religión constitucionalmente protegida. De este modo, los remedios jurídicos a la decisión, una vez adoptada la norma, hay que buscarlos en el ámbito internacional y no en el doméstico⁴⁵.

La incompatibilidad de la prohibición constitucional de la construcción de minaretes con el Derecho internacional de los derechos humanos está ampliamente aceptada, no solo por las instituciones políticas suizas y la práctica unánimemente de la doctrina, sino también por órganos internacionales relevantes. Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en sus Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Suiza, señaló que si la iniciativa era finalmente adoptada, implicaría la violación de los artículos 2, 18 y 20 del PIDCP⁴⁶. Aunque el Comité no lo señala, habría que añadir a dicha lista el artículo 27 del mismo Pacto. Por su parte, también condenaron el resultado del referéndum tanto el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴⁷ como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁸.

⁴⁵ Tras el referéndum, se presentaron dos demandas ante el Tribunal Federal y ambas fueron rechazadas sobre la base de que las iniciativas populares solo pueden cuestionarse por irregularidades en el proceso electoral, no existiendo posibilidad de revisión judicial de las reformas constitucionales: ATF 1C 529/2009, Decisión de 14 de diciembre de 2009; ATF 1C 527/2009, Decisión de 14 de diciembre de 2009.

⁴⁶ «Al Comité le preocupa la iniciativa de celebrar un referendo destinado a prohibir la construcción de minaretes y la campaña mediante publicidad discriminatoria que la acompaña. Observa que el Estado parte no apoya dicho referendo que, en caso de obtener un resultado afirmativo, causaría el incumplimiento por el Estado parte de sus obligaciones derivadas del Pacto (arts. 2, 18 y 20)»: Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos; Suiza (Documento CCPR/C/CHE/CO/3, de 3 de Noviembre de 2009, para. 8.

⁴⁷ «Condena enérgicamente al respecto la prohibición de construir minaretes en las mezquitas y otras recientes medidas discriminatorias, que son manifestaciones de islamofobia que están en marcada contradicción con las obligaciones internacionales de derechos humanos relativas a las libertades de religión, creencia, conciencia y expresión, y destaca que esas medidas discriminatorias fomentan la discriminación, el extremismo y la percepción errónea y conducen a la polarización y la fragmentación con peligrosas consecuencias indeseadas e imprevistas»: Consejo de Derechos Humanos, Resolución 13/16, «La lucha contra la difamación de las religiones», de 25 de marzo de 2010, Documento A/HRC/RES/13/16, para. 8.

⁴⁸ «The Assembly is particularly concerned about the recent referendum in Switzerland and urges the Swiss authorities to enact a moratorium on and repeal as soon as possible, the general prohibition on the construction of minarets for mosques»: Asamblea Parlamentaria del

En el marco del Derecho constitucional suizo, la relación entre Derecho interno y Derecho internacional no es plenamente nítida. El artículo 5.4 de la Constitución federal señala que la Confederación y los Cantones «respetarán» el Derecho internacional. Del mismo modo, el artículo 5.3 obliga al Estado suizo a actuar de buena fe en el plano internacional, y el artículo 190 obliga a los tribunales a aplicar el Derecho internacional, al igual que las leyes federales, pero sin establecer una expresa relación jerárquica entre ambas categorías de normas. Sigue, por tanto, sin quedar manifiestamente claro si existe una primacía del Derecho internacional sobre el doméstico. Por supuesto que los conflictos o contradicciones entre el Derecho nacional y el internacional no son exclusivos de Suiza. Sin embargo, dada la importancia de la participación popular en la toma de decisiones, incluso constitucionales, en la Confederación Helvética, las posibles colisiones entre las normas internas legitimadas democráticamente y las obligaciones internacionales adquieren aquí una relevancia especial.

El Tribunal Federal ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión de la prevalencia de normas internas o internacionales. Por lo que se refiere a una posible colisión entre normas constitucionales e internacionales, no se han producido hasta el momento pronunciamientos expresos⁴⁹. De lo señalado en los artículos 193 y 194 podemos concluir que solamente las normas imperativas se situarían por encima de la propia Constitución. Por el contrario, el Tribunal sí ha tenido que posicionarse varias veces ante posibles colisiones entre tratados internacionales y leyes internas.

Cuando nos encontramos ante un tratado internacional posterior que contradice una ley anterior, existe un consenso generalizado en admitir que aquél prevalece sobre ésta, aunque solamente fuera por el mero principio de temporalidad. El problema interpretativo fundamental se produce, obviamente, cuando nos encontramos ante una ley posterior (o, con mayor razón, una disposición constitucional) que contradice lo establecido en tratados internacionales previamente ratificados por Suiza. Desde el importante caso Schubert de 1973⁵⁰ el Tribunal Federal estableció que cuando el Parlamento aprueba de forma deliberada y consciente una ley federal que contradice un tratado bilateral previamente concluido, aquélla prevalece sobre éste. La justificación fundamental de dicha doctrina es la separación de poderes. Sin embargo, en el caso PKK, resuelto

Consejo de Europa, Resolución 1743 (2010), «Islam, Islamism and Islamophobia in Europe», de 23 de junio de 2010, para. 13.

⁴⁹ MOECKLI, D., *ob. cit.*, p. 784.

⁵⁰ ATF 99 Ib 39, Sentencia de 2 de marzo de 1973; reiterada en ATF 111 V 201, Sentencia de 23 de octubre de 1985, y ATF 122 II 1, Sentencia de 9 de marzo de 1986.

en 1999⁵¹, el Tribunal decidió que las leyes federales deben ser interpretadas de acuerdo al Derecho internacional. En caso de no ser ello posible, un conflicto entre una ley federal y el CEDH debe ser resuelto de acuerdo a los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena, conforme al cual el Derecho internacional prevalece sobre el interno, y con mayor motivo si el tratado internacional sirve a la protección de los derechos humanos. Esta doctrina del caso PKK complementa el artículo 5.4 de la Constitución federal que obliga a las autoridades federales y cantonales a respetar el Derecho internacional. Pero al mismo tiempo, no ofrece una norma cerrada de resolución de conflictos de normas. Aunque el Tribunal tiende a reconocer la prevalencia de las normas internacionales de derechos humanos sobre leyes posteriores⁵², permitiendo a algunos autores defender que existe una jurisprudencia consolidada que permite no aplicar las leyes contrarias al CEDH o a otras normas de derechos humanos⁵³, lo cierto es que otras decisiones posteriores también han reafirmado la doctrina del caso Schubert, que seguiría siendo válida según la voluntad del legislador, al estilo de como opera en Canadá la cláusula *notwithstanding* del artículo 33 de la Carta de Derechos y Libertades⁵⁴.

El problema en el caso que nos ocupa en este trabajo es que una hipotética decisión del Tribunal Federal sobre la cuestión podría alinearse con la doctrina Schubert quizás con más motivo que con la doctrina PKK. Ello puede ser así porque el caso PKK no consistió de hecho en una deliberada violación del CEDH, por lo que es dudoso que anule la doctrina Schubert. En el caso de los minaretes, la decisión popular se adoptó con la plena conciencia de que se violaría el Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que así lo habían advertido tanto la Asamblea como el Consejo federal. Ciertamente, si el argumento de la separación de poderes resulta válida respecto de las leyes federales (que deliberadamente violan preceptos internacionales) aprobadas por el parlamento, debe resultar igualmente válida respecto de las iniciativas populares aprobadas por la ciudadanía en las mismas condiciones. Es por ello dudoso que el Tribunal Federal pueda o quiera anular una decisión adoptada por

⁵¹ ATF, 125 II 417, Sentencia de 26 de julio de 1999.

⁵² LANGER, L., *ob. cit.*, p. 884.

⁵³ HOTTELIER, M. y MARTENET, V. (2007), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2006», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2007-2, p. 270. FLEINER, T.; MISIC, A. y TÖPPERWIEN, N. (2005). *Swiss Constitutional Law*, La Haya, Kluwer Law International, p. 44.

⁵⁴ Vid. RUIZ VIEYTEZ, E. (2012), «La excepción constitucional australiana. El debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, p. 113.

votación popular, prefiriendo seguramente dejar la decisión final en manos del Tribunal de Estrasburgo, sin establecer normas o principios de Derecho interno que pudieran solventar la colisión.

3.3 Posibles soluciones de la contradicción normativa

Por lo que respecta a la búsqueda de soluciones a las posibles contradicciones entre Derecho interno y Derecho internacional, el Consejo Federal ha elaborado al menos dos importantes informes en los que trata de analizar la situación creada y eventualmente sugerir algunas propuestas⁵⁵. Una primera solución jurídicamente obvia pasaría por denunciar aquellos tratados internacionales que resulten inconsistentes con posteriores reformas legislativas o constitucionales. Esta solución haría desaparecer la contradicción jurídica radicalmente, pero no parece plausible desde el punto de vista político. En el caso concreto del PIDCP, éste ni siquiera contiene una cláusula que señale el procedimiento de denuncia y el propio Comité de derechos Humanos ha señalado que los Estados parte no pueden retirarse del mismo una vez ratificado⁵⁶. Por lo que se refiere al CEDH, la posibilidad de denuncia prevista en el artículo 58 no parece ejercitable desde el punto de vista político, pues conllevaría un coste insoportable para Suiza, incluyendo su salida del Consejo de Europa. El propio Consejo federal había señalado respecto de la iniciativa popular «por una concepción moderna de la protección de los animales (sí a la protección de los animales)» que el CEDH y el PIDCP tienen un «rango tal que hace su denuncia imposible de hecho», subrayando la gravedad de las consecuencias políticas que tendría una denuncia del CEDH, aunque la misma sea teóricamente posible⁵⁷.

En consecuencia, se trata de buscar soluciones que permitan mantener los mecanismos actuales de democracia directa pero asegurando la compatibilidad de sus resultados con las normas internacionales de derechos humanos. En sus informes, el Consejo Federal recuerda que Suiza sigue el modelo monista de incorporación del Derecho internacional, para señalar de un modo un tanto ambiguo, que el problema de las iniciativas populares contrarias a los derechos

⁵⁵ «La relation entre droit international et droit interne», Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, Documento FF 2010-2067; y «Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne», du 30 mars 2011, Documento FF 2011-3401.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, Comentario General núm. 26, «Continuidad de las obligaciones», Comentario de 8 de Diciembre de 1997, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1.

⁵⁷ Mensaje del Consejo Federal de 7 de junio de 2004, Documento FF 2004 3077, p. 3086.

humanos merita un estudio pormenorizado de la viabilidad de las posibles soluciones. El Consejo también sugiere que las iniciativas populares deben respetar el corazón o *kerngehalt* de los derechos fundamentales, concepto cercano a nuestro contenido esencial, pero renuncia o teme proponer la instauración de alguna suerte de control judicial previo⁵⁸.

Dentro de esta acusada prudencia, en su informe de 2011⁵⁹, El Consejo propone adoptar dos tipos de medidas. La primera sería someter las iniciativas, con carácter preliminar a un control material por parte de los departamentos federales de Justicia y de Asuntos Extranjeros, de manera que los proponentes recibirían antes del comienzo de la recogida de firmas una opinión técnica, pero no vinculante, sobre la compatibilidad de su texto con el Derecho internacional. Esta opinión, a su vez, quedaría añadida a la propuesta, permitiendo así a los ciudadanos conocerla antes de apoyar con su firma la iniciativa, lo que podría resultar disuasorio en caso de que se haya observado una inconsistencia jurídica. Por otro lado, en este caso, la opinión podría animar a los impulsores a modificar su propuesta a fin de hacerla compatible con el Derecho internacional. En cualquier caso, nos movemos en el plano de las intenciones de proponentes o de los potenciales firmantes, y nada asegura la preocupación de los ciudadanos por cuestiones técnico-jurídicas ante determinado tipo de iniciativas⁶⁰. La segunda medida consistiría en interpretar de una manera más extensiva los criterios de invalidez, declarándose nulas no solo las propuestas que violan normas imperativas en el sentido estricto, sino también aquéllas que no sean compatibles con el contenido esencial de los derechos fundamentales o al menos de algunos derechos, entre los que podría entrar fácilmente el que garantiza la no discriminación⁶¹.

En suma, las propuestas del Consejo hasta la fecha son más bien modestas y da la sensación de que en un sistema que ensalza la soberanía popular, aquél guarda cierto temor a plantear controles. Parece, en fin, que cualquier solución a esta vía de agua pasa por ensanchar el límite que la Constitución federal dispo-

⁵⁸ HOTTELIER, M. y MARTENET, V. (2010), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2009», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2010-3, p. 422.

⁵⁹ Documento FF 2011-3401.

⁶⁰ CHRISTMANN, A. (2009), «Do Voters Care about Rights? Protection of Rights and the Rule of Law in a (semi-)Direct Democracy», ponencia presentada en la conferencia general ECPR en Postdam (2009), disponible en http://www.annachristmann.org/resources/ECPR+Potsdam_AChristmann_Do+voters+care+about+rights.pdf

⁶¹ CANÇADO, A. (2011), «The expansion of the material content of jus cogens : the contribution of the Inter-American Court of Human Rights», en SPIELMANN, D.; TSIRLI, M. y VOYATZIS, P. (eds.), *The European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruselas, Bruylant, pp. 27-46.

ne frente a las iniciativas populares, ensanchando el significado de la expresión «normas imperativas de Derecho internacional», por vía de interpretación, e incluyendo dentro de la misma al conjunto de disposiciones de tratados como el CEDH o el PIDCP. Esta solución podría además articularse mediante otra de las condiciones de validez de las iniciativas, aunque implícita, como es la de su ejecutabilidad. En virtud de ella, las iniciativas no podrían considerarse válidas si resultan de hecho inejecutables o inaplicables. En particular, ello enlazaría con la imposibilidad de denuncia de los tratados citados, por cuanto una iniciativa que fuera contra un tratado que en la práctica no es denunciabile, resultaría de hecho inejecutable o inaplicable⁶². Varios autores y políticos han defendido esta opción de extender el límite constitucional a las iniciativas por esta vía, calificando a las normas de derechos humanos del tipo CEDH o PIDCP como normas perentorias de facto, dado que la implementación de una disposición que las violara resultaría de hecho imposible. Sin embargo, hasta el momento, el Consejo ha renunciado a adoptar este camino de considerar las disposiciones de estos tratados como normas imperativas de facto en el sentido del artículo 139.2 de la Constitución federal y se mantiene en el sistema suizo una fuerte resistencia institucional a interpretar el límite del artículo 139.2 de la Constitución de una forma extensiva frente a las iniciativas populares.

3.4 *La violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su recurso*

Como hemos señalado con anterioridad, no solamente el Consejo y la Asamblea federales suizas han considerado la nueva disposición constitucional contraria al CEDH y al PIDCP, sino que dicha opinión es compartida por la práctica unánimidad de la doctrina⁶³. Esto nos sitúa ante la perspectiva de analizar el modo en el que las correspondientes instancias internacionales podrían intervenir para proteger los derechos violados. De entrada, debe descartarse la posibilidad de interponer una comunicación contra Suiza ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, toda vez que la Confederación Helvética no ha ratificado el Protocolo Opcional número 1 del PIDCP que permite dicha posibilidad. Por ello, nuestro análisis debe ceñirse a una posible intervención del Tribunal de Estrasburgo en defensa del CEDH.

Partiendo de la convicción de que la disposición viola tanto el artículo 9 del CEDH como el 14, un hipotético caso llevado frente al Tribunal Europeo de

⁶² MAHON, P. (2011), «Minarets, droit international impératif et Convention européenne des droits de l'homme», *Journal of Sharia & Law*, vol. 45, p. 75.

⁶³ MAHON, P., *ob. cit.*, p. 75. HIRTER, H., *ob. cit.*, p. 13. LANGER, L., *ob. cit.*, p. 882.

Derechos Humanos conducirá a la condena a Suiza con base en la violación de alguno de ambos artículos o de la conjunción de ambos⁶⁴. Aunque en materia de religión, el Tribunal europeo ha subrayado el margen de maniobra que tienen los Estados para decidir el espacio o relevancia que quiera darse a las religiones en la esfera pública⁶⁵, partimos de la base de que la prohibición absoluta de la construcción de minaretes sería considerada una injerencia en la libertad de religión, que no encuentra una justificación objetiva, razonable y proporcionada. Apreciando la violación del artículo 9, es muy posible que el Tribunal decida no considerar una hipotética violación simultánea del artículo 14. En diferentes casos, las prohibiciones de construcción o alquiler de edificios con fines religiosos han sido consideradas una injerencia en la libertad religiosa⁶⁶. El fin que justificaría tal restricción podría ser el mantenimiento del orden público, que en otras ocasiones ha servido para legitimar ciertas limitaciones del citado derecho. Sin embargo, en el presente caso es difícil probar la relación directa de la medida con tal fin, así como la proporcionalidad de la misma, máxime teniendo en cuenta que sólo se dirige a una religión concreta. El Tribunal de Estrasburgo también ha señalado que en los contextos de pluralismo, el Estado debe asegurar la tolerancia y la convivencia entre diferentes grupos, observando un equilibrio que permita el respeto de las minorías religiosas y evite el abuso de cualquier posición dominante⁶⁷.

Si el Tribunal de Estrasburgo, ante una posible demanda, decidiera argumentar sobre la línea de que los minaretes no constituyen una manifestación de la libertad de religión protegida en el artículo 9, el análisis de una posible violación del artículo 14 centraría toda la atención. Y en tal caso, la prohibición absoluta de construir determinadas estructuras religiosas de una concreta religión podría constituir una discriminación injustificada, apreciándose violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 9⁶⁸.

En realidad, tras el referéndum de 2009, dos demandas fueron interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera de ellas (Ouardiri

⁶⁴ PETERS, A., *ob. cit.*, p. 433.

⁶⁵ TEDH, caso *Folgerø y otros v. Noruega* (application no 15472/02), Sentencia de 29 de junio de 2007; TEDH (Gran Sala), Caso *Lautsi and others vs. Italia* (application no. 30814/06), Sentencia de 18 de marzo de 2011.

⁶⁶ TEDH, caso *Manoussakis and others vs. Grecia* (application 18748/91), Sentencia de 26 de septiembre de 1996, par. 36; TEDH, caso *Vergos vs. Grecia*, application 65501/01, Sentencia de 24 de junio de 2004, para. 32.

⁶⁷ TEDH (Gran Sala), caso *Leyla Sabin v Turkey* (application 44774/98), Sentencia de 10 de noviembre de 2005, para. 108.

⁶⁸ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 890.

v. Switzerland), a título individual, por un antiguo portavoz de la mezquita de Ginebra; la segunda (*Ligue des Musulmans de Suisse and Others v. Switzerland*), a título colectivo, por tres asociaciones y una fundación musulmanas suizas. Sin embargo, en ambos casos el Tribunal declaró las demandas inadmisibles sobre la base de que sus autores no podían considerarse víctimas en el sentido del artículo 34 del CEDH, ni directas ni indirectas, de posibles violaciones de la libertad de religión o de la prohibición de discriminación⁶⁹.

Para la mayoría de la sección, los demandantes no alegaron que se hubiera producido sobre ellos ningún efecto concreto de la disposición constitucional en cuestión. Tampoco justificaban que pudieran ser en el futuro parte de un proceso de construcción de un minarete, lo que impedía que pudieran considerarse como «víctimas potenciales», un concepto usado muy excepcionalmente⁷⁰. El Tribunal considera que las demandas interpuestas se configuraban como una acción popular que pretende controlar en abstracto la disposición constitucional discutida, algo no previsto en el sistema de Estrasburgo.

El Tribunal muestra así una actitud muy prudente frente a estas dos primeras demandas, y consigue al menos diferir el caso a un momento posterior. En efecto, el tema puede volver a plantearse en Estrasburgo, pero deberá hacerse por parte de una persona o entidad que habiendo pretendido erigir un minarete en Suiza ha recibido una respuesta negativa de las autoridades helvéticas tanto en sede administrativa como judicial. Ello abre la puerta a una posible solución en clave interna mientras tal recurso llega hasta Estrasburgo y, por otro lado, sirve para posponer otro debate caliente que afecta a temas religiosos planteado en el mismo año en el que el Tribunal decidió en su Gran Sala el polémico caso *Lautsi*⁷¹. Por otro lado, debe notarse que la decisión de inadmitir a trámite estas dos primeras demandas fue adoptada por mayoría y no por unanimidad. Sin embargo, el sistema no permite introducir opiniones separadas en las decisiones de admisibilidad, por lo que no conocemos el razonamiento jurídico de los jueces que habrían optado por admitir los recursos interpuestos.

⁶⁹ TEDH, 2.ª sección, Decisión de 28 de junio de 2011, asuntos *Association «Ligue des musulmans de Suisse» et autres c. Suisse* (application 66274/09) y *Hafid Ouairi c. Suisse* (application 65840/09).

⁷⁰ El concepto de víctima potencial se aplica, por ejemplo, en el famoso caso *Dudgeon* contra el Reino Unido, en relación con la legislación norirlandesa que criminalizaba los actos homosexuales entre adultos, afectando así al comportamiento de dicha orientación sexual, incluso sin necesidad de haber sido directamente condenados con base en dicha normativa: TEDH, caso *Dudgeon vs. Reino Unido* (application 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, para. 40.

⁷¹ TEDH (Gran Sala), Caso *Lautsi and others vs. Italia* (application no. 30814/06), Sentencia de 18 de marzo de 2011.

4. PROBLEMAS POLÍTICOS. CUESTIONES PARA EL ENCAJE DE DIFERENTES CULTURAS POLÍTICAS

4.1 *El significado de la votación y su simbolismo*

El resultado afirmativo del referéndum del 29 de noviembre de 2009 constituyó una considerable sorpresa, toda vez que la mayor parte de los sondeos previos habían vaticinado un respaldo minoritario a la iniciativa, y considerando que tres de los cuatro grandes partidos políticos y las principales instituciones suizas habían recomendado el voto negativo⁷². Muy posiblemente, la explicación a este resultado no debe buscarse en la posibilidad de un incremento sustancial de la construcción de minaretes o mezquitas en el país. Solamente existen alrededor de 160 mezquitas y cuatro minaretes en todo el territorio y nada hacía indicar que las demandas de construir nuevas torres fuera a incrementarse significativamente. Por otro lado, el número de habitantes de religión musulmana en Suiza sigue siendo relativamente bajo, y sobre todo en las zonas rurales del país. Sin embargo, un análisis somero del resultado del referéndum muestra que los cantones que rechazaron la iniciativa corresponden con zonas de elevada población urbana (Ginebra, Vaud, Neuchatel, Basilea ciudad), mientras que el voto afirmativo fue elevado en cantones rurales en los que apenas reside la población musulmana.

Desde una clave política, el resultado del referéndum no debe buscarse en la cuestión concreta de la construcción de determinados elementos arquitectónicos de uso religioso, sino en el simbolismo de los mismos en un contexto de temor o recelo a una extensión de determinadas formas de Islam⁷³. Así, para Fund, la votación refleja la frustración de los electores suizos de que sus miedos ante el radicalismo islámico están siendo ignorados bajo un manto de corrección política⁷⁴. Langer, por su parte, señala que desde una perspectiva sociológica, la votación no guardaba relación ni con el orden constitucional ni con ninguna amenaza proveniente de la construcción de minaretes, sino que se trataba de una votación sobre la integración o exclusión, y sobre las condiciones sobre las cuales la sociedad suiza está dispuesta a aceptar al «otro» en

⁷² HIRTER, H., *ob. cit.*, p. 13.

⁷³ GIANNI, M. (2010), «Una visión de Europa occidental: reflexiones sobre la integración de los musulmanes en sociedades secularizadas», en RUIZ VIEYTEZ, E. y URRUTIA ASUA, G. (eds.), *Derechos humanos y diversidad religiosa*, San Sebastián, Alberdania, p. 99.

⁷⁴ FUND, J.H., *ob. cit.*, p. 60.

su seno⁷⁵. Para algunos es una expresión de un profundo miedo al cambio⁷⁶, que otros concretan en un miedo a un supuesto proceso de «islamización» de la sociedad suiza⁷⁷ o a la excesiva visibilización del Islam en la sociedad suiza⁷⁸. A ello debe añadirse el éxito organizativo y dinamizador del SVP a lo largo de los últimos años, con su punto culminante en la primera década del siglo XXI⁷⁹.

Partiendo de esta consideración global, hay que reconocer que el elemento concreto de los minaretes condensa un valor simbólico añadido que no es exclusivo, desde luego, de una particular religión. En este sentido, las torres son construcciones humanas que siempre han estado dotadas de gran valor simbólico y que, por lo tanto, movilizan con fuerza las posiciones y actitudes de los diversos sectores sociales. La Torre de Babel es posiblemente el episodio fundacional en nuestra cultura de la dicotomía creativa/destructiva de las construcciones verticales. La erección, destrucción o conquista (real o virtual) de determinadas torres ha servido para simbolizar cambios de ciclo, victorias o derrotas, orgullos o amenazas. Así podríamos mencionar el simbolismo de la Torre de Pisa, la Torre Eiffel, el Faro de Alejandría, la Torre de Londres, el *Big Ben*, o los rascacielos (torres residenciales, en suma) del World Trade Center en Nueva York. Ninguna de estas construcciones sirve a objetivos religiosos, pero cumplen con la función de representar, impresionar, impactar o marcar una determinada visión de la sociedad. Desde el mito de la Torre de Babel, que representa la diversidad como un castigo divino, hasta la caída de las Torres Gemelas en el 11-S, las construcciones verticales presiden simbólicamente las luchas de poder. También ello se produce en los edificios religiosos, cuando la erección de torres determina un determinado paisaje o una determinada supremacía de una visión sobre la otra. El arte gótico invadió Europa occidental de edificios verticales, con altas torres sobre la fachada, que expresaban una nueva energía evangelizadora⁸⁰, como más tarde se manifestaría en los países sometidos a evangelización cristiana. Los minaretes construidos sobre territorio cristiano, por su parte, denotan la presencia de las comunidades musulmanas, alteran el *skyline* tradicional de las sociedades europeas, y condensan el miedo a un cambio social que no pocos identifican con la regresión en libertades y con la alienidad.

⁷⁵ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 868.

⁷⁶ PROIETTO, N. (2010). «Mountains and minarets», *History Today*, vol. 60-4, p. 6.

⁷⁷ PETERS, A., *ob. cit.*, p. 431.

⁷⁸ GIANNI, M., *ob. cit.*, p. 98.

⁷⁹ MOECKLI, D., *ob. cit.*, p. 780.

⁸⁰ Vid. ADAMS, H. (1961), *Mont-Saint-Michel and Chartres*, Nueva York, The New American Library.

El simbolismo de estas construcciones explica así en parte que los ciudadanos suizos se manifestaran contra los mismos en un intento de expresar su temor a un cambio social demasiado profundo o a unas tendencias del Islam que más que ejercer la libertad religiosa, quisieran tener un cierto poder en el diseño del espacio público.

4.2 *La cultura política suiza y sus limitaciones*

Al mismo tiempo, cabe preguntarse también cómo es posible que una iniciativa popular solamente apoyada por uno de los cuatro grandes partidos suizos y por ninguna institución, pueda obtener en Suiza una mayoría tan amplia de apoyos ciudadanos. La explicación se encuentra seguramente en la cultura política suiza, que difiere considerablemente en algunos elementos de la de otros países europeos, particularmente en lo que se refiere a los mecanismos de democracia directa. Por ejemplo, parece obvio que en el sistema helvético, la democracia directa provoca que los partidos políticos ejerzan sobre la sociedad una menor influencia que en los restantes países del entorno⁸¹. En el sistema suizo, cuando se produce un consenso total entre las élites de los grandes partidos políticos, la ciudadanía, en los procesos de democracia directa, no tiene más remedio que respaldar aquél. Sin embargo, cuando nos encontramos ante unas élites políticas divididas sobre una cuestión, el comportamiento del electorado suizo se vuelve impredecible y no siempre responde a lo que las mayorías parlamentarias dan a entender⁸². Esto explica también la preocupación de la clase política suiza por buscar consensos y acuerdos entre todas las formaciones políticas, que eviten que la oposición en potencia (es decir, el electorado) pueda ejercer los mecanismos para abrogar, por ejemplo, una determinada norma legislativa. En Suiza, dada la presencia simultánea de todos los partidos políticos importantes en el ejecutivo, los mecanismos de democracia directa proporcionan al electorado la posibilidad de participar en los procesos políticos y corregir en cierto grado la ausencia de una oposición institucional fuerte⁸³.

Los suizos otorgan a los mecanismos de democracia directa (referéndum obligatorio, referéndum opcional o iniciativa popular) una gran importancia para el funcionamiento de su sistema constitucional, y muestran también un

⁸¹ LADNER, A. (2007), «Political Parties», en KLÖTI, U. et al. (eds.), *Handbook of Swiss Politics*, 2.ª ed., Zurich, Neue Zürcher Zeitung, p. 309.

⁸² KRIESI, H. y TRECHSEL, A.H. (2008), *The Politics of Switzerland. Continuity and change in a consensus democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 121.

⁸³ MOECKLI, D., *ob. cit.*, p. 776.

elevado orgullo por disponer de los mismos. Alrededor de un 90% de los ciudadanos se manifiesta orgulloso de la democracia directa y reconoce su importancia para el futuro de Suiza⁸⁴. Desde 1848, se han producido más de 700 votaciones amparadas en los mecanismos de democracia directa, y en los resultados de las mismas aparece un ligero equilibrio entre las aceptadas y las rechazadas. Por lo que respecta a las iniciativas populares, esta posibilidad fue establecida en 1874, junto con el derecho a votar sobre todos los cambios constitucionales propuestos por el Parlamento. Su aprobación requiere obtener la doble mayoría de votos afirmativos de los ciudadanos y de los cantones. El número de iniciativas populares sometidas a referéndum en los últimos 150 años supera los dos centenares, si bien el porcentaje de las que han sido aceptadas es muy inferior, puesto que la tendencia electoral dominante es la de conservar el *statu quo* y rechazar las propuestas de modificación⁸⁵. Esto no obstante, incluso cuando las iniciativas populares no son aprobadas, pueden tener un considerable impacto indirecto, posicionando determinados debates en la agenda política o cuestionando determinados cambios legislativos⁸⁶.

La peculiar cultura política suiza explica en buena medida las dificultades políticas y jurídicas que un caso como el que aquí nos ocupa plantea. La identidad suiza no sólo descansa sobre valores o instituciones compartidas, sino que su proceso de consolidación política se entrelaza con una narrativa cuasi-heroica que relata idealmente cómo la libertad fue conquistada por el pueblo en un proceso histórico de lucha contra unas autoridades exteriores o superiores⁸⁷. Esto explica en parte las reservas existentes en Suiza frente a un sistema institucional o judicial demasiado fuerte, o frente a un poder centralizado o autoritario, dejando un fuerte ámbito de decisión al voto popular directo⁸⁸. El recorrido histórico suizo es en parte la concreción de algunas de las ideas puristamente democráticas de Jean-Jacques Rousseau sobre una base de ética calvinista del trabajo, que ha dado como resultado una gran riqueza económica, la «fórmula mágica» de reparto de los asientos del Directorio, una débil presidencia rotatoria y una democracia participativamente militante⁸⁹. Los liberales del siglo XIX, en su intento de federalización de los diversos cantones, defendieron la necesidad de que el pueblo común de la Federación tuviera también una voz directa en determinadas decisiones políticas. La consecuencia de este movimiento fue crear

⁸⁴ KRIESI, H. y TRECHSEL, A.H., *ob. cit.*, p. 66.

⁸⁵ KRIESI, H. y TRECHSEL, A.H., *ob. cit.*, p. 57. PROIETTO, N., *ob. cit.*, p. 6.

⁸⁶ MOECKLI, D., *ob. cit.*, p. 777.

⁸⁷ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 918.

⁸⁸ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 916.

⁸⁹ PROIETTO, N., *ob. cit.*, p. 5.

un proceso político basado sobre el consenso que se expresa habitualmente de manera bastante conservadora⁹⁰.

Es por ello que resulta difícil para el pueblo suizo aceptar la idea de que la soberanía popular no es ilimitada, y aún con más motivo, que los límites a la misma puedan haber sido establecidos y controlados desde instituciones judiciales externas. En no pocos ambientes suizos, es difícil admitir que pueda producirse un conflicto entre la soberanía popular (expresada a través de los mecanismos de democracia directa) y el imperio de la ley (sometimiento al ordenamiento jurídico, que incluye las normas internacionales). La idea de que una decisión popular mayoritaria es jurídicamente incorrecta (o incluso inconstitucional) suena en este sentido alienadora, puesto que soberanía popular e imperio de la ley tienden a confundirse como equivalentes. Sobre estas bases, la posibilidad de que una decisión popular constitucionalmente aceptada pueda infringir normas internacionales de protección de derechos humanos encuentra un difícil tratamiento en el entorno suizo. Sin embargo, debe recordarse que la noción de derechos humanos nace precisamente como límite preestablecido frente a ejercicios ilimitados de soberanía. Esto no obstante, es cierto que el rechazo secular suizo a los jueces extranjeros o a las élites domésticas juega en contra de una solución jurídica que pueda coonestarse con esta peculiar tradición política helvética.

4.3 *La recepción del control internacional de derechos humanos*

En efecto, la hostilidad al Derecho internacional es inherente a la narrativa idealizadora de una sociedad igualitaria, autárquica, no elitista y autosuficiente que forma la base del sistema mítico de la Suiza moderna⁹¹. Del mismo modo, el rechazo a los «jueces extranjeros» es un tema central de esta misma narrativa y engarza de modo espléndido con la historia mitificada de la conformación de la Confederación, que se funda cuando el 1 de agosto de 1291 los cantones de Uri, Schwyz y Unterwalden se comprometen, entre otras cosas, a no aceptar o recibir ningún juez que no sea vecino de los mismos⁹². Esta postura antijudicial y sobre todo antiextranjera hay que entenderla en el contexto histórico bajomedieval y moderno de la lucha de los cantones suizos por deshacerse del control imperial en sus tierras y lograr un pleno autogobierno presidido por una idea comunitarista de participación directa en la toma de decisiones. Esta tradición

⁹⁰ PROIETTO, N., *ob. cit.*, p. 6.

⁹¹ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 916.

⁹² LANGER, L., *ob. cit.*, p. 920.

ha conducido también a un profundo antielitismo en la cultura suiza, que recela jurídicamente de las instancias judiciales, académicas e incluso de las parlamentarias y ejecutivas en beneficio del respeto a las decisiones populares adoptadas en cualquiera de los niveles de la organización federal. Todo ello provoca que el Derecho internacional o las decisiones de órganos internacionales de control sean recibidas en la cultura política suiza tradicional como intromisiones externas de escasa legitimidad⁹³.

En esta línea, una hipotética decisión condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con motivo del tema que nos ocupa, sería interpretada por algunos sectores políticos suizos como una injerencia ilegítima sobre la decisión adoptada por la ciudadanía federal, que cuestiona uno de los cimientos del orden político suizo tradicional⁹⁴. Estaríamos así cerca de los problemas políticos que se han planteado tradicionalmente en los países de cultura constitucional británica, cuando se trata de defender derechos fundamentales no siempre incorporados a textos de rango constitucional⁹⁵, o incluso a decisiones de determinados tribunales constitucionales sobre normas de alto rango constitucional que han sido previamente ratificadas por la ciudadanía mediante un referéndum. Se trata, en todo caso, no de un problema jurídico en el sentido más estricto, pero sí indudablemente de un debate sobre la legitimidad de la última decisión en asuntos que por su importancia pueden ser extremadamente sensibles. Ello resulta particularmente cierto en el caso de Suiza, y nos mueve a pensar que es necesario desarrollar un sistema cierto de diálogo constitucional entre las instancias internacionales de protección de derechos (notablemente el Tribunal de Estrasburgo, aunque no solo) y los órganos parlamentarios de los diferentes países afectados⁹⁶. Es cierto que en el caso suizo es especialmente difícil establecer un diálogo con el electorado⁹⁷, pero sin duda la Asamblea Federal puede representar al mismo una vez que éste se ha expresado y tratar de mediar entre las dos decisiones (la constitucionalmente correcta y la internacionalmente

⁹³ LANGER, L., *ob. cit.*, p. 922.

⁹⁴ PETERS, A., *ob. cit.*, p. 437.

⁹⁵ Vid. RUIZ VIEYTEZ, E., *cit.*, pp. 95-138.

⁹⁶ Sobre la teoría del diálogo en su origen canadiense, vid. HOGG, P. y BUSHELL, A. (1997). «The Charter Dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 35, pp. 75-105; MANFREDI, C. y KELLY, J. (1999), «Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 37, pp. 513-521; HOGG, P., BUSHELL, A. y WRIGHT, W. (2007), «Charter Dialogue revisited – or «much ado about metaphors»», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45-1, pp. 1-65.

⁹⁷ CHRISTMANN, A., *ob. cit.*

adecuada) para procurar, hasta donde sea razonablemente posible, una solución legislativa que pueda satisfacer ambas legitimidades.

Finalmente, es preciso añadir que la prohibición de construcción de nuevos minaretes no afecta solamente, como señalaba el Comité de Derechos Humanos, a los artículos 18 y 26 del PIDCP, sino también el artículo 27 del mismo, que se refiere a la protección, entre otros, del derecho de las personas pertenecientes a minorías religiosas a profesar su propia religión. No existe en el ámbito europeo un artículo paralelo a éste, pero Suiza es parte del Convenio Marco Europeo para la Protección de las Minorías Nacionales, que también refiere a la libertad de religión en su artículo 9. El hecho de que gran parte de la población musulmana de Suiza sea de origen o nacionalidad extranjera no impide que pueda ésta considerarse a estos efectos como una minoría protegida por dicho convenio⁹⁸. El plus de protección que los citados artículo y convenio ofrecen respecto a la libertad fundamental de religión está aún por ser correctamente definido⁹⁹, pero en todo caso la protección expresa de las minorías religiosas ofrece una pauta interpretativa más al tema que nos ocupa.

En este sentido, Suiza ha pasado tradicionalmente por ser un país progresista en el trato de las minorías y por saber acomodar adecuadamente la pluralidad interna, tanto en clave religiosa como política o lingüística. Sin embargo, acontecimientos como el referéndum sobre los minaretes nos conducen a entender que, como en otros países, existe una percepción muy diferente en la sociedad suiza sobre la posición de las minorías tradicionales y las minorías de más reciente formación. Al igual que el Tribunal Supremo de Canadá señaló la protección de las minorías como uno de los cuatro principios fundamentales del régimen constitucional canadiense (siendo los otros tres el federalismo, la democracia y el constitucionalismo o imperio de la ley)¹⁰⁰, seguramente la Federación suiza entendería éste como uno de sus principios definitorios, pero posiblemente en el plano jurídico se repetirían las distinciones sustanciales entre uno y otro tipo de minorías que quedaron patentes en el caso Waldman

⁹⁸ Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las personas extranjeras, e incluso los visitantes, pueden constituir minorías en el sentido del artículo 27 del PIDCP: Comité de Derechos Humanos, Comentario General núm. 23(50), Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, Comentario de 8 de abril de 1994, apartado 5.2.

⁹⁹ Vid. RUIZ VIEYTEZ, E. (2011), «Gaps in the legal protection of religious diversity: generic versus specific protection instruments», *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos/ Yearbook on humanitarian action and human rights*, núm. 8, pp. 13-26.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Canadá, Reference re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217, Opinión de 20 de agosto de 1998, para. 32.

contra Canadá decidido por el Comité de Derechos Humanos¹⁰¹. No resultaría en absoluto sorprendente que Suiza defendiera también la diferencia derivada del reconocimiento constitucional interno para tratar de manera desigual a distintas minorías, por mucho que ello pudiera violentar el principio de no discriminación. Definitivamente, el debate sobre el modelo de integración en una sociedad crecientemente multicultural sigue abierto, también en países como Canadá y Suiza.

BIBLIOGRAFÍA

- AUER, A.; MALVERINI, G.; y HOTTELIER, M. (2010), *Droit constitutionnel suisse*, Berna, Stämpfli.
- BAUMANN, M. y STOLZ, J. (dirs.) (2009), *La nouvelle Suisse religieuse. Risques et chances de sa diversité*, Ginebra, Labor et fides.
- BEHLOUL, S. M y LATHION, S. (2009), «Les musulmans et l'islam en Suisse: les multiples facettes d'une religion du monde», en BAUMANN, M. y STOLZ, J. (dirs.), *La nouvelle Suisse religieuse. Risques et chances de sa diversité*, Ginebra, Labor et fides, pp. 199-213.
- BETZ, H.-G. y MERET, S. (2009), «Revisiting Lepanto: the political mobilization against Islam in contemporary Western Europe», *Patterns of Prejudice*, vol. 43, núms. 3-4.
- CHURCH, C.H. (2004), *The Politics and Government of Switzerland*, Palgrave-MacMillan.
- CHRISTMANN, A. (2009), «Do Voters Care about Rights? Protection of Rights and the Rule of Law in a (semi-)Direct Democracy», ponencia presentada, disponible en http://www.annachristmann.org/resources/ECPR+Potsdam_AChristmann_Do+voters+care+about+rights.pdf
- CHRISTMANN, A. y DANACI, D. (2012), «Direct Democracy and Minority Rights. Direct and Indirect Effects on Religious Minorities in Switzerland», *Politics and Religion*, vol. 5-1, pp. 133-160.
- DISTEFANO, G. y MAHON, P. (2011), «Ban on Minarets from the Standpoint of Swiss Constitutional Law and Public International Law (Jus Cogens)», *Journal of Sharia & Law*, vol. 45, pp. 69-84.
- DISTEFANO, G. (2011), «Le droit international public en péril», *Journal of Sharia & Law*, vol. 45, pp. 78-83.

¹⁰¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Waldman vs. Canada* (comunicación 694/1996), documento CCPR/C/67/D/694/1996, Decisión de 3 de noviembre de 1999.

- FLEINER, T.; MISIC, A. y TÖPPERWIEN, N. (2005), *Swiss Constitutional Law*, La Haya, Kluwer Law International.
- FLEINER, T. y BASTA, L. (2009), *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Berlin, Springer.
- FUND, J.H. (2010), «Swiss Stunner», *The American Spectator*, febrero 2010, pp. 60-61.
- GARÇON, F. (2011), *Le modèle Suisse*, 2.^a ed., Paris, editions Perrin.
- GIANNI, M. (2010), «Una visión de Europa occidental: reflexiones sobre la integración de los musulmanes en sociedades secularizadas», en RUIZ VIEYTEZ, E. y URRUTIA ASUA, G. (eds.), *Derechos humanos y diversidad religiosa*, San Sebastián, Alberdania, pp. 81-104.
- HAENNI, P. y LATHION, S. (dirs.) (2011), *Los minaretes de la discordia: pistas para superar la islamofobia*, Barcelona, Icaria.
- HALLER, W. (2009), *The Swiss Constitution in a comparative context*, Zurich, Dike.
- HIRTER, H. (dir.) (2010), *Année politique Suisse 2009*, Berna, Institut de science politique à la université de Berne.
- HOTTELIER, M. y MARTENET, V. (2007), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2006», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2007-2, pp. 269-314.
- (2009), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2008», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2009-3, pp. 431-464.
- (2010), «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2009», *Revue suisse de Droit international et européen*, vol. 2010-3, pp. 419-451.
- KRIESI, H. y TRECHSEL, A.H. (2008), *The Politics of Switzerland. Continuity and change in a consensus democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LADNER, A. (2007), «Political Parties», en KLÖTI, U. et al. (eds.), *Handbook of Swiss Politics*, 2.^a ed., Zurich, Neue Zürcher Zeitung, pp. 309-334.
- LANGER, L. (2010), «Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, núm. 4, pp. 863-951.
- MAHON, P. (2010), *Droit constitutionnel*, Neuchatel, Université de Neuchatel.
- (2011), «Minarets, droit international impératif et Convention européenne des droits de l'homme», *Journal of Sharia & Law*, vol. 45, pp. 71-77.
- MOECKLI, D. (2011), «Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights», *Human Rights Law Review*, núm. 11-4, pp. 774-794.
- PETERS, A. (2010), «El referéndum suizo sobre la prohibición de minaretes», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, pp. 429-438.
- PROIETTO, N. (2010), «Mountains and minarets», *History Today*, vol. 60-4, pp. 5-6.

- REICH, J. (2009), «Switzerland: Freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 4, pp. 754-767.
- STÜSSI, M. (2012), *Models of Religious Freedom. Switzerland, the United States and Syria, by Analytical, Methodological and Eclectic Representation*, Zurich-Berlin, Lit Verlag.
- TAUXE, L. (2007), «La concretization legislative des initiatives populaires fédérales acceptées en votation: un processus aux outputs très incertains», *Swiss Political Science Review*, núm. 13-3, pp. 453-458.

Title:

DIRECT DEMOCRACY AND RELIGION: PROBLEMS DERIVED FROM THE SWISS BAN OF MINARETS

Summary:

1. Introduction. 2. Context: the 2009 Swiss referendum and its consequences. 3. Legal problems. Questions for International and Constitutional Law; 3.1 Violation of Rights; 3.2 Contradictions between domestic and international law; 3.3 Possible solutions to legal inconsistencies; 3.4 Violation of the European Convention of Human Rights and appeal. 4. Political problems. Questions for the accommodation of different political cultures; 4.1 Meaning of the voting and its symbolism; 4.2 Swiss political culture and its limitations; 4.3 Assumption of the international control of human rights. 5. References.

Resumen:

La posibilidad de aprobar por referéndum reformas constitucionales de iniciativa popular caracteriza el régimen suizo en línea con su apuesta por la utilización de mecanismos de democracia directa. Sin embargo, la estrechez de los límites constitucionales impuestos a estas iniciativas puede dar lugar a serias contradicciones entre el orden jurídico-político interno y los compromisos internacionales asumidos por el país, lo que resulta particularmente grave en lo que se refiere a los derechos humanos. Así, la aprobación en 2009 de una nueva disposición constitucional que prohíbe taxativamente la construcción de minaretes en la Federación Helvética supone una fuente de conflictos normativos que parte desde la posible violación de la libertad religiosa o el derecho a la no discriminación, protegidos por las principales normas internacionales de derechos humanos. En las condiciones actuales, hallar una solución estable a esta suerte de contradicciones normativas resulta complicado, toda

vez que la cultura política suiza es reacia tanto a ensanchar los límites de la soberanía popular como a recibir correcciones de jueces extranjeros. De este modo, se presentan por un lado una serie de problemas o dificultades de orden jurídico y por otra parte, cuestiones de naturaleza política. Entre las primeras, debe analizarse en primer lugar si una prohibición de la construcción de minaretes en sede constitucional entraña una violación de los derechos a la libertad religiosa o a la no discriminación tal y como se recogen en normas internacionales, especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Respecto a este mismo punto, cabe estudiar el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garante de dicho convenio contra la disposición constitucional suiza o las decisiones tomadas en aplicación de la misma. En segundo lugar, es preciso estudiar los conflictos que pueden producirse en el orden suizo entre normas constitucionales y normas internacionales, así como plantear posibles soluciones a las mismas.

Por lo que se refiere a las cuestiones de orden político, su análisis deviene relevante para contextualizar adecuadamente las dificultades jurídicas explicadas. En primera instancia, es conveniente estudiar el significado del referéndum planteado en 2009 respecto de la construcción de nuevos minaretes en un país que apenas cuenta con cuatro de estas construcciones. La cultura política tradicional de Suiza ayuda en este sentido a entender las dificultades de articulación entre la democracia directa y un posible control jurídico internacional, así como la relativa ausencia de controles internos, en sede judicial o parlamentaria de las iniciativas populares. El peculiar modelo suizo se presenta así problemático en un contexto de armonización europea sobre la base de un marco común de protección de derechos humanos.

El análisis conduce a resaltar la necesidad de ensanchar los filtros de admisión de iniciativas populares, reinterpretando el concepto de normas imperativas de Derecho internacional a fin de incluir en las mismas los elementos de los derechos humanos que pueden constituir hoy en día parte de un acervo europeo común.

Abstract:

The option to approve by referendum constitutional amendments proposed by popular initiatives is one of the characteristic of the Swiss regime, which fosters the use of direct democracy mechanisms. However, the narrowness of the constitutional limits to this kind of initiatives may open the door to serious contradictions between the domestic legal order and those international commitments undertaken by the country, being this particularly relevant in respect of human rights protection. Thus, the approval in 2009 of a new constitutional clause banning the

construction of minarets in the Helvetic Federation entails a set of legal questions, starting from the possible violation of the religious freedom or the right not to be discriminated against, both protected by the highest international norms on human rights. Within the current conditions, finding a stable solution to these legal inconsistencies seems difficult, being the Swiss political culture reluctant to enlarge the limits of the popular sovereignty and to receive mandates from foreign judges. In this way, we face on the one hand problems or difficulties in the legal field and, on the other hand, questions of a political nature. Among the former, it must be firstly analysed whether the ban for construction of new minarets at the Constitution entails per se a violation freedom of religion or the right not to be discriminated against, in the way these rights are understood in the main international human rights instrument, such as the European Convention of Human Rights. In relation to the same point, it is also possible to study the access to the European Court of Human Rights as legal guarantee of the aforementioned treaty, appealing against the constitutional clause or against the possible decisions taken in its implementation. Secondly, it is necessary to reflect about the conflicts that may arise at the Swiss legal order between constitutional dispositions and international norms, as well as look for possible solutions to these inconsistencies.

As for the political aspects, their analysis becomes relevant to rightly contextualize the aforementioned legal difficulties. Firstly, it is necessary to reflect about the real meaning of the 2009 referendum in a country where no more than four minarets can be found. The traditional political culture of Switzerland helps in this respect to understand the difficulties to put together direct democracy and international legal controls, or the absence of parliament or judicial domestic controls for popular initiatives. The peculiar Swiss model is thus a problematic one in a context of European harmonisation on the basis of a common framework of human rights protection.

The analysis brings us to underline the need to enlarge the admission filters of the popular initiatives, adopting a new interpretation of the concept of peremptory norms of international law, with the aim of including in it those elements of human rights that constitute today a European common *acquis*.

Palabras clave:

Religión / referéndum / *ius cogens* / minaretes / democracia directa.

Keywords:

Religion / referendum / *ius cogens* / minarets / direct democracy.

