

**LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ALEMANA
E ITALIANA SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA
EN LA ESCUELA Y LOS PRINCIPIOS DE
TOLERANCIA Y LAICIDAD.
CRÍTICA Y PROPUESTAS PARA EL
DERECHO ESPAÑOL**

María J. Roca
*Catedrática de Derecho Eclesiástico
Universidad de Vigo*

Abstract: The work inquires into the argumentation of the German Constitutional Federal Court and Italian Council of State about the principles of tolerance and laicism for solving clashes roused by the religious symbols in the school classrooms. The work looks into some aspects of the Italian and German solutions that can be assumed by Spanish law and suggests the proportionality judgment for solving these controversial issues in our legal ordinance, in accordance with jurisprudence of the Spanish Constitutional Court.

Keywords: Religious Symbols/ Tolerance/ Laicism/ Religious freedom/ Child's religious education.

Resumen: El trabajo analiza la argumentación del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y del Consejo de Estado italiano acerca de los principios de tolerancia y de laicidad en la resolución de conflictos suscitados por la simbología religiosa en las aulas escolares. Se examinan los aspectos de las soluciones italiana y alemana que son asumibles por el Derecho español, y se propone el juicio de proporcionalidad para la resolución de estas controversias en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Palabras clave: Simbología religiosa/ Tolerancia/ Laicidad/ Derecho de libertad religiosa/ Derecho de los padres a la educación de sus hijos.

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema.- 2. La simbología religiosa y los principios constitucionales en el Derecho alemán.- 2.1. Introducción.- 2.2. Exposición de la doctrina alemana sobre el deber de tolerancia de los poderes públicos.- 3. Jurisprudencia constitucional alemana.- 3.1. Breve resumen de las sentencias más significativas.- 3.1.1. La práctica religiosa en la escuela.- 3.1.2. El crucifijo en las aulas escolares de Baviera.- 3.1.3. La indumentaria religiosa de los profesores en las aulas escolares.- 3.2. Doctrina jurisprudencial sobre la tolerancia y su crítica.- 3.2.3. La tolerancia y la convivencia de la mayoría y la minoría.- 4. La tolerancia en el engranaje de la dogmática alemana de los derechos fundamentales.- 4.1. Distinción respecto de la proporcionalidad.- 4.2. Dificultad de su autonomía.- 5. Valoración crítica del *status questionis* en el Derecho alemán.- 6. Breve referencia a la práctica y simbología religiosa escolar en Italia.- 6.1. La decisión del Consejo de Estado italiano sobre los crucifijos escolares.- 6.2. La laicidad italiana.- 7. Simbología religiosa en el ámbito escolar español.- 7.1. Supuestos conflictivos en materia de simbología escolar.- 7.1.1. El crucifijo en las escuelas.- 7.1.2. El velo islámico de las alumnas.- 7.1.3. El belén navideño.- 7.2. Conclusiones sobre aplicabilidad de la argumentación alemana e italiana a los supuestos suscitados en España.- 7.2. Juicio de proporcionalidad en los supuestos conflictivos de simbología escolar.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

A lo largo del año 2006 se han seguido produciendo en el ámbito nacional y en algunos países de nuestro entorno cultural nuevos supuestos acerca de la presencia del hecho religioso en el ámbito público. Piénsese, por ejemplo, en el manifiesto por la Laicidad pronunciado en Málaga el día de la conmemoración de la Constitución española¹, en la petición de un grupo de abogados de Madrid² dirigida a los órganos de gobierno de su propio colegio para que se retire cualquier símbolo religioso, se supriman las misas en sufragio por los colegiados fallecidos, la patrona, e incluso se revoque un convenio suscrito con una universidad con sede en la Comunidad de Madrid, por el hecho de que su titular es una entidad religiosa. A los ejemplos citados se podrían añadir los supuestos de la representación del Belén o la celebración de la Navidad en

¹ Un extracto puede consultarse en la página web del PSOE.

² Un grupo de abogados "progresista" quiere suprimir los crucifijos en el Colegio de Madrid, La Razón, 22-XII-06.

los colegios públicos³ (Zaragoza, Mijas, Cartagena, etc.).

En los países de nuestro entorno a nivel jurídico cabe destacar el pronunciamiento del Consejo de Estado italiano⁴ y a nivel político el belén instalado en el parlamento italiano⁵, la actuación de Tony Blair a la vuelta de un viaje por Oriente Medio⁶, así como la decisión de una cadena de televisión de retransmitir simultáneamente al mensaje de Navidad de la reina, el de una musulmana tocada con el tradicional velo islámico, o la decisión del *Royal Mail* de no hacer ninguna referencia al nacimiento de Cristo en la habitual emisión de sellos navideña⁷.

En los ejemplos anteriormente mencionados, recogidos de la prensa, están presentes situaciones que para su adecuado tratamiento jurídico requieren de matizaciones tales como si se trata del empleo de símbolos religiosos en lugares públicos como los centros escolares o en centros de trabajo privados⁸, si el símbolo religioso está expuesto o es portado por una persona, etc. Todo ello ha sido estudiado por la doctrina española, abordando tanto los conflictos resueltos por instancias judiciales españolas como internacionales⁹ y extranjeras de Francia¹⁰, Italia¹¹ y Alemania¹², principalmente, aunque

³ Los padres obligan a montar un belén al director de un colegio público de Cartagena, en ABC, 20-XII-06. Denuncian a la directora de un instituto de Málaga por desmontar un belén, en El Mundo, 27-XII-06.

⁴ Decisión del Consejo de Estado italiano, de 13 de febrero de 2006.

⁵ Italia: Habrá un belén en el Parlamento, Acepresna, 13-XII-06, recoge las declaraciones del Presidente de la Cámara, Fausto Bertinotti: "¿Por qué no íbamos a poner el belén? Se trata de algo prestigioso y unificador".

⁶ Blair se apunta a las celebraciones navideñas en pleno debate laicista, La Razón, 22-XII-06.

⁷ Católicos y musulmanes ingleses se unen para reivindicar la Navidad, La Razón, 20-XII-06.

⁸ J. ROSSELL, Imprudencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa, en "Aranzadi social", núm. 1, 2003.

⁹ Por lo que se refiere a la Jurisprudencia europea de Derechos humanos, vid. Suiza y Leyla Sahin c. Turquía, puede verse en iustel.com "Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 6, 2004. Un estudio de esta última decisión puede verse en E. RELAÑO PASTOR/ A. GARAY, Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico, en iustel.com "Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 12, 2006. En el ámbito del Derecho internacional universal, puede verse el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 (Comunicación núm. 931/2000. Documento CCPR/C/82/D/931/2000, de 18 de enero de 2005), relativo a la demanda formulada contra el Gobierno de Uzbekistán por una alumna expulsada por llevar velo islámico.

¹⁰ M. ALENDA SALINAS, La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico, en iustel.com, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 9, 2005, pp. 11-22.

¹¹ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Confessione religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche, Bologna, 2005, pp. 207 y ss. IDEM, La simbología religiosa en los espacios públicos: problemas generales y soluciones concretas en los estados europeos, en I. C. IGLESIAS CANLE (coord.), Inmigración y Derecho, Valencia, 2006, pp. 249 y ss. S. CAÑAMARES ARRIBAS / A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ,

también se atiende a los ordenamientos jurídicos de Estados pertenecientes a la *common law*¹³ y dedicándose especial atención al ámbito escolar y al principio de laicidad y la simbología religiosa. Pues bien, aprovechando esas aportaciones doctrinales previas¹⁴, el presente estudio pretende abordar la cuestión de la simbología religiosa en el ámbito escolar desde la perspectiva del tratamiento que reciben en ese mismo ámbito otros aspectos como la práctica religiosa (la oración en la escuela, o la práctica religiosa en general por ejemplo), porque entendemos que el estudio conjunto de estos supuestos (simbología y práctica religiosa) ayuda a entender mejor la aplicación de los principios de neutralidad (o laicidad) y la adecuada ponderación de la libertad religiosa positiva y negativa. El estudio se aborda desde la óptica comparada con el Derecho alemán, y se hacen también referencias al Derecho italiano. Nos ha parecido que la elección de estos dos ordenamientos jurídicos se justifica, atendiendo a que ninguno de ellos cuenta con una regulación legal de los símbolos religiosos en el ámbito escolar, como sí ocurre en Francia. En este sentido, tanto Italia como Alemania tienen una situación más parecida a la del ordenamiento español. A ello se añade que la solución adoptada respecto a los crucifijos en las aulas es distinta, por ello resulta especialmente enriquecedora la comparación.

2. LA SIMBOLOGÍA RELIGIOSA Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO ALEMÁN

2.1 INTRODUCCIÓN

Puesto que en las decisiones relativas a la simbología religiosa y a la práctica religiosa en las escuelas han jugado un papel importante los principios de neutralidad y de tolerancia, se expone aquí una síntesis de la construcción dogmática acerca del principio de tolerancia en la doctrina, para poder después entender mejor las decisiones judiciales que aplican este principio. Al princi-

La cuestión de los crucifijos en los lugares públicos en Italia, en iustel.com, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 3, 200.

¹² S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, La polémica sentencia del crucifijo (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995), "Revista Española de Derecho Constitucional" 47, 1996, pp. 347 y ss.

¹³ S. CAÑAMARES ARRIBAS, Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado, Pamplona, 2005, pp. 123 y ss. IDEM, La simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América: la doctrina de la sentencia Van Orden v. Perry, en "Persona y Derecho", 53, 2005, pp. 385 y ss.

¹⁴ G. MORENO BOTELLA, Libertad religiosa y neutralidad escolar a propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional, Revista Española de Derecho Canónico, 58, 2001. M. ALENDA SALINAS, La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico, en iustel.com, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 9, 2005. IDEM, Libertad de creencias del menor y uso de signos

pío de neutralidad ya nos referimos en un trabajo anterior¹⁵. También los principios del pluralismo y de la no discriminación han sido considerados en las decisiones sobre simbología y sobre práctica religiosa escolar. Dentro de los límites de este trabajo se dedicará atención al principio de tolerancia en la parte teórica y a todos los principios considerados por los órganos jurisdiccionales en la exposición de la parte jurisprudencial.

2. 2. EXPOSICIÓN DE LA DOCTRINA ALEMANA SOBRE EL DEBER DE TOLERANCIA DE LOS PODERES PÚBLICOS

Aun después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn, en la que –como es sabido– no aparece mencionada la tolerancia, ésta ha sido objeto de estudio por los cultivadores del Derecho público alemán. Parte de la doctrina alemana concibe la tolerancia como un principio jurídico¹⁶, señalándose en unos casos que se trata de un principio relacional, en otros que se considera un principio complementario de la libertad religiosa¹⁷ o se matiza que se trata de un principio regulativo del ejercicio de este derecho¹⁸, mientras que para otros este principio se identifica con el pluralismo¹⁹. Según otras opiniones constituye el objeto de una tarea constitucional²⁰.

Otros autores ven la tolerancia como un mandato constitucional dirigido al Estado²¹, que debe servir para adoptar soluciones justas en determinados

de identidad religioso–culturales, en VV. AA., *Cursos de Derechos Humanos de Donosita–San Sebastián*, vol. IV, Bilbao, 2003, pp. 39 y ss. A. MOTILLA, *El problema del velo islámico en Europa y en España*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, 20, 2004, pp. 87 y ss.

15 M. J. ROCA, *La neutralidad del Estado. Orígenes doctrinales y situación actual en la jurisprudencia*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 48, 1996, pp. 251–272 y en “Il Diritto ecclesiastico”, 2, 1997, pp. 405–429. IDEM, “Teoría” y “práctica” de la laicidad. Acerca de su contenido y su función jurídica, en “Persona y Derecho”, 53, 2005, pp. 223–257.

16 A. KRÄMER, *Toleranz als Rechtsprinzip. Gedanken zu einem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz*, en “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 29, 1984, p. 117. GRUNDMANN, *Voz Toleranz* en “Evangelisches Staatslexikon”, 1. ed., col. 2302.

17 J. LISTL, *Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit*, en J. LISTL – D. PIRSON (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, 2. ed., Berlín, 1995, p. 443 considera a la tolerancia como un principio complementario de la libertad religiosa. En parecidos términos se expresa J. KOKOTT, Art. 4, en M. SACHS (ed.), núm. 25.

18 E. – W., BÖKENFÖRDE, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, en VVDStRL, 28, 1970, p. 45

19 G. PÜTTNER, *Toleranz als Verfassungsprinzip. Prolegomena zu einer rechtlichen Theorie des pluralistischen Staates*, Berlín, 1977, p. 13.

20 P. HÄBERLE, *Besprechung von Joseph Listl, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1971, en “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 19, 1974, p. 213, ve la tolerancia como objeto de una tarea constitucional (*Gegenstand von Verfassungsaufträgen*).

21 U. STEINER, *Rechtlich*, en “Evangelisches Staatslexikon”, 3. ed., vol. II, col. 3631; H. –J. BECKER, *Toleranz* en “Staatslexikon”, vol. V, col. 488. A. v. CAMPENHAUSEN, *Aktuelle Aspekte...*, p. 407, estima que bajo la vigencia de la LFB la tolerancia se espera ante todo en las relaciones de los ciudadanos entre sí y que el Estado es el protector de la tolerancia.

casos conflictivos. Este mandato se identifica en algún caso con el deber de proporcionalidad²². Y no falta quien considera a la tolerancia como una actitud ética general, pero no como un mandato jurídico²³. De todas estas posturas, la que primero requiere ser objeto de atención es la última. Al respecto conviene tener presente que los tribunales alemanes han invocado la tolerancia, para adoptar decisiones en supuestos referidos a la libertad religiosa y al derecho a la educación. Por ello, no puede descartarse cualquier valor jurídico de la tolerancia.

Con respecto a la diversidad de caracterizaciones de la tolerancia, a las que acabamos de hacer referencia, una primera explicación que puede darse, consiste en advertir que hay distintos tipos de principios constitucionales²⁴.

²² O. BUSCH, *Toleranz und Grundgesetz. ein Beitrag zur Geschichte des Toleranzdenkens*, Bonn, 1967, pp. 75 y s., ve la tolerancia en el Derecho como "Verbot des Übermaßes" y "Gebot der Verhältnismäßigkeit".

²³ Así A. PODLECH, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse*, 1969, p. 85. En el contexto de la sentencia sobre el crucifijo en las aulas escolares. Los criterios del recurso constitucional que constituyen el objeto del decreto sobre el crucifijo son los derechos fundamentales y otros derechos subjetivos de la Ley Fundamental expresamente a ellos equiparados. No son criterios legítimos los principios de no identificación del Estado, su secularidad y neutralidad religiosa, de paridad y de tolerancia, aunque éstos hayan jugado un importante papel en los argumentos del decreto y los votos particulares y en la discusión pública. Se trata de teoremas o de deberes éticos que cada uno a su manera, con más o menos acierto, reflejan la situación constitucional, sin alcanzar por ello la cualidad de derechos fundamentales.

²⁴ T. WÜRTEMBERGER, *Staatszielbestimmungen, Verfassungsaufträge*, en LdR 5/720, redacción 12 de abril de 1985, p. 1. A la Ley Fundamental se le han dado a través de la recepción de unas ideas fundamentales que determinan los fines estatales unos fines más o menos concretos que forman la vida política y que no tienen un carácter meramente procedimental o de atribución de competencias, sino que también constituyen un orden fundamental de carácter ético-jurídico. Hay distintos tipos de principios constitucionales: fines del Estado (*Staatszielbestimmungen*), tareas constitucionales (*Verfassungsaufträge*), tareas de la legislación (*Gesetzgebungsaufträge*) o prescripciones estructurales del Estado (*Staatsstrukturbestimmungen*). Los fines del Estado (*Staatszielbestimmungen*) están orientados hacia el futuro son principios constitucionales que abarcan un amplio campo de la vida política, como por ejemplo el principio del Estado social, que indican a la vida política una dirección en su conjunto. A través de las tareas constitucionales (*Verfassungsaufträge*) y de algunas tareas de la legislación (*Gesetzgebungsaufträge*), la Constitución determina puntualmente para las áreas de la política en concreto. Si los fines del Estado y las tareas constitucionales se dirigen más bien a la política en un sentido dinámico, las prescripciones estructurales estatales prescriben en primera línea las decisiones fundamentales de la Constitución en el área de la Constitución del Estado y del proceso político. La separación de poderes, el Estado de Derecho, el Federalismo, o la Democracia, no son principios de la dinámica política, sino principios ordenadores de la vida política. En la regulación de las prescripciones estatales y de las tareas constitucionales, el constituyente se deja guiar por el desarrollo histórico e intenta a través de una expresión armonizadora de los fines alcanzar la solución de los problemas sociales. Las prescripciones estatales y las tareas constitucionales son en parte respuesta desarrollos históricos de momentos de crisis, en parte expresión de la voluntad política de la comunidad en continuidad histórica, en parte fortalecimiento de las ideas ético-morales sobrevenidas y en parte adelantarse al futuro con nuevas concepciones de valores. (p.

Puesto que las tareas constitucionales son una especie del género “principios constitucionales”, queda con ello resuelta la dificultad que planteaba la caracterización de la tolerancia por parte de algunos autores como principio y por parte de otros como tarea constitucional: unos se estarían refiriendo al género y otros a la especie.

Faltaría todavía por armonizar la opinión doctrinal de aquellos que califican a la tolerancia como un mandato dirigido al Estado respecto de quienes la califican como un principio. Pues bien, teniendo en cuenta las últimas palabras de Würtenberger antes citadas, tampoco resultan del todo inconciliables ambas caracterizaciones. En un Estado pluralista, éste debe conseguir la aceptación de sus fines, y esto debe hacerlo desde ciertos valores, uno de ellos la tolerancia. Incluso desde este punto de vista cabría quizá encajar la postura de Podlech, como en una especie de cadena. La tolerancia sería uno de esos valores –ya no jurídico sino ético– que contribuye a que el Estado sea aceptado.

Mayores problemas se plantean cuando se intenta delimitar a la tolerancia de otras categorías como el principio de proporcionalidad, con el que ya hemos visto que aparece claramente identificada por Busch (a ello nos referiremos más adelante). Además, han de tomarse en consideración otras apreciaciones doctrinales que aportan elementos de interés para este estudio. La tolerancia ha sido puesta en relación con la equidad, con la discrecionalidad²⁵ y con la dispensa²⁶. Sobre la relación entre tolerancia y equidad se ha dicho que el concepto de equidad se retrotrae hasta Aristóteles. Pero en las actuales relaciones resulta necesario impregnarlo y completarlo de la componente constitucional, cuyos antecedentes (dignidad humana, orden jurídico, pluralismo y tolerancia) y fundamentos teóricos (la Constitución como pacto y como un

2) El acuerdo social sobre los fines últimos de la actividad política y sobre los valores superiores es también en un Estado pluralista fundamento irrenunciable para el reconocimiento del poder político como justo. Pertenece por ello a las tareas del Estado (*Staatsaufgaben*) conseguir la aceptación de los fines del Estado y de las tareas constitucionales. La aceptación del poder del Estado aparece como el complemento de tal legitimación del Estado desde la concepción de los valores. Para W. BROHM, *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung. Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes*, en “Juristen Zeitung”, 1994, p. 215, Los fines del Estado se definen como normas constitucionales jurídicamente vinculantes, que a diferencia de los derechos fundamentales, no conceden, en principio, al individuo ningún derecho subjetivo, pero que obligan a los órganos del Estado (sobre todo al legislador), con el carácter de una obligación de derecho objetivo, a respetar o a realizar esos fines del Estado en una situación concreta.

²⁵ F. WERNER, *Recht und Toleranz* en “Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentag”, vol. 2, München, 1969, p. 7.

²⁶ J. ISENSEE, *Bildursturm durch Grundrechtsinterpretation. Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, en MAIER, H. (ed.), *Das Kreuz im Widerspruch. Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts in der Kontroverse*, Freiburg – Basel – Wien, 1996, p. 25.

continuo pactar) legitiman el significado central que adquiere “la equidad como compromiso” en la evolución y la aplicación concreta del Derecho²⁷.

Por último, por lo que se refiere a la fundamentación de la tolerancia, las posturas doctrinales oscilan entre quienes la ven como una exigencia de la dignidad humana²⁸ y quienes la ven enraizada en la libertad²⁹.

De esta panorámica del estado de la cuestión acerca del uso del término tolerancia en la doctrina alemana, no parece fácil reconocer unas reglas claras del uso de este término en el lenguaje jurídico y de cuál sea su función. Antes de proponerse cualquier tipo de reglas, es necesario abordar el tratamiento de la tolerancia en la jurisprudencia.

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

Aun tratándose de aspectos distintos, la tolerancia estatal y la tolerancia individual no son dos mundos incomunicados entre sí. Ello se pone especialmente de manifiesto en el ámbito educativo. Si en el apartado anterior dedicado a la tolerancia como deber, la atención se fijaba en la determinación de la naturaleza jurídica que ese deber tiene, con prevalencia al contenido, o si se prefiere qué objeto tiene ese deber; en este apartado, vuelve a saltar al escenario el problema de la naturaleza jurídica, junto con el de su contenido material. Esto es, ¿la tolerancia es un principio relacional sin contenido material alguno?

3.1. BREVE RESUMEN DE LAS SENTENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS

Un elenco si no exhaustivo al menos bastante completo de los pronuncia-

²⁷ I. PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht. Grundlagen und Konturen einer Billigkeitskompetenz der Verwaltung*, Baden-Baden, 1991, pp. 373-374.

²⁸ C. STARCK, Art. 1 I en MANGOLDT, H. V. / KLEIN F. / STARCK, C., *Das Boner Grundgesetz*, 4. ed., München 1985, p. 31. En el reconocimiento de la dignidad humana se encierra la tolerancia. Esto lo ha presentado claramente el humanismo frente a las degeneraciones del Cristianismo. Pero la garantía de la dignidad humana obliga también a un límite de la tolerancia. Quienes lesionan la dignidad humana no deben poner en práctica tal lesión. Para ello debe el Estado poner los medios necesarios, incluso penales. Naturalmente también tienen dignidad aquellas personas que han lesionado gravemente la dignidad de los demás (delincuentes violentos).

²⁹ A juicio de A. KAUFMANN, *Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*, en KOHLMANN, G. (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Köln, 1983, p. 103, “Die Toleranz wurzelt in der Idee der Freiheit, und wo der Intolerante die in der Verfassung garantierte Freiheit nicht gefährdet, gibt es, wie John Rawls ganz zu Recht sagt keinen Grund..., ihm die Freiheit zu verweigern”. U. EISENHARDT, *Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht*, en “*Juristen Zeitung*”, 1968, 215, citando a Ridder, sostiene que la tolerancia está inherente a la libertad democrática, de la que habla el TCF en el fondo no designa otra cosa que el mismo orden jurídico democrático y libre; la tolerancia no sería, pues, ningún pensamiento jurídico específico inmanente a la ley fundamental.

mientos del Tribunal constitucional federal, en los que aparece la tolerancia³⁰, revela que no es posible hacer aquí un resumen de todos ellos, dentro de los límites de este trabajo. Igualmente, resultan de interés para nuestro estudio decisiones judiciales de otras instancias a las que nos referiremos ocasionalmente³¹. Expondremos aquí, de modo sintético el resumen de los pronuncia-

³⁰ En el ámbito de la tolerancia política, los pronunciamientos emitidos son: BVerfGE 5, pp. 85–309; BVerfGE 13, pp. 46–54; BVerfGE 47, pp. 198–239; en el ámbito de la libertad religiosa e ideológica: BVerfGE 12, pp. 1–5; BVerfGE 19, pp. 226–242; BVerfGE 24, 236 y ss.; BVerfGE 28, pp. 243–264; BVerfGE 31, pp. 58 y ss.; BVerfGE 32, pp. 98 y ss.; BVerfGE 33, pp. 23–42; BVerfGE 35, pp. 366–376; BVerfGE 41, pp. 29–64; BVerfGE 41, pp. 65 y ss.; BVerfGE 47, pp. 46–85; BVerfGE 52, pp. 223–255 y BVerfGE 93, pp. 1–37.

³¹ Sentencia del Tribunal administrativo de Múnich (en “*Neue Verwaltungszeitschrift*”, 1988 pp. 937 y ss) sobre el traje bhagwan de los profesores en la escuela. La cuestión planteada era si las autoridades escolares pueden prohibir a un profesor que imparta las clases con el traje típico de los miembros de una confesión religiosa en tonos rojos.

Los funcionarios tienen el deber de cumplir las leyes y de desempeñar su cargo, respetando el bien común. El demandante en cuanto profesor asumió la responsabilidad pedagógica de las clases y la educación de los alumnos y tiene que respetar el deber de educación y formación del Estado. Este deber de formación y educación del Estado incluye el deber de neutralidad en cuestiones religiosas. El deber de neutralidad es el necesario equilibrio entre el deber de educación por parte del Estado y el derecho fundamental de los padres a la educación de sus hijos. El deber de neutralidad emana también de la libertad religiosa (negativa) garantizada con el rango de derecho fundamental y no sometida reserva de ley así como de los preceptos 140 LFB (art. 136 y s. de la Constitución de Weimar) La prescripción del art. 135 de la Constitución de Baviera según la cual los alumnos deben ser educados según los principios cristianos no afecta a este caso. La entrada de un profesor en la clase vestido con el traje Bhagwan ejerce un efecto de propaganda religiosa. Ello está en contra del deber de neutralidad de la escuela en materia religiosa e ideológica. (De los fundamentos jurídicos del auto del Tribunal Constitucional de Baviera de 9. 9.1985, 1985, BayVB1 p. 722.).

El deber de neutralidad al que está sometida la escuela y cada profesor en concreto entran en conflicto con la libertad religiosa positiva del profesor, perteneciente al movimiento Bhagwan Shree Rajneesh. Ciertamente, la libertad religiosa no está sometida a reserva de ley, pero puede verse limitada, en virtud del principio de la unidad de la Constitución, por otras prescripciones de la LF. Especialmente, la libertad religiosa encuentra sus límites allí donde el ejercicio de este derecho fundamental entra en conflicto con los derechos fundamentales de otras personas. La libertad religiosa está por ello sometida al mandato de la tolerancia. Allí donde entren en conflicto la libertad religiosa negativa y la libertad religiosa positiva (especialmente en el ámbito escolar), debe buscarse el equilibrio bajo la consideración del mandato de la tolerancia (De los fundamentos jurídicos del auto del Tribunal Constitucional de Baviera de 9. 9.1985, BayVB1, 1985, p. 722).

El equilibrio según el mandato de la tolerancia sólo puede encontrarse, si el profesor se viste en clase de una forma que evite el ejercicio de una influencia religiosa sobre los alumnos. No puede evitarse esa influencia de otro modo, pues los alumnos tienen el deber de asistir a la escuela y no deben ser influenciados religiosa e ideológicamente contra la voluntad de sus padres o la suya propia. Aquí está presente un interés público especial. Por otra parte, el mandato religioso de los miembros de Bhagwan Shree Rajneesh no tiene en este contexto un significado tan relevante. Del mismo modo que el demandante está dispuesto a no llevar el Sanyas Namen y a no llevar, de vez en cuando, la Mala puede exigírsele también que en interés del deber de neutralidad al que la

mientos más significativos, a nuestro juicio: la Sentencia relativa a la oración en la escuela³², doctrina mantenida también en el caso de la bendición de la mesa en las escuelas infantiles, y que guarda estrecha relación con la posición de los poderes públicos con respecto a la educación sexual en las escuelas públicas³³, el pronunciamiento sobre el crucifijo en las aulas escolares³⁴ y, finalmente, la jurisprudencia sobre indumentaria religiosa de los profesores³⁵.

3.1.1. La práctica religiosa en la escuela

3.1.1.1. Oración en la escuela

El Tribunal constitucional federal decidió mediante el Auto de 16 de octubre de 1979, la cuestión de si atenta o no a la libertad religiosa negativa de los alumnos la práctica de la oración en la escuela. Declaró entonces que tanto el derecho fundamental de la libertad religiosa positiva como el de la libertad religiosa negativa están sometidos al mandato de la tolerancia, puesto que el deber de tolerancia está inserto en el art. 4, 1 de la LFB³⁶.

La libertad religiosa negativa no prevalece sencillamente sobre la libertad religiosa positiva. La solución adecuada al orden constitucional del conflicto planteado con ocasión de la oración en la escuela sólo puede alcanzarse mediante el equilibrio del respeto mutuo y de la tolerancia³⁷. Este equilibrio se resuelve, a juicio del Tribunal, permitiéndose la oración en la escuela, siempre que no sea obligatorio participar en ella.

En la decisión relativa a la admisibilidad de la educación sexual en la escuela, el Tribunal constitucional examinó también posiciones enfrentadas pero igualmente protegidas por la Ley Fundamental de Bonn. Por una parte, el derecho de los padres a la educación de sus hijos anclado en el art. 6, 2 de la Constitución y, por otra, la competencia estatal en materia de educación atribuida a los poderes públicos en el art. 7, 1 del mismo texto. El Tribunal resolvió el conflicto, considerando que en los arts. 4, 3; y 33, 3 de la Ley Fundamental de Bonn se encontraba la base, en virtud de la cual los padres podían exigir a los poderes públicos el ejercicio de la tolerancia. En este

escuela está sometida, haga una concesión en lo que se refiere a los colores de su vestido. Esta posición queda reforzada por el hecho de que el propio Bhagwan no concibe la cuestión del vestido como una disciplina. Además el sentido del vestido es facilitar la concentración en sí mismo para la meditación y lo que el profesor tiene que hacer en la escuela no es concentrarse en sí mismo y meditar, sino impartir sus clases.

³² BVerfGE 52, pp. 223–255.

³³ BVerfGE 47, pp. 46–85.

³⁴ BVerfGE 93, pp. 1–37.

³⁵ La última sentencia al respecto es la pronunciada por el Tribunal Constitucional de Baviera, el día 19 de enero de 2007. No hemos podido consultar el texto de la misma.

³⁶ BVerfGE 52, 223, p. 232.

³⁷ BVerfGE 52, 223, p. 227.

pronunciamiento, es el Estado el único destinatario de deber de tolerar³⁸.

3.1.1.2. Bendición de la mesa en las escuelas infantiles

Más recientemente, el Tribunal Constitucional³⁹ desestimó la admisión a trámite de un recurso de amparo en el que el demandante consideraba que no había recibido amparo judicial ni en primera instancia (juzgado administrativo de Gießen⁴⁰), ni en apelación (en el tribunal administrativo del Estado de Hessen⁴¹), su pretensión de que se suprimiese la bendición de la mesa en la escuela infantil municipal que frecuentaba su hijo, alegando que él era de ideología atea, y veía lesionado su derecho de libertad ideológica y su derecho a la educación de su hijo, garantizado en los arts. 4, 1 y 6, 2 de la Ley Fundamental de Bonn. Entendía el demandante que el principio de neutralidad ideológica y religiosa del Estado prohíbe que los empleados de un jardín de infancia actúen como organizadores de actividades religiosas.

El Tribunal Constitucional federal, en sus fundamentos –además de cuestiones procesales– argumenta (nº 7) que en el recurso de amparo no se ha considerado que en establecimientos como las escuelas infantiles las personas que trabajan como especialistas o como auxiliares realizan su tarea para el bien del niño, a tenor de los preceptos aplicables de la normativa vigente, y deben respetar los derechos del niño y de las personas responsables del cuidado del niño en todo lo que se refiera a su educación religiosa. Esos preceptos obligan a tomar en consideración los derechos de *todos* los niños y responsables de su educación, que concretan las posiciones respecto a los derechos fundamentales, y que se obtienen mediante una ponderación de las diversas consideraciones de valores de los niños y los padres. Estas prescripciones jurídicas de rango ordinario no pueden permanecer al margen de la valoración jurídica. Su contenido y su significado dentro del contexto de su aplicación trata de determinar la vigencia de los derechos fundamentales invocados, y en virtud de la distribución de competencias entre el Tribunal constitucional y los tribunales ordinarios competencia de estos últimos.

Por lo que se refiere al respeto al multiculturalismo el Tribunal Constitucional Federal declara que precisamente en virtud de este principio todos los niños desde su infancia, también los hijos de padres de ideología

³⁸ Para un comentario de esta sentencia en relación con el principio de tolerancia, cfr.: A. DEBUS, *Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, Frankfurt am Main, 1998, p. 161 y I. PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseeln im öffentlichen Recht...*, pp. 499 y 500.

³⁹ BVerfGE, 1BvR 1522/03 vom 2.10.2003, Absatz–Nr. (1–11), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk2003_1200_1bvrl52203.html

⁴⁰ Auto de 31–I–2003 “*Neue Juristische Wochenschrift*”, 2003, p. 1265.

⁴¹ Auto de 30–V–I 2003, “*Neue Juristische Wochenschrift*”, 2003, p. 2846.

atea, deben conocer que hay en la sociedad personas con creencias religiosas, y que desean practicarlas. El pluralismo se respeta en este caso, porque se dirigen oraciones de distintas confesiones, y porque quienes desean no participar en ninguna son plenamente respetados.

3.1.2. El crucifijo en las aulas escolares de Baviera

La sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 16 de mayo de 1995, sobre la presencia de crucifijos en las escuelas de Baviera⁴², resuelve el conflicto entre los padres de tres niños en edad escolar, pertenecientes a la ideología antroposófica que se oponen a que sus hijos visiten escuelas en las que haya una imagen con un crucifijo, y el reglamento escolar de las escuelas primarias que preveía la colocación de crucifijos en las aulas.

El Tribunal administrativo de la primera instancia⁴³ sostuvo que la tensión entre libertad religiosa positiva y negativa debía resolverse atendiendo al deber de tolerancia, según el principio de la concordancia. En consecuencia, no podrían los demandantes exigir que se reconozca a su libertad negativa una primacía absoluta sobre la libertad positiva de otros alumnos. Antes bien, cabe esperar de los demandantes tolerancia y respeto hacia las convicciones religiosas de los demás, cuando se encuentren con prácticas como ésta en la escuela. Un no cristiano o de cualquier otra orientación ideológica está sometido también al deber de la tolerancia y por tanto debe aceptar la cruz como respeto a la ideología de otros.

La decisión última del Tribunal constitucional federal, entendió, en cambio, que la instalación de cruces y crucifijos en las aulas viola el deber de neutralidad religiosa e ideológica del Estado. La discriminación que sufren los recurrentes no se justifica ni por el derecho estatal a organizar la escuela (art. 7,1 de la Ley fundamental), ni por la libertad religiosa positiva de otros alumnos o de sus padres (art. 4,1 de la Ley Fundamental). La opinión contraria sostenida por los tribunales anteriores se fundamenta en una interpretación inconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa. Esta libertad otorga a los ciudadanos un derecho de rechazo o de defensa frente al Estado y sirve precisamente para la protección de las minorías. En la medida en que las decisiones recurridas deducen del art. 4 un derecho de la mayoría frente a la minoría, en virtud de la cual la minoría debe respetar y tolerar atributos religiosos en ámbitos estatales como ejercicio religioso de la mayoría, invierten estas decisiones anteriores la protección de este artículo 4, en su contrario.

⁴² Un comentario más extenso a esta decisión, puede verse en M. J. ROCA, La neutralidad del Estado. Fundamento doctrinal y situación actual en la jurisprudencia, en "Revista Española de Derecho Constitucional", 48, 1996, pp. 251 y ss.

⁴³ Tribunal administrativo de Ratisbona, en "Bayerische Verwaltungsblätter", 1991, p. 345.

El hecho de que de la decisión del Tribunal constitucional federal sobre oración en la escuela se deduzca lo contrario, no puede invocarse en sentido absoluto, ya que en recientes decisiones sobre el deber de neutralidad religiosa de la escuela de otros tribunales se ha declarado que no está permitido que un profesor concreto vaya vestido durante la clase de modo que ese vestido haga una referencia inequívoca a sus convicciones religiosas⁴⁴. El hecho de colocar crucifijos en la escuela por parte de las autoridades escolares en el conjunto de las estancias de la escuela conduce a un efecto de propaganda mucho más fuerte y efectivo que el anterior, que consideró inadmisibile. En el caso controvertido se trata no ya de un ejercicio individual de la religión de una persona concreta que manifiesta así su pertenencia a una determinada confesión religiosa, sino de una influencia y propaganda ejercida por una autoridad estatal.

Este pronunciamiento, obligó al Estado de Baviera a dictar una nueva normativa sobre el equipamiento en las aulas. Lo cual no ha supuesto la supresión de los crucifijos con carácter general, sino la previsión de que se sigan manteniendo, exceptuado el caso de que un alumno que haya llegado a la madurez, o sus padres, si no la ha alcanzado, pidan la retirada de este símbolo.

3.1.3. La indumentaria religiosa de los profesores en las aulas escolares

El Tribunal constitucional federal⁴⁵ se pronunció sobre si una profesora podía no ser admitida como funcionaria del Estado de Baden-Württemberg, aduciendo las autoridades correspondientes del *Land*, como única razón que no podía llevar el velo islámico en las aulas escolares. Llevar la cabeza tocada con el velo islámico había sido la causa de considerar a la demandante como no adecuada para ocupar un puesto de maestra en la escuela pública, entendiendo que esa indumentaria es una expresión de su identidad cultural que surte un efecto objetivo de desintegración cultural, incompatible con el principio de neutralidad del Estado. El velo no es sólo símbolo religioso, sino también político y ejerce, a juicio de los tribunales que habían conocido el caso en las instancias anteriores, un efecto objetivo de desintegración cultural.

⁴⁴ La prohibición de llevar trajes de «Bhagwan» en las escuelas públicas por parte de los profesores se sigue de las decisiones judiciales siguientes: Del Tribunal administrativo federal (BVerwG) en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 1988, p. 937; del Tribunal Constitucional de Baviera, en “Bayerische Verwaltungsblätter”1985, p. 721; y del Tribunal administrativo superior de Hamburgo, en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 1986, p. 406.

⁴⁵ Sentencia de 24 de septiembre de 2003. BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 3.6.2003, Absatz-Nr. (1-140)

http://bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.htm

Según la opinión mayoritaria del Tribunal constitucional federal, el conflicto debe resolverse a través de un adecuado equilibrio de los intereses en conflicto a través de la concordancia práctica. El Estado no puede renunciar planamente en la escuela a algunas referencias religiosas e ideológicas, y debe tener en cuenta los derechos fundamentales de los funcionarios, derechos a los que no renuncian plenamente por entrar en una relación de servicio con la Administración pública. El deber de neutralidad del Estado que establece la Ley Fundamental de Bonn no es una no identificación con las religiones o las ideologías en sentido laicista, sino que se trata de una neutralidad, respetuosa y *vorsorgende* (en español, habría que traducir providente, algo así como que procura ayudar) hacia los individuos que están dentro de las aulas.

El fallo del alto tribunal obliga a los *Länder* a dictar leyes prohibitivas, si quieren prohibir la indumentaria religiosa de los funcionarios en las aulas. En ausencia de ley prohibitiva, prevalecen los derechos fundamentales de los candidatos a la función pública dentro de la enseñanza escolar.

3.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA TOLERANCIA Y SU CRÍTICA

En este apartado se tomará en consideración, de modo casi exclusivo, la bibliografía acerca de esta última decisión constitucional sobre los crucifijos en las aulas escolares bávaras, pues con frecuencia en ella se analizan también las decisiones jurisprudenciales anteriores, y porque la jurisprudencia posterior sobre indumentaria religiosa⁴⁶ considera los principios de neutralidad y no discriminación, más que el de tolerancia.

3.2.1. La relación de los principios de tolerancia y neutralidad

Antes de analizar la relación entre estos dos principios conviene tener presente que el art. 7 de la Ley Fundamental de Bonn, permite que haya escuelas públicas que no sean neutrales. De ahí que el legislador de cada *Land*, al establecer la normativa escolar deba orientarse, por una parte, en el art. 7 de la LFB –que permite que en el ámbito educativo tengan influencia los valores religiosos e ideológicos–, y, por otra parte, en el art. 4 de la LFB que prohíbe la coacción religiosa e ideológica, también en las escuelas. Una escuela que respeta el deber de la tolerancia (incluso estando orientada sobre la base de

⁴⁶ Cfr.: S MÜCKL, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen, en “Der Staat”, 2001, pp. 96 y ss. K. H. KÄSTNER, Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen, en K. H. KÄSTNER / K. NÖRR / K. SCHLAICH, (Hrsg.), Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 1999, pp. 359 y ss. A. DEBUS, Machen Kleider wirklich Leute? Warum der Kopftuch–Streit so spannend ist, en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 2001, pp. 1355 y ss. J. WINTER, Die Kopftuchentscheidung – Das Bundesverfassungsgerichtsurteil in der öffentlichen Debatte, en “Kirche und Recht”, 2003, pp. 129 y ss.

una determinada confesión cristiana), no coloca, pues, a los padres y a los niños que rechazan esa confesión en una situación contraria a la Ley Fundamental⁴⁷.

Por esto, se venía entendiendo, no sólo en Baviera, sino también en Renania del Norte– Westfalia que las escuelas cristianas comunes de ese *Land* podían contar con una cruz, siempre y cuando en la escuela se permitiera abiertamente una discusión crítica por parte de las personas no creyentes o que tuvieran otra creencia⁴⁸.

Lo que asombra de la decisión constitucional sobre los crucifijos en las aulas escolares es que con ocasión de la oración en la escuela se admitiera expresamente que las escuelas cristianas son conformes a la Constitución, siempre que no tengan un carácter proselitista y no aspiren a transmitir los contenidos de la fe de modo obligatorio. Este tipo de escuelas tiene unos caracteres diferentes según cada *Land*, puesto que la materia educativa forma parte de sus competencias. En uso de esa competencia el art. 135 de las escuelas de grado medio de Baviera dice: “en ellas, los alumnos serán formados y educados en los principios cristianos”⁴⁹. Si todo esto es constitucional, ¿Cómo resulta inconstitucional que haya una cruz? Este cambio de criterio ha sido interpretado por una parte de la doctrina, señalando que el TCF con este auto ha sobrepasado sus funciones constitucionales y ha invadido las competencias del legislador⁵⁰.

Una vez conocido que las escuelas públicas alemanas pueden no ser neutrales, conviene ponderar la relación entre los principios de tolerancia y de neutralidad en este supuesto. No faltan autores⁵¹ que entiendan que los criterios del recurso constitucional deberían haber sido los derechos fundamentales y otros derechos subjetivos de la Ley Fundamental expresamente a ellos equiparados. No son criterios legítimos los principios de no identificación del Estado, la secularidad y la neutralidad religiosa, la paridad y la tolerancia⁵².

47 P. BADURA, Das Kreuz im Schulzimmer. Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.1995, en “Bayerische Verwaltungsblätter”, 1996, p. 73.

48 La decisión del Tribunal administrativo superior de ese Land, con sede en Münster, se publica en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 1994, p. 597.

49 O. HÖFFE, Das Grundgesetz nur auslegen – Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, en “Juristen Zeitung”, 1996, p. 84.

50 O. HÖFFE, Das Grundgesetz nur auslegen–..., p. 85.

51 J. ISENSEE, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation...., p. 13.

52 J. MÜLLER–VOLBEHR, Positive und negative Religionsfreiheit. Zum Kruzifix–Beschluss des BVerfG, en “Juristen Zeitung”, 1995, p. 1000, considera, en cambio, que los criterios para la protección efectiva de los derechos fundamentales se alcanzan únicamente a través de una visión conjunta de todos los principios constitucionales aplicables al caso: la neutralidad, la tolerancia, la paridad, el principio democrático y el principio del federalismo. No obstante, este autor coincide en su crítica al fallo de la sentencia.

Aunque éstos hayan jugado un importante papel en los argumentos del Tribunal y de los votos particulares, éstos son deberes éticos que reflejan la situación constitucional, sin alcanzar por ello la cualidad de derechos fundamentales.

Quienes entienden que el caso en conflicto no debe resolverse en virtud de los principios de neutralidad y tolerancia, atienden al conflicto entre derechos fundamentales, argumentando que una facultad unilateral de determinar el entorno o el ambiente en las escuelas, conduce irremediamente a la disposición sobre los derechos fundamentales de otros titulares. Por tanto, no cabe deducir de la libertad religiosa que el individuo pueda disponer de los símbolos que se ponen en la escuela. Estos pertenecen a la propia concepción del titular de la escuela (el Estado). Esta concepción no está sometida ni a la libertad religiosa positiva de unos padres, ni a la libertad negativa de otros. Por sus derechos fundamentales, los padres no pueden exigir ni que se cuelgue la cruz, ni que se quite⁵³.

Para determinar la violación de un derecho fundamental, es necesario atender a la relevancia de las circunstancias subjetivas⁵⁴, pero ésta viene dada, en cada caso, por las normas objetivas y la libertad general de los otros ciudadanos sus iguales y no depende de lo piense o sienta al respecto el sujeto afectado⁵⁵. El individuo dispone sobre el contenido de su libertad fundamental, pero no sobre su entorno y sus límites⁵⁶.

3.2.2. La tolerancia y la llamada "concordancia práctica"

El marco constitucional impuesto por el art. 7,5 de la LFB al legislador de cada *Land* consiste, en primer término, en la garantía de la tolerancia, en el respeto a las distintas convicciones e ideologías y en el deber del justo equilibrio⁵⁷.

El Tribunal constitucional declaró hace ya algún tiempo que la libertad religiosa negativa es el derecho a no ser discriminado ni ser puesto en una situación de conflicto con la propia conciencia por los poderes públicos por razón de la no creencia o de tener otras creencias⁵⁸. La doctrina ha entendido

⁵³ J. ISENSEE, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation...*, p.17.

⁵⁴ M. MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen, 1993, *passim*.

⁵⁵ J. ISENSEE, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation...*, p.18.

⁵⁶ J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht...*, n. marginal 57.

⁵⁷ P. BADURA, *Das Kreuz im Schulzimmer. Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.1995*, en "Bayerische Verwaltungsblätter", 1996, p. 72, siguiendo en este punto la opinión de Scheuner y la de J. LISTL, *Glaubens- Bekenntnis- und Kirchenfreiheit...*, pp. 439-441.

⁵⁸ P. BADURA, *Das Kreuz im Schulzimmer. Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.1995*, en "Bayerische Verwaltungsblätter", 1996, p. 72, citando la STC federal: BVerfGE 12,1.

que la dimensión negativa del derecho fundamental puede, yendo más allá del deber de tolerancia, originar un deber de protección del Estado, para que el no creyente (o el que tiene otras creencias) no sea puesto en una situación de necesidad ni sea discriminado; pero ese deber de protección del Estado no llega a otorgar a los no creyentes un derecho frente a terceros⁵⁹.

Otro sector de la doctrina ha valorado positivamente la referencia de esta decisión al "cuidadoso equilibrio" a través de la concordancia práctica, del que pueden hacer uso las minorías, porque ello coloca a la libertad religiosa negativa en una nueva relación respecto a la libertad religiosa positiva⁶⁰. En cambio, en opinión de Link⁶¹ el conflicto entre la libertad religiosa positiva y la negativa no fue resuelto satisfactoriamente por el TCF. Ciertamente, la libertad religiosa garantizada en el art. 4 no concede ningún derecho a que sean colocados crucifijos en las aulas escolares, pero la interdependencia entre el derecho de los padres a la educación de los hijos y el dato de que la materia educativa es una competencia de los *Länder* no del Estado federal, obliga a éste a someterse a los principios que haya elegido el legislador de cada *Land*.

Por ambos sectores de la doctrina, se reitera que en caso de conflicto entre el aspecto positivo y negativo de un derecho fundamental, resulta obligado ponderar entre la intensidad de la carga respectiva de cada una de las partes, así como a buscar una solución para el caso concreto, en la cual los bienes jurídicos protegidos queden en un ponderado equilibrio⁶².

Pero en la jurisprudencia constitucional, se venía afirmando hasta ahora que, cuando resultan dos posiciones encontradas en la reivindicación de la libertad religiosa, hay que buscar bajo el mandato constitucional de la tolerancia un compromiso a través del equilibrio entre las posiciones contrarias⁶³. El pensamiento de la tolerancia hacia quienes piensan de modo diferente, es precisamente un factor cultural que ha crecido de las raíces del cristianismo⁶⁴. El deber del Estado de la tolerancia en cuestiones de religión o ideología protege ciertamente, en primer término a las minorías, incluso cuando por su

⁵⁹ P. BADURA, *Das Kreuz im Schulzimmer...*, p. 72.

⁶⁰ H. GOERLICH, *Krieg dem Kreuz in der Schule?*, en "Neue Verwaltungszeitschrift", 1995, p. 1184.

⁶¹ Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, en "Neue Juristische Woehenschrift", 1995, p. 3356.

⁶² Sobre esto K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*. III, 2, 1994, p. 625 ss. y C. HESSE, *Grundzüge der VerFR der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., 1995, Núm. 72, pp. 317 y ss. C. LINK, *Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, en "Neue Juristische Woehenschrift", 1995, p. 3356, nota 43.

⁶³ Así lo entiende el propio TCF en su sentencia y la mayoría de la doctrina, cfr. C. STARCK, *Art. 4, 1, 2*, núm. marg. 17.

⁶⁴ BVerfGE 41, 29, p. 52.

número no alcancen relevancia⁶⁵. Pero sometidos al deber de la tolerancia se encuentran tanto la libertad religiosa positiva como la libertad religiosa negativa⁶⁶. Ninguno de los dos aspectos de la libertad religiosa puede considerarse como un concepto que englobe al otro. De la tolerancia frente a una pequeña minoría no debe derivarse una gran intolerancia hacia la gran mayoría. El deber de la tolerancia debe desplegar sus efectos tanto en favor de la mayoría como en favor de la minoría. En ningún caso alcanza este deber de la tolerancia a garantizar de modo absoluto las pretensiones de rechazo de una crasa minoría que se siente provocada. De otro modo prevalecerían los intereses religiosos o ideológicos de una minoría siempre sobre los de la mayoría. Del deber de la tolerancia se deduce también que las aspiraciones ilimitadas de la libertad religiosa negativa, también pueden limitarse⁶⁷.

En medio de la confusión⁶⁸ que ha supuesto esta decisión en la doctrina alemana, lo que a mi juicio puede concluirse es que la concordancia práctica se resuelve imponiendo el deber de tolerar a una de las partes, de modo que aquella parte sobre la cual recae este deber, es la que acaba cediendo en su derecho. No se acierta a distinguir con claridad el criterio en virtud del cual en unos casos debe tolerar una parte y en otros otra. Es decir, en el estado actual de la doctrina jurisprudencial alemana, si se plantease un nuevo conflicto el resultado resulta imprevisible.

3.2.3. La tolerancia y la convivencia de la mayoría y la minoría.

El Tribunal Constitucional Federal⁶⁹ reconoce un significado especial al deber de la tolerancia en las Constituciones de los *Länder* y en los respectivos derechos relativos a la enseñanza: la confrontación con una imagen del mundo

⁶⁵ BVerfGE 33, 23 p. 32.

⁶⁶ Traducción literal de BVerfGE 52 223, p. 251.

⁶⁷ BVerfGE 52, 223 p. 247 y p. 251, cfr. J. MÜLLER-VOLBEHR, Positive und negative Religionsfreiheit. Zum Kruzifix-Beschluß des BVerfG, en "Juristen Zeitung", 1995, p.999 y C. LINK, Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, en "Neue Juristische Wochenschrift", 1995, p. 3356.

⁶⁸ J. NEUMANN, Rechts- oder Glaubensstaat?, en ZRP, 19, 1995, p. 386 disiente de los votos particulares que señalaban que también las minorías están obligadas al deber de la tolerancia. Sostiene que el tribunal ha seguido el camino adecuado metodológicamente, apartándose de los conceptos libertad religiosa positiva y libertad religiosa negativa (que son extraños a la LFB) y centrándose en la concordancia práctica. Para H. REIS, Rechts- oder Glaubensstaat? Eine Erwiderung, en ZRP, 2, 1996, p. 58, el Tribunal constitucional no intenta solucionar el conflicto entre libertad religiosa positiva y libertad religiosa negativa, según el principio de la concordancia y bajo la consideración del deber de tolerancia derivado de la Ley Fundamental de Bonn, sino que considera a la libertad religiosa como un supuesto del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Handlungsfreiheit), de ahí deduce que el libre ejercicio de la religión está garantizado sólo en la medida en que no resulten dañados los derechos de otros.

⁶⁹ BerfGE 41, 29 (52) y BVerfGE 65 (78), C. LINK, Die "Kruzifix"..., p. 3354,

que afirma la fuerza del pensamiento cristiano, no discrimina a las minorías disidentes, mientras no las conduzca a un conflicto de conciencia que sea inexigible según la Constitución, que tiene como fin garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad también en el ámbito religioso e ideológico.

Corroborando esta interpretación jurisprudencial, algunos autores han entendido que la libertad de ejercicio positivo de un derecho por parte de la mayoría no puede ser asegurado como parte de la necesaria tolerancia, mientras que la aspiración orientada en sentido negativo del mismo derecho por parte de las minorías debería, por ello, ceder conduciendo a un efecto de *Gestufte Toleranz* (tolerancia escalonada) que implicaría una violación de la neutralidad del Estado⁷⁰.

Por el contrario, otro sector doctrinal entiende que no se puede justificar la decisión del TCF en la protección de la minoría frente a la mayoría. El criterio para su decisión debe ser el Derecho constitucional, que tiene vigencia general para todos, pertenezca a la mayoría o a la minoría⁷¹.

Cabría decir respecto de la tolerancia y las minorías lo que se dijo al finalizar el apartado anterior. No se aprecia en las decisiones alemanas un criterio claro en virtud del cual pueda preverse, siguiendo el principio de la tolerancia, cuál de las dos partes enfrentadas tiene mejor derecho.

4. LA TOLERANCIA EN EL ENGRANAJE DE LA DOGMÁTICA ALEMANA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El actual Estado democrático y constitucional, vigente hoy en la República Federal de Alemania, que no está vinculado a una determinada religión o ideología, se declara neutral en estas materias y garantiza por ello a sus ciudadanos las libertades reconocidas en la Constitución. La libertad, que es para el individuo una garantía superior a la tolerancia, deja un reducido espacio a este principio. En todo caso, la tolerancia vendría a proteger aquellos casos extremos, situados fuera del principio de libertad pero que, en atención a determinadas circunstancias, son permitidos.

4.1. DISTINCIÓN RESPECTO DE LA PROPORCIONALIDAD

En la interpretación jurisprudencial de las libertades fundamentales juega un papel importante el llamado principio de proporcionalidad. Por ello resulta necesario analizar, cuál es la función de la tolerancia respecto del principio de proporcionalidad.

⁷⁰ H. GOERLICH, *Krieg dem Kreuz in der Schule?*, en "Neue Verwaltungszeitschrift", 1995, p. 1184.

⁷¹ J. ISENSEE, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation...*, pp. 25–26.

Al respecto cabe pensar que la tolerancia es un criterio que está ya dentro de los tres elementos (exigibilidad, oportunidad y adecuación) que deben probarse para determinar si una determinada medida sobrepasa o no al principio de proporcionalidad. Si la tolerancia es un punto de vista que debe ser ponderado en la aplicación del principio de proporcionalidad, entonces se reconduce a la libertad y no puede distinguirse la tolerancia de la libertad en el ámbito jurídico.

Cabe suponer que la tolerancia sea un principio autónomo, que se deriva directamente de la dignidad humana y que tiende a cubrir los casos no protegidos por la libertad. En tal caso, el principio de tolerancia requiere la prueba de que no va en contra del principio de igualdad.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio o la prohibición del exceso (*Übermaßverbot*) sirve ante todo para la realización práctica y la actualización de la protección de las libertades fundamentales⁷². Especialmente, para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales que no están sometidos a reserva de ley. Ciertamente, sólo la Constitución puede limitarlos, mediante una interpretación sistemática, pero ello no significa que de la simple interpretación de la Constitución puedan deducirse esos límites de modo directo, pues ello supondría que leyendo la Constitución se puede solucionar el conflicto, como si ya en ella estuvieran delimitados un orden fijo de valores que permitiera solventar cualquier controversia⁷³. Por el contrario, es necesaria la ponderación en el caso concreto, también para resolver los conflictos de los derechos fundamentales no sometidos a reserva de ley⁷⁴.

4.2. DIFICULTAD DE SU AUTONOMÍA

El derecho del Estado a decidir en último extremo en cuestiones religiosas e ideológicas, es decir a realizar una interpretación objetivadora de los conceptos jurídicos que están impregnados de un contenido religioso o ideológico, no se opone a la idea de tolerancia ideológica, puesto que el Derecho constitucional vigente no deja espacio alguno para la tolerancia como un principio autónomo⁷⁵.

⁷² R. WENDT, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot*, en AöR, 104, 1979, p. 417.

⁷³ Una crítica de esta concepción y una defensa del carácter marco de la Constitución alemana, puede verse en C. STARCK, *Jurisdicción constitucional y Tribunales ordinarios*, en "Revista española de Derecho Constitucional", 53, 1998, pp. 11 y ss.

⁷⁴ R. WENDT, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot*, en AöR, 104, 1979, p. 433.

⁷⁵ S. MUCKEL, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung. Die verfassungsrechtlichen Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen*, Berlín, 1997, pp. 116 y ss. Sostienen otra opinión F. E. SCHNAPP, *Toleranzidee und Grundgesetz*, "Juristen Zeitung", 1985, p. 861, que se refiere a la idea de tolerancia para fundamentar una interpretación

Quien pretende hacer de la tolerancia como principio jurídico algo fructífero, se encuentra enseguida con dificultades. Las dificultades comienzan ya con la cuestión de cuál ha de ser el contenido material de la tolerancia. De la Ley Fundamental de Bonn no se puede extraer un concepto de tolerancia claro, ni un modelo de tolerancia con un contorno nítido. Puesto que en la propia LFB no hay ninguna referencia expresa a la tolerancia política y religiosa, no puede sorprender que no haya podido alcanzarse hasta ahora una interpretación unánime del concepto⁷⁶. Con frecuencia la tolerancia es entendida como una permisión (en el sentido de una libertad al margen de la inmisión estatal) de los individuos o de los grupos que se confiesan pertenecientes a una determinada religión o ideología, otras veces es entendida como el respeto a la opinión disidente de los otros, o como respeto a la opinión y la persona del otro, o como respeto a la impregnación intelectual, cultural y moral de otros. La tolerancia exigiría que las convicciones y concepciones religiosas, ideológicas, políticas y culturales de todos los ciudadanos fuesen entendidas como un desarrollo libre de la personalidad y como tales deben ser respetadas, aún cuando estén en contradicción con las propias convicciones y valores. El principio de tolerancia así entendido implicaría un deber constitucional dirigido a los deberes públicos⁷⁷. En esta medida la tolerancia es entendida menos como un verdadero mandato jurídico dirigido a los ciudadanos. Más bien, el mandato jurídico está dirigido al Estado, para que garantice la tolerancia entre los ciudadanos. La tarea del Estado como protector de la tolerancia se cumple ante todo en la medida en que procura actualizar satisfactoriamente la libertad religiosa y las demás libertades fundamentales tanto de los individuos como de los grupos, facilitándolas. La tolerancia aparece así fundida como un principio complementario de la libertad religiosa en la búsqueda de la concordancia práctica en asuntos referidos a la libertad religiosa.

La tolerancia puede alcanzar significado propio junto a los derechos fundamentales sólo en este sentido como directriz en la ponderación de bienes⁷⁸, para decidir casos conflictivos. Todos los intentos que vayan más allá de esto e intenten darle un contenido material haciendo de la tolerancia un principio constitucional originario, desconocen que los derechos fundamentales son expresión de la idea de tolerancia y de ellos no puede deducirse un principio jurídico superior, del que todavía puedan extraerse nuevas conse-

una interpretación autónoma del ámbito de protección de los derechos fundamentales. En este sentido apunta también G. PÜTTNER, *Toleranz als Verfassungsprinzip*..., p. 23.

⁷⁶ S. MUCKEL, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*..., p. 116 y ss.

⁷⁷ S. MUCKEL, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*..., p. 123 y ss. Cfr. U. STEINER, *Toleranz. Rechtlich*, en "Evangelisches Staatslexikon" 3. ed, vol. II col. 3632 y a H.-J. BECKER, *Toleranz*, en *StL*, 7 ed., Vol. V, col. 488.

⁷⁸ S. MUCKEL, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*..., pág. 120 y ss.

cuencias concretas.

En las relaciones entre el ciudadano y el Estado, el art. 4 de la LFB no deja ningún espacio para que todavía sea necesario un derecho de defensa complementario en cuestiones religiosas e ideológicas. Constitucionalmente, no se ve ninguna necesidad de esto, en una Constitución en la que las libertades religiosa e ideológica están tan ampliamente garantizadas. La tolerancia estatal en el sentido de un “permitir o consentir” concepciones disidentes supondría, por otra parte, de modo necesario que el Estado tenga una ideología o religión propia. Tal identificación, está precisamente prohibida en la LFB. En un Estado secular el lugar que antes ocupaba la tolerancia religiosa lo ocupa ahora la libertad religiosa.

Con ello, queda también claro que la tolerancia tampoco puede significar un derecho autónomo para las relaciones entre los ciudadanos. Esto supondría que la garantía comprendida en el art. 4 tendría como consecuencia que todos los límites dogmáticos para la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares o que todas las obligaciones de protección de los derechos fundamentales decaerían en el ámbito religioso.

Incluso, como ya se ha visto, para la consideración de la tolerancia como un principio complementario en la búsqueda de la concordancia práctica aparecen serias dudas. Pues en definitiva lo que hace el Tribunal que decide el caso es echar la carga de la tolerancia a una u otra de las partes en conflicto, sin que resulte claro por qué es esa parte precisamente la que tiene que tolerar y no la otra. Esta dificultad aparece con singular claridad en la decisión sobre la oración en la escuela: en virtud de la tolerancia el Tribunal de Hessen la suprimió y en virtud de la misma tolerancia el TCF la mantuvo. Igualmente en el caso de los crucifijos en las aulas: la mayoría del Tribunal, en virtud de la tolerancia estimó que deben quitarse; según los votos particulares, las minorías también deben tolerar.

5. VALORACIÓN CRÍTICA DEL *STATUS QUÆSTIONIS* EN EL DERECHO ALEMÁN

Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemana se utiliza el término tolerancia sobre la base de dos concepciones filosóficas bien distintas: desde el racionalismo crítico⁷⁹ y desde la teoría de los valores. Dentro del

⁷⁹ I. PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht...*, p. 350, la afirmación de que el conocimiento humano es necesariamente limitado, que la aspiración a una verdad objetiva no es sostenible, se considera como el núcleo del racionalismo crítico, cuyo principal representante es Karl Popper. Es la Constitución del pluralismo, la que está construida sobre la base de este principio y desde el punto de vista de la teoría constitucional ligada de modo inseparable con la idea del contrato social y del consenso y desde el punto de vista jurídico-constitucional, encuentra sus raíces en la dignidad del hombre y en cada uno de los derechos fundamentales, en el principio de

racionalismo crítico, cabe a su vez establecer distinciones, pero para lo que aquí interesa, resulta sobre todo de utilidad retener que dentro de esta concepción se tiende a caracterizar la tolerancia como fundamento de la democracia (de origen kelseniano), dándole a la idea una clara proyección jurídica. Desde una concepción menos formalista y más ligada a la teoría de los valores, la idea de tolerancia, siendo ciertamente un valor positivo, no deja de formar parte esencial del concepto la valoración negativa de la conducta tolerada. Esta idea de disvalor no está igualmente presente en el racionalismo crítico. Los límites de la tolerancia son muy distintos en una y otra concepción, para el racionalismo crítico los límites de la tolerancia se encuentran en la ley⁸⁰; para una concepción de los valores la tolerancia supone justamente una excepción a la ley y tiene su límite en el bien común.

Aunque con reservas, la tolerancia puede ser un principio para la solución de casos en los que haya fricción entre dos derechos fundamentales: o bien esa fricción se produzca entre dos sujetos distintos por un mismo derecho en sentido positivo y negativo. La idea de tolerancia es uno de los principios que sirve para flexibilizar el derecho, y que puede realizarse a través de diversas formas según el momento histórico y la concepción del Estado que se tenga. En la medida en que aparece ligada al deber de la ponderación de bienes, guarda estrecha conexión con la teoría de los valores.

Ciertamente en la Constitución alemana, la ponderación de bienes alcanza un significado especial, puesto que tiene una función central en la protección de los derechos fundamentales. Los bienes jurídicos individuales protegidos por los derechos fundamentales y los bienes generales como el Estado social son las figuras argumentativas que aparecen continuamente en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Los inevitables conflictos entre bienes, deben ser equilibrados, para salvar y garantizar la unidad de la Constitución. La unidad de la Constitución, no sólo es una consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico, sino que también expresa que el constituyente con esa norma ha pretendido dar un orden de valores determinado al Estado y a la sociedad. Bajo este principio de que la Constitución aspira a ser un todo material y funcional, ha de realizarse la ponderación de bienes. La tolerancia forma parte de ese instrumental que se ha ido forjando forjando la jurisprudencia, en orden a la armonización de las relaciones conflictivas o a la concordancia práctica. Lo que no siempre se alcanza es que cada uno de los bienes jurídicos mantenga su eficacia del modo óptimo.

neutralidad, en el principio de tolerancia así como en el propio principio democrático.

⁸⁰ F. E. SCHNAPP, *Toleranzidee und Grundgesetz*, en "Juristen Zeitung", 1985, p. 862.

6. BREVE REFERENCIA A LA PRÁCTICA Y SIMBOLOGÍA RELIGIOSA ESCOLAR EN ITALIA

6.1. LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO ITALIANO SOBRE LOS CRUCIFIJOS ESCOLARES

El alto tribunal administrativo italiano resuelve la cuestión del crucifijo en las aulas de los institutos de enseñanza media⁸¹, examinando si es compatible la presencia de este símbolo religioso con el principio de laicidad del Estado. La madre de dos alumnos del instituto había solicitado la retirada del crucifijo de las aulas, pero el consejo escolar denegó la pretensión solicitada. Presentado recurso ante el tribunal administrativo regional competente, fue desestimado, y acudió entonces en apelación al Consejo de Estado. La demanda argumenta en Derecho que la norma que impone la presencia del crucifijo en las aulas⁸² habría quedado derogada implícitamente, pues no se ha recogido en la normativa educativa posterior, debido a que el fundamento constitucional de dicha norma (la confesionalidad del Estado) se ha modificado. Si la base constitucional de la norma que prescribe la presencia de crucifijos en las aulas era el Estatuto Fundamental del Reino de 1924, la base hoy vigente es la Constitución de la República italiana.

El Consejo de Estado aclara que la norma reglamentaria de 1924 no puede entenderse derogada de manera implícita por la legislación posterior, ni ha sido desplazada por desaparición de la confesionalidad del Estado. El alto tribunal administrativo entiende que el fundamento de la norma reglamentaria no es el principio de confesionalidad, y menciona cómo el principio de confesionalidad no impidió al legislador adoptar medidas contrarias a la Iglesia católica (por ejemplo, la desamortización).

Sentadas estas dos premisas, con las que concluye que el Real Decreto de 1924 está en vigor, se examina su compatibilidad con los principios constitucionales hoy vigentes en el ordenamiento italiano, particularmente con el principio de laicidad. Este principio, no formulado expresamente en el articulado de la Carta Magna italiana puede, no obstante, deducirse de sus preceptos (arts. 2, 3, 7, 8, 19 y 20). A juicio del Consejo de Estado, la laicidad presupone y exige siempre la distinción entre el orden temporal y el orden espiritual,

⁸¹ N. R. G. 7314/2005. Un buen resumen de esta decisión realizado por L. MÍGUEZ MACHO, puede verse en iustel.com, "Revista General de Derecho Administrativo", 12, 2006. A. TRAVI, Simboli religiosi e giudice amministrativo, en "Il Foro Italiano", vol. 131, núm. 4, 2006, pp. 181-188.

⁸² Art. 118 del Real Decreto núm. 965 de 1924, de 30 de abril sobre ordenación interna de las juntas y de los reales institutos de enseñanza media. Una equilibrada aportación de los antecedentes de la sentencia del Consejo de Estado, puede verse en M. SIMONE, Il crocifisso nelle scuole pubbliche, en "La civiltà católica", vol. 157, 2006, pp. 496-501.

pero no se interpreta de manera constante en el tiempo, ni uniforme en todos los Estados. Por el contrario, aun dentro de una misma civilización tiene un carácter relativo respecto a la organización institucional de cada Estado y tiene, en consecuencia, un carácter esencialmente histórico. A partir de ahí el alto tribunal administrativo examina si la presencia de los crucifijos en las aulas dispuesta por norma reglamentaria lesiona o no los contenidos de las normas fundamentales del ordenamiento constitucional italiano que conforman el principio de laicidad hoy vigente en la república italiana.

Según el Consejo de Estado el crucifijo es un símbolo que puede asumir distintos significados según el lugar donde esté colocado. En un lugar de culto es un símbolo propiamente religioso, mientras que en una sede no destinada al culto, como es la escuela, cuyo fin es la educación de los jóvenes, el crucifijo puede seguir teniendo un valor religioso para los creyentes, pero para todos (creyentes o no) su exposición está justificada porque tiene un valor como símbolo y expresa valores cívicamente relevantes, que subyacen e inspiran el orden constitucional, fundamento de la convivencia ciudadana.

Así, el crucifijo tiene un valor simbólico altamente educativo, también dentro de un contexto laico, distinto del religioso, y al margen de la religión profesada por los alumnos. Para el Consejo de Estado el crucifijo expresa el origen religioso de valores como la tolerancia, el respeto mutuo, la valoración de la persona y sus derechos, de su libertad, la autonomía de la conciencia moral de la persona frente a la autoridad, la solidaridad humana y el rechazo de toda discriminación. Todos estos valores subyacen en las normas de la Constitución italiana recogidas en los Principios fundamentales y la Parte I de la Carta Magna, y concretamente de los arts. mencionados como definidores de la laicidad del Estado italiano. La exposición del crucifijo recuerda el origen religioso de tales valores, y por tanto su fundamento trascendente, pero ello no obsta ni menoscaba la autonomía del orden temporal respecto del espiritual, ni disminuye su específica laicidad. Tales valores se vivirán en la sociedad civil de modo autónomo respecto a la sociedad religiosa, por ello pueden ser “laicamente” establecidos para todos. El crucifijo en las aulas no tiene ni un valor decorativo, ni un valor religioso, sino un valor simbólico idóneo para expresar el fundamento de los valores cívicos señalados, que son por otra parte valores que definen la laicidad en el actual ordenamiento italiano. Por consiguiente, la decisión de las autoridades escolares, en ejecución de la norma reglamentaria, de exponer el crucifijo en el aula, no se considera censurable desde el punto de vista del principio de laicidad propio del Estado italiano.

6.2. LA LAICIDAD ITALIANA

En Italia, se invoca que los conflictos entre la mayoría y la minoría no

pueden resolverse a favor de la mayoría cuando se trata de la libertad religiosa, porque este derecho debe garantizarse a todo individuo⁸³.

La doctrina⁸⁴ ha señalado que esta sentencia del alto tribunal administrativo italiano ha dejado claro que el crucifijo no tiene en la escuela un significado confesional⁸⁵. Entiende que la laicidad favorece al reconocimiento de una ética natural y no excluye la relevancia pública de contenidos religiosos en orden al bien común⁸⁶. El nacimiento mismo de la idea de laicidad en el ámbito público está unido al cristianismo occidental. Incluso la idea de Estado de Derecho moderno sería difícilmente comprensible sin el dualismo de poderes: temporal y espiritual. La salvaguardia de este dualismo se considera indispensable para salvaguardar la democracia misma, de modo que ésta no degenera de una forma u otra en totalitarismo. Para ello se estima necesario que el concepto de laicidad permita la apertura de la persona a la trascendencia⁸⁷. La laicidad de matriz francés acaba convirtiéndose en una especie de religión civil, en una ideología de Estado, y hace recaer sobre el individuo que no se adhiere a ella la sombra de la duda por no seguir a la única religión verdadera que es la del Estado⁸⁸.

Entienden algunos autores, que desde un punto de vista cultural no es posible una estéril neutralidad ni parece admisible una tutela desesperada de la multiculturalidad⁸⁹. La doctrina italiana insiste en el contenido prescriptivo del principio constitucional de laicidad⁹⁰. Ha señalado que la interpretación del Consejo de Estado de la laicidad supone un método jurídico no de carácter positivista formal, sino que atiende también a factores de origen histórico y cultural⁹¹. Desde el punto de vista sociológico, la laicidad ha sido definida

⁸³ E. GLIOZZI, *Laicità e il Consiglio di Stato* en, "Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 2006, p. 845.

⁸⁴ Existe abundante bibliografía anterior al pronunciamiento del Consejo de Estado, p. ej: el volumen E. DIENI / A. FERRARI / V. PACILLO, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, y dentro de esta obra cfr.: J. P. CERIOLO, *Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso: brevi note sul (difficile) rapporto tra la presenza del simbolo religioso nelle strutture pubbliche e il principio di separazione degli ordini* (en www.olir.it. Julio de 2005) Aquí tendremos en cuenta exclusivamente la publicada con posterioridad a la que hemos tenido acceso

⁸⁵ F. ARZILLO, *Laicità del Crocifisso nelle scuole*, en "Studi Cattolici", Marzo 2006, p. 178. En sentido crítico, E. GLIOZZI, *Laicità e il Consiglio di Stato* en, "Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile", p. 844

⁸⁶ F. ARZILLO, *Laicità del Crocifisso nelle scuole...*, p. 179.

⁸⁷ F. ARZILLO, *Laicità del Crocifisso nelle scuole...*, p. 179.

⁸⁸ F. ARZILLO, *Laicità del Crocifisso nelle scuole...*, p. 179.

⁸⁹ D. FERRI, *La questione del crocifisso tra alaicità e pluralismo culturale*, en AA. VV., *Laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, p. 139.

⁹⁰ E. GLIOZZI, *Laicità e il Consiglio di Stato* en, "Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile", p. 845.

⁹¹ F. ARZILLO, *Laicità del Crocifisso nelle scuole...*, p. 180. Crítica esta metodología E. GLIOZZI, *Laicità e il Consiglio di Stato* en..., p. 844. De modo un poco confuso, y ocasional-

como “la capacidad de diálogo y tolerancia activa entre posiciones que no deben ocultar su fe para poder entrar en este espacio, como en cambio ha propugnado la modernidad”⁹². La laicidad es esencialmente histórica y está ligada al devenir de la organización de cada Estado. La relevancia cultural de los signos es derivada de su relevancia religiosa, no primaria⁹³.

7. SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL ÁMBITO ESCOLAR ESPAÑOL

En primer término, conviene tener presente que ni en España en general ni en ninguna de las Comunidades Autónomas en particular, existe ninguna normativa en la que se prescriba qué símbolos deben estar presentes en las aulas escolares: ni banderas, ni retratos del rey, ni crucifijos. Tampoco hay normas relativas a la posibilidad de que los docentes de escuelas públicas lleven en su atuendo símbolos religiosos, como sí existe en otros Estados europeos. En Francia, como se sabe para prohibirlos; también en algunos *Länder* alemanes hay leyes prohibitivas. En todo caso, en la República federal, en ausencia de norma prohibitiva de atuendos con connotaciones religiosas, se entiende permitida.

Se expondrá en los apartados siguientes el *status quaestionis* en España de modo breve, pues los pronunciamientos judiciales son pocos, y los estudios sobre Derecho español, relativamente abundantes.

7. 1. SUPUESTOS CONFLICTIVOS EN MATERIA DE SIMBOLOGÍA ESCOLAR

7. 1. 1. El crucifijo en las aulas

7.1.1.1. Opiniones doctrinales

Entre la doctrina española, hay quien sostiene que la presencia de símbolos religiosos en las aulas no va en contra de la neutralidad estatal, pero tal presencia puede atentar contra la libertad religiosa negativa de los individuos, cuando éstos se exponen fuera de los lugares destinados al culto⁹⁴. A la vez, se entiende que “es el recurso a la tolerancia como sinónimo de respeto a la

mente con argumentos no estrictamente jurídicos, L. PEDULLÀ, Il crocifisso, simbolo di valori civili: ‘scandalo per i giudei, stoltezza per i pagani’, en “Politica del Diritto”, n. 2, 2006, pp. 337 y ss.

⁹² F. ARZILLO, Laicità del Crocifisso nelle scuole..., p. 180, citando a P. Donati.

⁹³ F. ARZILLO, Laicità del Crocifisso nelle scuole, en “Studi Catolici”, Marzo 2006, p. 181.

⁹⁴ G. MORENO BOTELLA, Crucifijo y escuela en España, en iustel.com, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 2, 2003, pp. 24–25, sin embargo, en la p. 27 anota que la laicidad bien entendida pasa inevitablemente por la retirada de los crucifijos en los centros docentes públicos; en la p. 29, “para nosotros la solución óptima pasaría por la retirada de los crucifijos o de cualquier otro símbolo religioso si llegara el caso de los centros públicos de enseñanza”, y entiende que esta es la solución que más se asemeja a las adoptadas en Suiza y Alemania (p. 30).

pluralidad de opciones ideológicas y religiosas existentes en un Estado multicultural como el nuestro, el parámetro con el que se ha de medir la legitimidad de la presencia de tales símbolos y la cuestión de si el principio de neutralidad o aconfesionalidad de la escuela abarca únicamente a la enseñanza y al modo de impartir y transmitir los conocimientos a los alumnos o por el contrario se extiende para abarcar también a los locales en los que aquella es impartida⁹⁵. Otros autores han propuesto la aplicación de la regla de la proporcionalidad⁹⁶, sin llegar a construir una propuesta concreta, o al menos aproximada, de cómo se aplicaría en este caso el juicio de proporcionalidad (cfr. *infra*).

7.1.1.2. Pronunciamientos judiciales

Hasta el momento, se conoce un solo pronunciamiento del TSJ de Madrid sobre este supuesto⁹⁷. Esta Sentencia reconoce a los Consejos escolares la capacidad de decidir sobre si deben o no permanecer los crucifijos en caso de conflicto. Como la doctrina ha puesto de manifiesto, no entra este órgano jurisdiccional a argumentar sobre principios constitucionales ni sobre derechos fundamentales, en este caso ejercicio de la libertad religiosa positiva o negativa.

Existe también un informe del Defensor del pueblo de Andalucía, que en sus conclusiones estima que sólo en lugares de culto o en el aula de religión la presencia del crucifijo no lesiona la laicidad del Estado en el ámbito escolar. Quizá en coherencia con aquel informe, la Junta de Andalucía haya ordenado que se retiren los crucifijos del Colegio Virgen de la Cabeza de Jaén donde unos padres pidieron la retirada. Es decir, en este caso, la decisión la ha asumido la Administración pública autonómica, no el Consejo escolar, como en el caso del colegio de Madrid⁹⁸.

7.1.1.3. Síntesis conclusiva

En síntesis, puede concluirse que tanto las decisiones de la Administración como las judiciales que conocemos hasta ahora, parecen dejar

⁹⁵ G. MORENO BOTELLA, *Crucifijo y escuela en España...*, p. 32.

⁹⁶ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Las manifestaciones externas de religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa*, en VV.AA, *El ejercicio de la religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid, 2003, p. 237. M. ALENDA SALINAS, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico*, en *justel.com*, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 9, 2005, p. 10. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La simbología religiosa en los espacios públicos...*, p. 293.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 2002, sobre crucifijo en las aulas escolares

⁹⁸ También en la Comunidad de Castilla y León, se considera que es una decisión que corresponde a los Consejos Escolares, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Legitimidad de los símbolos religiosos en las escuelas públicas*, en *El Norte de Castilla*, 1-II-2007, artículo de opinión de la edición digital.

la solución de los conflictos planteados a los órganos más cercanos de decisión, sin considerar conveniente una normativa general. Es decir, parecen coincidir con la opinión mayoritaria que se muestra favorable a la solución del conflicto mediante el recurso a la proporcionalidad, no sabemos si ésta es entendida en sentido técnico jurídico de la regla de proporcionalidad de la dogmática alemana de los derechos fundamentales, acogida por nuestra jurisprudencia constitucional, o en el sentido de tener en cuenta las circunstancias del caso de modo genérico.

7. 1. 2. El velo islámico de las alumnas

Acerca de este supuesto no hay pronunciamientos judiciales. La doctrina mayoritaria se muestra favorable a la libertad de las alumnas islámicas⁹⁹, tanto por el respeto a su libertad religiosa como a su derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁰⁰. Algún autor¹⁰¹ ha señalado, a nuestro juicio con acierto, que no sería admisible la restricción del derecho de una alumna a llevar el chador, por el significado que un tercero atribuya a ese atuendo.

En España, las leyes de ámbito estatal, no contienen ninguna declaración de que la enseñanza pública deba ser laica. En este sentido, la situación no es comparable a la francesa, donde es el carácter laico de la escuela pública lo que ha determinado que se prohíba la presencia de símbolos religiosos por ley. Alenda, después de analizar con rigor la legislación francesa y la jurisprudencia del Consejo de Estado, llega a la conclusión de que la solución francesa para los supuestos del velo islámico de las alumnas, no es aplicable a España¹⁰². Su argumentación nos parece certera, y a ella remitimos al lector.

En Cataluña, el nuevo Estatuto sí contempla que el sistema educativo es laico¹⁰³. Sin embargo tampoco en esta Comunidad Autónoma se ha dictado por

⁹⁹ A. MOTILLA, El problema del velo islámico en Europa y en España, en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", 20, 2004, pp. 87 y ss.

¹⁰⁰ A. CASTRO JOVER, Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación, en "Laicidad y Libertades", 2, 2002, pp. 111 y ss. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, La simbología religiosa en los espacios públicos..., p. 293.

¹⁰¹ A. CASTRO JOVER, Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación, en "Laicidad y Libertades", 2, 2002, pp. 111 y ss. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, La simbología religiosa en los espacios públicos..., p. 293.

¹⁰¹ S. CAÑAMARES ARRIBAS, Libertad religiosa, simbología..., p. 40. M. J. ROCA, Teoría y práctica de la laicidad..., p. 243.

¹⁰² M. ALENDA SALINAS, La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico, en iustel.com, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 9, 2005, p. 26.

¹⁰³ Art. 21 del Estatuto de Cataluña. No obstante, en el voto particular del consejero Sr. Agustí M. Bassols Parés al Dictamen del Consejo consultivo de Cataluña, núm. 269, emitido el 1-IX-2005, se argumenta que tal precepto del Estatuto es inconstitucional, discrepando de la opinión de la mayoría del Consejo. El dictamen completo puede verse en www.iustel.com.

el momento ninguna normativa semejante a la francesa. La compatibilidad de una eventual normativa catalana más restrictiva de derechos para las alumnas que la establecida a nivel español plantea el problema de si pueden o no darse en la práctica esas diferencias de derechos y deberes entre Comunidades Autónomas. Este es un problema de hondo calado constitucional¹⁰⁴, al que no podemos entrar ahora, pero con el que quizá algún día tenga que enfrentarse la jurisprudencia constitucional.

7.1.3. El belén navideño

La controversia acerca de si la representación navideña del belén en las escuelas va en contra de la libertad religiosa de los no cristianos, y de la laicidad del Estado, es hoy por hoy una controversia no resuelta en sede judicial, puesto que el único caso que conocemos que haya llegado a los tribunales se encuentra *sub iudice*. Nos parece que, en este caso, la argumentación es semejante a la del crucifijo, aunque presente algunas circunstancias de hecho diversas, pues no se trata de una representación estable (sólo comprende el período navideño), y no siempre se encuentra en las aulas; con frecuencia se expone esta representación en el hall, en un pasillo u otras estancias del edificio escolar. Sin embargo, participa de identidad de razón, a nuestro juicio, pues se trata igualmente de la representación de la persona de Jesucristo.

7. 2. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN ALEMANA E ITALIANA A LOS SUPUESTOS SUSCITADOS EN ESPAÑA

1^a. Tanto el Consejo de Estado italiano como el Tribunal Constitucional Federal alemán han decidido la cuestión de los crucifijos en las aulas escolares acudiendo a argumentaciones extraídas de sus propios principios constitucionales, y en el caso alemán basándose también en la interpretación dogmática acerca de los derechos fundamentales elaborada durante años por el propio tribunal. En el caso italiano, la decisión depende fundamentalmente de la interpretación del principio de laicidad; en el caso alemán entran en juego otros principios además del de neutralidad, sobre todo el de la tolerancia. Además, en la sentencia alemana buena parte de la argumentación se hace desde el derecho de libertad religiosa positiva y negativa; sin embargo, como a su vez la interpretación de ambas vertientes se hace a la luz del principio de tolerancia, queda este conflicto en un segundo plano. Esta es a nuestro juicio una primera conclusión: la necesidad de un esfuerzo interpretativo en nuestra doctrina, que desde los propios principios del Derecho español ofrezca a los

¹⁰⁴ M. BARCELÓ I SERRAMALERA / F. DE CARRERAS, *Derechos y Deberes constitucionales en el Estado autonómico: una análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Barcelona, 1991.

jueces algo más que la información de las soluciones extranjeras.

2ª. Aunque con distintos matices, en ambos Estados se ha llegado al reconocimiento por parte de la jurisprudencia al más alto nivel del valor cultural del crucifijo (sin negar su origen religioso, y su valor religioso en el contexto de un espacio de culto). Por ello, su exposición en lugares públicos (incluidos los educativos), no supone la identificación del Estado con un credo religioso. Esto último lesionaría los principios constitucionales tanto de la República italiana como de la alemana. En el Derecho alemán, fue necesaria una modificación de la normativa de escolar, para adaptarla a las exigencias del principio de neutralidad, pero una vez modificadas las normas del estado de Baviera, sigue habiendo crucifijos en las aulas escolares de ese *Land*.

3ª. La laicidad es susceptible de interpretaciones distintas según el ordenamiento jurídico de que se trate. Así, mientras en la escuela pública italiana –que hasta donde mi conocimiento alcanza no tiene la garantía constitucional de que puede ser cristiana– la exposición de un crucifijo es expresión de la laicidad. En las escuelas públicas alemanas –que sí tienen garantizada a nivel constitucional la posibilidad de ser confesionales, cristianas pero no ligadas específicamente a una determinada confesión, y sin impregnación religiosa alguna–, el crucifijo debe tener un valor cultural, no religioso. En este sentido, nos parece que los supuestos relativos a la simbología religiosa no pueden considerarse de modo aislado, sin conexión alguna con la interpretación de la jurisprudencia constitucional de cada Estado en materia de principios (sobre todo neutralidad o laicidad, multiculturalismo y respeto a las minorías, tolerancia, y proporcionalidad), y de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la libertad de enseñanza. Si el juez o la doctrina se centran en la resolución de un caso conflictivo de simbología religiosa, aplicando su microscopio a esa sola célula, al perderse de vista el conjunto del tejido, se llega a soluciones tan contradictorias como que en las escuelas públicas alemanas, el crucifijo sólo puede tener valor cultural, no religioso, pero sí cabe dirigir oraciones, bendecir la mesa y hacer actos de adoración eucarística. Sí nos parece que puede aplicarse al Derecho español la argumentación alemana e italiana en cuanto al resultado: el crucifijo en un aula escolar puede tener un significado meramente cultural, no necesariamente religioso.

4ª. En algún sector de la doctrina italiana¹⁰⁵ se sostiene que el Estado laico debe imponer a los ciudadanos la virtud cívica de la tolerancia, sin embargo, en la doctrina alemana, la tolerancia es impuesta como un deber al Estado, o como un elemento a tener en cuenta al realizar el juicio de proporcionalidad. No parece aconsejable asumir en España la doctrina alemana sobre el princi-

¹⁰⁵ E. GLIOZZI, *Laicità e il Consiglio di Stato...*, p. 847.

pio de tolerancia para la resolución de los casos conflictivos sobre simbología religiosa, pues ese principio, tal como lo entiende la jurisprudencia constitucional alemana (que incluye su consideración como mandato constitucional dirigido a los poderes públicos) carece de tradición en España¹⁰⁶. Además, parte de la virtualidad de este principio en los casos de simbología se encuentra ya integrado en la ponderación del juicio de proporcionalidad. En nuestra opinión, ésta es la vía más útil para la resolución de cada caso concreto, la aplicación del principio de proporcionalidad, tal como lo hace nuestra jurisprudencia constitucional. A ello nos referiremos en el apartado siguiente.

5ª. En la República Federal de Alemania, donde como es sabido toda su tradición jurídica se orienta más por la interpretación de las proposiciones normativas, que por el precedente judicial, la solución del Tribunal constitucional federal, en el caso del velo islámico de las profesoras en escuelas elementales, ha supuesto que sólo mediante una ley de los *Länder* se puede restringir este derecho a las funcionarias públicas, remitiendo así la responsabilidad al legislador. En qué medida la administración autonómica española competente en materia escolar goza de facultad para dar normas generales de carácter prohibitivo de símbolos religiosos en las escuelas, nos parece dudoso. La escasa jurisprudencia española recaída hasta ahora reconoce esta facultad de decisión a los consejos escolares.

6ª. El recurso a la contraposición de los derechos de la mayoría frente a la minoría (o viceversa) y la contraposición de la libertad religiosa positiva o negativa, no parecen aportar soluciones predecibles, para futuros supuestos conflictivos. Así, según la jurisprudencia constitucional alemana, mientras que en el caso del crucifijo el art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, debía interpretarse como una garantía específica de respeto de las minorías, en el supuesto de la bendición de la mesa en un jardín de infancia municipal del Estado de Hessen, se debió respetar la libertad religiosa e ideológica de todos (tanto de la mayoría que estaba conforme con esa práctica como de la minoría, que pretendía que se suprimiera), y ésta está garantizada al poderse ausentar de la oración quien no desee hacerla, y al formularse distintas oraciones, para quienes lo deseen. El término todos, previsto en la normativa de rango ordinario aplicable a las escuelas infantiles supone que se respeta incluso a quienes desean esas oraciones, y el principio del multiculturalismo obliga también a los ateos a confrontarse con el hecho social de la religión. Para evitar estas contradicciones que dan lugar a inseguridad jurídica, no se muestra recomendable seguir en el Derecho español la vía interpretativa de la protección de las minorías ni del multiculturalismo.

¹⁰⁶ M. J. ROCA, ¿Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia, en "Revista de Administración Pública", 152, 2000, pp. 203-228.

7ª. La naturaleza relacional del principio de laicidad, y su propio carácter de principio, hace que no puedan extraerse *a priori* soluciones concretas para cada supuesto litigioso¹⁰⁷. La laicidad es complemento de la libertad religiosa, pero nunca fundamento de la misma. El fundamento de este derecho, como el de todos los derechos fundamentales, es la dignidad humana. De modo que si sólo en un espacio marcado por la ausencia de todo símbolo pudiera ejercerse la libertad, entonces la libertad ya vendría restringida desde su inicio en sus manifestaciones¹⁰⁸. A mi juicio, el principio de laicidad, sí lleva consigo que el Estado no puede valorar el significado teológico auténtico de ningún símbolo religioso, porque ello iría en contra de la laicidad¹⁰⁹; sólo puede reconocer su valor cultural.

7. 2. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS DE SIMBOLOGÍA ESCOLAR

La jurisprudencia de nuestro Tribunal constitucional ha manifestado que, “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”¹¹⁰.

Lógicamente, este juicio no se podrá realizar cabalmente más que en el supuesto conflictivo concreto planteado. No obstante, pasamos a examinar los criterios más próximos para saber si la prohibición de simbología religiosa en el ámbito escolar se ajusta o no al principio de proporcionalidad. En primer término, corresponde emitir el llamado juicio de idoneidad. Es decir, si la medida prohibitiva es idónea para conseguir el objetivo propuesto. Según ha expresado la doctrina española, este subprincipio “hace referencia, tanto desde la perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa, y de su ámbito subjetivo de

¹⁰⁷ M. J. ROCA, “Teoría” y “práctica” de la laicidad..., p. 238.

¹⁰⁸ M. J. ROCA, “Teoría” y “práctica” de la laicidad..., p. 236–237, nota 40.

¹⁰⁹ S. CAÑAMARES ARRIBAS, Libertad religiosa, simbología..., p. 41.

¹¹⁰ STC 270/1996, de 16 de Diciembre, FJ 3, citando pronunciamientos anteriores: SSTC 66/1995 y 55/1996.

aplicación”¹¹¹.

El objetivo propuesto puede ser doble: por un lado, el respeto de la laicidad del Estado, y por otro, el respeto de los derechos fundamentales de quienes no comparten la religión o la tradición que el símbolo representa. A nuestro juicio, el supuesto no puede plantearse exactamente en términos de derechos de mayoría o minoría, por las razones anotadas infra. La medida prohibitiva sólo puede permitirse para garantizar la paz, pero no para manifestar la laicidad, porque ello supondría una interpretación de la laicidad, que se convertiría en un obstáculo para el ejercicio del pluralismo¹¹². Así por ejemplo en una escuela de Ceuta o de Melilla, la medida más idónea para garantizar la paz, si surgieran conflictos sería el que haya símbolos religiosos islámicos. Objetivo propuesto con la orden de retirar un símbolo (crucifijo o belén) de origen religioso en el recinto escolar, ha de ser a nuestro juicio garantizar la paz escolar. En otro caso, deberán ser los padres quienes decidan si debe permanecer o no.

Por lo que se refiere al juicio de necesidad, hay que examinar si la orden de retirada de un símbolo o la prohibición de la indumentaria son necesarias para conseguir el propósito, y no hay otra medida más moderada que también permitiría su consecución. Así, por ejemplo, si el propósito es evitar el fundamentalismo en las aulas, puede bastar que se prohíba el burka, pero se debería permitir que las profesoras islámicas lleven el pelo cubierto. En el caso de las alumnas, si el objetivo es la seguridad, se les puede permitir el velo, excepto en los laboratorios de química, si trabajan con sustancias inflamables, etc.

En último término, corresponde analizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si de la medida prohibitiva de indumentaria o de retirada símbolos se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores. En principio, entendemos que el valor fundamental que debe proteger el derecho es la libertad religiosa de quienes llevan la indumentaria. Ahora bien, si una determinada indumentaria de un maestro o maestra va acompañada de adoctrinamiento hacia los alumnos, y los padres deciden en el consejo escolar pedirle a quien la lleva que deje de usarla, entendemos que en tal caso el beneficio de la prohibición es superior a los perjuicios que causa al limitar una manifestación de la libertad religiosa individual. En el caso de los símbolos, nos parece que el interés general lo determinan los padres de los alumnos del aula. Como se ha dicho en el apartado anterior, es la laicidad quien está al servicio de la libertad y no viceversa, por ello nos parece que una autoridad escolar en la que no estén representados los

¹¹¹ J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites de los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, p. 373, siguiendo a González-Cuellar.

¹¹² M. J. ROCA, “Teoría” y “práctica” de la laicidad..., p. 246.

padres concretos a cuyos hijos afecta la medida, no puede ordenar la retirada, aunque se fundamente en que esa medida es la que garantiza el interés general de la laicidad. El perjuicio causado a la libertad de los padres no se justificaría aquí en un interés general.