

**LIBERTAD RELIGIOSA Y NEUTRALIDAD ESTATAL.
(A PROPÓSITO DE UNA PUBLICACIÓN RECIENTE)¹.**

Gabriel García Cantero
Universidad de Zaragoza

Abstract: On the occasion of the publication of the Proceedings of a Seminar held in Zaragoza, it is highlighted the significant comparative dimension of the topic of religious freedom before the neutrality of the State, and although the connotations of Spanish and German law do not always coincide, it has extraordinary relevance the wealth of specific situations examined upon the role of religion in public life. The category of Spanish and German speakers, the high scientific level of its interventions, the usual invocation of the jurisprudence of national courts and European forces to rewrite or to start a new chapter of the topics covered by traditional classical comparatists.

Keywords: Fundamental Human Right, positive and negative religious Freedom, laicity, laicism and cooperation between State and Church, religious symbols in public places, State religious neutrality, freedom of public worship of civil servants, honor killings, globalization and secularism in European public spaces, compared Ecclesiastical.

Resumen: Con ocasión de la publicación de las Actas de un Seminario celebrado en Zaragoza se destaca la notable dimensión comparativa del tema relativo a la libertad religiosa ante la neutralidad estatal, y aunque las connotaciones del derecho español y alemán no coinciden siempre, la riqueza de situaciones concretas examinadas sobre el papel de la religión en la vida pública, presentan extraordinaria actualidad. La categoría de los ponentes españoles y alemanes, la altura científica de sus intervenciones, la habitual invocación de la jurisprudencia de los tribunales nacionales y europeos, obliga a reescribir o iniciar un nuevo capítulo de los tradicionales temas tratados por los comparatistas clásicos.

¹ VV.AA.: *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Coordinadora María ELÓSEGUI ITXASO, Fundación Manuel Giménez Abad y Alexander von Humboldt Stiftung, Colección Actas núm. 4, Zaragoza, 2012, pp. 408.

Palabras clave: Derechos fundamentales de la persona, libertad religiosa positiva y negativa, laicidad, laicismo y cooperación Estado-Iglesias, símbolos religiosos en locales públicos, neutralidad religiosa estatal, libertad de culto de los funcionarios públicos, asesinatos por honor, globalización y secularismo en espacios públicos europeos, Derecho eclesiástico comparado.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Enumeración de los temas del Seminario (Zaragoza 2012).- 3. a) Dr. Martín Borowski: ¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal. Prof. Ferrer Ortiz, El crucifijo en la Escuela pública. b) Prof. Dr. Christian Starck, La libertad religiosa en Alemania como libertad positiva y negativa. Dr^a. M^a. José Roca Fernández, La libertad religiosa en España como libertad positiva y negativa; c) Dr. Jörg Ennuschat, La cooperación entre el Estado y la Iglesia en Escuelas y Universidades. Dr. Vidal Prado, La cooperación entre el Estado y la Iglesia en Escuelas y Universidades; d) Dr^a. María Elósegui Itxaso, La laicidad abierta en Charles Taylor y F. Maclure v.s. las nuevas Leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania. Dr^a. Cristina Hermida del Llano, Globalización y secularismo en el espacio público europeo. e) Dr^a. Dorothee Frings, La libertad de culto de los empleados de la Administración pública conforme al art. 33, pár. 3^o de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del Estado. Prof. Torres Muro, El Estado aconfesional y libertad religiosa de los empleados públicos. Una visión desde España. f) Dr. Greco, Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán; Prof. Dr. Boldova Pasamar, Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán.- 4. A modo de conclusiones.-

1. INTRODUCCIÓN

La Reforma educativa del Ministro de Educación Wert, coloca en el primer plano de la discusión política en España la presencia de la religión en el ámbito educativo estatal, resucitando de este modo los interminables debates que inicialmente parecieron agotarse al aprobarse la Constitución de 1978, pero que reaparecen con redoblada intensidad ante la mínima posibilidad de que pudiera revisarse en este punto el texto constitucional. Las ideas recogidas –sobre este punto y otros colindantes–, en una obra cuya ficha se incluye en nota, expuestas moderada y razonablemente, con notable altura científica, pueden ofrecer inestimable ayuda desde el plano comparativo –como se sabe, un moderno método interpretativo generalizado en la doctrina y que acepta habitualmente la jurisprudencia–, para superar las ideologías subyacentes en

la actual discusión, al proporcionar una perspectiva científica, objetiva y desapasionada. Para elaborar el volumen —inicialmente, Actas de un Seminario—, se reunieron especialistas en Derecho alemán y español sobre un haz de temas que representan el *punctum ardens* de la problemática de las relaciones entre las Iglesias y el Estado, fundamentalmente en el mundo europeo-occidental de países pertenecientes al *Civil Law*, pero que, de hecho, trasciende fronteras geográficas y políticas para llegar a considerarlos de actualidad global. Mi condición de comparatista me legitimó, creo, para dar fe, con objetividad, de su contenido y también para hacer anotaciones y observaciones sin ser especialista en ninguna de las asignaturas que profesan los autores aquí confrontados

En la presentación del volumen, el Prof. HERRERA MESA, Presidente de la Asociación Alexander von Humboldt en España, se hacía una serie de preguntas que, probablemente, podría plantear *hic et nunc*, cualquier *uomo qualunque*²: “¿Cuál es el papel del Estado ante la dimensión religiosa de la persona? ¿Es posible regular lo público sin tener presente unas determinadas concepciones éticas, de lo que es bueno o malo, cualquiera sea el origen de esas concepciones? Si necesariamente se incluyen contenidos éticos al organizar la vida pública, la aspiración a que ésta sea éticamente neutra ¿no implicaría la introducción subrepticia de contenidos éticos prescindiendo del debate democrático previo y su imposición a los demás ciudadanos en aras a la neutralidad? ¿Tendría sentido discriminar a unos ciudadanos por el hecho de que son obedientes a un magisterio confesional en el ejercicio legítimo de su libertad religiosa? Lógicamente, al proyectar sus convicciones religiosas sobre lo público, esos ciudadanos deben argumentarlas de modo racional, haciendo posible que pudieran ser compartidas también por quien no suscribe ese magisterio. ¿Es legítima y valiosa la aportación religiosa al debate público?”. Interrogantes importantes que, —podría asegurarse—, sobrevuelan actualmente en conversaciones particulares, debates públicos, tertulias habituales, y que un grupo de especialistas germanos y españoles trataron a nivel científico en un Seminario organizado, respectivamente, por la Fundación Manuel Giménez Abad y patrocinado por la Fundación alemana Alexander von Humboldt que se aluden. Dado que se había previsto la presencia de especialistas españoles sobre cada una de las ponencias desarrolladas por los profesores alemanes, se explicaría la razón de mi presencia en el Seminario por los indicados aspectos comparativos del tema, y de mi función posterior, que gustosamente asumo, de *cronista* o *relator* de lo ocurrido (aunque el volumen editado omita las intervenciones del público en el debate subsiguiente), con base en el cuidado

² *La neutralidad del Estado etc.* cit. p. 21.

texto que recoge las actas, con reproducción o traducción alemana de todas las ponencias, y, asimismo, la misión ulterior de comentarista o anotador.

En el Prólogo³, la Profesora María ELÓSEGUI, en su condición de Coordinadora y organizadora del Seminario explica la génesis del mismo. Constituye, por un lado, una de sus líneas personales de investigación, coincidente a su vez con la temática de dos Seminarios anteriores⁴. Por otro, la temática de este Seminario se centró en la neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en el Derecho alemán. Con cita de COLOM GONZÁLEZ y Ana LÓPEZ SALA, que abrieron uno de aquellos seminarios, afirma la coordinadora que los valores religiosos siguen desempeñando un relevante papel político incluso en sociedades mayoritariamente secularizadas como las europeas; el debate sobre el laicismo y el secularismo y su relación con la educación pública, la exhibición de símbolos religiosos, la igualdad entre mujeres y hombres, el acomodo de las minorías étnico-religiosas y el papel de la herencia cristiana han surgido con fuerza ligado a menudo a cuestiones étnicas y multiculturales. Asistimos a una profunda transformación en los parámetros funcionales de la religión al tiempo que nos adentramos en un mundo en el que las migraciones y los cambios demográficos han aumentado la complejidad de las sociedades de acogida. Por detrás de estos fenómenos podemos reconocer la necesidad de revisar el papel social religioso en las sociedades pluralistas así como los principios normativos necesarios para su gestión en la esfera pública. Al contrario de los pronósticos de que la separación entre poder político y religión sería cada vez mayor en las sociedades europeas, las relaciones entre religión y esfera pública se han convertido en objeto de atención⁵.

Las llamadas nuevas *Leyes de neutralidad*, legisladas en Alemania se centran en la defensa del principio de neutralidad del Estado en los centros escolares públicos y en las administraciones públicas prohibiendo al profesorado o funcionariado el uso de todo símbolo religioso o de los símbolos religiosos no cristianos. El origen de esta normativa se remonta a una sentencia del TC alemán de 2003 que desarrolló dicho principio. Este define dos nociones de laicidad: la positiva que conduciría a entender la neutralidad del Estado como abierta e inclusiva del fenómeno religioso; y la segunda, negativa, con una estricta distancia del Estado con respecto a lo religioso, desprendiéndose de su argumentación que ambas interpretaciones caben a la luz de la

³ Op. cit. pp. 17 ss.

⁴ *¿Hacia una sociedad postsecular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*. Y, además, *La integración de inmigrantes en sistemas federales. Tendencias actuales desde España*.

⁵ COLOM GONZÁLEZ, Francisco y LÓPEZ SALA, Ana *¿Hacia una sociedad postsecular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*, Zaragoza, 2011, p. 9 (op. cit. p. 18).

Grundgesetz de Bonn de 1947, pero sin pronunciarse por cuál de ellas debería apostarse. El Tribunal subraya que la neutralidad del Estado en las escuelas públicas puede significar una neutralidad abierta inclusiva que permita todas las religiones, aceptando el aumento de una diversidad de religiones en la escuela y usando este hecho como una vía para practicar la mutua tolerancia y una contribución para lograr la integración, o podría interpretarse como una neutralidad estricta no religiosa. Si se entiende del primer modo, es decir con apertura, el Estado podría tutelar que un profesor utilice símbolos religiosos en la escuela, sin que ello sea equiparable al hecho de que el Estado ordenara usar símbolos religiosos en el propio centro. Es decir, tolerar que el profesor manifeste individualmente su religión, sin necesidad de que se atribuya al Estado las religiones de sus profesores. En este caso, se trataría de estudiar si hay otros derechos constitucionales en conflicto, como el interés de los padres, los derechos de los niños a la libertad de religión, y el posible impacto de las manifestaciones religiosas de los profesores en los alumnos, así como el peligro de interferencia con la paz del colegio.

A juicio de la prologuista estos peligros en abstracto y el peligro potencial son insuficientes para resolver el conflicto de intereses. Si los Estados quieren eliminar ese peligro potencial deben resolver el problema a través de la legislación escolar: Solucionar esas tensiones incluye la posibilidad de que los *Länder* adopten diferentes regulaciones, y pueden tener en cuenta las tradiciones escolares. Sin embargo, la regulación, tanto en su justificación, como también en su aplicación debe tratar a todas las religiones y comunidades de un modo igual, en la ley y en la práctica. La referida sentencia del TC alemán de 2003, dictada a raíz de la prohibición a una profesora de que usara el velo islámico en las clases por parte de su Administración educativa, estableció que en todo caso una prohibición de vestimenta religiosa no podía decidirse a través de un reglamento interno de la Administración de un centro escolar, sino que necesitaba ampararse en una ley ordinaria promulgada por cada *Land*. La reacción legislativa fue que ocho *Länder* alemanes reformaron sus legislaciones para introducir ciertas prohibiciones en la vestimenta de sus funcionarios, mientras que en los ocho restantes no se impuso ninguna restricción.

2. ENUMERACIÓN DE LOS TEMAS DEL SEMINARIO (ZARAGOZA 2012)

La obra se compone de la traducción española, en su caso, de las Ponencias base del Seminario, seguidas inmediatamente de la paralela exposición del Derecho español, a veces con enunciado idéntico, y otras con un título que viene a resultar atrayente y significativo. Además, en anexo⁶, se inserta

⁶ *La neutralidad del Estado etc.* cit. pp. 265-408.

el texto alemán de las seis Conferencias; dicho apéndice facilitará, sin duda, en aquel país la merecida difusión del volumen. A continuación, por su utilidad transcribo la temática que se ha seguido en la obra comentada:

a) ¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal.

b) La libertad religiosa en Alemania como libertad positiva y negativa.

c) La cooperación entre el Estado y la Iglesia en Escuelas y Universidades.

d) La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas Leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania.

e) La libertad de culto de los empleados de la Administración Pública conforme al art. 33, pár. 3 de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del Estado.

f) Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán.

Sin perjuicio de notar cierta ausencia de orden sistemático, ya se advierte, de la presente enumeración de temas, la amplitud de visión con que se ha diseñado el Seminario, pues ello ha permitido establecer algunos principios generales y sus aplicaciones concretas, aunque resultaran inevitables repeticiones y –seguramente, no querida– cierta marginación de los aspectos penales (¿no es el derecho a la vida el fundamental y base de los demás?). Ello no obstante –a juicio del recensor–, sería deseable que la experiencia tuviera continuación, y podría servir de un modelo comparativo que se repitiera en futuros encuentros científicos, acaso con representantes de otros países de nuestro entorno, con similar metodología y problemática.

a) Dr. Martín BOROWSKI: *¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal*⁷. El autor es Profesor e Investigador contratado de Derechos Fundamentales y Derechos humanos (*Senior Lecturer*), de la Univ. de Birmingham.

El autor se propone analizar la relación entre el significado de los símbolos religiosos y el postulado de la neutralidad estatal. El tema se trata de ilustrar con la sentencia sobre el crucifijo del TC alemán de 1995, y las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸ en el caso *Lautsi* sobre la admisibilidad del crucifijo en una escuela pública italiana obligatoria (la s. de la Sala, o *Lautsi I*, se dicta en noviembre de 2009, y la de la Gran Sala, o *Lautsi II*, en marzo de 2011).

⁷ Op. cit. pp. 23-47.

⁸ El texto habla de *Corte Europea*, aunque otros autores preferimos hablar de *Tribunal*; en realidad son términos idénticos y así se intercambiarán en la recensión. Lo mismo se diga de la denominación *Corte Constitucional*, que el recensor prefiere denominar *Tribunal Constitucional* (TC).

Inicialmente parte de la amplia gama de interpretaciones defendidas sobre el significado del crucifijo. A diferencia del tribunal administrativo de Baviera, el TC alemán consideró el crucifijo como un objeto esencial de la tradición cristiano-occidental general y un bien común de este círculo cultural; es un símbolo de una determinada convicción religiosa; el símbolo de la fe por antonomasia. Esto sentado cabe profundizar si se le supone un significado activo, de carácter agresivo y misionero, o más bien como símbolo pasivo o inocente. Mientras el tribunal de Baviera se adhirió a la segunda interpretación, el TC sostuvo la primera y, en consecuencia, declaró que el crucifijo era inadmisibile en la escuela obligatoria bávara. Se rechazó, por tanto, que el símbolo del crucifijo fuera un símbolo dependiente del contexto; así, en la clase de religión sería un símbolo religioso específico, mientras que en la enseñanza general representaba un símbolo de valores seculares y de las bases históricas de la sociedad.

La perspectiva comparatista del debate del Seminario aparece también cuando el autor enfrenta la decisión del TC alemán con la adoptada por el TEDH de Estrasburgo sobre el caso *Lauts*⁹, planteado por la madre extranjera de dos menores, que frecuentan una escuela de enseñanza obligatoria italiana. Los tribunales administrativos italianos y el Gobierno de la República italiana sostenían que el mensaje del crucifijo era de naturaleza humanística y que se remitía a principios y valores de los estados democráticos, y que este mensaje se podía entender independientemente de su significado religioso; además se trataba de un símbolo puramente pasivo, ya que a nadie se le obligaba a reaccionar ante este símbolo. Pero la demandante invocaba la decisión del TC alemán de 1995, así como la s. de la Gran Sala en el caso *Dahlab vs. Suiza*, de 15 febrero 2001, que resaltó la fuerza específica de la presencia del velo islámico que portaba una profesora, calificado de *powerful external symbol*. Por ello, la Sala estimó la reclamación. Por su parte, la Gran Sala admite claramente que el crucifijo es esencialmente religioso, pero limita su alcance invocando el “margen de apreciación” que sólo se sobrepasa en el caso de una indoctrinación estatal; además considera que se trata de un símbolo pasivo. Estima, en consecuencia, el recurso presentado por las autoridades italianas.

⁹ No consta que el caso alemán fuera llevado al Tribunal de Estrasburgo. Hay aquí implícitamente una interesante cuestión de reajuste constitucional europeo, que obviamente no podía ser tratado en el Seminario (a saber: relación que mantienen los Tribunales competentes –incluyendo el Constitucional– de cada Estado miembro de la UE, con los propios Tribunales de Luxemburgo, y, de todos ellos, con el Tribunal de Estrasburgo). ¿Tienen igual valor jurídico las decisiones del TC de cada Estado miembro de la UE y las del TDH? ¿Alguna norma regula, acaso, su respectiva independencia, o hay equiparación o subordinación entre ellos y con qué criterios?

El núcleo de la ponencia del prof. BOROWSKI, coincidente con el fallo del TC alemán y el de la Sala del Tribunal de Estrasburgo, radica en una concepción propia, que tiene algunos apoyos en los Votos particulares de la s. de la Gran Sala, pero que enlaza esencialmente con los derechos fundamentales de la persona. El significado de un símbolo religioso, argumenta¹⁰, representa un hecho empírico, y el criterio de un significado único correcto y objetivo exige una convención social, inexistente en este caso, como lo demuestran los distintos fallos europeos. La determinación del significado de un símbolo religioso no es la interpretación de una norma legal sino la determinación de un hecho social. El que intente determinar el significado de un símbolo religioso como un hecho social sobre la escala de lo legalmente admisible, ignora esa relación básica entre ser y deber.

A su juicio, es determinante para establecer el significado de los símbolos religiosos, la naturaleza de la libertad de culto y conciencia como derecho fundamental caracterizado por la convicción. El TC alemán ha resaltado desde el comienzo de su existencia la naturaleza caracterizada por la convicción de la libertad de culto¹¹. La doctrina germana da a su TC la razón en que a la convicción del portador del derecho fundamental le corresponde un papel decisivo tanto en la dimensión individual como colectiva del mismo¹².

Se pregunta sobre la consecuencia de la consideración de la convicción religiosa para el significado de los símbolos religiosos ¿Es decisiva la convicción del que usa el símbolo o la de aquel que es confrontado con el mismo? ¿qué ocurre cuando el Estado usa el símbolo religioso? Responde que, aunque puede ser chocante, ambas son decisivas. Cuando a alguien se le prohíbe el uso de un símbolo, para saber si con ello se interviene en la libertad de culto y el grado de tal intervención, depende en gran medida de la convicción religiosa del portador. Pero de ahí no se deduce que el significado determinado por la convicción del usuario sea también decisivo para aquel que esté confrontado con este símbolo; desde su perspectiva será determinante su convicción religiosa e ideológica. La aplicación consecuente de la convicción del portador de los derechos fundamentales sobre el significado de los símbolos conduce a una relatividad de aquel. De ahí se deduce¹³ que para el crucifi-

¹⁰ Op. cit. p. 31.

¹¹ En una s. de 1960 estableció que la libertad de culto concedía al individuo un espacio legal en el que se puede atribuir la forma de vida que corresponde a su convicción, tanto si se trata de una confesión religiosa o de una ideología irreligiosa-hostil a la religión, o sin religión. En una s. de 1972 sobre el juramento destaca la autonomía religiosa del individuo como expresión específica de la dignidad humana garantizada en el art. 1.1 de la Ley Fundamental; el art. 4.1 protege también la convicción religiosa que aparece individualizada y que difiere de las doctrinas de las iglesias y comunidades religiosas (op. cit. pp. 32 s.).

¹² Op. cit. pp. 34, y ss. para lo que sigue.

¹³ Op. cit. p. 44.

jo en la escuela pública obligatoria, en cuanto a los alumnos o sus padres, conforme a las normas generales para la interpretación de los símbolos religiosos, no importa el significado con que el Estado quiera utilizarlo. Sobre los padres y sus hijos decidirá su convicción religiosa o ideológica. Pero el Estado, como usuario de símbolos, no puede recurrir a la libertad de culto, que se reserva a las personas físicas que tiene dignidad humana, y a las comunidades religiosas e iglesias como personas jurídicas con connotación religiosa-ideológica. El Estado está obligado a adoptar una postura más bien neutral ante todas las religiones e ideologías; en el contexto del seguimiento de fines generales, por ejemplo en el marco de la educación, podrá utilizar en principio medios con connotación religiosa, pero ello deberá poder justificarse ante el transfondo de la neutralidad.

Con estas premisas el autor procede a una reconstrucción de las sentencias sobre el crucifijo, aludidas anteriormente, formulando sus reservas críticas que, en buena parte, ya se han adelantado¹⁴.

Exposición de la Ponencia del Prof. Ferrer Ortiz.

Prof. Dr. Javier FERRER ORTIZ, *El crucifijo en la escuela pública*¹⁵. (Com. a la Ponencia del Prof. Borowski). El autor es Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El autor comparte con Borowski los diversos significados que atribuye al crucifijo en el primer apartado de su trabajo, y también su afirmación de que aquel no tiene un significado objetivo, válido para todos (en contra de la s. del TC alemán de 1995). Discrepa, en cambio, del acierto de su punto de partida. En Italia el problema surge cuando una familia pide la retirada del crucifijo del aula de la escuela pública donde estudia su hijo. A este respecto afirma¹⁶, no sólo hay que preguntarse ¿qué significa el crucifijo? y ¿qué implica la neutralidad del Estado?, sino también ¿por qué está ahí el crucifijo? ¿desde cuándo?, porque estas cuestiones no son irrelevantes. Asimismo es preciso responder a otros interrogantes: ¿qué opinan el resto de las familias que tienen a sus hijos en la escuela? ¿qué consecuencias produce en ellos la retirada del crucifijo? ¿quiénes está legitimados para decidir sobre él?

Por otra parte, si ha quedado suficientemente claro que el crucifijo tiene diversos significados, y no existe uno que sea objetivo y único correcto, pretender encontrar el que sea decisivo o determinante para resolver la controversia implica tanto como suponer que al final existe de hecho un significado

¹⁴ Op. cit. pp. 36-47. Sorprende al recensor que, en el caso de la s. de la Gran Sala, el autor llegue a denunciar "la considerable presión política que se ejercía" (op. cit. p. 47), como uno de los factores que pueden haber jugado un papel en el sentido del fallo. Cuestión que, a mi juicio, viene a aclarar el ponente español, (cfr. *infra* nota 24).

¹⁵ *Le neutralidad del Estado etc.*, cit. pp. 49-62.

¹⁶ Op. cit. p. 50.

que se impone a todos los demás. Además no parece que la colisión se produzca exclusivamente donde la sitúa el prof. alemán. El crucifijo es un símbolo para todos los alumnos presentes en el aula, y su retirada puede igualmente lesionar sus convicciones sean éstas religiosas o ideológicas. Cuando existen posturas enfrentadas y diversos derechos en conflicto, la solución suele ser el resultado de la prudencia, de la razonable acomodación (*reasonable accommodation*) y el equilibrio de intereses (*balancing process*)¹⁷.

Comparte el parecer del Consejo de Estado italiano cuando afirma que en un lugar de culto el crucifijo es propia y exclusivamente un símbolo religioso, pero en una sede no religiosa, como la escuela, está en grado de representar de manera sintética e inmediatamente perceptible e intuible valores civilmente relevantes, de origen religioso, como la tolerancia, el respeto recíproco, la dignidad de la persona, la afirmación de sus derechos, la solidaridad humana etc. que subyacen e inspiran los Principios Fundamentales y la Parte I de la Constitución italiana. De este modo, el crucifijo puede desarrollar, en un horizonte laico, una función simbólica altamente educativa, prescindiendo de la religión profesada por los alumnos. Aduce el ejemplo de los días festivos y de descanso, que en España tienen origen claramente religioso, pero que actualmente se conservan por razones tradicionales¹⁸.

Si seguimos la postura adoptada por el TEDH en otros fallos, deberemos concluir que el crucifijo es un símbolo pasivo de escasa fuerza. Considera que las diferencias entre el caso *Dahlab* y el caso *Lautsi* son de suficiente entidad como para considerar que los argumentos empleados en el primero difícilmente sirven para resolver el segundo. El ascendente de un docente sobre sus alumnos de 4 a 8 años de edad, y el hecho de que porte un signo religioso fuerte, es de suyo apto para influir en ellos de modo mucho más intenso y eficaz que un símbolo estático, como es el crucifijo colgado en la pared de un aula frecuentada por menores de 11 y 13 años, como sucede en el caso *Lautsi*.

A juicio del Prof. FERRER ORTIZ¹⁹, la tesis propuesta por el Prof. BOROWSKI para resolver el conflicto del crucifijo en el aula de la escuela pública, aunque sugerente, conduce a una subjetivización de lo religioso o ideológico, y hace difícil, si no imposible, distinguir entre derechos y deseos, entre razones de conciencia y razones de conveniencia. Cada persona tiene sentimientos y reacciones distintas y mudables; pretender convertirse en interés

¹⁷ Hace aquí la interesante observación psicológica de que, en este campo, las respuestas de los jueces de carrera suelen ser más ponderadas, en contraste con las soluciones de los jueces de corte academicista (op. cit. p. 52).

¹⁸ De las 14 fiestas anuales de ámbito nacional, 9 coinciden con fiestas religiosas católicas. Si se mantienen no es por su significado religioso, y si se suprimieran no sería por colisionar con la aconfesionalidad o laicidad del Estado.

¹⁹ Op. cit. p. 56.

prete de los sentimientos e impresiones de los escolares es salirse del debate y olvidarse de la argumentación jurídica. Al Estado no le corresponde proteger emociones de orden meramente subjetivo, sino derechos fundamentales.

Por otra parte, la retirada del crucifijo puede lesionar las convicciones de quienes quieren que el crucifijo siga en el aula. No parece razonable que en estas condiciones una minoría imponga su criterio sobre la mayoría. La retirada del crucifijo puede causar un mayor rechazo que su permanencia y puede provocar un conflicto mayor que el que se pretende evitar²⁰.

¿Qué significa que el Estado es neutral? Observa el ponente español²¹ que aquel término no se precisa en qué consiste. La neutralidad u otras expresiones equivalentes no figuran habitualmente en las Constituciones de los Estados contemporáneos. Es cierto que tanto el art. 1 de la Constitución francesa, como el art. 2 de la Constitución turca, afirman que el estado es laico. Pero esta expresión no aparece en la CE de 1978, cuyo art. 16.3 se limita a afirmar que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, añadiendo a continuación que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones”. Nuestro TC califica habitualmente este principio de *aconfesionalidad del estado*, aunque también habla de separación, neutralidad y laicidad positiva (STC 46/2001, de 15 febrero). A juicio del autor, esta última expresión marca las diferencias con el *laicismo* o *laicidad negativa*, caracterizado por una actitud de beligerancia u hostilidad hacia lo religioso o, cuando menos, por una visión que trata de confinar la religión al *santuario de la conciencia* y, por tanto, no reconoce o minimiza su dimensión pública²². Ideología esta última que contrasta abiertamente con el contenido y la proyección que todos los textos internacionales de derechos humanos atribuyen al derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en los que se contempla expresamente su dimensión social. Desde esta perspectiva se comprende que la *aconfesionalidad* o, si se prefiere, la *laicidad* del Estado, está al servicio de los derechos y libertades de las personas y no al revés. Tal libertad religiosa tiene sus límites, pero existe y goza del *favor iuris*, y deberá interpretarse a partir del principio *pro libertate* y no de su contrario.

Descendiendo al objeto de la controversia ante el TEDH en el caso *Lautsi II*, afirma que al Tribunal le correspondía pronunciarse sobre si la presencia de

²⁰ Cita la opinión concordante del Juez Bonello en su voto particular a la s. de la Gran Sala: “Mantener un símbolo allí donde siempre ha estado no es un acto de intolerancia de los creyentes o de los tradicionalistas culturales. Sacarlo de su sitio sería un acto de intolerancia de los agnósticos y de los laicistas” (loc. cit. p. 58).

²¹ Op. cit. pp. 58-60.

²² Op. cit. p. 59.

los crucifijos en las escuelas públicas lesiona, o no, el art. 9 del Convenio de 1950 y el art. 2 de su Protocolo adicional de 1952. En cambio, no le corresponde pronunciarse sobre el alcance que debe darse a las señas de identidad de los Estados, habida cuenta de que se admite que determinadas formas de *confesionalidad* (en Reino Unido, Dinamarca y Noruega) son compatibles con el Convenio. Desde esta perspectiva se entiende la importancia que tiene el *margen de apreciación* que reconoce el fallo²³.

También se aclara la anteriormente denunciada *presión política* sobre la Gran Sala a la hora de resolver el *Lautsi II*. Se trata meramente del ejercicio de facultades reconocidas a los Estados europeos firmantes del Convenio de 1950²⁴.

A modo de conclusión final de su ponencia, el prof. FERRER ORTIZ agradeció al ponente alemán la oportunidad de debatir en profundidad el tema fijado, al tiempo que reconoció que la Gran Sala del TEDH en su sentencia de 2011 acertó a reconducir la cuestión a un plano estrictamente jurídico, a saber, si se ha producido o no lesión de los derechos y libertades reconocidos y protegidos por el Convenio de 1950. Esto le ha permitido situar en el lugar que le corresponde el principio de neutralidad o laicidad, concebido como señal de identidad de la mayoría de los Estados occidentales; y aunque tal principio no significa lo mismo en cada uno de ellos, en todos tiene hoy un valor instrumental, al servicio de los derechos y libertades de las personas. Asimismo, el modo de abordar el tema debatido permite distinguir que a su origen y significados, evidentemente religiosos, se añade su significado cultural e identitario, resultado de la inculturación de la fe en los pueblos de Europa. Esto exige distinguir que el uso del crucifijo y la presencia de otros símbolos o signos de origen religioso en la esfera pública, no se sustenta en razones de confesionalidad o de trato privilegiado de una confesión en particular, y se mantienen porque pertenecen a la herencia del país y porque así lo han querido porque

²³ Lateralmente invoca la *Carta de los derechos fundamentales de la UE*, de 2000, cuyo preámbulo alude al *respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros*. Afirmación esta última que también recoge el art. 4-2 del Tratado de la UE de 2007 (op. cit. pp. 60 s.).

²⁴ Cuando se produjo la apelación a la sentencia *Lautsi I*, diez Estados miembros del Consejo de Europa solicitaron intervenir como *tercera parte* ante el Tribunal a favor de la posición de Italia, mientras que ningún Estado solicitó hacerlo a favor de la sentencia apelada. Simultáneamente, diez Estados más, también miembros del Consejo de Europa, se pronunciaron contra la misma sentencia. Esto significa que un total de 41 Estados frente a los 47 firmantes del Convenio pidieron que las identidades y tradiciones religiosas nacionales fueran respetadas. Opina FERRER ORTIZ que ello no significa que la sentencia de la Gran Sala sea una sentencia política, sino más bien que la sentencia recurrida se extralimitó puesto que no debía pronunciarse sobre la laicidad del Estado sino sobre si la presencia del crucifijo en las aulas italianas lesiona o no la libertad religiosa (op. cit. p. 61).

están legitimados para decidir en los distintos ámbitos: un consejo escolar, una corporación municipal, un parlamento etc.

b) Prof. Dr. Christian STARCK, *La libertad religiosa en Alemania como libertad positiva y negativa*²⁵. El autor es Catedrático de Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Univ. de Göttingen.

Dice el autor que en el momento en el que se había impuesto la convicción de que la religión debía separarse de las funciones del Estado y que el Estado debía ser religiosamente neutral, comenzó la era de la libertad religiosa. Se ha producido un cambio de paradigma, de la tolerancia estatalmente concedida a la libertad de cultos estatalmente garantizada. Lo que significa que ya no se ocupa en su contenido de las necesidades religiosas de las personas sometidas a su ordenamiento jurídico, y que él mismo ya no toma ninguna postura religiosa. La religión es garantizada en los derechos fundamentales y con ello queda separada del ámbito de las funciones estatales. Solamente será función del Estado determinar barreras generales para proteger el orden público, las cuales afectan también a la libertad religiosa. Frecuentemente se deduce que la religión es un asunto privado. Pero este asunto privado e individual tiene una base institucional compleja que es necesaria para satisfacer las necesidades e intereses religiosos de la mayoría de las personas. Desde la necesidad de la neutralidad religiosa del Estado nace su interés en la existencia de instituciones religiosas independientes. Estas son un apoyo para el creyente individual, que el Estado ya no le puede dar. Estas instituciones permiten la adoración conjunta a Dios, la actuación sobre la base de valores y normas comunes que forman parte de las normas vitales de la mayoría de las religiones y que estabilizan y aglutinan la sociedad. Esas instituciones, y especialmente las iglesias documentan así que los intereses religiosos son públicos.

Pone como ejemplo el art. 4 de la Constitución del Estado federado de Baden-Württemberg de 1953:

“(1) Las iglesias y las comunidades religiosas reconocidas se desarrollan en el cumplimiento de sus funciones religiosas libremente de las intervenciones estatales.

(2) Se reconoce su significado para conservar y afirmar las bases religiosas y morales de la vida humana”.

El desarrollo de la idea de la libertad religiosa ha generado en Alemania y en otros Estados esta consideración positiva de las funciones de las iglesias y otras comunidades religiosas. Es la base de una relación amistosa del Estado con las comunidades religiosas que se muestran claramente con los principios de la *separación y cooperación*”.

²⁵ *La neutralidad del Estado etc.*, cit. pp. 63-74.

La fe y la concepción del mundo se pueden profesar no solamente hablando, escribiendo y en actos de culto, fiestas y gestos, sino también con la vida y la actuación. La religión y la concepción del mundo son sistemas de pensamiento que generalmente tienden a su realización en la vida práctica. Por ello forma parte de la libertad religiosa el derecho del individuo de “orientar todo su comportamiento en las doctrinas de su fe y actuar conforme a su convicción religiosa interna”. La libertad religiosa incluye, por ejemplo, la educación religiosa de los niños, la actividad caritativa del cuidado de enfermos, la recolecta y la donación por razones religiosas, la formación de comunidades para poder ejercer conjuntamente la religión o concepción del mundo, el llevar ropa religiosa y peinados específicos y el seguimiento de normas religiosas sobre la higiene y la alimentación. Puede ordenar tanto la omisión como la actuación; en cuanto a las primeras hay aclarar primero las barreras que la Ley fundamental acepta y cuáles no. La libertad religiosa garantizada en el art. 4 de la *Grundgesetz*, como derecho clásico de defensa, es un derecho subjetivo que garantiza la libertad de profesar una creencia o una concepción del mundo y actuar según la misma, pronunciarse en contra de ella o callar sobre ella. Se completa con los arts. 3, párr. 3º, y 33, párr. 3 de la Ley Fundamental, y las restantes normas del Estado que regulan la neutralidad religiosa e ideológica del Estado.

La libertad religiosa y confesión incluye el derecho de no pertenecer a ninguna creencia, no asistir a actos religiosos o de callar su convicción religiosa. Esta libertad negativa es, al mismo tiempo, una libertad ideológica positiva, ya que la postura irreligiosa y antirreligiosa es una ideología. Constitucionalmente nadie está obligado a manifestar su convicción religiosa. Pero las autoridades disponen excepcionalmente del derecho de preguntar por la pertenencia a una religión si de ello dependen derechos y obligaciones (en materia de impuestos, al ingresar en hospitales, en el ejército o en una institución penitenciaria). Mediante la consulta se protege también la libertad religiosa positiva de quienes quieren beneficiarse de la asistencia espiritual; pero la negativa no origina perjuicio ninguno²⁶.

El autor dedica la última parte de su ponencia a la libertad religiosa negativa de los alumnos y de sus padres o tutores, y de los profesores, que analiza en profundidad.

²⁶ A título anecdótico refiere el autor que el derecho de no tener que participar en actos religiosos no juega en Alemania ningún papel práctico en la actualidad, añadiendo que tampoco se verá afectado por el hecho de tener que ver o escuchar alguien una procesión que discurre al lado de su casa, o alcanzarle el sonido de las campanas, la llamada del muecín, o contemplar símbolos religiosos etc. Una sentencia del TC de 2003 estableció que del art. 4 de la Ley Fundamental no se deduce ningún derecho de librarse de manifestaciones de fe ajenas, actos de culto y símbolos religiosos (op. cit. p. 67).

En Alemania el art. 7, pár. 3 de la *Grundgesetz* exige que la clase de religión sea una asignatura ordinaria en las escuelas públicas, con excepción de las escuelas aconfesionales. Así la clase de religión es un acto del Estado que se imparte de acuerdo con los principios de la respectiva comunidad religiosa. Con la excepción francesa, hay regulaciones sobre la materia en Italia, España, Portugal, Bélgica, Finlandia, Austria, Países Bajos, en numerosos cantones suizos, y desde los años 90 también en Polonia, Hungría, Chequia, Rumania y Eslovaquia.

En las escuelas públicas de formación general se trata de la educación y del desarrollo de la personalidad del niño, que comprende también la dimensión religiosa cuando la valoran ellos mismos o sus padres. El moderno Estado constitucional y religiosamente neutral garantiza el derecho básico de la libertad de culto que exige una formación religiosa conforme a la edad. En la clase de religión se familiariza a los jóvenes de modo apropiado a su edad con las respuestas que ofrece el cristianismo u otra religión a las preguntas existenciales centrales individuales y sociales. Se les estimula a que formen sus propios juicios y encuentren su lugar. La libertad religiosa debe poder desarrollarse también allí donde el Estado se ocupa de los derechos de los ciudadanos, tal como lo hace en la escuela. Por ello el Estado no puede ordenar al mismo tiempo la obligatoriedad de la enseñanza y anular el espacio de la religión o limitarlo a la mera información.

El Estado solamente debe organizar la clase de religión, pero no determinar su contenido. En la escuela pública la neutralidad religiosa del Estado no debe realizarse transmitiéndoles a los alumnos una concepción del mundo laica-religiosa o eventualmente antirreligiosa. Neutralidad significa apertura para las fuerzas religiosas existentes en la sociedad, entre las que figuran especialmente las iglesias. Añade literalmente una gráfica afirmación²⁷: *Esta apertura es el elixir de la vida del Estado constitucional democrático y al mismo tiempo la base para la formación de los ciudadanos moralmente responsables*. De ahí se deduce un interés objetivo del Estado en la celebración de la clase de religión en sus escuelas cuyo contenido es determinado por las sociedades religiosas. Al Estado le queda la importante función de supervisor para que la clase de religión no contradiga el orden público, y sobre todo no ponga en peligro la convivencia pacífica y tolerancia de las personas.

Basado en el derecho de los padres (art. 6 pár. 2 de la Ley Fundamental) y en el sentido de la libertad religiosa negativa, a los padres y a los alumnos - a partir de determinada edad-, se les atribuye el derecho de decidir sobre la asistencia de los alumnos a la clase de religión (art. 7, pár. 2), y a los profesores no se les puede obligar a impartir la clase de religión en contra de su volun-

²⁷ Op. cit. p. 69.

tad (art. 7, pár. 3, frase 3); pero el profesor que se niegue a hacerlo debe cumplir su cuota de horas en la enseñanza de otras asignaturas.

a) Oración escolar previa. Tradicionalmente en algunas regiones alemanas se recitaba esta oración por los alumnos al inicio de la jornada escolar, fuera de la clase de religión. En 1965 el Tribunal del Estado de Hesse estableció que se omitiese si se oponía un sólo alumno, el cual se vería obligado a participar diariamente en ella contra su voluntad, o a confesar su convicción religiosa al no entrar en el aula hasta después de la oración. Pero el TC en s. de 1979 enmarcó el caso entre la libertad religiosa positiva y negativa conforme al principio de la tolerancia. Solución que el autor aprueba, y que traslada al caso de la bendición de la mesa en los parvularios municipales²⁸.

b) La cruz o el crucifijo en el aula. Opina el autor²⁹ que la libertad religiosa positiva de la gran mayoría de alumnos que pertenecen a una confesión cristiana no debe perjudicarse ante la libertad religiosa negativa de algunos niños, o sus padres, que profesan otra o ninguna creencia. La cruz en el aula como símbolo religioso de la mayoría de la población no exige ninguna identificación de la minoría. Adicionalmente la cruz podría ser entendida por los no cristianos como símbolo de la cultura occidental de impregnación cristiana y que puede ser transmitida conforme a la Constitución. Por ello discrepa de la sentencia del TC alemán de 1995, que, a su juicio, se dirige hacia la laicización de la escuela que la Ley fundamental no exige. Invoca en favor de su postura la doctrina de la s. del TEDH de 2011³⁰.

c) Escuelas confesionales y comunes. La libertad religiosa negativa no prohíbe que el Estado construya escuelas públicas confesionales, a las cuales pueden asistir también niños de otras confesiones o niños sin confesión religiosa a falta de otras escuelas debido a una población compuesta casi uniformemente por la misma confesión. Pero deberá garantizarse que las ideas religiosas o ideológicas de otros se respeten. Cuando el Estado establece escuelas comunes en las que se imparte la enseñanza sobre la base de ideas cristianas generales (sin estar vinculadas a ninguna confesión), no se vulnera la libertad religiosa negativa de aquellos padres que no profesan la fe cristiana, si está suficientemente asegurada la tolerancia. A la inversa, no se vulnera la libertad religiosa positiva de aquellos padres que desean una orientación confesional de la educación infantil. La libertad religiosa garantizada por el Derecho constitucional abre al legislador escolar una libertad de apreciación a la hora de

²⁸ Op. cit. pp. 70 y s.

²⁹ Op. cit. p. 71.

³⁰ Observa que la colocación de la cruz en la escuela viene a ser una medida organizativa con vistas a la mayoría de los alumnos y sus padres. A su juicio estaría vetado por la libertad religiosa colgar cruces en las aulas en contra de la voluntad declarada o supuesta de la mayoría de los padres o en un aula con mayoría de alumnos musulmanes (op. cit. pp. 71 y s.).

integrar lo religioso en la enseñanza escolar, pero exige que estén asegurados en la escuela el respeto y la tolerancia de cara a otras convicciones de fe, y prohíbe imposiciones ideológicas o religiosas. De este modo, el legislador es capaz de tener en cuenta, a la hora de organizar el modelo escolar, las corrientes religiosas e ideológicas principales tradicionales y nuevas o las que se formen dentro de la población.

A modo de resumen conclusivo, escribe³¹: Se puede constatar que la libertad religiosa negativa como derecho fundamental no tiene más importancia que la libertad religiosa positiva; gráficamente dice que esta última *no es acorralada* en el caso de coincidir con la libertad religiosa negativa. La compensación o conciliación entre ambos aspectos debe realizarse por la vía de la tolerancia de los creyentes y no creyentes. Incluso pueden ser necesarias regulaciones estatales para asegurar la tolerancia. La neutralidad estatal no exige que el momento religioso se expulse de todos los ámbitos de la vida dominados u organizados por el Estado. Este podrá tener en cuenta y fomentar los intereses religiosos de los ciudadanos, guiándose por el espíritu de la neutralidad, garantizando la puesta en práctica de la tolerancia entre los ciudadanos. La extendida opinión de que la no consideración de los intereses religiosos no sea por sí misma una ideología, es equivocada y causa muchos malentendidos respecto a la libertad religiosa.

Exposición de la Ponencia de la Profesora Roca Fernández.

Prof. Dr.^a María José ROCA FERNÁNDEZ, *La libertad religiosa en España como libertad positiva y negativa*³². (Comentario a la Ponencia del Prof. Dr. Christian STARCK). La autora es Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho de la Univ. Complutense. Investigadora Humboldt.

Afirma de entrada que la CE comparte con la Ley Fundamental la neutralidad del Estado en materia religiosa, que, a la vez, es el marco para la cooperación con las confesiones. La jurisprudencia constitucional española puede decirse que desarrolla las bases de una relación amistosa; así el Estado mantiene una actitud positiva respecto a las manifestaciones colectivas de la libertad religiosa (SSTC 340/1993, 177/1996 y 46/2001) y también está atenta al pluralismo de creencias existentes en la sociedad (SSTC 24/1982 y 340/1993), de modo que la laicidad o neutralidad no impide que las creencias religiosas puedan ser objeto de protección (ATC 180/1986), ni supone una total incomunicación entre el Estado y las diversas confesiones (ATC 616/1984).

En España los conflictos entre libertad religiosa positiva y negativa en la escuela pública tienen características similares –con algunas singularidades–, a los que se dan en Alemania, y la autora los expone en el mismo orden.

³¹ Op. cit. pp. 73 s.

³² *La laicidad del Estado etc.* cit. pp. 75-87.

a) Clase de religión.

La Iglesia Católica, La Federación de entidades religiosas evangélicas, las Comunidades islámicas de España y las Comunidades judías tienen derecho a impartir la enseñanza religiosa en las escuelas públicas españolas. La clase de religión es confesional y los centros escolares tienen el deber de ofertarla, mientras que los alumnos tienen el derecho de recibirla, si así lo solicitan. De hecho la imparten en la medida proporcional al número de fieles, según la última estadística publicada por el Ministerio. La autoridad religiosa establece los programas que deben impartirse y declara la idoneidad de los profesores que pueden impartirla. Este punto ha suscitado algunos problemas con las autoridades islámicas³³. También han surgido con los profesores de Religión católica, al no prorrogarles el Obispo de la Diócesis la idoneidad por considerar que su conducta posterior ha sido contraria a la Moral católica. La STC 38/2007 dio la razón al Obispado, mientras que la STC 51/2011, falló a favor del profesor. Observa la autora³⁴ que el TC no ha fundamentado su cambio de decisión en la modificación de la normativa aplicable ni por la circunstancia de que el supuesto de hecho fuera sustancialmente distinto, de modo que el tema se ha recurrido al TEDH. El TS ha resuelto además una variada casuística de reclamaciones³⁵: Inclusión de la doctrina católica como asignatura en Magisterio, su calificación, enseñanza de la religión y aconfesionalidad, el llamado estudio asistido como alternativa, innecesariedad de que la alternativa sea una asignatura de moral aconfesional, la no evaluación de la asignatura de religión no implica desigualdad, falta de previsión del Departamento de Religión en los institutos de secundaria. La autora no profundiza en ella por no haber sido tratados en su Ponencia por el prof. Starck.

b) Oración en la escuela.

El art. 2 de la Ley orgánica de libertad religiosa reconoce el derecho de toda persona a manifestar libremente sus creencias, a practicar actos de culto y a recibir asistencia religiosa; también lo reconoce en sentido negativo. Sigue en vigor la Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 agosto 1980 por la que se regula la asistencia religiosa y actos de culto en las escuelas³⁶. No ha recaído jurisprudencia al respecto porque, al parecer, tales rezos no se realizan. Los

³³ ROCA, M^a. José, "Problemas actuales de la enseñanza de la religión en las escuelas españolas", en VVAA (ed. W.REES) *Recht in Kirche und Staat. J. Listl zum 75.Geburstag*, Berlin, 2004, pp. 761-781.

³⁴ Op. cit. p. 77.

³⁵ Loc.últim. cit. nota 9.

³⁶ GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, A., "Los actos religiosos en las escuelas públicas en el Derecho español y comparado", en <www.iustel.com>, "Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado", 19, 2009, pp. 1-28.

conflictos se han producido a nivel universitario por la celebración de la Misa en una capilla de la Universidad de Barcelona y en otra de la Universidad Complutense.

En las escuelas con ideario público se organizan actos de culto con el debido respeto a la libertad religiosa positiva del alumno y de los padres.

c) Simbología religiosa en el ámbito escolar.

Se trata de una temática tratada con amplitud y con abundante acompañamiento doctrinal y jurisprudencial³⁷. En primer término, ni con carácter general en España ni en ninguna de las CCAA en particular existe normativa alguna en que se prescriba qué símbolos en general deben estar presentes en las aulas escolares (banderas, retratos del rey, crucifijos). Tampoco la hay sobre la posibilidad, o no, de que los docentes de escuelas públicas lleven en su atuendo símbolos religiosos. La profesora CIAURRIZ³⁸ 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 culto; MORENO BOTELLA³⁹ aunque propone la tolerancia como el parámetro con el que se ha de medir la legitimidad de tal presencia, estima como solución óptima su retirada de todo símbolo religioso de las escuelas, solución que a su juicio se asemeja más a las adoptadas en Suiza o Alemania. Otros autores (CAÑAMARES ARRIBAS, ALENDA SALINAS Y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ) se inclinan por la regla de la proporcionalidad. El Defensor del pueblo de Andalucía ha estimado que sólo en los lugares de culto o en el aula de religión la presencia del crucifijo no lesiona la laicidad del Estado en el ámbito escolar. En el mismo sentido, un órgano administrativo como la Junta de Andalucía ordenó la retirada de los crucifijos del Colegio Virgen de la Cabeza a petición de algunos padres, sin tener en cuenta la opinión del Consejo Escolar del Centro.

La STSJ de Madrid de 15 octubre 2002 reconoce a los Consejos Escolares la capacidad de decidir sobre si deben permanecer, o no, los crucifijos en caso de conflicto, aunque atribuye a la Administración educativa la facultad de revisar la solución adoptada. En el mismo sentido la STSJ de Castilla-León, de 20 septiembre 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) declaró que tal facultad es manifestación del principio de autonomía pedagógica, organizativa y de gestión económica de los centros docentes, advirtiendo que la retirada de todo símbolo religioso en un colegio

³⁷ *La laicidad del Estado etc.* cit. pp. 78-84.

³⁸ "Laicidad y ley sobre los símbolos religiosos en Francia", en VVAA *El pañuelo islámico en Europa* (coord. MOTILLA DE LA CALLE), Madrid, 2009 pp. 91-139.

³⁹ "Crucifijo y escuela en España", en <www.iustel.com>, "Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado", 2, 2003, pp. 24 s.

público, por mor del principio de libertad religiosa y de la aconfesionalidad del Estado, no es la única solución posible. Dependerá del caso concreto y del contexto en que se produce el litigio, y el Consejo Escolar está legitimado para decidir lo que estime oportuno tras ponderar los intereses en conflicto. En el mismo sentido la sentencia de la propia Sala y Tribunal de 14 diciembre 2009. Concluye, en este punto, la autora⁴⁰: La libertad religiosa negativa debe ser respetada en todo caso, pero no prevalece sobre la positiva. No cabe, por tanto, resolver el problema por medio de normas generales, ni aplicando criterios radicales o maximalistas. Si se regulase la materia por una ley, habría que atribuírsela a cada Comunidad Autónoma al tratarse de una materia transferida. Situación similar a la que se plantea en Alemania con los *Länder*.

Por lo que se refiere a la indumentaria religiosa, la doctrina mayoritaria (que expresa OLLERO TASARA) se muestra favorable a la libertad de las alumnas islámicas, tanto por el respeto a su derecho a la libertad religiosa, como el derecho al libre desarrollo de su personalidad (CASTRO JOVER, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ), entendiéndose que no sería admisible la prohibición del uso del *chador* por el significado que un tercero atribuya a ese atuendo (CAÑAMARES ARRIBAS).

En España las leyes estatales no contienen ninguna declaración de que la enseñanza pública deba ser laica. Sí lo establece el art. 21.2 del Estatuto de Cataluña (“la enseñanza [pública] es laica”), idéntico en este punto y número de precepto al Estatuto de Andalucía. Opina la autora que este contraste puede constituir “un problema de hondo calado constitucional”.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo núm 32 de Madrid, en s. de 4 febrero 2012, desestimó el recurso interpuesto por el padre de una alumna de Pozuelo de Alarcón, que tuvo que cambiarse de centro porque en el que estaba matriculada no se permitía ir con velo islámico a clase. La sentencia declara conforme a derecho tal regla del Consejo Escolar, que decidió no modificar sus normas de convivencia para que la alumna pudiera usar el *hyab*. Las normas del centro escolar en cuestión impiden que los alumnos acudan a clase con gorras, o alguna otra prenda que cubra la cabeza. Tal prohibición no vulnera el principio de dignidad de la persona, ya que se trata de una norma de convivencia en cuanto a la indumentaria que afecta a todos los alumnos; tampoco lesiona su derecho a la libertad religiosa según el criterio del TEDH, al que se remite.

La controversia acerca de la representación navideña del Belén en las escuelas ha sido resuelta por la STSJ de Murcia de 30 octubre 2009, al declarar que la ubicación de un belén en época de fiestas de Navidad en el vestíbulo de un Instituto, así como la programación de actividades para colocar

⁴⁰ Op. cit. p. 81.

símbolos religiosos en las aulas, no es contraria a la neutralidad ideológica y religiosa de los centros de enseñanza públicos, ni lesiona las creencias de nadie, por lo que su exhibición es legítima.

Añade la autora que al valorar una medida restrictiva de derechos habrá que aplicar el *juicio de necesidad*; por ej. la retirada de un símbolo o la prohibición de una indumentaria. Si el propósito es evitar el fundamentalismo en las aulas, puede bastar que se prohíba el *burka*, pero podría permitirse a las profesoras islámicas que lleven el pelo cubierto. Si se trata de las alumnas, si se busca la seguridad, se les podría permitir el velo salvo en los laboratorios de química.

En último término corresponde analizar el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*; es decir, si de la medida adoptada se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores. Entiende la autora que el valor fundamental a proteger es la libertad religiosa de quienes llevan la indumentaria. Pero si el hecho va acompañado de adoc-trinamiento hacia los alumnos, y los padres deciden en el Consejo Escolar pedir a quien la lleva que deje de usarla, entiende que el beneficio de la prohibición es superior a los perjuicios derivados de la prohibición. En el caso de los símbolos se ha de estar siempre a la decisión del Consejo Escolar, con posibilidad de la revisión administrativa del acuerdo, y eventual recurso judicial. Por otra parte, los padres a quienes afecte la prohibición deben estar representados en el Consejo Escolar.

d) Escuelas confesionales. En este punto hay diferencias notables entre ambos países. En la RFA, las escuelas confesionales son escuelas públicas, mientras que en España son de titularidad privada (en su mayoría de Órdenes religiosas, de Diócesis, y de otras entidades privadas). Un buen número de estas escuelas confesionales reciben fondos para su sostenimiento; pero el Estado, a través de los conciertos educativos financia sólo al profesorado de las escuelas concertadas; pero no los gastos del edificio, ni los gastos ordinarios de mantenimiento del centro que no están destinados a personal. Por lo que se refiere a la contratación de personal resulta posible tener en cuenta el carácter confesional de la escuela en Alemania, lo que entre nosotros representa el respeto del ideario del centro.

A modo de síntesis comparativa, escribe la autora⁴¹:

“La Ponencia del prof. Starck parte de una referencia histórica y de la distinta posición del Estado en el momento actual (neutral) con respecto al Estado en épocas pasadas (confesional). Este punto de partida en las raíces históricas resulta oportuno. El pleno reconocimiento de la libertad religiosa individual no está reñido con el respeto a la tradición histórica, cultural y jurí-

⁴¹ Op. cit. p. 85.

dica de cada país. De ahí que, salvaguardando siempre el reconocimiento de libertad religiosa, deba reconocerse al Estado un margen de apreciación al establecer el modo de concordancia entre la libertad religiosa positiva y la negativa. La laicidad es complemento de la libertad religiosa, pero no fundamento de la misma. El fundamento de este derecho 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 origen en sus manifestaciones. La laicidad está al servicio de la libertad y no viceversa⁴².

El trabajo se completa con los datos del alumnado que cursa Religión en España (mayoritariamente corresponde a la religión católica, aunque también hay datos referidos a la religión evangélica, islámica y judía), en la escuela primaria, Eso y Bachillerato, tanto de los centros públicos, como privados, concertados y no concertados⁴³.

c) Prof. Dr. Jörg ENNUSCHAT, *La cooperación entre el Estado y la Iglesia en Escuelas y Universidades*⁴⁴ El autor es Catedrático de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Univ. a distancia de Hagen.

A modo de introducción, en lo referido a las Iglesias cristianas, en Alemania existe una larga tradición de la cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades. El All. L.P.R. de 1794 contenía estipulaciones acerca de la enseñanza de la religión en las escuelas públicas, incluyendo a las minorías confesionales. Pero la tradición de las Facultades de Teología en la Universidad es más antigua, arrancando del s. XIV, correspondiendo a las instituciones clásicas de las universidades alemanas. Hoy se constata que tal cooperación ha evolucionado de tal forma que apenas presentan conflictos. Hay nuevo retos con el Islam pues no se ha encontrado ni establecido la forma adecuada de cooperación en este campo. Hay temas controvertidos tales como la clase de religión islámica, el pañuelo de las profesoras musulmanas, la no participación de niñas musulmanas en clases de deporte y natación, o la enseñanza de las teología islámica.

Entre las bases jurídicas aplicables en Alemania sobre el tema, las normas constitucionales de la *Grundgesetz* y de los Estados federados, se completan con las internacionales y comunitarias.

A nivel internacional, la libertad de religión se plasma en el art. 18 de la Declaración de 1948, el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos civiles y

⁴² COMBALÍA, Zoila, "Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa: a propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en <www.iustel.com> "Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado", 24, 2010.

⁴³ Op. cit. pp. 86-87.

⁴⁴ *La laicidad del Estado etc.*, cit. pp. 89-100.

políticos y el art. 14 del Convenio de 1989 sobre los Derechos del menor. A ello se añade el derecho a la educación (art. 26 de la Declaración de 1948 y el art. 13 del Pacto Internacional cit.).

En estas disposiciones queda patente que la educación no puede considerarse ajena o liberada de la religión. Así se dice que la educación favorecerá “la comprensión, la tolerancia y la amistad entre ... todos los grupos ... religiosos” (art. 28 ap. 2 de la Declaración de 1948, art. 3, ap. 1 del Pacto internacional cit.). Se deberá respetar la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas ... para que reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 13, ap. 3 del Pacto internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales).

A nivel comunitario, se proclama la libertad de religión (art. 9 del Convenio Europeo de Derechos humanos; art. 10 de la Carta de Derechos fundamentales; y el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional al Convenio europeo de 1950, y el art. 14 de la Carta de Derechos fundamentales).

Puede decirse que en el ámbito europeo hay consagraciones paralelas de la libertad de religión, del derecho a la educación, así como del derecho de los padres de elegir escuelas privadas para garantizar la educación y enseñanza de sus hijos a sus convicciones religiosas y filosóficas.

A nivel constitucional, hay que recordar que los derechos individuales que reconoce la Ley Fundamental pueden reclamarse ante los Tribunales. Así la libertad de religión (art. 4 de aquella), enseñanza de la religión (arts. 7, apartados 2 y 3, y art. 141 de la Ley Fundamental), Escuelas privadas confesionales (art. 7, apartados 4 y 5).

El principio de la neutralidad del Estado, no significa apartar la religión del ámbito público. Por una parte rige la prohibición de una Iglesia del Estado (art. 140 de la Ley Fundamental, coincidente con el art. 137, ap. 1 de la Constitución de Weimar). Por otro, el Estado se muestra abierto a la religión, como se deduce del Preámbulo de la *Grundgesetz* (“Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres ..., el pueblo alemán ..., se ha otorgado la siguiente Ley Fundamental”). “La enseñanza de la Religión es asignatura ordinaria del programa de las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales. Sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado, la enseñanza será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas”. El juramento oficial del Presidente de la República Federal contiene la fórmula religiosa (“Que Dios me ayude”), aunque es facultativa (art. 56). El art. 137, apartados 5 y 6 de la Ley Fundamental otorga el estatus de corporación de derecho público a muchas iglesias y comunidades religiosas. La asis-

tencia religiosa en el ejército alemán y en las instituciones penitenciarias está constitucionalmente garantizado (art. 140)⁴⁵.

Cuestiones concretas relativas al ámbito escolar:

a) La enseñanza de la religión.

No hay problemas en cuanto a las religiones cristianas (incluso la griego-ortodoxa) y a la judía, pues su enseñanza forma parte del currículo oficial de las escuelas públicas y es impartida, por regla general, por profesores estatales siguiendo un plan de estudios oficial; es, por tanto, una asignatura ordinaria, y sus resultados se evaluarán con notas que cuentan a la hora de pasar el alumno al curso siguiente. Las iglesias colaboran a la hora de formular los programas y seleccionar los libros. Pero los padres pueden eximir a sus hijos de participar en las clases de religión. Las iglesias cristianas y la judía tienen la consideración de corporaciones de derecho público.

Está sin resolver el problema de la enseñanza musulmana para los niños en su mayoría de origen turco. Cuando a estos niños se les imparten clases adicionales en turco se les transmiten también conocimientos sobre la cultura y la religión de Turquía. Pero falta una auténtica enseñanza de la religión musulmana al estilo de las clases de religión cristiana, impartida en alemán, lo cual, a juicio del autor⁴⁶, requiere solucionar los siguientes problemas: i) ¿Quién actuará como contraparte del Estado para la autorización de los profesores de religión, para la elaboración de los planes de estudio y para la selección de los libros de texto?. Si bien existen en Alemania numerosas asociaciones confesionales islámicas, agrupadas, a su vez, en varias organizaciones centrales, a diferencia de las iglesias cristianas, los musulmanes a título individual (padres e hijos) no son miembros de esas asociaciones y organizaciones. Hasta podría reivindicar cada asociación islámica ser representante de los musulmanes, sin que exista una vinculación clara de los distintos creyentes con la asociación. ii) Faltan, además, profesores de religión con la formación adecuada, lo que a su vez es debido a que en las Universidades, no existen Facultades de Teología islámica. Últimamente, la Ley de 22 diciembre 2011 ha modificado el art. 132a) de la Ley de Educación escolar de Renania del Norte-Westfalia una disposición que regulará transitoriamente la materia hasta que existan comunidades islámicas que representen, sin lugar a dudas, a los

⁴⁵ Normas similares se reiteran en las Constituciones de varios Estados Federados, en algunos casos con singular énfasis: *La veneración de Dios, el respeto de la dignidad del hombre y el llamamiento a la acción social constituyen el objetivo primordial de la educación* (art. 7, ap. 1 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia). *En las escuelas interconfesionales se impartirán a niños y niñas juntos enseñanza y educación en base a los valores educativos y culturales cristianos y en el respeto por la confesión cristiana y otras convicciones religiosas y filosóficas* (art. 12, ap. 6, sec. 1, de la misma Constitución).

⁴⁶ Op. cit. p. 94.

musulmanes de Alemania, con el siguiente régimen: i) Se introducirá la enseñanza, en lengua alemana, de la religión islámica que será obligatoria para todos aquellos alumnos cuyos padres hayan declarado que su hijo es de religión musulmana y que deberá asistir a esas clases; ii) Se constituirá un Consejo asesor compuesto por representantes de las organizaciones centrales islámicas y de otras personalidades del mundo musulmán, que participará en la elaboración de planes de estudio, selección de libros y de los profesores de religión islámica⁴⁷.

b) El rezo común en la escuela y la práctica del rezo en la escuela.

Antiguamente en las escuelas públicas existía, incluso al margen de las clases de religión, el rezo común cristiano que ha dado lugar a algunos conflictos jurídicos. Hoy día, en la práctica, esos rezos comunes apenas si se realizan. No obstante, en algunas escuelas aún se celebran oficios religiosos, por ejemplo al comienzo del año escolar, al margen de las clases, siendo voluntaria la participación en los mismos. En cuanto a la religión cristiana, en la práctica no se plantean problemas.

Recientemente la s. de 30 noviembre 2011, del Tribunal Administrativo Federal, confirmó la decisión de la dirección de la escuela de prohibir lo solicitado por un niño musulmán de rezar durante las pausas en las instalaciones de la escuela, con fundamento en que en la escuela en cuestión el acto de rezar podría poner en peligro la paz interna del establecimiento.

El autor califica de decepcionante la fundamentación de la sentencia⁴⁸. Aunque advierte que, con su decisión, el Tribunal Administrativo Federal acepta el punto de vista de la instancia inferior según la cual el ejercicio del ritual del rezo al mediodía por ese alumno no haría sino avivar los conflictos que se viven en la escuela, sin que esta contara con otros recursos pedagógicos para resolverlos de otra manera. Con todo, la decisión del Tribunal Administrativo federal no está exenta de interrogantes, pues destaca que, con el fin de salvaguardar la paz dentro de la escuela, un alumno ha de renunciar

⁴⁷ Advierte el autor que se trata de una enseñanza de confesión suní (con una marcada influencia turca); a partir de febrero de 2012 se dan también clases de religión alevita.

⁴⁸ Op. cit p. 96. Menciona los siguientes párrafos: "Debido a la composición heterogénea del alumnado, se han producido conflictos, a veces muy violentos, entre los alumnos, motivados por reproches vertidos contra algunos alumnos por no cumplir las reglas de comportamiento que se deducen de una determinada interpretación del Corán, como el mandamiento de cubrirse la cabeza con un pañuelo, de observar el ayuno, de realizar los rezos, de no comer carne de cerdo, de evitar "conductas inmorales", de no llevar "ropa inmoral" y de evitar cualquier contacto personal con compañeros "impuros". Por estos motivos se han producido casos de acoso psicológico, ofensa, especialmente con contenido antisemita, amenazas y discriminación sexista". "... En el pasado, se había instalado una sala común de cultos en la escuela que, sin embargo, tuvo que volver a cerrarse a raíz de disputas verbales entre alumnas que llevaban pañuelo y otras que no, y tras la negativa de los chicos de rezar conjuntamente con las chicas".

a una conducta, de suyo permitida, sin que se tenga en cuenta si este individuo, por su parte, rompe de forma culpable la paz en la escuela o no (aunque el Tribunal considera la decisión adoptada como *ultima ratio*).

c) Símbolos religiosos en las escuelas.

En 1995, el crucifijo en las escuelas fué objeto de un auto polémico del TC Federal, conforme al cual sólo puede colgarse un crucifijo en la escuela si todos están de acuerdo y nadie se opone a ello. No obstante, durante los últimos años no ha sido tanto ese símbolo religioso el que ha generado conflictos en las escuelas, sino el hecho de que profesoras musulmanas llevaran un pañuelo en la cabeza. Existen varias sentencias judiciales al respecto. En algunos Estados federados las leyes de educación prohíben a los profesores y a las profesoras llevar esa u otra indumentaria religiosa similar, alegando la aconfesionalidad del Estado (así el art. 57, ap. 4, de la Ley de Educación de Renania del Norte-Westfalia). El autor distingue⁹⁹ entre los símbolos religiosos utilizados por las escuelas y los profesores, y aquellos que llevan los alumnos. El hecho de que una alumna musulmana lleve un pañuelo en la cabeza es considerado como ejercicio legítimo de la libertad de religión.

d) La no participación en la enseñanza por motivos religiosos.

Hay algunos padres que se oponen, por motivos religiosos, a la participación de sus hijos en algunas actividades escolares, en especial en relación con las clases de educación física y natación, ya que para algunos padres, en su mayoría musulmanes, pero también algunos cristianos, resulta intolerable que sus hijas lleven ropa de deporte o bañador en presencia de chicos u hombres. Otro tipo de conflictos pueden surgir en torno a la asignatura de la biología (teoría de la evolución, educación sexual). En los últimos tiempos, la jurisprudencia (por ejemplo, el auto de 12 enero 2011, del Tribunal económico-administrativo de Aquisgrán) destaca el valor de la educación escolar mixta, confirmando la obligación de participación tanto de las alumnas como de los alumnos, además de hacer referencia a las posibilidades de los alumnos de ambos sexos de utilizar ropa de baño conforme a las reglas del Islam (*burquini*).

e) Escuelas confesionales privadas.

En Alemania existe una larga tradición de esta clase de centros. Aunque la mayoría utiliza los centros públicos, en todas las ciudades existen también escuelas luteranas o católicas, e incluso judías. Respecto de ellas no se plantean problemas. Pero más complicada se presenta el caso de las escuelas privadas islámicas, pues se teme el fomento de una sociedad islámica paralela y el fracaso de la política de integración.

f) Cuestiones relativas al ámbito universitario.

Las Facultades de Teología en las Universidades públicas gozan en Alemania de larga tradición; además en ellas se formarán los profesores de

⁹⁹ Op. cit. p. 97.

Religión que sucesivamente impartirán esta enseñanza en las escuelas públicas.

g) Facultades de Teología luterana y católica.

Son consideradas como ciencias confesionales. Los catedráticos de Teología gozan de plena libertad científica. Las Iglesias colaboran en la asignación de puestos del personal docente y en la promulgación de los reglamentos de examen, decisivos a su vez para la definición de los contenidos de los estudios. Si un catedrático de Teología entra en contradicciones fundamentales con su Iglesia, esta podrá exigir, en base a acuerdos concluidos entre la Iglesia y el Estado, su salida de la cátedra de Teología y su asignación a una cátedra aconfesional. En relación con las teologías luterana y católica tan solo persisten algunos problemas menores en orden a la participación de las Iglesias respectivas en la asignación de puestos docentes.

h) Los problemas de la Teología islámica.

Si se quiere introducir en Alemania la enseñanza de la religión islámica en las escuelas, deberán formarse previamente a los profesores necesarios; al mismo tiempo se podrían formar en Alemania a líderes religioso islámicos que, a continuación, podrían predicar en sus mezquitas. Hasta ahora casi todos los predicadores vienen del extranjero –en su mayoría, de Turquía–, permanecen poco tiempo en Alemania, y muchos de ellos no hablan alemán, lo que no facilita la integración de sus comunidades en la sociedad alemana. La autora alude al intento, en enero de 2012, de crear en la Univ. de Tübingen un Centro de Teología Islámica, que puede secundarse en otros lugares. El problema de encontrar un potencial interlocutor para la cooperación con el Estado se ha resuelto provisionalmente con la creación de un Consejo Asesor compuesto por representantes de las grandes asociaciones islámicas y otros musulmanes, que participará en el nombramiento del personal docente y en la elaboración de reglamentos de examen.

Por último, en Alemania existen también Universidades privadas de titularidad eclesiástica, respecto de las cuales no surgen problemas.

Concluye⁵⁰ que el Estado alemán es neutral desde el punto de visto religioso y filosófico, aunque se muestra abierto a la religión especialmente en materia de escuelas y Universidades. La cooperación entre el Estado y las Iglesias cristianas, ha mostrado, desde hace tiempo, su eficacia. Más complicado es el panorama con el Islam, debido a problemas, no de contenidos, sino de organización.

Exposición de la Ponencia del Prof. Dr. Vidal Prado.

Prof. Dr. Carlos VIDAL PRADO: *La cooperación entre el Estado y la Iglesia en Escuelas y Universidades*⁵¹. (Comentario a la Ponencia del Prof. Dr.

⁵⁰ Op. cit. p. 100.

⁵¹ *La laicidad del Estado etc.*, cit. pp. 101-108.

Jörg Ennuschat). El autor es Prof. Titular de Derecho Constitucional, Univ. Nacional de Educación a Distancia, e Investigador Humboldt.

Observa⁵² el autor la actual generalización del término *Grundsatz der Neutralität* (principio de neutralidad) que se prefiere al de laicidad, por las connotaciones negativas que contiene, y ello a diferencia de lo que ocurre en Italia o en España. Tampoco parece que pueda extenderse a Alemania la distinción que nosotros hacemos entre *laicidad* y *laicismo*. A su juicio, en este país (y también en España) se trata de una neutralidad positiva, abierta a la cooperación, no meramente indiferente o distante. Posición que se mantiene en la STC italiano de 12 abril 1989 (sobre enseñanza de la religión en la escuela) y la STC italiano 46/2001 (sobre la Iglesia de la Unificación o secta Moon), así como en la doctrina española⁵³. Es cierto que a partir de la STC alemán de 24 septiembre 2003 sobre el velo islámico, se habla de dos nociones de laicidad o neutralidad, una en sentido positivo, y otra que implicaría un distanciamiento del Estado respecto a lo religioso. La sentencia admite que ambas caben en el marco constitucional y que correspondería al legislador determinar por cuál se inclina (ocho *Länder* han establecido algunas prohibiciones en la vestimenta de sus funcionarios, mientras que en los restantes no se impuso ninguna restricción). El Auto del TC alemán de 15 marzo 2007 ha insistido en la neutralidad positiva. A ello debe añadirse que la *Grundgesetz* equipara la asignatura de Religión con las demás⁵⁴.

En relación con los Profesores encargados de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas el autor propone que nos inspiremos en el sistema alemán en su concreta reglamentación, lo que supone que tal enseñanza se proponga fundamentalmente a los profesores que ya son funcionarios y que, además, cuentan con la licencia eclesiástica. De producirse alguna discrepancia con esta última en el futuro, no sería necesario acudir al procedimiento traumático del despido⁵⁵. En cuanto a la enseñanza de la Religión islámica, el autor ve con simpatía la vía iniciada últimamente en Alemania, si bien señala algunos puntos de difícil compatibilización, como por ejemplo la consideración de la mujer en relación al principio constitucional de igualdad, y que corresponde al Estado la supervisión de la clase de religión para que no se lesione el orden público y ponga en peligro la convivencia pacífica y la tolerancia de las personas⁵⁶.

⁵² Op. cit. pp. 102 s.

⁵³ NAVARRO VALLS, Rafael, "Neutralidad activa y laicidad positiva (observaciones a "Para una interpretación laica de la Constitución" del prof. A. Ruiz Miguel)", en "*Revista General de Derecho canónico y Eclesiástico del Estado*", *Iustel*, núm. 18, octubre 2008; OLLERO, Andrés, *España ¿un estado laico?*, Cizur Menor, 2005, esp. pp. 49 ss.

⁵⁴ Lo que explica que algunos autores españoles califiquen - un tanto peyorativamente - de *semi-laico* el sistema alemán (así Llamazares y Ruíz Miguel).

⁵⁵ Op. cit. p. 104 y nota 8.

⁵⁶ Op. cit. pp. 105 s.

En relación con la oración de un alumno musulmán en una escuela pública alemana, fuera de las horas de clase, comparte la opinión del ponente sobre la sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 30 noviembre 2011.

Considera que el tema de los símbolos religiosos en la Escuela es cuestión lejos de resultar pacífica. Estimando, sin embargo, que hoy en Alemania los casos más conflictivos se plantean respecto al Islam por consecuencia de su mayor presencia en las sociedades europeas.

Con relación a la no participación en la enseñanza por motivos religiosos, considera que habría que analizarlo desde el punto de vista de la posible exención de frecuentar una determinada materia, siempre que pueda entenderse que penetra en el ámbito de la libertad ideológica o religiosa, garantizado por la Constitución y cuya tutela, mientras dure la minoría de edad, corresponde a los padres⁵⁷. Menciona la doctrina sentada por la sentencia del TEDH de 29 junio 2007, *caso Folgero y otros vs. Noruega*, según la cual: “Es en el cumplimiento de un deber natural hacia los hijos –respecto de los cuales los padres son los primeros responsables en su educación y enseñanza– donde los padres pueden exigir al Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho se corresponde con una responsabilidad estrechamente ligada al disfrute del ejercicio del derecho a la educación”.

En relación con el régimen de las Facultades de Teología cristiana en las Universidades estatales alemanas, no deja de observar que tales estudios no se reconocen actualmente en países de larga tradición católica, como Italia y España, aceptando plenamente las soluciones germánicas, mientras que en cuanto a las Facultades de Teología islámica cree que el tema deberá madurar en los próximos años.

d) Prof^a. Dra. María ELÓSEGUI ITXASO: *La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas Leyes de neutralidad de funcionarios públicos en Alemania*⁵⁸. La autora es Catedrática de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Univ. de Zaragoza, Investigadora Humboldt.

Por su profundidad y amplia documentación bibliográfica, por su extensión en relación con las restantes Ponencias básicas así como por la minuciosidad de sus conclusiones que prácticamente abarcan a la totalidad de aquellas, amén de desempeñar la función de Coordinadora del Seminario por parte de su autora, bien puede calificarse la aquí considerada como de Ponencia rectora⁵⁹. Se inspira de modo fundamental en las ideas recientemente sostenidas por

⁵⁷ Op. cit. p. 107.

⁵⁸ *La laicidad del Estado*, etc. cit. pp. 109-145.

⁵⁹ Pudiendo muy oportunamente, –en opinión del recensor–, haber abierto las sesiones del Seminario, en el que no apareció muy claro el por qué del *orden* de exposición de los diferentes temas tratados.

dos profesores francófonos canadienses, cuyas obras esenciales se explican con detalle, y cuya aplicación a la problemática europea y, en particular, a la germánica (también a la española) juzga muy adecuada. La Ponencia resulta extraordinariamente rica en información.

Propósito de la autora es contrastar el fundamento de la laicidad abierta defendida por los filósofos canadienses Charles Taylor y Jocelyne Maclure con el retroceso contrario al derecho de libertad religiosa que se ha dado en Alemania al interpretar el principio de neutralidad del Estado de un modo estricto, como se refleja en las Leyes de algunos *Länder* alemanes que desde el año 2004 prohíben el uso de símbolos religiosos a profesores de centros públicos y a los funcionarios. Ambos autores sientan las bases antropológicas del lugar que ocupan las creencias o filosofías de vida en la identidad de las personas, defendiendo un modelo de laicidad liberal y pluralista que permita la manifestación de dichas creencias en el espacio público, incluso a los funcionarios del Estado. La autora defiende una interpretación positiva del principio de laicidad como más adecuada para una correcta aplicación de un modelo intercultural de relación entre las culturas y el derecho porque la *Weltanschauung* forma parte de la identidad de la persona e impregna también sus actuaciones como ciudadano en la vida pública como usuario de servicios, y además en cuanto que funcionario al desarrollar su trabajo en la Administración Pública.

Génesis de la concepción. El filósofo canadiense Charles TAYLOR, con su discípulo Jocelyne MACLURE, han publicado fundamentalmente la obra *Laïcité et liberté de conscience* (Québec 2010), reeditada en Francia (París 2010) y también publicada en español (*Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid 2011; trad. por María Hernández Díaz). Su tema central es cómo entender la laicidad en una democracia liberal y pluralista, refiriéndose con este término a las sociedades libres, con un Estado de Derecho en el que se respeten los derechos y libertades de la ciudadanía.

El libro recoge una parte del Informe que se elaboró previamente en Québec en el año 2007, titulado *Informe final de la Comisión de consulta sobre las prácticas de acomodamientos unidas a las diferencias culturales en Québec*⁶⁰. El 8 febrero 2007, el Primer Ministro de Québec Jean Charest del Partido Liberal anunció la creación de una Comisión consultiva sobre las “Prácticas de acomodación” relacionadas con las diferencias culturales, en

⁶⁰ BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles, *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation. Rapport final de la Commission de Consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles* (Éditeur officiel du Québec 2008). Consta de 310 pgs. en versión completa y de 99 en la versión sintetizada (publicado en 2009). Disponibles en Internet en francés e inglés: <<http://www.accommodements.qc.ca>>. Se cita en la Ponencia como *Informe Bouchard-Taylor* en su versión completa siguiendo la paginación francesa.

respuesta al descontento público, respecto de los “Acomodamientos razonables”⁶¹. El Informe emitido⁶², fué liderado por el historiador Gérard Bouchard y por el filósofo Charles Taylor, siendo asesorados por un numeroso equipo de expertos⁶³. La parte relativa al concepto de laicidad y la presencia de la religión en la vida pública fue redactada por el Prof. Taylor junto al Prof. Maclure, filósofo y prof. de la Univ. de Laval. Durante el periodo consultivo se puso a disposición de la ciudadanía un documento con las pautas a seguir, las preguntas y los modos de participación, incluyendo un calendario de audiencias públicas⁶⁴.

La discusión de los acomodamientos razonables por motivos religiosos y/o culturales ha conducido al debate sobre cuál es el modelo de laicidad deseable para Québec. Algunos ciudadanos entienden que una exigencia de la neutralidad del Estado y de la separación entre Iglesia y Estado llevan necesariamente a que la religión se manifieste sólo en la vida privada. Para esta opinión no está justificado utilizar medidas flexibles de ningún tipo en la vida pública con la finalidad de adaptar determinadas normas a prescripciones religiosas que los individuos quieran practicar conforme a sus religiones⁶⁵. Pero es obvio que no todos entienden la laicidad del mismo modo, por lo cual es crucial clarificar cómo definir la laicidad o qué modelo se propone, antes de decidir cuál es el papel del Estado ante la laicidad.

Las creencias religiosas y las convicciones de conciencia como parte esencial de la identidad moral del individuo como ciudadano. Bajo este título se trata de la parte central de la argumentación de los profesores canadienses, que se expone por la autora con el debido detalle⁶⁶. Para TAYLOR y MACLURE la religión y las convicciones filosóficas profundas de las personas forman parte de la expresión de la propia identidad, constituyendo aspectos que no pueden separarse relegando la religiosidad a la vida privada, pues pretenderlo supondría un atentado contra la identidad de la persona. En particular, TAYLOR había atribuido ya a las creencias un lugar fundamental en la forma-

⁶¹ La autora (op. cit. p. 111, nota 5) llama la atención sobre la inexistencia de una traducción estándar al español del término *accommodements raisonnables* (en francés), o *reasonable accommodations* (en inglés). Explica las razones por las que ha preferido el término *acomodamiento*, en lugar de *acomodos*.

⁶² Estudiado detenidamente por la autora: ELÓSEGUI, María, “El modelo de interculturalidad en el Informe de la Comisión Buchard-Taylor”, en “*Anuario de Derechos Humanos*”, junio 2010, pp. 129-164.

⁶³ Se enumeran en op. cit. p.112, nota 8.

⁶⁴ Cfr. op. cit. p. 112, nota 9.

⁶⁵ Así LAROCHE, Jean-March, “De la religion dans l’espace public. Vers une société post-séculaire”, en “*Revue internationale d’éthique sociale et gouvernementale*”, vol. 8, nº1, 2006, pp. 60-69.

⁶⁶ Op. cit. pp. 113-117.

ción de la identidad del ser humano⁶⁷. La crítica de una laicidad rígida –que también denomina *republicana*– del Estado que se convierte así en un nuevo modo de religión es clarividente, a juicio de la autora. Razonamiento que reitera en obra posterior, galardonada con el premio Templatón⁶⁸. Para Taylor, el *republicanismo de Estado* es ciego a las diferencias pretendiendo igualar en una falsa neutralidad a todos los ciudadanos prescindiendo de su identidad religiosa y cultural, con un asimilacionismo en la ética republicana de Estado, que se convierte en una religión de la vida pública, que no permite el ejercicio de una verdadera libertad de conciencia⁶⁹.

Para TAYLOR y MACLURE la visibilidad de las creencias favorece la integración cívica, en lugar de obstaculizarla, ya que permite que los ciudadanos puedan intercambiar entre ellos sus culturas y creencias sin ocultar sus identidades. Esa visibilidad contribuye al conocimiento y comprensión mutuas. Para ambos autores es compatible estar de acuerdo con la idea de que la laicidad deba servir de integración cívica, a la vez que se niega la premisa según la cual el borrar la diferencia sea necesariamente una condición para la integración. Desde este punto de vista, el diálogo, la comprensión mutua y la cooperación entre los ciudadanos de una sociedad diversificada exigen, al contrario, que sus semejanzas y sus diferencias sean reconocidas y respetadas. Según esta perspectiva, las convicciones fundamentales, incluidas las creencias religiosas tienen un lugar esencial en la identidad moral de los individuos. Las creencias están ligadas a un sentimiento de integridad moral de las personas y son una condición del respeto que el individuo tiene para consigo mismo. Las convicciones fundamentales permiten estructurar la identidad moral y ejercer la facultad de juzgar en un mundo en el que los valores y filosofías de vida son múltiples y entran muchas veces en conflicto. La integridad moral depende del grado de adecuación entre lo que la persona percibe por un lado como parte de sus deberes (no renunciables) y sus compromisos axiológicos fundamentales, y por otro lado con sus acciones. Existe el riesgo de violentar o herir el sentimiento de integridad moral de una persona si se le impide que en la esfera pública pueda cumplir con sus obligaciones y valores fundamentales. No es lo mismo una convicción de conciencia profunda que una mera preferencia personal o gustos sobre cuestiones que no son moralmente esenciales.

El derecho protege de un modo especial todo lo relacionado con estas convicciones íntimas y profundas a través del derecho de libertad religiosa y

⁶⁷ TAYLOR, Charles, *Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Montréal, 1989; trad. inglesa (Massachussets, 1989); traduc. española, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, 1996.

⁶⁸ TAYLOR, Charles, *A secular Age*, Cambridge-Massachussets, 2007.

⁶⁹ Op. cit. p. 114.

de conciencia. A juicio de los mencionados autores⁷⁰, ello debe respetarse a pesar de los peligros de abuso y de la posible proliferación de la casuística, siempre dentro de unos criterios que la legislación y la jurisprudencia han ido construyendo, como la sinceridad de la creencia, el principio de proporcionalidad, el respeto al interés general, al orden público y a los derechos de terceros. Nuestras sociedades contemporáneas están marcadas por la diversidad moral y religiosa, pero no por ello se trata de homogeneizar la vida cívica, sino que el reto es acomodar la vida pública para respetar en la medida de lo posible el conjunto de creencias fundamentales, tanto religiosas como filosóficas o seculares, las cuales permiten a los individuos estructurar su identidad moral⁷¹. Para TAYLOR y MACLURE, la solución no consiste en despojar a las sociedades de sus señas de identidad religiosa mayoritaria, ya que todas las sociedades se han construido en un contexto cultural concreto, y eso no es negativo (por ej. es lógico que rija en ellas el calendario y las fiestas cristianas). Se trata de ser flexible y *dar acomodo*, o permitir *ajustes* para que otras personas con religiones o filosofías diferentes puedan cumplir sus ritos o sus ideales filantrópicos dentro de un marco negociado entre las partes afectadas, siempre dentro del marco que marca el derecho⁷². Observa la Ponente que muchas de las medidas deducidas de las opiniones de ambos autores canadienses están ya previstas y legisladas en una gran parte de los países europeos, aunque se observa algún retroceso en algunas recientes reformas legales, como la producida en Alemania a raíz de la sentencia del TC de 2003, tanto en el tema de los símbolos religiosos como en la regulación de la libertad religiosa de los funcionarios en relación con el Estado.

Laicidad liberal y pluralista frente a la laicidad republicana o rígida. Partiendo de la premisa de que la separación de la Iglesia respecto del Estado debe ser respetada en las democracias, esto no implica que el Estado deba distanciarse de la religión, sino que su función será más bien la de organizar esa diversidad siendo respetuoso tanto con los creyentes de las diversas religiones y filosofías de la vida, incluyendo a los no creyentes. Pero esta forma de laicidad no es neutral en relación con las razones profundas que animan a los individuos. El compromiso del Estado a favor de la autonomía de los indi-

⁷⁰ Op. cit. p. 115.

⁷¹ En esta línea cita la autora a RUIZ VIEYTEZ, A. "Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo", en "*Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*", julio 2009, pp.1- 22<<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/104/133>>. (Op. cit. p. 115, nota 21).

⁷² Indica la autora (op. cit. p. 116) que esto significa, por ej. que forma parte de la justicia social el hecho de que se ofrezcan posibilidades de alimentos conforme a esas religiones, o regímenes vegetarianos, o que se respete la vestimenta cuando forma parte de una seña de identidad por motivos religiosos o ético-culturales o filosóficos, también en el ámbito laboral (adaptaciones en los uniformes), y de que debe ofrecerse atención religiosa en los hospitales y cárceles etc.

viduos implica que estos últimos sean reconocidos como soberanos en relación con su conciencia y que tengan la posibilidad de hacer sus propias opciones existenciales, tanto si estas son seculares, como si son religiosas o espirituales. En consecuencia, dichos autores no comparten la postura de quienes entienden la laicidad de un modo rígido, que lleva consigo la separación radical de la esfera privada y la esfera pública, relegando la religión a la esfera privada, o con quienes identifican la laicidad con la emancipación del individuo en relación con la religión. Su propuesta de laicidad se basa en dar prioridad a dos principios esenciales: la igualdad moral de los individuos y la protección de la conciencia y de la religión. Para hacer posibles estos dos fines, son imprescindibles otros dos principios que son instrumentales y están al servicio de los dos primeros: mantener la neutralidad del Estado y la separación Iglesia-Estado. Por el contrario, encontramos que un sistema de laicidad rígida prioriza la neutralidad del Estado sobre las manifestaciones de la libertad de los individuos. La experiencia muestra que según los modelos que adopte cada Estado, caben hacer compatibles actuaciones rígidas en algunos supuestos y más flexible en otros. Francia, por ejemplo, ha sido rígida en la prohibición de símbolos religiosos en la escuela pública, pero continúa subvencionando a las Iglesias católicas, protestantes y judías, y también financia con un 75% a las escuelas privadas confesionales. Pero TAYLOR y MACLURE no comparten un concepto de ciudadanía republicana que exija al ciudadano relegar sus características personales como condición indispensable para la integración cívica, y se desmarcan de la forma en que la Ley francesa de 2004, sobre la prohibición del uso de símbolos religiosos en la escuela, ha utilizado el concepto de orden público.

Insisten ambos autores: “El Estado laico, que pretende distanciarse de la religión, adhiriéndose a la concepción del mundo y del bien de los ateos y de los agnósticos no trata en consecuencia con una consideración igual a los ciudadanos que otorgan un lugar a la religión en su sistema de creencias y de valores. Esta forma de laicidad no es neutral en relación con las razones profundas que animan a los individuos. El compromiso del Estado a favor de la autonomía de los individuos implica que estos últimos sean reconocidos como soberanos en relación con su conciencia y que tengan la posibilidad de hacer sus propias opciones existenciales, tanto si éstas son seculares, como si son religiosas o espirituales”. “Un sistema de laicidad rígida prioriza la neutralidad del Estado sobre las manifestaciones de la libertad de los individuos. Como contraste, un régimen de laicidad abierta defiende un modelo cuyo gozne es la protección de la libertad de religión y de conciencia, y un modelo de neutralidad del Estado más suave o flexible, permitiendo posiciones más dúctiles y acomodamientos de las prácticas religiosas en la esfera pública”⁷³.

⁷³ Loc. cit. p. 118 y s.

Al llegar a este punto la Ponente señala el diferente campo de aplicación a que se aplican las teorías de TAYLOR y MACLURE en su país de origen, y en relación con los países europeos, desconocedores no pocas veces de la diversa problemática quebequesa⁷⁴ –siendo cierto también lo contrario–. Por ello la autora se centra en algunas cuestiones concretas: así el uso de símbolos religiosos por funcionarios y empresarios del Estado⁷⁵; pero, sobre todo, en proponer la laicidad abierta como modelo para Europa. A su juicio, se hace evidente la necesidad de este modelo de laicidad abierta a la vista del desarrollo de los acontecimientos europeos y a las contradicciones jurídicas que se están produciendo en las nuevas regulaciones de los países europeos contra la libertad de manifestar la religión en el espacio público. No se trata de crear en Europa una diversidad forzada o artificial, pero es evidente que debemos asumir los cambios sociales que se han producido desde hace 50 años cuando se importó mano de obra extranjera de países no europeos o se incorporó población proveniente de antiguas colonias europeas. La ciudadanía europea se mueve entre el falso dilema de defender un modelo asimilacionista, insistiendo en que la integración de los inmigrantes, incluyendo sus diferencias religiosas, no es posible, o el de forzar una neutralidad laicista. Se acude al ejemplo de Francia como símbolo del fracaso de la convivencia interracial e interreligiosa, en lugar de fijarse en otras legislaciones europeas inspiradas en modelos interculturales, como la alemana, la belga o la holandesa. Precisamente, Alemania (a pesar de las críticas por la falta de integración de los turcos), ha logrado con sus luces y sombras, una mayor integración de los emigrantes y nacionales de segunda generación, a través de dos políticas concretas: la integración política y el acomodamiento de un modelo jurídico de cooperación amistosa entre el Estado y la religión, que resulta muy equilibrado. Sin embargo, existe el peligro de dar marcha atrás, volviendo a exigir un asimilacionismo en la religión mayoritaria en unas ocasiones y en otras con actitudes antirreligiosas que atacan también a la religión cristiana. Resultan más adecuadas las medidas legislativas adoptadas con la finalidad de educar en las leyes civiles y en la Constitución del país (por ejemplo, el test de ciuda-

⁷⁴ “Los ciudadanos de Québec no quieren que se pierda la separación de Iglesia-Estado y están molestos ante una amenaza potencial de que el Estado vuelva a la confesionalidad (ahora con el riesgo de que esa unión no lleve a la catolicidad del Estado sino a la islamización)” (op. cit. p. 121).

⁷⁵ María ELÓSEGUI resume así en este punto la postura de los profesores quebequeses: “No creen que una prohibición general de usar símbolos religiosos en los empleados del gobierno esté justificada. Sin embargo, reconocen que ciertas funciones pueden implicar alguna obligación de autorrestricción. Especialmente, los jueces, los fiscales, policía y el Presidente de la Asamblea Nacional. A las personas concretas que ocupan esos puestos se les puede pedir que restrinjan su derecho a mostrar su filiación religiosa con el fin de preservar la apariencia de imparcialidad en sus funciones” (op. cit. p. 125).

danía *–Einbürgerungstest–*, que se ha introducido como obligatorio en Alemania desde 2008, como requisito previo a la adquisición de la nacionalidad, y que es un examen sobre integración cívica). Lo mismo que la asignatura de *Politik*, o educación en los valores democráticos⁷⁶.

Por todo ello destaca la incoherencia jurídica en que, a juicio de la autora, incurren las diferentes leyes de neutralidad dictadas en algunos *Länder* a raíz de la s. del TC alemán de 2003, dictada a propósito de la prohibición del uso del pañuelo en la escuela por parte de una profesora funcionaria, estableciendo que la prohibición no podía decidirse a través del reglamento interno de la Administración del Centro escolar, sino que necesitaba apoyarse en una ley ordinaria promulgada por el legislador de cada *Land*, a través del Parlamento competente. El resultado ha sido sorprendente puesto que ocho *Länder* en el periodo 2004-2006, establecieron ciertas prohibiciones en la vestimenta de sus funcionarios (Baden-Württemberg, Baviera, Berlín, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen y Saarland), mientras que los ocho restantes no impusieron ninguna prohibición. Las s. del Tribunal Supremo Federal de 24 junio 2004 ha aceptado las prohibiciones de Baden-Württemberg y Nordrhein-Westfalen⁷⁷. La autora se apoya también, en su postura crítica, en los argumentos utilizados en el Informe del *Human Rights Watch*⁷⁸.

*Conclusiones*⁷⁹

Con base en la filosofía sustentada por TAYLOR y MACLURE entiende que es más correcto con la naturaleza humana y más conforme a la dignidad y al derecho de libertad religiosa, un modelo de laicidad abierta, que, a su juicio tendría cuatro consecuencias⁸⁰:

1ª) En tono positivo el Estado debería adoptar una actitud de diálogo y de inclusión de las confesiones religiosas y de sus aportaciones como tales en las discusiones políticas, siempre que sus argumentos se esgriman de un modo racional y ético. Eso llevaría a visibilizar los argumentos de las religiones y a incluirlas como interlocutores en el discurso político.

2ª) En relación con el ejercicio individual del derecho de libertad religiosa, los usuarios de los servicios sociales pueden pedir acomodamientos razo-

⁷⁶ ELÓSEGUI, María, La legislación vigente sobre la asignatura de educación política en las escuelas alemanas, " *Rev. de Estudios Políticos*", n° 154, 2011, pp. 71-109.

⁷⁷ Hay importantes diferencias de regulación entre las distintas normas prohibitivas sucesivamente promulgadas, las cuales expresamente no se refieren al velo islámico aunque así cabe deducirlo de los debates parlamentarios (cfr. op. cit. pp.132-138). A juicio de la autora, resulta injustificable que se permitan excepciones con base en las tradiciones cristianas.

⁷⁸ Op. cit. pp. 138-141.

⁷⁹ Cfr. op. cit. pp. 141-145.

⁸⁰ Pp. 143-145.

nables de los mismos para que sean compatibles con el cumplimiento de sus deberes religiosos, en cuanto a alimentación, vestimenta, horarios, ejercicio de sus rezos, fiestas, calendarios laborales, etc⁸¹.

3ª) La neutralidad del Estado en Europa (incluida en Alemania) debería entenderse en la línea de que el Estado debe proteger el ejercicio de la libertad religiosa en un sentido positivo, teniendo en cuenta el ejercicio de la misma. Esto justificaría la protección de la religión mayoritaria, pero dando acomodo paralelamente en la medida de lo posible a las religiones minoritarias y a otras muestras de espiritualidad⁸².

4ª) En relación con los funcionarios públicos la neutralidad del Estado debería entenderse en un modo abierto, sin distanciarse de las religiones, con apertura a las identidades culturales y religiosas de los propios funcionarios. Resultaría muy positivo visibilizar el hecho de que las minorías procedentes de la inmigración están presentes en todos los puestos de las Administraciones públicas.

Exposición de la Ponencia de la Dra. Hermida del Llano

Prof. Dr^a. Cristina HERMIDA DEL LLANO, *Globalización y secularismo en el espacio público europeo*⁸³. (Comentario a la Ponencia de la Dr^a.

⁸¹ Como muestra de su realismo y sentido práctico, la autora reconoce que en la actualidad, en las sociedades occidentales (y también en Québec) se han agudizado en parte de los ciudadanos dos actitudes que serían contrarias al derecho de libertad religiosa según esta idea de laicidad abierta. Estas reacciones han sido provocadas especialmente a raíz de los atentados terroristas del 11 septiembre 2001 y de los subsiguientes en España, el 22 marzo 2004, otros en Inglaterra etc, pero que en realidad reabren heridas relacionadas con conflictos ya existentes entre los propios ciudadanos sobre el fenómeno religioso y las respuestas jurídicas que se han dado a su regulación en Europa o Canadá. Una de las actitudes corresponde a quienes no les parecen suficientes los procesos de aconfesionalidad de que se han llevado a cabo en muchos de los países occidentales, ya que su deseo último es la eliminación de la religión en la vida del individuo. Algunos de ellos proponen como paso intermedio intentar una privatización de la religión, apoyándose en una interpretación de una laicidad estricta, que intentaría la mayor ausencia posible de la religión del espacio público (así la Carta de laicidad elaborada por las plataformas laicistas de Québec, con el fin de que sea aprobada por el Estado con fuerza de ley). La otra reacción es la de quienes, ante la aparición de ciudadanos con otras religiones no cristianas, especialmente, la islámica, desearían que el Estado volviera a su confesionalidad anterior, ya que identifican la identidad occidental con la religión cristiana (op. cit. p.143 s.).

⁸² Dice gráficamente la autora: "Hacer sitio a otros, no significa desaparecer uno mismo. Ello permitiría la presencia del cristianismo en la vida política, sin caer en la confesionalidad del Estado y sin adoptar un secularismo laicista. Sería incompatible con la propuesta de laicidad abierta, trasladar todas las religiones al ámbito privado" (op. cit. p. 145). Así se salvarían las contradicciones en que han caído en Alemania las leyes de neutralidad a partir de 2003. Los ocho *Länder* intervencionistas se debaten entre una protección de la cultura mayoritaria occidental-cristiana, haciendo gala de un confesionalismo asimilacionista de modo explícito en cinco de ellos, disfrazado, a su vez, de neutralidad estricta; o bien en otros tres de ellos se hace aplicación real de neutralidad, igualando a todos en el ejercicio legítimo de la libertad religiosa de los funcionarios, igualando también a todos en una visión de la religión como libertad negativa.

⁸³ *La laicidad del Estado*, etc. cit. pp. 147-171.

María Elósegui). La autora es Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Univ. Rey Juan Carlos. Investigadora Humboldt.

La sustancial convergencia entre las posturas de ambas autoras no impide el diferente enunciado de las respectivas Ponencias, y su no siempre idéntica argumentación empleada (no precisamente contradictoria, pero sí diversa y complementaria). Mientras la Coordinadora y Ponente quiso dejar bien claro que fundamentalmente acudía a la postura defendida por dos filósofos canadienses para enhebrar un raciocinio sólido frente a recientes posturas del TC germano, por su parte la Prof. Cristina HERMIDA DEL LLANO utilizó dos criterios generalizados para enmarcar los hechos subyacentes, y tratar de encontrar adecuadas respuestas.

El fenómeno de la globalización –presente también en la Ponencia básica, aunque no necesariamente destacada como básica–, íntimamente vinculado al de la inmigración en Europa, exige –a juicio de la Prof.^a HERMIDA DEL LLANO⁸⁴– una reflexión profunda sobre la verdadera integración de quienes llegan de culturas diferentes a la europea y que desean integrarse en una determinada sociedad respetuosa con los derechos fundamentales⁸⁵. Con base, asimismo en el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración en España, reconoce que “hoy día y en el mundo globalizado, junto a los procesos de uniformización se dan otros de diversificación cultural, étnica, lingüística y religiosa. Las migraciones internas e internacionales son uno de los procesos de generación de diversidad. Todos los países, regiones, municipios e incluso cada ciudadano enfrenta el reto de cómo abordar la diversidad circundante, qué actitud adoptar y qué comportamientos considerar válidos”⁸⁶. Por su parte acepta⁸⁷ que parece imponerse una dualidad respecto a la cuestión religiosa, pues, de un lado, la globalización parece haber conducido a borrar la línea de demarcación entre la esfera pública y privada del fenómeno religioso, tendencia que parece impulsada por un aparente proceso de desprivatización y de búsqueda de un papel más importante en la esfera política pública. De otro, las democracias europeas están experimentando dificultades para reconciliar el constitucionalismo y la religión a través de la adhesión al secularismo en el espacio público europeo”.

⁸⁴ Op. cit. p. 147.

⁸⁵ Se remite a su propio trabajo: “Desafíos jurídico-políticos en aras de una mayor integración del inmigrante latinoamericano en las Unión Europea: Una apuesta por la igualdad y el concepto de ciudadanía cívica”, en “*Revista de Derechos Humanos*”, vol. 2/2011, Univ. de Piura, Perú, enero-diciembre 2011, pp. 151-172.

⁸⁶ II Plan Estratégico, p. 87.

⁸⁷ Con cita de SCOTT APPLEBY, *The Ambivalence of the Sacred: Religion, Violence and Reconciliation*, New York, 2000; y también de PAREJO, M.J. “La controversia sobre la exposición de los símbolos religiosos en el ámbito público europeo: Hacia soluciones de carácter inclusivo”. en “*Persona y Derecho*”, núm. 63. 2010/2. o. 46.

La neutralidad estatal suscita, a su juicio⁸⁸, las siguientes preguntas: ¿Ha de ser el Estado neutral en materia religiosa e imponer un comportamiento neutral a los ciudadanos en el ámbito público? ¿qué significa ser neutral en el ámbito público? ¿el Estado puede ser verdaderamente neutral cuando hace uso de su poder coactivo?.

A su juicio, THOMASIIUS, al diferenciar entre *iustum* y *honestum*, puso las bases a la separación kantiana entre el *forum externum* y el *forum internum*, secularizando los argumentos a favor de la tolerancia y asentando las bases teóricas de la libertad de conciencia, así como la separación entre el Derecho y la Moral, entre la Religión y la Política, entre las opiniones que sólo afectan al propio individuo y las acciones que comprometen la seguridad pública. Acepta, con CHUECA⁸⁹, que “el foro interno significa el derecho de una persona a adherirse o no adherirse a una religión, a cambiar de religión, a abandonarla, y el derecho a no tener ninguna. En este foro teóricamente no deben surgir problemas pues las Iglesias o religiones no están legitimadas para interferirlo; y tampoco está legitimado ningún Estado ni ningún otro ente”.

¿Qué respuesta puede darse a las manifestaciones públicas de las creencias religiosas o de las convicciones, de la pertenencia a una religión o de no pertenencia a ninguna?

La autora invoca el art. 9 de la Convención europea de Roma (1950), adoptada en el seno del Consejo de Europa, según el cual el Estado sólo puede limitar la libertad religiosa fundamentándose en la seguridad pública, la protección del orden de la salud o de la moral públicas, o de la protección de los derechos o libertades de los demás. El art. 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos incluye también la posibilidad de que los ciudadanos manifiesten la religión en la esfera pública. Y de aquí concluye⁹⁰ que el Estado que conviva con diferentes religiones o convicciones dentro de la sociedad es el encargado de garantizar el respeto mutuo, no sólo entre sujetos con creencias religiosas diferentes sino también de éstos con los no creyentes. El olvido más o menos consciente de este papel del Estado, activo y positivo, dentro del entramado democrático se convierte en un arma mortal para la libertad religiosa.

La postura que se adopte en lo que a la libertad religiosa en el espacio público se refiere jugará un papel fundamental dentro del entramado normativo.

Cuando TAYLOR y MACLURE defienden que la visibilidad de las creencias favorece la integración cívica la cuestión a dilucidar es si deben

⁸⁸ Op. cit. p. 148.

⁸⁹ CHUECA SANCHO, Angel G. “El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural”, en el vol. VV.AA, “*Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Peces-Barba*”, III, Madrid, 2008, pp. 301 s.

⁹⁰ Op. cit. p. 150.

tener el mismo peso de visibilidad todas las creencias o si esta debe depender del arraigo social de las mismas. La autora plantea algunas cuestiones⁹¹: ¿Se atenta contra la integridad moral de los sujetos si se les impide exteriorizar en el ámbito público sus creencias o convicciones profundas? ¿qué entendemos por integridad moral? ¿cómo se ha de diferenciar entre una mera preferencia personal o gusto sobre cuestiones irrelevantes desde el punto de vista moral y una convicción de creencia profunda? ¿se han de respetar todas las convicciones de creencias profundas por igual? Si, como dice TAYLOR y recuerda María ELÓSEGUI, las creencias ocupan un lugar fundamental en la formación de la identidad del ser humano ¿por qué el Estado se empeña en evitar que las creencias religiosas formen parte de la identidad moral de los individuos? ¿por qué la saña se centra en éstas y, por el contrario, no levantan las mismas suspicacias otro tipo de creencias como las filosóficas o las seculares?

Tanto TAYLOR como MACLURE han resaltado que la neutralidad y la laicidad del Estado han de estar al servicio de la igualdad moral de los individuos y la libertad de conciencia y de religión. Parecidamente María ELÓSEGUI defiende la tesis de que el Estado ha de erigirse en un buen gestor de la diversidad religiosa en las sociedades pluralistas lo que conlleva que éste se ponga al servicio de *todos los ciudadanos*. Se observa aquí una cierta discrepancia en el matiz, pues la autora sostiene: “Desde mi punto de vista, sí que habría que matizar que más que al servicio de todos debería servir al *interés general de la mayoría* para la defensa de los derechos fundamentales, como pivotes ambos esenciales de cualquier Estado de Derecho⁹².”

Me parece igualmente de interés recoger los aspectos que, a su juicio⁹³, contribuyen a que el modelo de laicidad rígida encuentre una fuerte acogida:

I) La creencia de que la Religión está en contra de los valores de la sociedad moderna liberal;

II) El olvido de la tradición liberal europea;

III) La confesionalización del Estado;

IV) Cuando el Estado hace un uso indebido de su poder a través del mecanismo de la influencia, persiguiendo alterar las preferencias de los sujetos mediante modificaciones en el contexto social;

V) La exaltación de un individualismo radical mal entendido;

VI) La comprensión del principio de no discriminación como “indiferencia a las diferencias”;

VII) La confusión en torno al significado de los términos *lealtad e imparcialidad* de los funcionarios públicos⁹⁴.

⁹¹ Op. cit. pp. 151 ss.

⁹² Op. cit. p. 153, con amplia bibliografía en nota 22.

⁹³ Op. cit. pp.154-167. En el texto se recogen los enunciados básicos de tales aspectos, y no su desarrollo argumental.

⁹⁴ En este punto concreto cabe registrar otra diferencia de matiz con la Ponencia de María

VIII) La justificación de la restricción del derecho de libertad religiosa en aras de garantizar el propio funcionamiento del sistema constitucional;

IX) La concepción de que la creencia en absolutos es sinónimo de fundamentalismos e intolerancia.

Reputo igualmente de interés su rotunda afirmación⁹⁵ de que el secularismo o laicismo sería, en realidad, una más entre las concepciones del mundo o doctrinas omnicomprensivas que compiten en la sociedad contemporánea. Una doctrina que ha tenido la habilidad de disfrazarse de *imparcialidad cosmovisional* –ser, a la vez, árbitro y jugador–, para así impulsar más eficazmente sus fines. Entiende, siguiendo a OLLERO⁹⁶, que el modelo laicista responde a un planteamiento décimonónico de la relación entre razón y fe, y le parece sugerente la invitación de Benedicto XVI a que la Religión contribuya a purificar la razón al tiempo que la religión necesita del correctivo de la razón para no caer en excesos, como el integrismo o el sectarismo.

Insiste en su apuesta por el modelo intercultural⁹⁷, pues, a su parecer, en la última década observamos una tendencia internacional y nacional que promueve nuevas perspectivas en el ámbito de la gestión de la diversidad sociocultural poniendo el acento en la convivencia, lo que implica una multiplicidad de dimensiones y la existencia de espacios comunitarios compartidos para lograr la relación de hecho y la comunicación entre los diferentes, una pauta relacional donde se respeten las normas que regulan la vida local y se comparten los valores comunes, y la regulación de forma pacífica de las tensiones y conflictos. Lo intercultural implica un modelo que parte de tres características interrelacionadas: a) la promoción de la igualdad y no discriminación; b) la valoración positiva de la diversidad y el respeto activo, y c) el énfasis en lo común y en la interacción positiva⁹⁸.

ELÓSEGUI. Así dice la autora: “Coincidiría con Elósegui y también con Taylor y Maclure, en que la prohibición del uso de símbolos religiosos a los funcionarios vulnera no sólo la libertad de conciencia y de religión sino también el principio de tratar con igualdad a todos los ciudadanos. Sin embargo, no entiendo bien y me asaltan dudas sobre por qué se debe hacer una excepción con los jueces, fiscales, policía y Presidente de la Asamblea Nacional en aras –según Taylor y Maclure– de preservar la apariencia de imparcialidad de sus funciones. Si la gente, como recuerda María Elósegui, debe ser juzgada en base a su conducta, y no en virtud de las opiniones que se les imputan en virtud del símbolo religioso que usan ¿deberíamos hacer una excepción con los que ocupan un puesto más elevado? ¿o es que en estos casos, excepcionalmente, el uso de símbolos ha de ser entendido como una conducta también?” (op. cit. p. 160).

⁹⁵ Op. cit. pp. 166 s.

⁹⁶ OLLERO TASSARA, Andrés, “La política religiosa de los gobiernos Zapatero”, en “*Razón y Fe*”, julio-agosto 2011, p.89.

⁹⁷ Op. cit. pp. 167-170.

⁹⁸ Menciona entre otros, a este respecto, el ya aludido II Plan español Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, las diez Prioridades del Programa de La Haya, el Programa de Estocolmo (2010-2014), el Informe Mundial de la Unesco 2009, *Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural*, la Declaración del año 2008 como *Año Europeo del Diálogo Intercultural*, la Declaración de Zaragoza de 2010, etc.

A modo de conclusión, entiende que las mejores vías para resolver los conflictos de convivencia derivados de diferentes prácticas culturales que entren en conflicto con los derechos fundamentales y con los valores básicos de la UE son, el diálogo intercultural e interreligioso constructivo, la educación, un discurso público basado en la reflexión y el apoyo a las expresiones culturales y religiosas que respeten los valores, derechos y leyes nacionales y europeos. En cuanto a los acomodamientos razonables para hacer compatible el cumplimiento de los deberes religiosos, habrá que ponderar desde el marco de los derechos fundamentales que son los que configuran finalmente la identidad de los Estados. Por último, el concepto de la ciudadanía cívica, es el que debería vertebrar el proceso de integración real de los inmigrantes en las comunidades, el cual resulta completamente incompatible con un modelo laicista, rígido o cerrado, desde el momento en que éste no apuesta por una gestión positiva de la diversidad⁹⁹.

E) Prof^a. Dr^a. Dorothee FRINGS, *La libertad de culto de los empleados de la Administración pública, conforme al art. 33, párr. 3 de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del estado*¹⁰⁰. La autora es Catedrática de Derecho constitucional y Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Aplicadas (*Hochschule Niederrhein*), Universidad de Ciencias aplicadas.

La autora realiza una sugerente y atrayente *mise en scène* del problema enunciado:

“*El Estado secularizado liberado vive de requisitos que ni él mismo puede garantizar*”. Esta afirmación de BOCKENFÖRDE¹⁰¹, describe el dilema básico de una gestión liberal de la variedad de cultos con el elevado riesgo de la pérdida de las fuerzas sociales de aglutinación. Para los que estamos viviendo en Alemania –afirma– es un debate de mucha tensión que transcurre transversalmente en todos los frentes tradicionales y presenta una peligrosa carga explosiva para la sociedad. Los actuales partidarios de una estrecha cola-

⁹⁹ Op. cit. p. 171.

¹⁰⁰ Op. cit. pp. 173-206. Las pp. 198-206 corresponden a una muy completa bibliografía en lengua alemana (que, a su vez, se reitera –innecesariamente– en pp. 376-384).

¹⁰¹ Autor que, a juzgar de su presencia en la bibliografía general, debe reputarse en Alemania clásico en el tema, como resulta de sus publicaciones:

- “*Einleitung: Erklärung über die Religionsfreiheit*”, en LUTZ, *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, Darmstadt 1967, ¿o 1966?;

- “*Kopftuchstreit auf dem richtigen Weg*”?, en NJW, 2001, pp. 723 ss.;

- *Der säkularisierte Staat: sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme in 21. Jahrhundert* (München 2007);

- “*Bekenntnisfreiheit in einer pluralen Gesellschaft und die Neutralitätspflicht des Staates*”, en VV.AA., *Der Stoff, aus den Konflikte sind - Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Bielefeld, 2009, pp. 175 ss.

boración entre Estado y comunidades religiosas se convierten en defensores de una estricta laicidad en el ámbito de los Servicios Públicos apoyados por considerables sectores del movimiento feminista de izquierda y algunas asociaciones turcas críticas del Islam. Mientras que precisamente aquellos críticos de la subvención pública a la Iglesia y los defensores de una completa secularización apoyan una postura abierta y permisiva del Estado ante sus empleados. La discusión no afecta únicamente a los Servicios Públicos, sino que penetra como ejemplo en todos los ámbitos de la vida laboral civil. La primera posición corre el riesgo de promover una escalada de los contrastes entre grupos étnicos y religiosamente diferentes de la población, y la segunda atribuye una quizá arriesgada confianza en la formación de una comunidad de valores—finalmente secularizada— mediante la participación.

Significativamente, en lugar de conclusiones la autora finaliza su Ponencia con una *Perspectiva*¹⁰², lo que traslada convincentemente al lector interesado la enorme dificultad de formular, en este caso, el usual resumen final de cada intervención en el Seminario.

Así, a este respecto, escribe que la cuestión de la tolerancia religiosa dentro del sector público no se puede tratar exclusivamente según la dogmática legal. La discusión conlleva una alta carga política. Casi forma el punto de cristalización de la discusión de las sociedades europeas con la cultura del Islam que crece en su seno.

Cuánta confesión religiosa es capaz de soportar el sector público finalmente sólo es un aspecto parcial de una problemática mucho más amplia. Actualmente nos encontramos en una fase “en la que se está calibrando de nuevo todo el Derecho eclesiástico estatal por debajo del nivel de cambios formales en la Constitución”. En vista de la equiparación establecida a lo largo de los siglos del Occidente con el Cristianismo, y como contrapartida del Oriente con el Islam, el nerviosismo en la discusión no es de sorprender. A ello se suma que debido a los sucesos de la última década haya que sumar el miedo real al terrorismo islámico.

Precisamente en esta situación —dice la autora con buen sentido¹⁰³— las cuestiones legales deberían discutirse con sensatez, alimentadas de la certeza de que no son la discriminación y la separación las que protegen a la sociedad de la inhumanidad e intolerancia, sino las mismas garantías de los derechos fundamentales individuales y colectivos para todas las religiones y culturas.

La creciente diversidad cultural y religiosa de la sociedad exige tolerancia y franqueza, pero también razonamiento. Cuando en la legislación se toma la vía que se orienta en peligros abstractos y se despersonalizan así las espec-

¹⁰² Op. cit. pp. 195 ss.

¹⁰³ Op. cit. p. 195.

tivas situaciones conflictivas, surgirá paralelamente el riesgo de la formación de estereotipos con los que se cierran los discursos en lugar de abrirlos. Por otra parte, la credibilidad de la tolerancia religiosa también depende de que se respeten los derechos de todos los ciudadanos, tanto en la libertad de culto negativa, libertad de actuación o igualdad de sexos. Los empleados de los Servicios Públicos son personalmente responsables del respeto de los derechos fundamentales. Aquí existe una obligación de los empleados de aplicar una medida estricta y no permitir ninguna tolerancia ante comportamientos que desprecian la dignidad humana o los derechos de la libertad.

Existe la opción de una creciente laicidad de la relación entre Estado e Iglesia o la posibilidad de ampliar un modelo de cooperación, orientado hasta ahora exclusivamente a las iglesias cristianas, hacia la variedad de otras comunidades religiosas. Los intentos emprendidos por algunos países de introducir un laicismo unilateral para los musulmanes, demuestran el dilema en este cruce de caminos. Incluso las posturas representadas por la jurisprudencia indican que la proscripción de la religión en el sistema de formación y educativo, no se dirige a la vestimenta religiosa en general, sino al papel del Islam en concreto. Varios autores han propuesto la función pacificadora de la relación cooperadora entre Estado y ejercicio de la religión en lugar del término de la neutralidad (así Böckenferde, Sacksofsky y Mahrenholz). Mahlmann recuerda que la religión como convicción más profunda del hombre sobre el mundo y el sentido de la existencia humana representa un bien jurídico especialmente valioso pero también sensible, el cual hay que defender, independientemente de la propia creencia, como encarnación de la libertad.

También Papier y Vosskule ven el camino del aseguramiento de la paz más bien mediante una integración mayor de las distintas orientaciones religiosas que mediante un veto de todo lo religioso del espacio público. Precisamente porque el Estado únicamente por su monopolio de poder no puede satisfacer las contradicciones sociales, le corresponde la función decisiva de movilizar las fuerzas de aglutinación y de crear un clima social de tolerancia. Un perfeccionamiento de la relación cooperativa con las comunidades religiosas, integrando también a la población musulmana ofrece, además, la oportunidad de analizar los problemas y conflictos reales, en lugar de mantener discusiones meramente sobre lo que representan los símbolos.

Afirma la autora categóricamente¹⁰⁴ que todos los órganos estatales como ejemplo y orientación tienen una responsabilidad especial sobre el clima social de la tolerancia. Los Servicios Públicos podrían asumirla todavía mucho más intensamente como su función de señalar, también hacia fuera, la variedad vivida y de iniciar modelos del mutuo respeto y de un trato tolerante, tanto con

¹⁰⁴ Op. cit. p. 197.

los clientes como con los empleados. La sociedad de la pluralidad y tolerancia abierta ha demostrado ser el único principio estructural capaz contra los desarrollos totalitarios y ofrece un principio de integración, aunque no sencillo, pero que sigue siendo el mejor en los tiempos de una creciente diversidad religiosa¹⁰⁵.

La Ponencia contiene, además, una didáctica exposición para el no alemán del art. 33 párr. 3, de la *Grundgesetz*, precepto que, a juicio muy gráfico de la autora¹⁰⁶, crea un maremagnum bastante escabroso de derechos del hombre y de los ciudadanos, de las funciones del Estado, de los derechos subjetivos y los límites de los derechos fundamentales, prohibiendo las discriminaciones por motivos religiosos o por la concepción ideológica a la hora de acceder a los Servicios Públicos y de cara a los empleados públicos, refiriéndose a todas las formas de empleo con entidades públicas a nivel estatal, federal y municipal. Tratándose de una norma específica se aplica con preferencia a la que establece la prohibición general de discriminación por motivos religiosos¹⁰⁷. Menciona la libertad de culto sin restricción del ámbito de protección; se recogen no sólo la fe y la confesión sino también el derecho individual de orientar todo el comportamiento conforme a los principios de la fe y de actuar conforme a la propia convicción religiosa; advierte que hay que admitir un concepto abierto de *religión*, dada la ausencia de definiciones de la misma a nivel de derecho nacional, europeo o de la mayoría de los Estados miembros de la UE.

Para mejor entender el art. 33.3 de la Ley Fundamental la autora nos recuerda¹⁰⁸ que en Alemania, el trabajo en los Servicios Públicos queda históricamente determinado por la expresión *servidor del Estado* o titular de un cargo, basado en el sistema romano del *officium*. La autora afirma (énfasis añadido) *que el individuo en los empleados desaparece detrás del cargo y de la representación del Estado. No hay espacio para el sujeto del titular del cargo y de la representación del Estado, ni para sus intereses, preferencias, pertenencia a una religión o ideología*¹⁰⁹. Esto puede explicar que todavía en el presente siglo se le niega al empleado del Estado, en la medida y durante el tiempo que ocupa un cargo, reclamar sobre la base de las leyes fundamentales para su propia persona. En cambio, a la autoridad superior le corresponde como norma el derecho de determinar sobre el aspecto externo del empleado y de prohibir símbolos religiosos visibles, para salvaguardar la neutralidad. Pero a esta postura anclada en las tradiciones germanas, en la jurisprudencia y en determi-

¹⁰⁵ Op. últim. cit.

¹⁰⁶ Op. cit. p. 174. Entiendo que se utiliza *escabroso*, como sinónimo de *difícil*.

¹⁰⁷ Con el trasfondo de la legislación nazi para excluir a los judíos de los Servicios Públicos durante el nacionalsocialismo (op. cit. p. 175).

¹⁰⁸ Op. cit. p. 177.

¹⁰⁹ "Yo soy un cargo y no tengo opinión" (SCHILLER).

nada doctrina se opone muy claramente el concepto de la validez universal de los derechos fundamentales, incluso en todos los ámbitos legales de carácter soberano¹¹⁰. La STC de 2003, a juicio de la autora, refleja el rechazo de la subordinación del funcionario público a su cargo, renunciando a los derechos de su libertad individual, sino que acude directamente al art. 4.2 de la Ley Fundamental. Aunque pueden resultar restricciones de este derecho por la obligación del servicio, pero interpretadas restrictivamente. Sólo con esta interpretación se logra coincidir con el modo de entender el Derecho comunitario el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales. Según la Directiva 200/78/CE, la prohibición de la discriminación por motivos religiosos es válida, en la medida en que no se trate de actividades para una organización pública cuya ética se base en principios o ideologías religiosas (art. 4.2).

Luego con abundante argumentación se examinan las restricciones de la libertad de culto en los Servicios Públicos con base en el art. 4.1 de la Ley Fundamental¹¹¹. Recuerda la autora que Alemania carece de cualquier tradición para una separación estricta de Iglesia y Estado en la que todos los ámbitos públicos se mantengan libres de declaraciones religiosas. Las raíces históricas de la secularidad se encuentran en sucesivas luchas religiosas que amenazaban la unidad estatal; los conflictos religiosos se solucionaron de modo relativamente pacífico y en el Sacro Romano Imperio Germánico se pacificaron con el paralelismo y la convivencia de ambas confesiones. Una retirada de la presencia de las iglesias cristianas cambiaría el derecho constitucional alemán de la religión con una intensidad claramente mayor que la apertura de las instituciones públicas a otras comunidades religiosas. En vista de las estrechas relaciones de cooperación entre Iglesia y Estado que se han formado históricamente, entre otros en el ámbito de la previsión social, en el sistema de educación y formación y en la sanidad, una separación estricta de Estado e Iglesia requeriría una modificación amplia de las estructuras de la vida pública. Las voces que abogan por una estricta laicidad en Alemania han quedado en una posición débil. No obstante, lo destacable es el claro aumento de la demanda de *más* laicidad que indudablemente se relaciona con el avance de la religión islámica en el ámbito público (apoyado en la STC de 2003 sobre el velo). Para los Servicios Públicos se presenta el dilema de un veto de la religión, o si la neutralidad abierta y concedente dispone de la suficiente fuerza integradora para abrirse ante todas las religiones. En la doctrina (Ander, Muckel) predomina la opinión de que la jurisprudencia constitucional no contiene ninguna determinación del diseño de la neutralidad religiosa en los diferentes ámbitos del cumplimiento de las funciones estatales. Solamente los principios del

¹¹⁰ Op. cit. pp. 178 s.

¹¹¹ Op. cit. pp.179-185.

Derecho Constitucional podrán proporcionar una orientación. La protección de los derechos humanos de la Ley Fundamental prioriza los derechos individuales de libertad de cada persona. La máxima realización posible de la libertad para cada ciudadano individual obliga al Estado a un concepto básico abiertamente pluralista. Ante sus propios servidores el Estado está llamado a la misma práctica de libertad, siempre y cuando ésta no choque con las obligaciones del cargo. Cualquier restricción para proteger la neutralidad estatal debe justificarse por una razón de una necesidad pública superior. No todo el ordenamiento jurídico podrá ponerle barreras a la libertad de culto, sino solamente la Constitución en sí, teniendo en cuenta la totalidad de los valores de los derechos fundamentales y especialmente su relación con la dignidad humana. Tampoco se podrá recurrir a cualquier concepto del orden, ya que solamente las condiciones de conservación de una convivencia ordenada y pacífica, que permiten la misma libertad para todos, representan la medida para la restricción de los derechos fundamentales.

Ello obliga a tratar de la no intromisión del Estado¹¹², aspecto que resuelve en el sentido de que la obligación de no intromisión del Estado generalmente no se verá afectada por la confesión visible de sus funcionarios¹¹³; y también de la tolerancia social de las religiones con el respeto de la libertad negativa de los ciudadanos ante una religión impuesta¹¹⁴. Al margen del derecho a la

¹¹² Op. cit. pp. 185-187.

En una comunidad liberal y pluralista, en la que se le garantiza a los empleados públicos la libertad del ejercicio religioso, las manifestaciones religiosas visibles, generalmente no pueden ser percibidas como la expresión de una confesión del Estado mismo, pero se llegaría a un caso límite cuando los símbolos religiosos se convirtiesen en parte de un uniforme de los funcionarios públicos y actuaran como tales de cara al exterior. En este contexto se diferencia entre los ámbitos de la actividad soberana estatal originaria, sobre todo de la justicia y policía, y los ámbitos sometidos a mera supervisión estatal, como la escuela, la previsión y las entidades públicas de prestaciones sociales. La valoración podría ser diferente cuando los jueces o policías decorasen o completasen su ropa de trabajo con motivos religiosos. También en estos ámbitos la percepción de una prenda o de un peinado en relación con un cargo se caracteriza por las costumbres de una sociedad. Una policía con un velo transmite, en primer lugar, una apariencia extraña. Pero algunos países europeos han permitido atuendos religiosos en la cabeza de sus policías (Gran Bretaña, Países Bajos y Escandinavia), lo que parece demostrar que la actividad soberana no sufre ningún perjuicio por la aparente confesión religiosa del funcionario público. También ha evolucionado la percepción del funcionario público por el ciudadano, y el propio Estado ha intensificado su cooperación con la sociedad civil.

¹¹³ Op. cit. p. 187.

¹¹⁴ A juicio de la autora parece claro que las actividades misioneras no deben realizarse en instituciones públicas, especialmente cuando en relación con una actividad soberana podría ponerse en duda la neutralidad en el ejercicio del cargo. Pero en los Servicios Públicos, la mera visibilidad de la propia confesión religiosa no produce ninguna influencia ideológica sobre el ciudadano, a menos que un determinado comportamiento del funcionario diera pie a creer que sus actuaciones en el cargo podrían ser influenciadas por la confesión propia.

educación religiosa que compete a los padres, la educación para la tolerancia no exigirá ocultar la orientación propia de los profesores en una escuela pública; pero al mismo tiempo está prohibido destacar la convicción religiosa de los profesores como la única verdadera o superior ante otras confesiones. Las actuaciones ante los alumnos no deben ser influidos por las propias ideologías. Pueden plantearse conflictos similares en el ámbito pedagógico, sobre todo en la asistencia infantil y juvenil. En cuanto a las Guarderías cabría invocar razones comparables con las del ámbito escolar, con la diferencia de la obligatoriedad del sistema escolar y la prestación voluntaria de las guarderías que se realizan tanto por entidades públicas como privadas. A los padres les corresponde el derecho de preferencia y elección, de modo que podrán cambiar a otro establecimiento si no quieren dejar a su niño en manos de una puericultora con velo. No puede olvidarse que en Alemania también en las guarderías municipales se practica mayoritariamente una educación de fuerte carácter cristiano¹¹⁵. En todo caso, observa la autora que las intervenciones estatales opuestas al Islam no solamente vulneran el postulado de neutralidad, sino que fomentan discriminaciones sociales, de modo que actualmente en Alemania hay empleadores privados y agencias de empleo que pretenden excluir a las mujeres musulmanas de trabajos en contacto con el público y que se sienten legitimados por el hecho de que se haya prohibido a las profesoras el uso del velo en las escuelas¹¹⁶. En relación con la referencia abstracta del TC alemán a las perturbaciones de la paz social, la autora se muestra partidaria de una interpretación restrictiva, de modo que mientras se puede esperar una convivencia tolerante o cuando en el sistema educativo haya oportunidades para estrenar la tolerancia no habrá necesidad de una intervención en la libertad de culto mediante una regulación legal¹¹⁷. Si esta última fuera necesaria, opina la autora¹¹⁸ que sería suficiente para intervenir que la ley se apoyara en un comportamiento determinado de modo generalizado, sin llegar a prohibir una determinada manifestación de fe como tal. En relación con el peligro para la paz comunitaria, su característica es que su existencia no está amenazada por conflictos concretos, sino por peligros abstractos, lo que otorga al legislador ordinario un margen de maniobra político, con desplazamiento hacia el laicismo¹¹⁹. La autora formula considerables reservas en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad, al que también se remite al art. 9 de la

¹¹⁵ Observa la autora que la demanda de un entorno ausente de religión podría desembocar rápidamente en una discusión sobre un ámbito fundamental de la educación preescolar, y que simultáneamente se discute sobre una posible simbología en contra del orden democrático social y la igualdad entre los sexos (op. cit. p. 189).

¹¹⁶ Op. cit. p. 190.

¹¹⁷ Op. cit. p. 191.

¹¹⁸ Op. cit. p. 192.

¹¹⁹ Op. cit. p. 193.

Convención Europea de DDHH. En la STEDH *Dahlab vs Suiza* de 15 febrero 2001, se trataba de una profesora que daba clase a niños entre cinco y ocho años, y convalidó la prohibición de que asistiera a clase con el velo porque en esas edades los niños son fácilmente influenciables, y porque afectaba a la neutralidad del Estado. En la STEDH *Sahin vs Turquía*, de 10 noviembre 2005, se consideró admisible la prohibición del velo contra una estudiante de una Universidad pública. En parecido sentido la STEDH de 4 marzo 2009, consideró admisible la prohibición del velo para las alumnas de una escuela pública francesa. La autora se pregunta cómo se va a posicionar el TEDH sobre la relación entre la libertad de culto de los funcionarios públicos y la neutralidad del Estado¹²⁰.

Ponencia del Prof. Dr. Torres Muro.

Prof. Dr. Ignacio TORRES MURO, *Estado aconfesional y libertad religiosa de los empleados públicos. Una visión desde España*¹²¹ (Comentario a la Ponencia de la Prof^a. Dr^a. Dorothee FRINGS). El autor es Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Univ. Complutense. Investigador Humboldt.

Comienza llamando la atención sobre las diferentes tradiciones históricas en el tratamiento del fenómeno religioso en las que se incardinan Alemania y España. Nuestro país ha sido durante muchos años un ejemplo de confesionalidad católica, y solamente comenzó a cuestionarse esta manera de ver las cosas en cortos periodos del Siglo XIX, y en el siglo pasado, el art. 3 de la Constitución de la Segunda República declaró que: “El Estado español no tiene religión oficial”¹²². Más que la historia remota tiene también gran importancia la reciente, y en ese contexto hay que recordar que el régimen surgido de la sublevación del 18 julio 1936 proclamaba entre sus principios fundamentales que: “La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación (art. II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958).

Estas normas son producto de una situación de base, a la que también hay que aludir, consistente en que, frente a la pluralidad alemana, España fue, desde 1492, y hasta hace muy poco, un ejemplo de sociedad en la que la casi

¹²⁰ Op. cit. pp. 194 s.

¹²¹ *La laicidad del Estado, etc. cit.* pp. 207-226.

¹²² Resulta chocante, –a juicio del autor (op. cit. p. 208)–, que la Constitución de 1812 se proclamara “en el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad”, disponiendo en su art. 12 que “la Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

totalidad de sus habitantes profesaban la fe católica, o no profesaban ninguna, dato este que nos aleja de naciones pluriconfesionales, como eran muchas de las europeas. Prácticamente no se toleraba la disidencia en materia religiosa, y la misma se solía solucionar con medidas drásticas (como la expulsión de los judíos o de los moriscos).

El tratamiento tradicional del fenómeno religioso es muy diferente del típico de Alemania. Estas diferencias explican la reacción respectiva ante los desafíos actuales, pese a similitudes en ambos países; la inmigración masiva de países no europeos se han presentado cronológicamente primero en Alemania, y más tarde entre nosotros.

Las actuales reglas constitucionales en este punto son, sin embargo, relativamente afines, pues ambos son aconfesionales, que, sin embargo, reconocen el fenómeno religioso. Ninguno de ellos es un Estado laicista radical, basado en la indiferencia, o incluso el rechazo, como puede ser el caso de Francia. La aproximación a la necesaria conservación de la neutralidad del Estado tiene aspectos similares en ambos, aunque, a veces, la situación sociológica de base fuerce a adoptar soluciones diversas, o simplemente que los problemas de uno no lleguen a surgir en el otro.

En particular hay que destacar la diferente aproximación constitucional a los problemas de los empleados públicos en ambos regímenes constitucionales. Además de la declaración general de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE), los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), y que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3 CE).

No obstante, se presentaron o pueden presentarse, en el pasado y en el futuro, problemas similares, de donde se induce el interés de su análisis comparativo.

La legislación vigente en orden al acceso de los empleados y funcionarios públicos (art. 55.1 del Estatuto Básico del empleado público de 12 abril 2007), permite concluir en general que la religión no es un factor determinante para acceder al empleo público. Sin embargo la STC 177/1996, de 11 noviembre estimó el recurso interpuesto por un militar sancionado por negarse a participar en un acto de tipo religioso en el que usualmente participaba su unidad, ya que, aun cuando se considere que la participación del recurrente en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de volun-

tariedad en la asistencia en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa. En la misma línea la STC 101/2004, de 2 junio, otorgó amparo a un policia que se negaba a participar, lanza en ristre, en una procesión de Semana Santa, en la que tradicionalmente participaba su unidad.

Se trata de dos supuestos de la vertiente negativa de la libertad religiosa de los empleados públicos.

Examina con algún detalle lo que denomina *el caso curioso de los capellanes y los Profesores de doctrina y moral católicas*¹²³. Según la STC de 13 mayo 1982, no resulta contradictoria con la aconfesionalidad del Estado la existencia en el Ejército de capellanes católicos, sino que permite hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades, toda vez que los miembros de tales fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; tampoco se viola el principio de igualdad pues no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas. Se considera constitucional la Ley de 24 diciembre 1981, promulgada en cumplimiento de los Acuerdos de 1979 con la Santa Sede que regularon la asistencia religiosa pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas, considerando a los capellanes católicos como párrocos personales. No se resolvió el tema de si tales capellanes castrenses constituyen un cuerpo de funcionarios financiados por el Estado, ni tampoco si en su interior se mantienen las graduaciones paralelas o similares a los militares. En líneas similares se prevé la asistencia religiosa en los hospitales y en las cárceles. Sin embargo, en materia de enseñanza religiosa en los centros públicos se ha suscitado bastante litigiosidad ante todos los niveles de la organización judicial española, e incluso ante el TC, sin que nos encontremos con una línea clara de respuesta, en espera todavía de una decisión del TEDH. La STC núm. 38, de 15 febrero 2007 considera compatible la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad del profesor con el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, y los principios de mérito y capacidad, ya que no existe una discriminación por motivos religiosos. Son únicamente las Iglesias y no el Estado las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas llamadas a impartirla, dentro de la observancia de los principios fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales. La idoneidad de los profesores de Religión no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, con mayor intensidad, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. La condición de la declaración eclesiástica de idoneidad no puede estimarse irracional o arbitra-

¹²³ Op. cit. pp. 214-221.

ria, sino respondiendo a una justificación objetiva y razonable coherente con los principios de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado. Los derechos individuales a la libertad religiosa de los profesores de religión, y la prohibición de declarar sobre su religión sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a que se imparta su doctrina en el marco del sistema educativo y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos. La STC núm. 128, de 4 junio 2007 se refiere al caso de un sacerdote a quien no se le renueva su contrato de profesor de religión por una conducta que el Obispado de Cartagena considera contraria a la religión católica (sacerdote que contrae matrimonio civil antes de secularizarse, padre de cinco hijos y miembro públicamente conocido del Movimiento pro-celibato opcional). El TC no le concede el amparo, si bien hay dos Votos particulares basados en buena parte en la argumentación de la anterior sentencia¹²⁴. Sin embargo, la STC núm. 51, de 14 abril 2011, concede el amparo a una profesora de religión cuya idoneidad no había sido renovada por haber contraído matrimonio civil con un divorciado. Se declara que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la recurrente para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho a elegir libremente su estado civil, y la persona con la que desee contraer matrimonio. Lo contrario sería otorgar a la libertad religiosa una prevalencia absoluta sobre la libertad individual. El autor muestra también su discrepancia con este fallo¹²⁵.

Concluye este punto el autor diciendo que en España y como consecuencia de los Acuerdos con la Santa Sede subsisten en nuestro ordenamiento empleados públicos, o, al menos, personas que perciben un salario del Estado, que tienen atribuidas tareas en las que se supone que no deben respetar la neutralidad que se predica de aquél, puesto que sus funciones son las de prestar asistencia, y adoctrinar, dentro de los valores de una determinada religión.

¹²⁴ El autor se muestra crítico con la segunda sentencia del TC y reproduce los argumentos de los dos Votos particulares, reconociendo que la discrepancia no se basa tanto en relación con los principios básicos de la primera sentencia –que se aceptan–, sino en las circunstancias del caso concreto (op. cit. p. 218 s.).

¹²⁵ Sostiene el autor (op. cit. p. 220) que la interpretación que se hace de la doctrina consolidada por la tercera sentencia del TC, conduce a un resultado cuando menos llamativo, pues desactiva prácticamente los poderes del Ordinario del lugar que podía ejercer según la doctrina de las dos sentencias anteriores, ante un caso claro de inidoneidad moral sobrevenida. Describe gráficamente que “la consecuencia es que podrán seguir ejerciendo como profesores de doctrina y moral católica personas cuyas ideas o conductas, públicamente manifestadas, no se ajusten a las líneas dogmáticas básicas de la Iglesia católica, con el consiguiente problema para los educandos, y los padres de los educandos, confiados todos ellos en tener profesores de una determinada religión”.

Esta necesidad de respetar la aconfesionalidad del Estado y la de mantener relaciones, más o menos intensas, de cooperación se resuelven con sistemas que no dejan de presentar contradicciones. Aunque se trata de excepciones que se explican porque responden a situaciones muy particulares de la manera española de acercarse a estos problemas¹²⁶.

La legislación española establece muy claramente el principio de la neutralidad religiosa de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. En el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 abril (EBEP), configura la actuación de los empleados públicos conforme a las reglas de neutralidad, objetividad e imparcialidad. Así el art. 53.2 de aquélla fija la actuación de los empleados públicos en lograr la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, fundamentándose en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio. Y conforme al art. 53.4 uno de los principios éticos que deberán respetar los principios éticos será la de llevar una conducta basada en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otras condición o circunstancia personal o social. Se deduce de todo ello la obligación reforzada de observar una estricta neutralidad en materia religiosa en las actuaciones de cualquier empleado público, evitando en todo caso actitudes discriminatorias que se consideran una desviación muy grave de las pautas por las que debe conducirse la Administración Pública¹²⁷. La ausencia de resoluciones en esta materia en la jurisdicción contencioso-administrativa, muestra que no se trata de materia litigiosa, aunque no es imposible que en el futuro se planteen¹²⁸. Para resolverlos eventualmente propone buen tino y respeto a los derechos fundamentales de todos, para alcanzar soluciones que combinen la deferencia con las convicciones religiosas de los funcionarios con la necesaria firmeza en la defensa de la neutralidad del Estado.

¹²⁶ Op. cit. p. 221.

¹²⁷ Op. cit. p. 222.

¹²⁸ Como supuestos de la pequeña jurisprudencia en la materia, menciona la s. de 9 septiembre 2002 de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares, relativa al conductor de autobús judío que logra se le reconozca el derecho a llevar el signo distintivo de la gorra en su uniforme, dado que ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren menoscabo por ello, y en caso contrario pudieran herirse los sentimientos religiosos de uno de los empleados, constitucionalmente tutelados; asimismo la s. de 27 octubre 1997, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que, por el contrario, deniega a una vendedora de tiendas del aeropuerto la pretensión de modificar la uniformidad que formaba parte de las condiciones del puesto de trabajo, ni la adecuación de su horario de trabajo, ni la exención de manipular cerdo o alcohol, debido a no haberse comportado con lealtad y buena fe. al no informar cuando solicitó el trabajo de sus especiales circunstancias religiosas.

En sus conclusiones finales¹²⁹ subraya y reitera que comparando la situación alemana y española se advierten similitudes y divergencias, producto de situaciones históricas de partida diferentes, así como del hecho de que muchas de las situaciones que ya se han dado en la República Federal son absolutamente inéditas en España, país en el que el art. 16.3 CE debe considerarse como la guía firme que debe orientar todas las actuaciones en este terreno, completado con la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE).

f) Dr. GRECO, *Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán*¹³⁰. El autor es Profesor contratado, Doctor en Derecho penal, Facultad de Derecho; Univ. Ludwig-Maximilians de München.

El Ponente principal ofrece una breve pincelada comparativa del tema en los derechos de nuestro entorno; así en Italia las monografías más importantes parecen defender un tratamiento tendencialmente atenuante de los delitos culturalmente influenciados (PASTORE, BERNARDI), mientras que en el sistema anglosajón hay un fuerte debate sobre el llamado *cultural defense* (RELTENT), y en la doctrina española critica la postura adoptada por TRUFFIN y ARJONA. En Alemania, la cambiante situación social, en el ámbito del Derecho penal clásico ha sometido a revisión temas como el de la punibilidad de la circuncisión de niños con base religiosa –tema que no suscita discrepancias–, o el de los homicidios premeditados que se cometen para salvaguardar una concepción del honor de la familia, de difícil comprensión para los modernos conceptos fundamentales, pero muy presente en algunos grupos de población, cuya calificación se duda si debe hacerse o como homicidio (art. 212 Cod. penal alemán) o como asesinato por móvil abyecto (art. 211). El último tema ha sido objeto de varias sentencias del TC alemán, y es materia de amplio debate doctrinal (EXNER, JEROUSCHECK, FATEH-MOGHADAM, HERZBERG). El autor prefiere utilizar la terminología de *asesinatos por honor*, en un sentido amplio, de homicidios premeditados que se cometen por una supuesta obligación cultural para satisfacer el honor de la familia, en lugar de la fórmula antigua *venganza de la sangre*. En los últimos años se ha registrado una nada insignificante cantidad de estos asesinatos por honor, y cuyo prototipo o esquema básico podría ser el siguiente: Una mujer que vive en Alemania, pero que procede de una familia de turca con orientación tradicional, opta o prefiere un estilo de vida occidental (por ej. se niega a rendir ilimitada obediencia a su marido). Sucede que se niega a casarse con un hombre determinado, o mantiene relación con otro hombre después de un divorcio civil considerado ineficaz desde el punto de vista del ex-marido, o rechaza un matrimonio forzado, y por ello es asesinada por un familiar varón debido a la

¹²⁹ Op. cit. p. 225.

¹³⁰ *La laicidad del Estado, etc.* cit. pp. 227-251.

deshonra de la familia derivada de tal comportamiento. Hay variaciones accidentales (todos los intervinientes pueden ser iraníes de creencia shií, o paquistaníes musulmanes integristas; en algunos casos pueden serlo también cristianos, italianos o griegos, etc.).

El autor encuadra actualmente el tema en las siguientes coordenadas¹³¹:

Legalmente estos hechos se califican como delitos de asesinato por motivos abyectos. El asesinato es un homicidio doloso cometido con alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 21 Cod. pen. a saber: alevosía, crueldad, por codicia, con instinto asesino, para permitir o encubrir otros delitos, o por otros motivos abyectos. Se castiga con prisión perpetua. Según constante y dominante jurisprudencia los motivos abyectos figuran en el último escalón desde una perspectiva moral, es decir son especialmente reprobables y verdaderamente despreciables; cuestión debatida, considerada como básica, es resolver si los motivos del asesino por honor deben ser valorados por la minoría cultural que los acepta o por la mayoría de la población alemana.

En la evolución de la jurisprudencia alemana sobre el tema (siguiendo a SALIGER) se distinguen tres fases: i) Los diferentes criterios culturales se compararon con enfermedades psíquicas atenuantes de la culpabilidad, a la hora de valorar los motivos; ii) Luego el TS federal destacó que para aceptar la especial reprobabilidad de los motivos constituyentes de la calificación de abyección era necesaria una valoración conjunta de todas las circunstancias. Ello originó que se rechazara regularmente la calificación de asesinato el homicidio por honor; iii) A partir de los años noventa se inicia la tercera fase que todavía subsiste; se sigue manteniendo la valoración global, pero los conceptos del otro ámbito cultural se declaran irrelevantes. Es doctrina del TC que el baremo para la valoración del motivo debe tomarse de la sociedad jurídica de la RFA, ante cuyo Tribunal el acusado está llamado a responder, y no de las consideraciones de un grupo de población que no reconoce los valores morales y legales de esta sociedad jurídica. La consecuencia es que la mayoría de los casos originan la calificación penal de asesinato¹³².

Esta línea jurisprudencial, vigente en la actualidad, ha sido aceptada principalmente por la doctrina¹³³, aunque no faltan autores partidarios de la fase intermedia¹³⁴. El autor construye su propia doctrina después de un análisis

¹³¹ Op. cit. pp. 231 ss.

¹³² Entre los casos excepcionales que fueron calificados de homicidio figuran un sujeto procedente de Anatolia Oriental, con una personalidad de estructura simple que estaba atado a las ideas tradicionales de su patria; y también el de un chino capaz de integrarse, que después de su llegada a Alemania fue abandonado por su esposa, que se unió a un alemán, a quien mató por desesperación ante la situación de su propia vida.

¹³³ Se recogen referencias a casi docena y media de autores en op. cit. p. 235 nota 47.

¹³⁴ Loc. últim. cit. not. 48.

minucioso de los argumentos en que se basa la doctrina dominante, en cuya exposición detallada no procede entrar aquí¹³⁵. Me limito, en consecuencia, a reproducir su conclusión final:

“Los asesinatos por honor son asesinatos y no simples delitos de homicidio. Pero, en contra de la opinión dominante, esto no se fundamenta en que se base en una motivación especialmente reprobable y despreciable [...]. Pero habrá que reconocer el asesinato porque estos hechos realizan, por una parte, un injusto máximo: no solamente violan el bien jurídico de la vida, sino además el derecho de la víctima a orientar su vida según su idea de lo bueno, es decir, su derecho a una vida en autonomía, y porque, por otra parte, se realizan con plena culpabilidad, dado que la culpabilidad no se debe considerar como un reproche de la formación de la voluntad, sino meramente como formación de la voluntad poco prudente, en tanto llama al castigo. Se podría objetar críticamente que en el principio aquí desarrollado apenas se habló de los motivos. Esto no es por casualidad, sino –en parte se toma como punto de partida la diferenciación entre legalidad y moralidad– forma parte del programa. Los motivos finalmente sólo demuestran ser un epifenómeno en el que se refleja la gravedad objetiva del injusto. Esta conclusión alcanzada hace poco tiempo, y que tiene una importancia fundamental para un derecho penal de hecho, debe tomarse en serio y elaborarse en sus implicaciones”¹³⁶.

Ponencia del Prof. Dr. BOLDOVA PASAMAR.

Prof. Dr. BOLDOVA PASAMAR, *Asesinatos por honor en el Derecho penal alemán*¹³⁷ (Comentario a la Ponencia del Dr. Luis Greco). El autor es Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza.

Esta Ponencia española sigue muy de cerca la Ponencia básica, ya glosándola, ya reforzando y enriqueciendo sus argumentaciones y aportaciones, y en varias ocasiones discrepando de aquella, pero, curiosamente –y con alguna diferencia de las restantes ponencias españolas–, con escasas referencias al tratamiento del supuesto en el derecho penal español.

Comienza afirmando que aquí se aborda el problema de los denominados “asesinatos por honor” de los que son víctimas principalmente las mujeres, pero también los homosexuales, cuyo marco geográfico describe con amplitud. Son tradiciones perpetuadas en comunidades ubicadas en un eje geográfico que abarca Medio y Próximo Oriente, Turquía y los países de su entorno cultural, África y buena parte del subcontinente indio, sobre la base de la religión musulmana y de culturas atávicas, feudales o tribales. Actualmente estos comportamientos se reproducen también en ciertos países europeos favorecidos por la multiculturalidad (se han dado casos en Gran Bretaña, Dinamarca,

¹³⁵ Op. cit. pp. 235-251.

¹³⁶ Op. cit. pp. 250 s.

¹³⁷ *La laicidad del Estado, etc.* cit. pp. 253-262.

Suecia, Italia y Francia). El Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha cifrado en más de 5.000 los crímenes de honor que se registran cada año en todo el mundo. La Resolución de 30 enero 2003, de la Asamblea de la ONU, titulada *Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*, insta a los Estados a una efectiva protección de las mujeres y a que estos crímenes no sean tolerados. La Resolución del Parlamento Europeo de 26 noviembre 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en referencia expresa a los crímenes de honor y a las mutilaciones genitales, insta a los Estados a que rechacen cualquier referencia a prácticas culturales tradicionales o religiosas como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

La cuestión entronca con el problema clásico de la filosofía jurídica en torno tanto a las relaciones como a las diferencias imprescindibles entre el Derecho y la Moral¹³⁸. Así se introduce el tratamiento penal del autor por convicción que se comporta guiado por razones ideológicas, morales o religiosas, lo que opera como contramotivo para lesionar la norma jurídica, en virtud de un conflicto interno entre el deber moral y el deber jurídico, que hace que no experimente un sentimiento de culpabilidad a pesar de conocer la significación antijurídica de su comportamiento. El efecto más comúnmente reconocido al delincuente por convicción ha sido la atenuación de la pena y, en concreto, de la culpabilidad; pero no se suele plantear la agravación de su responsabilidad¹³⁹.

En Alemania, como sabemos, el panorama cambia desde los años noventa del siglo pasado¹⁴⁰, de modo que, contrariamente a la anterior constatación, tales hechos constituyen un asesinato y no meramente un homicidio. Sin embargo, en España únicamente la codicia de forma fragmentaria (la circunstancia de precio, recompensa o promesa) desempeña un papel como elemento de la motivación del autor para transformar en asesinato un homicidio¹⁴¹. El resto de motivaciones no alteran el tipo delictivo y a lo sumo constituyen meras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; así es homicidio agravado el que se realiza por motivos discriminatorios (art. 22. 4ª Cod.pen.), y es homicidio atenuado cuando se realiza en una estado pasional (art. 22.3ª)¹⁴².

¹³⁸ Que el autor aclara pedagógicamente en op. cit. pp. 254 s.

¹³⁹ "Aun cuando en nombre de las convicciones se hayan cometido los crímenes más horribles del siglo XX y la motivación del autor en general sea susceptible de agravación en la mayor parte de las legislaciones penales" (op. cit. p. 256), afirma el autor.

¹⁴⁰ Anota el autor que incluso matar dolosamente sin motivo aparente puede constituir para la jurisprudencia alemana un móvil abyecto. Lo que, a su juicio, una tipificación tan exhaustiva y con una fórmula tan abierta de los motivos otorga un papel todavía muy destacado en las valoraciones jurídicas a la Moral y a la Ética social, lo que parece poner en peligro la afirmación kantiana de que el Estado liberal sólo se preocupa por la legalidad y no por la moralidad (op. cit. p. 257).

¹⁴¹ Hasta 1963 se privilegiaba el uxoricidio, y hasta 1996 la figura del infanticidio *honoris causa*.

¹⁴² Significativo puede ser, por otro lado, que en el Proy. de Cod. pen. de 1980 se incluía una agra-

Una primera conclusión del autor se expresa así¹⁴³: “Ni el Derecho alemán ni el español, en mayor o menor medida, han renunciado a valorar jurídicamente la motivación del autor del delito, y ello puede observarse igualmente en ordenamientos jurídicos próximos. No obstante no parece adecuado emplear fórmulas vagas como la de motivos abyectos, porque resulta demasiado amplia y ambigua, generando un riesgo de moralización del Derecho penal, ya que parecen evocar rasgos de la personalidad de egoísmo extremo (Derecho penal de autor) cuando no los mismos pecados capitales (Derecho penal moralizante) y ello obliga necesariamente a interpretaciones restrictivas. Por el contrario, sería preferible que el legislador acotara los datos susceptibles de valoración y vinculara los elementos de la motivación, no ya con una determinada moral (aunque sea mayoritaria), sino con los valores cívicos fundamentales, que son los únicos que pueden poner de manifiesto una mayor *reprobabilidad* jurídica de la motivación”¹⁴⁴.

Otra discrepancia de sutil matiz con el Dr. GRECO se cifra en lo siguiente¹⁴⁵: “En mi opinión –escribe el Prof. BOLDOVA– la lesión del bien jurídico vida encierra todas las manifestaciones de la vida, entre ellas el derecho a la vida en autonomía o el derecho a orientar la propia vida según las propias decisiones. De modo que no acabo de advertir un *plus* de injusto (un “hecho” más grave) que permita realizar una valoración adicional e independiente que no esté ya comprendida y abarcada por lo injusto mismo de matar. Sin embargo, comparto con el Dr. GRECO que en estos casos de muerte por honor puede concurrir un injusto autónomo que habría que valorar como un añadido a lo injusto propio del homicidio, si bien todo ello queda supeditado a las posibilidades que ofrezcan las disposiciones legales establecidas por cada Código penal”.

Observando que en la mayor parte de los llamados *crímenes de honor* nos encontramos claramente ante una cuestión de género, hay aquí otra perspectiva que falta en la Ponencia principal, y que viene recogida expresamente en el Derecho penal español, puesto que castiga como delito los malos tratos, ocasionales y habituales, las amenazas y las coacciones en el ámbito familiar y, todavía de forma más específica y cualificada cuando se producen en relaciones de género entre la pareja. Un homicidio de honor, que no constituya

vante de “obrar por motivos abyectos o fútiles”, que se especificó algo más en el Proy. de 1983 (“obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delitos contra las personas”), que no se reproduce en el Cod. pen. de 1995. En cambio, la atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia (art. 9.7ª Cod. p. 1973) quedó sin contenido por LO 8/1983, de 25 junio.

¹⁴³ Op. cit. p. 258.

¹⁴⁴ Cita favorablemente la regulación del art. 221-4. 6º, del Cod. pen. francés.

¹⁴⁵ Op. cit. p. 260.

asesinato, observa que podrá entrar en concurso de delitos con esas otras figuras delictivas contra la libertad o la integridad física, psíquica, o incluso moral¹⁴⁶.

Concluye su Ponencia¹⁴⁷: “Creo también que existe un fundamento objetivo y normativo –no meramente subjetivo o moralizante– para estimar que un homicidio o asesinato por honor, en el que el autor actúa por motivos discriminatorios en razón del sexo femenino de la víctima –o de su orientación social en el supuesto de víctima homosexual, o de su identidad sexual si la víctima es transexual–, constituye una motivación despreciable ético-socialmente y, por tanto, abyecta en el sentido del asesinato del Cod. pen. alemán. Como consecuencia de todo ello habría que preguntarse si no sería más adecuado suprimir con referencia a estos asesinatos la expresión acompañante –por honor–, porque parece insinuar algo que no es real en las sociedades occidentales, esto es, que tales asesinatos tengan el carácter honorables o de honrosos, siendo justamente su significación jurídica la contraria: asesinatos machistas o por razón de género. Por último, se podría sugerir al legislador de un Estado liberal que si quiere valorar en la ley penal las motivaciones del autor –sin necesidad de que la dogmática penal trate de sustituirlas o disfrazarlas de elementos objetivos– procure desconectarlas de datos puramente anímicos (tendientes a los argumentos morales) y, en su caso, las vincule con violaciones concretas y determinadas de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano (fijándose en los argumentos legales)”.

4. A MODO DE CONCLUSIONES

Como afirmé inicialmente, en el Seminario cuyas Ponencias recoge el presente volumen se ha realizado una auténtica investigación comparativa. Centrada ciertamente entre los derechos alemán y español, aunque no pocas veces extensiva a otras legislaciones de países próximos. Personalmente extraería la conclusión de la necesidad de superar los elementales criterios que utilizaron los primeros comparatistas –subsistentes todavía en los Manuales más recientes¹⁴⁸– para contraponer los denominados *Derechos religiosos*, a los *Derechos seculares* (entre los que se incluían, por supuesto, a los países del *Civil* y de la *Common Law*). Dentro de esa secularidad los matrimonialistas

¹⁴⁶ Op. cit. pp. 260 s.

¹⁴⁷ Op. cit. pp. 261 s.

¹⁴⁸ Cfr. los apartados dedicados por ZWEIGERT Konrad-KÖTZ, Heinz, *Introducción al Derecho comparado* (trad. esp. de la 3ª ed. inglesa, Aparicio Castro, Arturo), México, 2002, al “Derecho en el lejano Oriente”, para referirse al Derecho chino y japonés con difusa influencia de Confucio, y, a continuación a los “Sistemas legales religiosos”, relativos al Derecho islámico e hindú (pgs. 303 ss.).

debíamos justificar, por ejemplo, el capítulo dedicado a los *sistemas matrimoniales*. Pero ahora advertimos claramente la verdadera dimensión de la libertad religiosa como derecho fundamental de la persona humana, la cual requiere, por otra parte, su proyección en otros muchos campos como el de la enseñanza en la integridad de sus aspectos, la sanidad, el ejército o los centros penitenciarios, el ejercicio en general de los empleos públicos etc. Los llamados tradicionalmente sistemas u ordenamientos seculares deben dar respuestas amplias y adecuadas a la presencia pública de la religión, incluyendo al Islam presente notoriamente en Europa desde hace algunas décadas, y respecto del cual no cabe –a mi juicio– minimizar el problema reduciéndolo al velo sí o no¹⁴⁹. Comparativamente sería conveniente seguir profundizando dicho tema con aportaciones transversales (filósofos del Derecho, internacionalistas, constitucionalistas, administrativistas, civilistas y también expertos en Derecho comunitario, Derecho Eclesiástico del Estado, y especialistas en los derechos de las religiones más importantes, en el supuesto de que éstas posean un régimen jurídico propio). Parece evidente que una concepción rigurosamente laica, excluyendo absolutamente lo religioso por el mero hecho de serlo, significa una postura excesivamente parcial para postularse como solución única ante una problemática que, en la era de la globalización, se ofrece mucho más rica y compleja.

¹⁴⁹ Incluso un país prototipo del laicismo más extremado, como Francia, se ve constreñido por el Derecho comunitario a reconocer eficacia civil en su ordenamiento jurídico a las sentencias dictadas por Tribunales eclesiásticos de otros países comunitarios bajo determinadas condiciones, y que también pueden afectar a sus propios nacionales.