

NEUTRALIDAD DEL ESTADO Y SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ESPACIO PÚBLICO*

Benito Aláez Corral
Universidad de Oviedo

Abstract: From the point of view of State's religious and ideological neutrality the paper deals with the regulation/banning of religious symbols in the public space. After a preliminary analysis of the constitutional meaning of public space and State's neutrality, the loss of neutrality is analyzed specifically in light of two conflicting scenarios appeared in Europe and in Spain in recent times: the hanging by the State of crucifixes in public spaces, in particular at schools, and the prohibition of wearing Islamic veil in certain public spaces. Concerning the crucifix, it is concluded that the State would lose its religious neutrality if it neglects the primarily individual character of religious freedom and imposes on those who are confronted with the crucifix in the public space a secularized interpretation of it, allowing its perceived religious meaning to violate their religious freedom, although this itself would not violate the Establishment Clause. With regard to the Islamic veil, the State would lose its ideological neutrality if it bans the wearing of Islamic veil in public spaces for other reasons that are not ensuring the proper functioning of governmental institutions and public services, and the corresponding protection of the rights of others involved, the sole aspect of the public order that would justify currently such a prohibition in Spain.

Keywords: Fundamental Rights, Public Space, Freedom Of Religion, Establishment Clause, Right to Own Image, Islamic Veil, Crucifix, freedom of ideology, religious cooperation

Resumen: El artículo analiza, desde la perspectiva de la neutralidad del Estado, la regulación/prohibición de los símbolos religiosos en el espacio público. Tras un análisis preliminar del significado constitucional de los conceptos de espacio público y neutralidad del Estado, se aborda la posible pérdida de neutralidad del Estado específicamente a la luz de dos situaciones conflictivas aparecidas en Europa y en España en los últimos años: la colocación por parte del Estado de crucifijos en los espacios públicos, y la prohibición del uso del velo islámico en ciertos espacios públicos. Respecto del crucifijo, se llega a la

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de I+D+i MINECO-13-DER2013-40719-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

conclusión de que el Estado perdería su neutralidad religiosa si desconociese el carácter primariamente individual de la libertad religiosa e impusiese a quienes se ven confrontados en el espacio público con el crucifijo una interpretación secularizada del mismo, permitiendo que su percibido significado religioso violente la libertad religiosa negativa de aquéllos, aunque ello en sí no conculque el principio de aconfesionalidad. Respecto del velo islámico, el Estado perdería su neutralidad ideológica si establece prohibiciones de su uso en el espacio público desvinculadas de finalidades constitucionalmente legítimas, que por lo que se refiere a España solo podrán ser a día de hoy la garantía del correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos y la correlativa protección de los derechos de los demás involucrados en dichos servicios, elementos del orden público protegido por la Ley.

Palabras clave: Derechos fundamentales, espacio público, libertad religiosa, aconfesionalidad del Estado, derecho a la propia imagen, velo islámico, libertad ideológica, crucifijo, cooperación religiosa

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El espacio público: un concepto en evolución.- 3. Neutralidad y símbolos religiosos.- 3.1. A vueltas con el sentido constitucional de la neutralidad del Estado.- 3.2. La necesidad de definir el carácter “religioso” de un símbolo.- 3.3. Perspectivas para la definición de un símbolo religioso: subjetivismo versus objetivismo.- 4. ¿Pierde su neutralidad religiosa el Estado por colocar el crucifijo en los espacios públicos?- 4.1. Carácter parcialmente “religioso” del crucifijo como símbolo.- 4.2. Neutralidad religiosa, crucifijos y confusión de funciones.- 4.3. Neutralidad religiosa, crucifijos e injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos.- 5. ¿Pierde el Estado su neutralidad con la prohibición del velo islámico en el espacio público?- 5.1. Neutralidad religiosa del Estado y finalidades legítimas para limitar los derechos fundamentales.- 5.2. Neutralidad del Estado en la protección de la dignidad de la mujer y la igualdad de género.- 5.3. Neutralidad del Estado y correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos para la protección de los derechos fundamentales de los demás.-

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas múltiples casos conflictivos de presencia de símbolos religiosos en el espacio público español y europeo, tales como crucifijos en las aulas de colegios públicos, profesoras o alumnas ataviadas en las escuelas

públicas con el velo islámico (“hijab”, “chador” o “shayla”), o mujeres cubiertas en las vías públicas con velo islámico integral (“niqab” o “burka”) o con un traje de baño islámico (“burkini”), salpican la actualidad del debate político y jurídico, especialmente desde que el espacio público se ha convertido en espacio de multiculturalidad, es decir, desde que se hace preciso regular la coexistencia de la cultura/religión mayoritaria de un país con las manifestaciones públicas de otras culturas/religiones minoritarias producto, sobre todo, de la inmigración. Una buena prueba de ello son las argumentaciones que se están dando en los últimos tiempos respecto de cuestiones como la prohibición del burkini o el velo islámico, parcialmente vinculadas a la sicosis que el terrorismo islamista ha desatado en las sociedades occidentales¹, y también a la reciente percepción social de choque cultural entre la cultura islámica y la cultura judeo-cristiana².

Con todo, el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos no constituye únicamente un problema de multiculturalismo, sino sobre todo de ejercicio de los derechos fundamentales en el espacio público³. Incluso en una sociedad cultural y religiosamente homogénea, es posible una diversidad de actitudes respecto del tratamiento que deba recibir el fenómeno religioso en el espacio público en función de las relaciones Religión-Estado, las cuales en una democracia constitucional deben respetar los derechos fundamentales, independientemente de que sean nacionales o extranjeros los portadores de aquella pluralidad cultural, o de que a través de los mismos se forje una u otra cultura social, por muy mayoritaria que ésta sea.

¹ A modo de ejemplo el art. 4.3 del Reglamento de uso de las playas del ayuntamiento de Ville-neuve-Loubet, introducido el 5 de agosto de 2016 y anulado por Decisión del Consejo de Estado francés de 26 de agosto de 2016, preveía la prohibición del acceso a las mismas con prendas de baño que tuvieran una connotación contraria a las buenas costumbres o al principio de laicidad, entre otros. A mayor abundamiento, el municipio de Cannes con una disposición similar de 28 de julio de 2016, argumentaba que no se podía permitir el acceso a las playas con una prenda (el burkini) que “manifiesta de forma ostentosa una pertenencia religiosa, cuando Francia y los lugares de culto religioso son actualmente objetivo de ataques terroristas, puede provocar disturbios del orden público”.

² Percepción a la que han contribuido planteamientos filosófico-políticos un tanto maniqueos como el de HUNTINGTON, S. P., “The clash of civilizations?”, *Foreign Affairs*, Vol. 72, 1993, pp. 25 y ss., que ven las civilizaciones y las identidades culturales como compartimentos estancos impermeables y abocados al conflicto.

³ Para OFFE, C., “Homogeneity and constitutional democracy: copying with identity conflicts through group rights”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, Nº 2, 1998, pp.121 y ss., aunque el logro de cierta homogeneidad cívica en las democracias constitucionales contemporáneas presente dificultades en el manejo de los conflictos de identidad entre grupos, el reconocimiento constitucional de los derechos civiles, políticos y sociales de los individuos y de los grupos, que han servido hasta ahora para encauzar los conflictos de ideologías y de intereses, puede servir también para canalizar los criterios conforme a los cuales se construye la identidad de esos grupos culturales o civilizaciones, y para hacer funcionalmente viables los nuevos derechos de los grupos que los textos constitucionales tienden a reconocer.

Si contemplamos las resoluciones judiciales que se han ido dictando en España en los últimos tiempos con relación a algunos casos conflictivos de presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, vemos cómo abarcan cuestiones muy diversas y tienen argumentaciones diferentes y, a veces, contrapuestas. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de febrero de 2013 anuló, por falta de cobertura legal, la prohibición municipal del velo islámico integral impuesta por el Ayuntamiento de Lleida respecto del acceso y permanencia a instalaciones municipales o espacios de titularidad municipal. Por otro lado, la petición de la asociación escuela laica de Valladolid de que se retrasen los crucifijos del colegio público Macías Picavea fue resuelta en 2ª instancia por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009 ordenando la retirada de aquéllos únicamente cuando los padres invocasen la afectación de su libertad religiosa o la de sus hijos, pero no de oficio como había determinado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid en 1ª instancia. De nuevo en el ámbito de la indumentaria personal, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid de 4 de febrero de 2012⁴ avaló la prohibición impuesta por un colegio público a una alumna a la que se impedía portar un hijab durante las actividades escolares⁵. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010 también desestimó, aunque por razones meramente procesales, la petición de una abogada de origen marroquí a la que el Magistrado Javier Gómez Bermúdez había impedido, con base en su policía de estrados, permanecer en la sala de la Audiencia Nacional portando un hijab⁶. Por último, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 6 de noviembre de 2012 desestimó la petición de retirada del crucifijo del pleno municipal del Ayuntamiento de Zaragoza.

En el tratamiento de este problema por parte de estas resoluciones judiciales mencionadas, pero también en el debate mediático y académico, se observa en primer lugar, una tendencia a resolver la cuestión de si el Estado puede colocar crucifijos en los espacios públicos o si se debe tolerar el uso particular del velo islámico en el espacio público desde una perspectiva de derecho obje-

⁴ Firme, al tratarse de un procedimiento de única instancia, como confirmó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo) de 08 de febrero de 2013.

⁵ Contrapuestamente, en otro caso mediático sobre la prohibición del acudir a clase con un pañuelo islámico, la Consellería de Educació de la Comunitat Valenciana decidió el 19 de septiembre de 2016 que un centro educativo de la Comunidad que prohibía a la alumna Takwa Rejeb asistir al instituto público ataviada con un Hijab la readmita y le permita asistir a clase con dicha prenda.

⁶ De manera muy distinta a como resolvió una situación parecida en un juzgado de menores el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante BVerfG), cuya Sentencia de 27 de junio de 2006 (Az. 2 BvR 677/05), consideró inconstitucional una prohibición semejante por no existir en el caso concreto una alteración del orden y normal desarrollo de la sesión.

tivo⁷. En otras palabras, la cuestión se pretende resolver a partir del tipo de relación normativa que la Constitución habría establecido entre Religión y Estado, es decir, al tipo de neutralidad religiosa del Estado impuesta constitucionalmente, y no tanto desde una perspectiva de derecho subjetivo a partir de la correcta delimitación constitucional de los derechos fundamentales en juego. Este enfoque de derecho objetivo facilita, en segundo lugar, que se confunda la distinta posición en que se encuentran los ciudadanos y los poderes públicos respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, cuando lo cierto es que el Estado (recuérdese que los Consejos escolares también son poderes públicos) que coloca crucifijos no está ejerciendo el derecho fundamental a la libertad religiosa, mientras que los ciudadanos que portan símbolos religiosos, sea un crucifijo o un velo islámico, sí están ejerciendo sus derechos fundamentales a la libertad religiosa y/o a la propia imagen, aunque éstos sean limitables. En tercer lugar, como colofón de lo anterior, en la valoración de los límites que se pueden imponer al ejercicio individual de derechos fundamentales mediante simbología religiosa en el espacio público no se entiende, o no se asume, que la esencia de la democracia constitucional consiste en garantizar los derechos de la minoría (la más pequeña de las cuales es el individuo) frente a las decisiones de la mayoría. Allí donde existe una Constitución que garantiza derechos y libertades, tutelando las expectativas de la minoría molestas para la mayoría como garantías contra-mayoritarias, el principio democrático permite decidir conforme a la regla de la mayoría solo a condición de que ésta respete el contenido esencial de los derechos fundamentales y las condiciones formales y materiales de su limitación. Pero, de la misma manera, en cuarto lugar, tampoco se tiene en cuenta que las Constituciones liberal-democráticas configuran sistemas políticos deliberadamente abiertos⁸, por lo que, aunque garantizan derechos y libertades a las minorías, no los predeterminan completamente, sino que dejan a las mayorías parlamentarias o gubernativas amplios márgenes para la concreción de sus políticas de derechos fundamentales, precisamente porque dichas políticas actúan como necesario contrapeso mayoritario con respecto a la protección constitucional de las minorías. Sin ese contrapeso mayoritario habría que estar cambiando la Constitución permanentemente, cada vez que cambiase la percepción social acerca de cómo debe concretarse la protección de los

⁷ Resaltan en este sentido la postura de SIMON YARZA, F., “Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 43, 2012, pp. 911 ss., contraria a la prohibición del crucifijo en los espacios públicos; y la postura de RUIZ-RICO RUIZ, C., “Símbolos religiosos e inmigración desde la perspectiva del derecho a la igualdad” en Miguel Revenga Sánchez/Gerardo Ruíz Rico/Juan José Ruíz Ruiz (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 299 ss., favorable a la prohibición del velo islámico.

⁸ Véase, por todas, la *STC 11/1981*, de 8 de abril, F. J. 7°.

derechos fundamentales, lo cual minaría la estabilidad y funcionalidad de la Constitución. Ello implica, en relación con el principio de neutralidad ideológica/religiosa del Estado, un amplio margen para el desarrollo de políticas más o menos cooperativas con las religiones/culturas, sin que ello esté predeterminado constitucionalmente. En quinto y último lugar, de las tres alternativas posibles para el manejo de los conflictos multiculturales: la adaptación recíproca (acomodación) de las diferentes culturas, la asimilación de la cultura mayoritaria por parte de las minorías culturales/religiosas o la neutralización cultural del espacio público, la mayoría social tiende a preferir la tercera (neutralización) para justificar la prohibición de los símbolos minoritarios en los espacios públicos, pero la segunda (asimilación) para justificar la presencia de los símbolos de la cultura/religión mayoritaria, sobre todo desde el rebrote del choque de civilizaciones tras el 11 de septiembre de 2001, a pesar de que, en mi opinión, solo la primera (acomodación), matizada por la necesidad de respeto a la cultura constitucional-democrática, es adecuada a la CE de 1978⁹.

A partir de estas aclaraciones preliminares, tratando de no confundir las expectativas de *constitutione ferenda* con el marco constitucional vigente, dividiré en cuatro partes mi análisis del impacto del principio de neutralidad del Estado sobre la regulación de la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, particularmente del crucifijo cristiano y del velo islámico: una primera en la que delimitaré el concepto de espacio público como concepto en evolución; a continuación, en segundo lugar, trataré de exponer cuál es el entendimiento del principio de neutralidad del Estado, adecuado a la CE de 1978, pues el mismo incide sobre la definición de la simbología religiosa en el espacio público; desde estas premisas podré abordar ya, en tercer lugar, la cuestión relativa a la conformidad con dicho principio constitucional de la colocación de símbolos religiosos, en particular crucifijos, por parte de los poderes públicos en los espacios públicos; y finalizaré el análisis con una valoración, también desde la perspectiva de la posible pérdida de neutralidad estatal, de las razones argüidas por el Estado respecto de la prohibición del uso individual del velo islámico en los espacios públicos.

2. EL ESPACIO PÚBLICO: UN CONCEPTO EN EVOLUCIÓN

El análisis de la conflictividad que genera la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos requiere clarificar en primer término qué en-

⁹ Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., "Ciudadanía democrática y límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público", en Benito Aláez Corral (coord.) *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, CEP, Madrid, 2016, pp. 49-51

tendemos por espacio público antes de responder a la cuestión de si el Estado pierde su neutralidad religiosa al colocar símbolos religiosos en los espacios públicos, o si esa neutralidad es compatible con la intolerancia del Estado respecto del uso individual de cierta simbología religiosa en el espacio público, en particular del velo islámico.

No es ninguna novedad decir que el espacio público se ha caracterizado por ser, en primer término, un espacio de titularidad estatal¹⁰. Pero, más allá de ello, se caracteriza, sobre todo, desde las revoluciones liberal-democráticas, por su función instrumental al servicio de la construcción de una opinión pública libre mediante la escenificación del debate libre, plural e igual de las ideas políticas entre ciudadanos¹¹. Es, pues, un ámbito de relación comunicativa orientado funcionalmente a que en él se manifieste la pluralidad existente en la sociedad, porque esa manifestación contribuye a conformar la opinión pública libre que es imprescindible para la funcionalidad del Estado democrático. Esto último es un elemento muy importante en la valoración de cómo debe influir la neutralidad del Estado sobre la regulación de la presencia de los símbolos religiosos en el espacio público y tiene un inevitable impacto en las condiciones jurídicas de ejercicio de los derechos fundamentales dentro del mismo, en atención a los cambios que ha ido experimentando dicho espacio público y por tanto de la función democrática que puedan llegar a desempeñar aquéllos dentro de él. Así, por ejemplo, ya no es posible entender como espacio público únicamente el espacio físico sometido a dominio público, sino que también ciertos espacios privados y nuevos espacios virtuales de comunicación pública desempeñan una función semejante para el sistema político democrático a la que tradicionalmente se asigna al espacio público físico, y por ello han sido objeto de intervención regulatoria por parte del Estado¹². Tal sería, por ejemplo, el caso de los colegios concertados, que la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) integra en el servicio público educativo (art. 108.4 LOE) y en los cuales también se ha planteado, tiempo atrás, el problema de uso de símbolos religiosos por parte del alumnado¹³.

El concepto de espacio público entendido desde esa perspectiva de su función para el Estado democrático se halla en una constante y profunda evolución

¹⁰ Cfr. BORJA, J., "Ciudadanía y espacio público", en AAVV, *Ciutat real, ciutat ideal. Significat i funció a l'espai urbà modern*, Centro de Cultura Contemporànea de Barcelona, Barcelona, 1998, <<http://www.publicspace.org/es/texto-biblioteca/spa/a011-ciudadania-y-espacio-publico>> (consultado el 27 de julio de 2016).

¹¹ Cfr. HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1990, pp. 122 ss.

¹² Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F., "El concepto de «espacio público iusfundamental»" (*Espacio público y ejercicio de derechos fundamentales*), en Benito Aláez Corral (coord.): *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 16 ss.

¹³ Sobre ello, ALAEZ CORRAL, B., "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 67, 2003, pp. 122 ss.

en todas las sociedades occidentales y, en particular en la europea, ya desde el nacimiento mismo del Estado moderno¹⁴. La evolución social en el final del siglo XX y el inicio del siglo XIX, marcada no solo pero también por la revolución tecnológica y la globalización, ha acentuado la multifuncionalidad del espacio público¹⁵. La permanente tensión existente entre lo público y lo privado, y entre mayoría y minoría, reproduce una sucesión de conflictos que se intensifican cuanto más plural es culturalmente una sociedad, y cuanto más tipos de espacios públicos o privados de uso público aparecen, aunque unos y otros no lleguen a identificarse en lo que respecta a la importancia e intensidad de la función democrática que desempeñan¹⁶. El espacio público (físico y digital) de las sociedades europeas del siglo XXI tampoco se puede concebir sin hablar de multiculturalismo¹⁷, no sólo porque algunas de estas sociedades, como la española, se hayan gestado a partir de una pluralidad cultural interna¹⁸ –por no utilizar el término plurinacionalidad o pluriétnicidad– ya desde los primeros momentos de su nacimiento como Estado-nación (multiculturalismo interno), sino sobre todo porque se ven afectadas, como consecuencia de los movimientos migratorios de los últimos años, por una creciente pluralidad cultural externa, derivada de los diversos círculos culturales a los que pertenece la población inmigrante de nuestro país (multiculturalismo externo)¹⁹.

En todo caso, a los efectos de analizar cómo interacciona jurídicamente el principio de neutralidad del Estado sobre la presencia de simbología religiosa

¹⁴ Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F., “El concepto de «espacio público iusfundamental»” (*Espacio público y ejercicio de derechos fundamentales*), ob. cit., pp. 16 ss.

¹⁵ En los que ya no se puede sostener un derecho a excluir a cualquiera arbitrariamente del uso de dicho espacio; GRAY/GRAY, K./S., “Civil Rights, civil wrongs and quasi-public space”, *European Human Rights Law Review*, Nº 4, 1999, p. 10.

¹⁶ MITCHELL, D., “The End of Public Space? People’s Park, Definitions of the Public, and Democracy”, *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 85, Nº 1, 1995 p. 121.

¹⁷ El término multiculturalismo, por su parte, a pesar de su sufijo -ismo, se utiliza aquí como descriptivo de una situación fáctica de pluralismo cultural, no como modelo filosófico político que constituya un valor normativo en sí mismo, en deliberado distanciamiento metodológico de doctrinas multiculturalistas como la de Kymlicka, o antimulticulturalistas como la de Sartori.

¹⁸ El concepto de cultura aquí utilizado ha de ser entendido en un sentido amplio, como conjunto de habilidades básicas producto de la interacción humana en el marco de las cuales toda persona se individualiza y socializa desde su nacimiento, y que abarcan desde la ideología, la religión, las tradiciones y costumbres, o el propio derecho, hasta las destrezas o conocimientos suplementarios adquiridos que conforman el concepto de cultura en un sentido más estricto (al que hacen referencia por ejemplo los arts. 3, 46 o 143 CE). Véase al respecto HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 2 ss.; y en nuestro país, CLAVERO, B., “¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 41, 2007, p. 204.

¹⁹ Sobre las distintas fuentes de la pluralidad cultural en una sociedad, y en particular sobre estas dos fuentes interna y externa, cfr. KYMLICKA, W., *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 10 ss.

en el espacio público, circunscribiremos nuestro análisis, por razones de extensión de este trabajo, al espacio físico de titularidad pública, lo que abarca tanto las vías públicas como los edificios públicos u otros espacios destinados al uso público (general) o a la prestación de un servicio público; es decir, a los espacios y bienes demaniales a los que se refieren el art. 132 CE y el art. 5 de la Ley 33/2003 del patrimonio de las administraciones públicas, de 3 de noviembre, y concreta para el ámbito municipal el art. 74 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local²⁰. Quedan fuera del análisis, por tanto, las prohibiciones de su uso –como consecuencia del ejercicio del denominado derecho de admisión– en locales privados de acceso público, como los ya mencionados colegios concertados, compleja cuestión esta última relativa a la implementación de la eficacia entre terceros de los derechos fundamentales, que excede el alcance de estas reflexiones.

3. NEUTRALIDAD Y SÍMBOLOS RELIGIOSOS

3.1. A vueltas con el sentido constitucional de la neutralidad del Estado

Aunque se hable de neutralidad del Estado en un sentido general y ésta abarque tanto la ideológica como la religiosa, una y otra tienen una relevancia distinta a los efectos de valorar la actitud del Estado sobre la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. En este sentido, la colocación de crucifijos en los espacios públicos por el Estado compromete fundamentalmente su neutralidad religiosa, mientras que la prohibición del uso del velo islámico en el espacio público tiende a comprometer su neutralidad ideológica, aunque indirectamente también la religiosa.

Por otra parte, mientras en el ámbito de la neutralidad religiosa el mandato de aconfesionalidad implica la absoluta separación entre funciones religiosas y funciones estatales, en el ámbito de la neutralidad ideológica, ésta es siempre relativa y no implica una completa separación entre las funciones del Estado y de las ideologías, porque en una democracia constitucional aquéllas son la ex-

²⁰ Este precepto considera bienes de uso público local los “caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local”, y bienes de servicio público “los destinados al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean sede de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, así como los montes catalogados de propiedad provincial”. A estos últimos el art. 4 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, añade: “...escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos”.

presión política de éstas, incluso en democracias no militantes (procedimentales) como la española²¹, donde el sistema legal no permanece neutral ideológicamente. Valga de ejemplo de esta relativización de la neutralidad ideológica la afirmación de los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios estructurales, o en fin los derechos fundamentales y los principios rectores contenidos en nuestra CE de 1978. Todas estas disposiciones fueron aprobadas en ejercicio de la función constituyente, lo que conlleva una clara opción constitucional por la “ideología democrática”, aunque sean modificables siguiendo unas reglas procedimentales rígidas que las privilegian incluso frente a una ideología mayoritaria opuesta. Lo mismo cabe decir de la adopción de decisiones políticas en el ejercicio de las funciones constituidas legislativa ordinaria, ejecutiva o judicial que, si bien deben atenerse a los condicionamientos constitucionales, disponen de un amplio margen de elección y por tanto de cierta pérdida de neutralidad ideológica²².

Por ello, la neutralidad ideológica solo se verá vulnerada cuando la opción estatal por unas u otras opciones ideológicas se produzca al margen de los procedimientos y, sobre todo, de los límites materiales que la existencia de una Constitución rígida conlleva para los poderes constituidos, vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluido su derecho a la no discriminación por razones ideológicas, o limitando esos derechos para perseguir finalidades constitucional o convencionalmente ilegítimas, es decir, que no gozan de la preferencia ideológica de la CE de 1978 o de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)²³. Por el contrario, no se producirá esa vulneración de la neutralidad por el hecho de que el sistema legal limite proporcionalmente el ejercicio de los derechos fundamentales para proteger alguna de las finalidades constitucional o convencionalmente legítimas, aunque ello implique una preferencia de esta opción ideológica sobre la que se esconde detrás de la conducta iusfundamental limitada. Un ámbito en el que se observa bien esta relatividad de la neutralidad ideológica del Estado es, sin duda, el educativo, donde por expresa previsión constitucional (art. 27.2 CE) el llamado “ideario educativo de la Constitución”²⁴ permite limitar las libertades educativas de padres y de alumnos²⁵, sin que ello implique una quiebra la neu-

²¹ STC 48/2003, de 12 de marzo, F.J. 7º.

²² En un sentido similar, relativizando la aparente neutralidad ideológica que se desprendería en abstracto del valor constitucional del pluralismo político, cfr. DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013 (4ª edición), pp. 237-239.

²³ Véase, al respecto, por ejemplo, la STC 101/1983, de 18 de noviembre, F.J. 3º, y la STC 119/1990, de 21 de junio, sobre el carácter simbólico de la exigencia legal de juramento o promesa de acatar la CE de 1978.

²⁴ Expresión acuñada por el magistrado Francisco Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero.

²⁵ ALAEZ CORRAL, B., “El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educa-

tralidad estatal²⁶, puesto que dichas libertades se afirman con la finalidad de garantizar que el proceso educativo no constituya una vía para que el Estado menoscabe el pluralismo democrático garantizado constitucionalmente, no con la finalidad de que el Estado se abstenga de educar a los individuos en las premisas epistemológicas y axiológicas de ese pluralismo democrático. De ahí, que no extrañe que nuestro Tribunal Supremo no considerase adoctrinamiento la enseñanza obligatoria de ese ideario educativo democrático a través de la asignatura “Educación para la Ciudadanía”²⁷.

Pero volviendo a la neutralidad religiosa del Estado, sea cual sea el término con el que se designe (“neutralidad”, “laicidad”, o “aconfesionalidad”), y con independencia de que haya sido expresamente prevista en la Constitución como un principio o valor fundamental del Estado, la misma hace referencia al modo y manera en que deben discurrir las relaciones entre el poder público y los particulares en el ámbito de la libertad religiosa²⁸, sobre todo, aunque no solo, en los espacios públicos. La neutralidad del Estado en materia religiosa se opone inequívocamente tanto a la confesionalidad²⁹ como a la hostilidad³⁰ y constituye la respuesta jurídico-constitucional a la relación existente entre dos preceptos constitucionales, habituales en las Constituciones democráticas, el que garantiza la libertad religiosa (“cláusula de libre ejercicio”) y el que prohíbe la confesionalidad del Estado (“cláusula de establecimiento”)³¹. Precisamente por ello, y dada la diferente configuración dogmática de los ordenamientos constitucionales en los que se insertan aquellos dos preceptos constitucionales, es por lo que la configuración normativa de éste admite diversas variantes.

Como es sabido, desde la perspectiva de la colaboración del Estado con el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los ciudadanos, cabe distinguir dos

tivas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 17, 2011, pp. 105-110.

²⁶ EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 202-203.

²⁷ Cfr. la STS de 11 de febrero de 2009 (sala 3ª), F.J. 6º, declarando la constitucionalidad de la asignatura “Educación para la ciudadanía”.

²⁸ Cfr. ROCA FERNANDEZ, M. J., “La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 48, 1996, p. 251.

²⁹ Presente en nuestra historia constitucional hasta la Constitución de 1931; cfr. art. 12 de la Constitución de Cádiz de 1812, art. 11 de las Constituciones de la Monarquía española de 1837 y 1845, art. 14 de la Constitución non nata de 1856, art. 21 de la Constitución de la Monarquía española de 1869, art. 11 de la Constitución de la Monarquía española de 1876.

³⁰ ROCA FERNANDEZ, M. J., *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia*, ob. cit., p. 251.

³¹ Esta última cláusula admite diversas formulaciones que van desde la prohibición de aprobar leyes que supongan el “establecimiento de una religión” (1ª y 14ª Enmiendas a la Constitución norteamericana de 1787) o la prohibición de existencia de una “Iglesia estatal” (del aún vigente art. 137 de la Constitución alemana de Weimar), hasta la afirmación de la República como “laica”, presente en el art. 1 de la Constitución francesa, o la prohibición de que cualquier confesión religiosa tenga carácter estatal del art. 16.3 de nuestro texto constitucional.

grandes modelos de neutralidad: la denominada “neutralidad estricta”, “distante”³² o “pasiva”³³ y la denominada “neutralidad abierta”, “pluralista”³⁴ o “activa”, pudiendo hablarse también de modelos intermedios entre ambos. La principal diferencia existente entre ellos reside en la distinta actitud normativa (negativa o positiva)³⁵ que debe adoptar el Estado frente al fenómeno religioso con la finalidad de preservar la separación entre la Iglesia y el Estado y, al mismo tiempo, garantizar la libertad religiosa.

En el modelo de neutralidad estricta o pasiva, desde una perspectiva liberal de estricta separación entre Estado y Religión, éste debe mantenerse indiferente ante el fenómeno religioso, por lo que predomina el aspecto de separación entre la Iglesia y el Estado. Ello conduce no sólo a que sea ilícito confundir las funciones religiosas y las estatales, sino en términos generales también a una ausencia de cooperación del Estado en el desarrollo de la libertad religiosa, que queda en manos del libre juego de las fuerzas sociales, siendo reclamada la intervención del Estado únicamente para pacificar los conflictos que puedan surgir en el espacio público mediante su secularización³⁶. Por el contrario en el modelo de neutralidad abierta o activa, desde una perspectiva de participación de la sociedad en el Estado e intervención de éste en la configuración de la sociedad, el Estado no sólo debe preservar la libertad ideológica y religiosa a través de la separación entre las funciones estatales y las religiosas, sino que también debe cooperar para garantizar el efectivo y plural disfrute de la libertad religiosa por los individuos y las comunidades. Una exigencia de cooperación que, por otra parte, vendría exigida por la dimensión objetiva de todo derecho fundamental (también de la libertad religiosa), y que obligaría a los poderes públicos a optimizar las condiciones de ejercicio de la libertad garantizada³⁷.

La transformación del Estado liberal en un Estado social y democrático de derecho ha hecho cada vez más necesario que el Estado, sin perder su aconfesionalidad, pase de una actitud de total indiferentismo hacia el fenómeno religioso a una cooperación con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio pluralista de su libertad religiosa, se produzca ésta en términos di-

³² Según la denominación de BÖCKENFÖRDE, E.-W., “«Kopftuchstreit» auf den richtigen Weg?”, *Neue Juristische Wochen Zeitschrift*, N° 10, 2001, p. 725.

³³ Para Francia KOUBI, G., “La laïcité dans le texte de la Constitution”, *Revue du Droit Public*, N° 5, 1997, p. 1304.

³⁴ BÖCKENFÖRDE, E.-W., “Kopftuchstreit” auf den richtigen Weg?, ob. cit., pág. 725.

³⁵ ROCA FERNANDEZ, M. J., *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia*, ob. cit., p. 253.

³⁶ Sobre la neutralidad estricta y las dificultades de coherencia con la garantía de la libertad religiosa, véase TRIBE, L., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988 (2ª edición), pp. 1.188 ss.

³⁷ GROMITSARIS, A., “Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, N° 121, 1996, pp. 367 y ss.

rectos o indirectos. Al indiferentismo y la radical separación entre el Estado y el fenómeno religioso del modelo de “neutralidad estricta” presente en buena parte de la jurisprudencia norteamericana hasta principios de los años 60³⁸, y en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés hasta los años 90³⁹, le sigue una comprensión del principio de neutralidad más abierta, que permite la cooperación del Estado con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio de la libertad religiosa, si bien de forma desigual en cuanto a los instrumentos utilizables o en cuanto a los ámbitos en los que ésta sea posible. Para algunos ordenamientos, los instrumentos han de ser indirectos, esto es, pueden producir el efecto de beneficiar el ejercicio de la libertad religiosa, pero deben hacerlo respetando unas exigencias establecidas en el llamado “test Lemon”⁴⁰, entre las que se encuentran: (1) tener una finalidad secular y, por tanto, no dirigirse directamente a promover una finalidad religiosa, (2) que el beneficio a la libertad religiosa sea un efecto secundario y no primario de la medida adoptada, y (3) que no conlleve una excesiva involucración estatal en asuntos religiosos que ponga en peligro la separación de funciones entre Estado y Religión. Otros ordenamientos con cláusulas constitucionales de cooperación, por el contrario, admiten abiertamente, la posibilidad de que el Estado coopere directamente con los individuos y las comunidades para facilitarles el disfrute de su libertad religiosa, sin perder por ello la posición de neutralidad frente a las distintas opciones religiosas, siempre que no se confundan las funciones religiosas con las funciones estatales⁴¹.

Por lo que se refiere al ordenamiento constitucional español, los arts. 9.2, 16.3 y 27.3 y 9 CE optan, según la jurisprudencia constitucional⁴², por un modelo de neutralidad cooperativa o abierta, que permite al Estado un fomento directo de las actividades religiosas de los particulares (aspecto positivo de la neutralidad)⁴³ dentro del respeto al pluralismo, a ciertas exigencias del principio de igualdad y a la separación entre las funciones estatales y religiosas, elementos todos ellos esenciales para respetar la libertad ideológica y religiosa (aspecto negativo de la neutralidad). Ciertamente, es precisa una interpretación “consti-

³⁸ Véase, entre muchas, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), *Torcaso v. Watkins* 367 U.S. 488 (1961), *Engel v. Vitale* 370 U.S. 421 (1962), *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

³⁹ Cfr. KOUBI, G., *La laïcité dans le texte de la Constitution*, ob. cit., pp. 1304-1306.

⁴⁰ Formulado en la sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); sobre su concreta extensión y alcance véase TRIBE, Lawrence H., *American Constitutional Law*, ob. cit., pp. 1204 ss.

⁴¹ Cfr. BVerfGE 41, 29.

⁴² Por todas, véase la STC 46/2001, de 15 de febrero, F.J. 4º.

⁴³ Sobre los aspectos positivo y negativo de la neutralidad religiosa véase VALERO HEREDIA, Ana, *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp.112-117.

tucionalmente adecuada” de esta neutralidad religiosa del Estado⁴⁴. En este sentido, aunque la Constitución reconoce expresamente que ninguna confesión tendrá carácter oficial (aconfesionalidad del Estado) –lo que no es en puridad sinónimo de neutralidad religiosa⁴⁵–, la razón de ser de esta aconfesionalidad radica en la separación entre las funciones estatales y las religiosas⁴⁶, e implica una neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa⁴⁷ como norma de principio, que convierte, por así decirlo, al Estado en “religiosamente incapaz”⁴⁸. Ello no obstante, a fin de garantizar la libertad religiosa de los individuos y las comunidades no sólo frente a la injerencia estatal, sino también en su dimensión objetiva como mandato de optimización, la CE de 1978 considera el pluralismo religioso como un valor objetivo que debe ser preservado por el Estado, e impone para ello específicos deberes de protección y cooperación. Así, el mandato genérico del art. 9.2 CE obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que –también en materia religiosa– impiden que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas. Al mismo se añade la específica obligación del art. 16.3 CE para que el Estado, tenga en cuenta las creencias mayoritarias de los españoles y mantenga las correspondientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones⁴⁹. Esta disposición, de un lado, implica una pérdida de esa estricta neutralidad, o al menos eufemísticamente transforma la neutralidad en cooperativa o abierta; y de otro lado, resulta difícilmente armonizable con el sentido del principio de igualdad de los arts. 9.2 y 14 CE, puesto que la cooperación con la confesión socialmente mayoritaria no sirve para remover unos obstáculos a su efectividad de los que probablemente carece. De ahí que solo pueda entenderse como una excepción constitucional al sentido generalmente compensador de desigualdades que posee la cooperación que se deriva del mandato de igualdad real y efectiva.

⁴⁴ Cfr. PORRAS RAMIREZ, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 121 ss.

⁴⁵ Sobre los distintos conceptos de separación, aconfesionalidad y neutralidad véase PRIETO ALVAREZ T., *Libertad religiosa y espacios públicos*, Thomson/Civitas, Cizur Menor 2010, pp. 40 ss.

⁴⁶ STC 24/1982, de 13 de mayo, F.J. 1º.⁴⁷ STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 9º y STC 177/1996, de 11 de noviembre, F.J. 9º.

⁴⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “El Estado aconfesional o neutro como sujeto «religiosamente incapaz». Un modelo explicativo del art. 16.3 CE”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 117-121.

⁴⁹ Mandato del que son reflejo el art. 2 LOLR, los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, por las que se regulan los acuerdos con las confesiones evangélica, israelita e islámica respectivamente.

En todo caso, la cooperación con los individuos y las confesiones para que aquéllos y éstas puedan manifestar en el espacio público sus prácticas religiosas y culturales tiene como razón de ser que la neutralidad religiosa no se convierta en un obstáculo, sino en un complemento de la libertad religiosa, por lo que dicha cooperación halla también su límite en el respeto al mandato de aconfesionalidad, es decir, en la necesidad de evitar la confusión entre las funciones estatales y religiosas, así como en el respeto a los derechos fundamentales de terceras personas, incluida su libertad ideológica y religiosa, que se pudieran ver afectadas por esa cooperación.

3.2. LA NECESIDAD DE DEFINIR EL CARÁCTER “RELIGIOSO” DE UN SÍMBOLO

Una vez clarificado el sentido que, en mi opinión posee, el principio constitucional de neutralidad, se puede pasar ya al análisis del problema de la religiosidad de los símbolos, es decir, qué se considere un símbolo religioso y quién sea competente para definir su religiosidad. A pesar del diferente alcance que, como se ha dicho, tienen la neutralidad ideológica y religiosa del Estado, no se pretende aquí analizar las diferencias entre las creencias religiosas y las ideologías⁵⁰, ni tampoco dar un concepto de religión, que es ciertamente evolutivo⁵¹. Tan solo se trata de alcanzar una definición jurídico-constitucionalmente satisfactoria de “símbolo religioso” que permita valorar desde el punto de vista de su adecuación al principio de neutralidad religiosa la respuesta legal dada por el Estado a los conflictos de derechos fundamentales que plantea el uso de dichos símbolos en el espacio público.

Con independencia de si el art. 16 CE garantiza un único derecho fundamental o varios derechos fundamentales⁵² y aun asumiendo que haya un *continuum iusfundamental* en esta disposición a partir de la matriz libertad de pensamiento⁵³, el objeto y contenido de este derecho reciben, a nuestro entender,

⁵⁰ Sobre los criterios de distinción entre las creencias religiosas, y las creencias no religiosas o las ideas, con apoyo en la dicotomía orteguiana entre creencia/idea, cfr. LÓPEZ CASTILLO, A., “Acerca del derecho a la libertad religiosa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 56, 1999, pp. 78 y ss.

⁵¹ Como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido R (on the application of Hodkin and another) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages, de 11 de diciembre de 2013.

⁵² Considera que la libertad ideológica y la libertad religiosa tienen un objeto diferente porque son derechos fundamentales autónomos, entre otros, PORRAS RAMIREZ, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, ob. cit., pp. 11 ss. En favor de la garantía de un único derecho fundamental con apoyo en la interpretación de sus derechos humanos homólogos en el derecho internacional, entre otros, POLO SABAU, J.R., *Dimensiones de la libertad religiosa en el derecho español*, Bosch Editor, 2014, pp. 58 ss.

⁵³ En este sentido, RUIZ MIGUEL, A., “Artículo 16.1 y 16.2. La libertad de pensamiento” en María Emilia Casas Baamonde/Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.) *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 342.

un diferente tratamiento jurídico según se esté ante la libertad en materia ideológica o en materia religiosa. Así, mientras el objeto de la libertad ideológica se refiere a “una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”⁵⁴, el objeto de la libertad religiosa refiere a “las creencias o prácticas, individuales o colectivas, relativas a lo sagrado en general y a lo trascendente o divino en particular”⁵⁵. De ello se hace eco nuestro legislador orgánico con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (en adelante LOLR) específicamente dedicada a definir el objeto contenido y límites de esta libertad.

Ello es congruente con el hecho de que la aconfesionalidad del Estado y la posibilidad de cooperación del art. 16.3 CE se refieran únicamente a la materia religiosa⁵⁶, lo que se corresponde con la diferente obligatoriedad jurídica que en nuestro sistema constitucional tendrían la neutralidad ideológica y la neutralidad religiosa del Estado, como ya se expuso más arriba. Además, ni el contenido constitucional de la dimensión externa de la libertad en materia religiosa, de la que puede ser expresión un símbolo religioso, ni sus limitaciones y delimitaciones constitucionales, son idénticos a los de otros derechos y libertades, como la libertad de expresión o el derecho a la propia imagen, sobre los que puede proyectarse la libertad ideológica⁵⁷. Nada en esta construcción dogmático-constitucional se opone al mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, ni a la más homogénea interpretación de la libertad de creencias que hacen el TEDH o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵⁸, puesto que ésta constituye un mínimo de protección que conforme al art. 53 CEDH puede ser ampliado por los Estados con respecto a todo o parte del contenido de alguno de los derechos humanos garantizados, como es el caso de la libertad religiosa⁵⁹.

Por consiguiente, si un velo islámico (chador, burka o hijab) o un crucifijo son considerados símbolos religiosos, su protección jurídico-constitucional ven-

⁵⁴ STC 120/1990, de 27 de junio, F.J. 10º.

⁵⁵ PORRAS RAMIREZ, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, ob. cit., p. 16.

⁵⁶ Cfr. PORRAS RAMIREZ, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, ob. cit., pp. 14-15.

⁵⁷ MÜCKL, S., “Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?”, *Der Staat*, Nº1, 2001, pp. 106 ss.

⁵⁸ Para la STEDH de 25 de mayo de 1993 (*Caso Kokkinaikis contra Grecia*), entre muchas, la libertad de creencias, ha de interpretarse ampliamente como libertad para tener creencias tanto religiosas como no religiosas, e incluso para no tener creencia alguna.

⁵⁹ En un sentido semejante PORRAS RAMIREZ, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, ob. cit., p. 25.

drá determinada por representar una manifestación de la libertad religiosa garantizada en el art. 16 CE, mientras que, de considerarse una manifestación no religiosa vinculada a la libertad ideológica del art. 16 CE, su garantía deberá canalizarse a través de los derechos a la propia imagen y/o a la libertad de expresión, garantizados por los arts. 18.1 y 20.1.a) CE respectivamente, dada la distinta extensión del contenido constitucional de estas libertades que ha reconocido la jurisprudencia constitucional⁶⁰.

Vinculado a lo anterior está la cuestión de a quién se reconoce la competencia para realizar la definición de lo que sean símbolos religiosos. Si este poder se atribuye a los órganos del Estado, cabría pensar que con ello se permite al poder público reducir el ámbito de libertad garantizado al individuo en una disposición constitucional deliberadamente abstracta, permitiendo una injerencia estatal en la esfera interna de la libertad religiosa, la atinente al desarrollo de una conciencia individual⁶¹, para determinar el significado de los símbolos. Con ello también parecería que el Estado, al realizar esa valoración, pierde el carácter neutral que debe mantener en materia religiosa⁶². Sin embargo, salvo que se parta del carácter pre-jurídico de los derechos y libertades, y en particular de la libertad religiosa, con la consiguiente merma de normatividad y supremacía para la Constitución que los garantiza, lo cierto es que una definición del ámbito de protección de la libertad religiosa, por abstracto y abierto que éste pueda ser, es necesaria para delimitar el alcance de la fuerza normativa de aquella garantía iusfundamental⁶³. Los órganos del Estado han de tener algo que decir en la definición de la religiosidad de un símbolo, es decir, sobre si un pañuelo en la cabeza de una mujer, un crucifijo en una cadena alrededor del cuello o colgado en la pared de un aula escolar constituyen una manifestación simbólica en ejercicio de la libertad religiosa⁶⁴. No se trata de que la propia comprensión individual del significado de tales símbolos carezca de relevancia, sino solo de que el carácter religioso de éstos es una cuestión atinente a su inclusión dentro del objeto de protección de los derechos y libertades fundamentales, y ello corresponde hacerlo al Estado que es quien desde una perspectiva iuspositivista los ha creado⁶⁵. Lo relevante para que el Estado mantenga su neutralidad

⁶⁰ Cfr. STC 20/1990, de 15 de febrero, F.J. 3º-5º; STC 120/1990, de 27 de junio, F.J. 10º.

⁶¹ Dimensión interna, comúnmente denominada libertad de conciencia, que junto con la dimensión externa o de manifestación, también denominada libertad de culto, formaría parte del concepto más genérico de libertad religiosa.

⁶² Cfr. BÖCKENFÖRDE, E.-W., “«Kopftuchstreit» auf den richtigen Weg?», ob. cit., p. 724.

⁶³ Cfr. MÜCKL, S., *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?*, ob. cit., p. 107.

⁶⁴ Cfr. GROMITSARIS, A., *Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland*, ob. cit., pp. 373 y ss.

⁶⁵ BASTIDA FREIJEDO; F., “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales” en Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de*

es, en nuestra opinión, la perspectiva desde la cual lleve a cabo esa definición de lo religioso, no su incompetencia para concretar los elementos esenciales de los derechos fundamentales.

3.3. PERSPECTIVAS PARA LA DEFINICIÓN DE UN SÍMBOLO RELIGIOSO: SUBJETIVISMO VERSUS OBJETIVISMO

Dos son básicamente las perspectivas desde las que el poder público puede definir en qué consista el objeto protegido por un derecho fundamental y, en lo que se refiere a la libertad de creencias, qué símbolos son manifestación de una creencia religiosa: la subjetiva y la objetiva⁶⁶. El uso de una y otra condiciona la aplicación de los diversos criterios que, como su carácter estático o dinámico, institucional o personal, activo o pasivo, fuerte o débil⁶⁷, pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar el impacto comunicativo religioso que puede tener el símbolo.

La perspectiva subjetiva pone en manos de la persona que porta o se ve confrontada con el símbolo la determinación de si aquél posee carácter religioso o no⁶⁸. Para ello la definición del objeto de la libertad religiosa debe hacerse siempre desde el punto de vista de quien la ejerce, y la exclusión de la libertad religiosa de la conducta consistente en portar símbolos solo operaría como una limitación de su ejercicio, no como una exclusión de su objeto. Tras esta perspectiva se esconde una concepción liberal de los derechos, como ámbitos de libertad pre-estatales definibles por el individuo, reforzada por la deliberada abstracción y apertura del objeto y contenido del derecho fundamental. Que la definición del ámbito de protección de la libertad religiosa solo pueda realizarse a partir de la percepción subjetiva del individuo, conduce, sin embargo, a debilitar la eficacia del derecho fundamental en la medida en que llevado el argumento a su extremo toda conducta podría ser objeto simultáneamente de todos los derechos fundamentales, haciendo inútil la función de filtro de las conductas que cumple el objeto protegido por el derecho fundamental⁶⁹.

1978, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 24 ss, 40, ss.

⁶⁶ Aunque sin clasificarlos así, se puede hallar una extensa tipología de los criterios utilizados para definir lo religioso en relación con el concepto de “confesión religiosa” en MOTILLA, A., *El concepto de confesión religiosa en el derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 23 y ss.

⁶⁷ Sobre todos ellos, véase, PALOMINO LOZANO, R., *Manual breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad Complutense, Madrid, 2015, pp. 142 ss.

⁶⁸ Encajaría dentro de lo que MOTILLA, A., *El concepto de confesión religiosa en el derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, ob. cit., p. 31, denomina criterio de la autorreferencia.

⁶⁹ MÜCKL, S., *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?*, ob. cit., pp. 111-112.

Por el contrario, la perspectiva objetiva prescinde de la significación subjetiva que pretenda atribuirle el individuo al símbolo y define el objeto de la libertad religiosa a partir del entendimiento que se considera ínsito en la norma constitucional, y en concreto en sus enunciados normativos, como los de “libertad religiosa y de culto” o “sus manifestaciones...”. Con esta perspectiva se corre el riesgo de que el sentido que se dé al objeto de la libertad religiosa sea una precomprensión socialmente mayoritaria de lo que sea religioso, lo cual se aparta de la función normativo-constitucional de los derechos fundamentales de proteger la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad⁷⁰. En nuestro país, la práctica administrativa del Registro de Entidades Religiosas y la jurisprudencia constitucional⁷¹, al amparo del art. 5.2 LOLR y de los derogados art. 3.2 y art. 4 del Real Decreto 142/1981, han refrendado esta objetivación en la medida en que en la definición de lo que sea la “religión” a los efectos de la inscripción en el registro de entidades religiosas predominan los elementos del concepto común recogido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua (“dogmas relativos a la trascendencia”, “conjunto normativo moral construido a partir de ellos y actos de culto”)⁷². En esta misma dirección la *STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4º*, en relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de que el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla tuviese como patrona a la Santísima Virgen María, afirmó “que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social”, en línea con lo que había afirmado respecto del crucifijo el TEDH en su *Sentencia de la Gran Sala Lautsi contra Italia, de 18 de marzo de 2011 (§ 72)*.

En nuestra opinión, ambas perspectivas deben ser sintetizadas para no perder la neutralidad que debe presidir su actuación en materia de libertad ideológica o religiosa⁷³. Así, partiendo de una concepción eminentemente objetiva de los criterios de definición del objeto de la libertad religiosa, es preciso que el Estado al mismo tiempo sea deferente hacia la concepción subjetiva que de ellos tenga el titular de este derecho. La libertad religiosa, al igual que otros derechos fundamentales, aun garantizada también en su dimensión colectiva (“de los individuos y las comunidades”), no ha perdido, con ello, su carácter personalista, por lo que encuentra en el individuo la principal minoría a la que

⁷⁰ Cfr. MÜCKL, S., *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?*, ob. cit., p. 112 ss.

⁷¹ A pesar de que la *STC 46/2001*, de 15 de febrero, F.J. 10º cuestionase la constitucionalidad de semejante competencia registral.

⁷² Cfr. MOTILLA, A., *El concepto de confesión religiosa en el derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, ob. cit., pp. 118 y ss.

⁷³ Cfr. *STC 46/2001*, de 15 de febrero, F.J. 4º y ss.

proteger y, por tanto, la voluntad de éste debe ser el principal elemento a tener en cuenta en la definición de su ámbito de protección⁷⁴.

Ciertamente, la mera percepción subjetiva no basta para calificar de religiosa una concepción personal del mundo, pero, a la inversa, tampoco es posible definir su carácter religioso conforme a un criterio objetivo que, bajo el manto de lo socialmente aceptado por religión, exprese el sentir de la mayoría social prevalente sobre la interpretación individual. Aunque el significado de un símbolo trasciende a sí mismo y a sus orígenes y puede verse enriquecido por el transcurso del tiempo⁷⁵, e incluso puede impregnarse de la historia cultural y política de la comunidad a la que simboliza, variando parcialmente su significado original⁷⁶, ello no implica que la interpretación subjetiva del símbolo deba estar subordinada a la objetiva mayoritaria en la sociedad, pues ello desvirtuaría la función de los derechos fundamentales, expresamente reconocida por la jurisprudencia constitucional⁷⁷, de ser garantías de expectativas primariamente individuales y vinculadas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Si la democracia constitucional tiene como razón de ser garantizar expectativas de la minoría contra la mayoría a través de los derechos fundamentales, la religiosidad del símbolo hay que valorarla a partir de lo que razonablemente presuma la persona que utiliza el símbolo o que se ve confrontado con él, sin perjuicio de que, al hacerlo, se controle su razonabilidad⁷⁸.

En efecto, parece razonable objetivar la perspectiva subjetiva que permite la definición de lo que sea religioso, exigiendo al individuo o al colectivo que pretenda la religiosidad de una manifestación de las creencias una mínima argumentación de la existencia de ese significado. Sin embargo, ello no debe traducirse en un control estatal de lo que se entienda por religioso conforme a cualesquiera criterios sociales mayoritarios, sino únicamente la exigencia de: (1) un nivel mínimo de coherencia moral e intelectual en la persona que pretende afirmar la religiosidad de una manifestación, y (2) una seria vinculación por parte del sujeto de esa manifestación con las preguntas o cuestiones últimas acerca de la existencia humana⁷⁹. En este mismo sentido si se opusiesen la concepción del individuo y la de una confesión religiosa a la que éste pertenece acerca de la significación del símbolo, la prevalencia en nuestro sistema cons-

⁷⁴ Cfr. TRIBE, L., *American Constitutional Law*, ob. cit., p. 1181.

⁷⁵ STC 94/1985, de 29 de julio, F.J. 7º.

⁷⁶ STC 34/20011, de 28 de marzo, F.J. 4º.

⁷⁷ Cfr. STC 64/1988, de 12 de abril, F.J. 1º.

⁷⁸ BOROWSKI, M., “¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal”, en María Elosegui Itxaso (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2012, pp. 30-36.

⁷⁹ EVANS, C., *Freedom of religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 54 ss.

titucional del carácter personalista de los derechos fundamentales sobre el comunitarista, conduce a preferir la interpretación del individuo siempre que responda a los dos requisitos objetivos mencionados.

En conclusión, que un crucifijo o un pañuelo en la cabeza sean símbolos que manifiestan las creencias religiosas, esto es, que formen parte del objeto de la libertad religiosa, es algo que depende del individuo mismo, del que se ve confrontado con el símbolo y del que lo porta, actué este último representado por la confesión a la que pertenece o por sí mismo al margen de ella⁸⁰.

4. ¿PIERDE SU NEUTRALIDAD RELIGIOSA EL ESTADO POR COLOCAR EL CRUCIFIJO EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS?

Para un análisis estructurado de la pregunta de si la colocación en los edificios públicos de crucifijos por parte del Estado —o la tolerancia por parte de éste de dicha colocación— compromete la caracterización constitucional de su neutralidad religiosa, se procederá, en primer término, a abordar la cuestión de si cabe considerar al crucifijo como un símbolo religioso, para, en segundo lugar, analizar la incidencia de dicho símbolo en el principio de neutralidad religiosa del Estado, tanto desde el punto de vista de la aconfesionalidad, como desde el punto de vista de la incidencia sobre la libertad religiosa de los que se ven confrontados con él.

4.1. CARÁCTER PARCIALMENTE “RELIGIOSO” DEL CRUCIFIJO COMO SÍMBOLO

Dado que quien coloca el crucifijo es el Estado y éste es “incapaz en materia religiosa”, que el crucifijo tenga sólo significado religioso, o esté absolutamente secularizado se debe decidir conforme a lo la valoración razonable de los ciudadanos confrontados con él. A tenor de los conflictos surgidos en España y en otros países europeos, para algunos ciudadanos el crucifijo tiene, al menos parcialmente, significado religioso. En el escrutinio de la racionalidad de esta posible valoración subjetiva se han de tener en cuenta varios elementos. Primero, como ya hace casi veinte años pusiera de relieve el Tribunal Constitucional Federal alemán⁸¹, no es lo mismo una cruz que un crucifijo, aunque simbólicamente puedan tener un significado genérico semejante, pues la capacidad de abstracción y de percepción de los destinatarios visuales del crucifijo es distinta según se trate de adultos o de niños: dependiendo de la capacidad de intelección de quien lo ve, no es idéntico el cuerpo desnudo de una persona clavado en una cruz, que simplemente ésta. Segundo, el contexto en el que se co-

⁸⁰ Ya ALAEZ CORRAL, B., *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, ob. cit., pp. 89 ss.

⁸¹ BVerfGE 93, 1.

loca el crucifijo también es relevante: no es lo mismo la presencia de una cruz o un crucifijo en un blasón, en una bandera, en una estatua, en un relieve o en cualquier otro elemento del patrimonio histórico-artístico o cultural del Estado⁸², donde su significado puede haberse secularizado y absorbido por el contexto en el que se encuentra⁸³, que su presencia en un hospital o en un aula escolar. En función del contexto las posibilidades de atribuirle significado religioso al crucifijo serán mayores o menores. Tercero, el crucifijo o la cruz son considerados por la jurisprudencia como símbolos pasivos o estáticos⁸⁴, no símbolos activos o dinámicos, en lo que se refiere a su transmisión de significado religioso y por tanto a su capacidad de influencia religiosa, al menos comparados con la oración u otras manifestaciones de la libertad de culto en las que la persona tiene una participación activa⁸⁵. Más allá de que sea cuestionable la distinción entre símbolos activos o pasivos desde el punto de vista de su fuerza comunicativa, sí que hay que tener en cuenta, en cuarto lugar, las condiciones personales del destinatario del mensaje simbólico y el tiempo de permanencia bajo su influencia comunicativa⁸⁶, siendo menor esa capacidad de influencia si quien se ve confrontado con él es un ciudadano medio, mayor de edad, adulto y por un breve período de tiempo, que si es un menor –tanto más cuanto más pequeño sea– en un ámbito como el escolar y durante largo periodo de tiempo, para el que puede tener un impacto psicológico más proselitista o perturbador⁸⁷.

4.2. NEUTRALIDAD RELIGIOSA, CRUCIFIJOS Y CONFUSIÓN DE FUNCIONES

Una vez sentado que los crucifijos pueden tener significado parcialmente religioso para algunas personas que se pueden ver confrontadas con ellos en ciertos espacios públicos, se ha de analizar la cuestión de si su colocación por parte de los poderes públicos en un espacio público compromete la neutralidad del Estado. Ello sucedería, conforme se dijo más arriba, tanto si su colocación por el Estado en el espacio público implica una confusión de las funciones religiosas y las funciones públicas, como también si conlleva una injerencia ilegítima en el ejercicio de los derechos fundamentales (libertad religiosa negativa, derecho a la educación, etc...) de los ciudadanos confrontados con ellos. Para analizar la primera cuestión se centrará la atención en la colocación de crucifijos en los centros escolares de titularidad pública (conforme a la definición que da

⁸² En un sentido parecido, PALOMINO LOZANO, R., *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, ob. cit., p. 146.

⁸³ Como sucedió con el domingo como día de descanso semanal (STC 19/1985, de 13 de febrero, F.J. 4º).

⁸⁴ STEDH Gran Sala de 18 de marzo de 2011 (Caso Lautsi contra Italia), §§ 71-72.

⁸⁵ STC 34/2011, de 28 de marzo, F.J.5º.

⁸⁶ HAUPT, C. S., "Active symbols", *Boston College Law Review*, Vol. 55, 2014, pp. 843 ss.

⁸⁷ Cfr. BVerfGE 93, 19-24.

a los mismos el art. 108.2 LOE), en tanto que supuesto prototípico, aunque no único, del conflicto que plantea su colocación.

La neutralidad cooperativa garantizada por el art. 16.3 CE exige, de un lado, que los centros escolares públicos carezcan de ideario religioso propio, maximizándose con ello su neutralidad ideológica y religiosa (art. 18.1 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE)). Pero, de otro lado, el art. 27.3 CE, en consonancia con el art. 16.3 CE, permite –no obliga⁸⁸ configurar el sistema educativo de modo que se pueda impartir enseñanza religiosa en los centros públicos para garantizar el derecho de los padres a decidir qué educación religiosa y moral han de recibir sus hijos⁸⁹. Al efecto, el Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 y la LOLR prevén la oferta obligatoria y el seguimiento voluntario de la asignatura de religión católica en todos los centros escolares públicos. Ello explica que en las aulas en las que se imparte la asignatura de religión, o en otros locales habilitados al efecto por el centro escolar público para la asistencia religiosa a los alumnos, el centro pueda colocar símbolos religiosos de la confesión o confesiones correspondientes sin que ello devenga inconstitucional por quiebra del mandato de neutralidad⁹⁰, como ya se admitió respecto de la adquisición por parte del Ministerio de Defensa de locales adscritos a la realización de actos de culto⁹¹.

Ahora bien, ¿excluye esto que dichos centros escolares públicos puedan colocar el crucifijo fuera de esos espacios y/o horas de clase de religión por comprometerse con ello la neutralidad religiosa del Estado? Ello sucedería si se produjese una confusión de funciones estatales y religiosas. Para ello, siguiendo el test Lemon norteamericano, se requiere, en primer lugar, que colocar el crucifijo persiga una finalidad religiosa y no seglar, es decir, que el crucifijo se coloque en el espacio público educativo con la finalidad de identificar al Estado con el culto de una determinada confesión religiosa. Sin embargo, ello no es el caso ni en España ni en otros países europeos⁹². Se debe tener en cuenta que el Estado no es titular de la mayoría de los derechos fundamentales y en particular no lo es de la libertad religiosa (art. 16 CE en relación con el art. 2

⁸⁸ Cfr. POLO SABAU, J.R. “La enseñanza de la religión en la escuela pública: fundamento constitucional y desarrollo normativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 33, 2013, p. 3 ss.; en un sentido diverso considerando la enseñanza de la religión como un cauce (de cooperación) exigido por el art. 27.3 CE, PRIETO ALVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos*, ob. cit., p. 199.

⁸⁹ Cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 9º y STC 38/2007, de 15 de febrero, F.J. 5º.

⁹⁰ ALAEZ CORRAL, B., *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, ob. cit., p. 110.

⁹¹ ATC 616/1984, de 31 de octubre, F.J. 3º.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional de Austria de 9 de marzo de 2011, G 287/09, párrafo 73. En un sentido diverso, sin embargo, BVerfGE 93, 15-21.

LOLR), por lo que la presencia del crucifijo en las instalaciones de un centro escolar público, solo puede responder a que Consejo escolar del centro ha acordado su colocación o su permanencia como expresión de cooperación con las preferencias religiosas mayoritarias de los padres de los alumnos, nunca como expresión de las preferencias religiosas de ese órgano del Estado. Dado que nuestra neutralidad cooperativa permite a los poderes públicos tener en cuenta las creencias de la sociedad española y mantener las relaciones de cooperación que estime convenientes con la Iglesia Católica y las demás confesiones, facilitar las preferencias religioso-culturales de la mayoría visibilizando sus símbolos religiosos, como el crucifijo, constituiría un fin seglar que la propia CE habría establecido. En segundo lugar, aunque persiga una finalidad seglar, para que no se confundan las funciones estatales y las religiosas, la colocación de los crucifijos no ha de conllevar ni la promoción ni la inhibición de la práctica de ninguna religión. El cumplimiento de este segundo requisito puede ser más discutible, pues depende en buena medida de lo cerrada o abierta que sea la comunidad humana en la que se exponga el crucifijo, del impacto proselitista que pueda tener sobre quienes lo ven –lo cual depende, como ya se dijo, de las condiciones y circunstancias personales de los destinatarios–, del tiempo de presencia ante el crucifijo, así como de las propias características del crucifijo como símbolo religioso. Como es sabido, la *STEDH, Gran Sala de 18 de marzo de 2011 (Caso Lautsi contra Italia)* se ha inclinado por afirmar que el crucifijo en general no tiene ese carácter proselitista de la religión cristiana, ni tampoco inhibitorio de otras religiones, apoyándose sobre todo en su carácter pasivo como símbolo, en contraposición al velo islámico que considera un símbolo religioso activo (§§71-74). En tercer y último lugar, la colocación de los crucifijos no debe conllevar una implicación excesiva del Estado en la materia religiosa. Este es el elemento más problemático, pues resulta difícil determinar qué es excesivo. ¿Hay una implicación excesiva cuando el Estado tolera que exista un crucifijo en un colegio, en un pleno de un ayuntamiento, etc.? Si tenemos en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre otras posibles implicaciones de los poderes públicos en actividades religiosas, como la impartición en un colegio público de la asignatura de religión⁹³, la existencia de capellanes castrenses como miembros de las fuerzas armadas⁹⁴ o más recientemente el patronazgo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla por la Virgen de la Inmaculada Concepción⁹⁵, supuestos todos ellos cuya constitucionalidad ha sido confirmada, difícilmente se puede concluir que la sola presencia del crucifijo vaya a ser declarada inconstitucional por una implicación excesiva del Estado en las funciones religiosas.

⁹³ STC 38/2007, de 15 de febrero, F.J. 5º.

⁹⁴ STC 24/1982, de 13 de mayo, F.J. 2º-4º.

⁹⁵ STC 34/2011, de 28 de marzo, F.J. 4º.

En resumen, bajo el modelo de neutralidad cooperativa, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta muy difícil, cuando no imposible, deducir la inconstitucionalidad *per se* de la colocación por el Estado de crucifijos en los espacios públicos como consecuencia de una confusión de funciones estatales y religiosas proscritas por el mandato de aconfesionalidad.

4.3. NEUTRALIDAD RELIGIOSA, CRUCIFIJOS E INJERENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

Aun no produciéndose confusión entre las funciones estatales y las religiosas, la cooperación estatal que implica colocar los crucifijos en los espacios públicos podría devenir inconstitucional y, por tanto, contravenir el principio de neutralidad religiosa si la misma conlleva una injerencia, un menoscabo constitucionalmente inaceptable en algún derecho fundamental en los individuos que se ven confrontados con ellos.

Siguiendo con el análisis de la colocación de crucifijos en los colegios públicos, básicamente se pueden ver afectados dos derechos fundamentales como consecuencia de la confrontación de profesores y alumnos con ellos: su libertad religiosa (negativa) y su derecho a la educación *lato sensu*, del que forma también parte como derecho instrumental el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones⁹⁶. Por lo que respecta a la libertad religiosa negativa, ésta se podría ver afectada en su vertiente de inmunidad de coacción que obliga al Estado a no coaccionar al ciudadano en su opción religiosa, a prohibir que otros le coaccionen y a no concurrir con él en el acto de fe. Una vertiente que ha sido reforzada a través de la facultad también instrumental de no ser obligado a manifestarse sobre las propias creencias (art. 16.2 CE). El derecho a la educación, por su parte, se podría ver afectado respecto de los niños confrontados con los crucifijos en la medida en que éste derecho garantiza una educación cuyo objeto ha de ser el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE), garantizando, además, para esa finalidad la elección por parte de los padres de la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), es decir, protegiendo a los menores frente al adoctrinamiento religioso o moral por parte del Estado en el ámbito escolar, del que habría cierto riesgo, dependiendo de las circunstancias, por la exposición al crucifijo.

⁹⁶ Sobre el carácter instrumental, respecto de la libertad de conciencia y el derecho a la educación de sus hijos, del derecho de los padres del art. 27.3 CE, ALAEZ CORRAL, B., *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, ob. cit., p. 122.

Para analizar la licitud constitucional de la injerencia en estos derechos fundamentales de la colocación del crucifijo en el espacio público escolar, es preciso recordar que la neutralidad religiosa del Estado no es concebida como un fin en sí misma, sino como el reverso de la libertad religiosa, es decir, que la neutralidad existe constitucionalmente para garantizar la libertad religiosa, siendo indiferente que dicha neutralidad sea pasiva (laicidad francesa) o activa/cooperativa (aconfesionalidad alemana, italiana o española)⁹⁷.

En este sentido se debe tener en cuenta que mientras el contenido subjetivo de la libertad religiosa genera derechos subjetivos, es decir, permisos mandatos o prohibiciones que habilitan a los ciudadanos para realizar ciertas conductas integrantes de su libertad religiosa positiva y negativa (practicar su credo, formar libremente su conciencia, etc...), la dimensión objetiva de dicha libertad, plasmada en la cooperación, no genera directamente ningún derecho subjetivo para los ciudadanos, sino que únicamente le confiere a aquella libertad un valor objetivo para la sociedad y por tanto para el ordenamiento jurídico⁹⁸. De que el Estado tenga *ex art.* 16.3 CE el deber de cooperar para facilitar el disfrute de la libertad religiosa por parte de los ciudadanos (“tendrá en cuenta...” y “mantendrá las relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones...”)⁹⁹ no se deduce, al menos en el marco de las relaciones de sujeción general, que los ciudadanos tengan un derecho subjetivo, integrante de su libertad religiosa positiva, a que el Estado adorne los espacios públicos con los crucifijos para su mejor disfrute de la libertad religiosa⁹⁹, ni tampoco que les permita hacerlo a ellos, funcionalizando el espacio público educativo a la expresión de sus creencias religiosas mayoritarias¹⁰⁰, sino que esta fórmula de cooperación pertenece a la dimensión objetiva de la libertad religiosa y, por tanto, a las denomi-

⁹⁷ No para garantizar la igualdad, como sostiene LLAMAZARES FERNANDEZ, D., “Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones minoritarias en España”, *Revista catalana de dret públic*, N° 33, 2006, pp. 77-78.

⁹⁸ Sobre la diferente eficacia normativa del contenido subjetivo y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en España, véase ALÁEZ CORRAL, B., “La eficacia de los derechos fundamentales”, en Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pp. 182-189.

⁹⁹ Conforme a lo expuesto por la STC 46/2001, de 15 de febrero, F.J. 6º, solo formarían parte del contenido subjetivo de la libertad religiosa la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos, a que se refiere el art. 2.3 de la LOLR, es decir, en el marco de relaciones de sujeción especial.

¹⁰⁰ También en este sentido REY MARTINEZ, F., “¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 27, 2012, pp. 20 ss. En un sentido diverso PRIETO ALVAREZ, T., “La presencia del crucifijo en las escuelas públicas es compatible con la Constitución (una réplica)”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 31, 2013, pp. 9 ss., para quien la libertad religiosa positiva (como derecho subjetivo) habilitaría a los padres cristianos para decidir por mayoría del Consejo Escolar colocar crucifijos en el espacio público educativo.

nadas políticas de derechos fundamentales, decididas por las mayorías parlamentarias y gubernativas, pero sometidas al respeto de la libertad religiosa negativa y el derecho a la educación de los confrontados con los crucifijos¹⁰¹.

Si se tiene en cuenta que el crucifijo tiene un carácter predominantemente religioso para algunas personas, que el tiempo de exposición ante el mismo es variable y puede llegar a suponer varias horas al día en el ámbito escolar, así como que entre las personas que tienen que verse confrontadas con él hay menores de edad, cuyo desarrollo psico-evolutivo puede hacer difícil la comprensión del crucifijo en su dimensión meramente cultural, resulta que su colocación por el Estado en espacios públicos sí podría implicar en algunos casos una coacción en la libre formación de la conciencia y de las creencias (libertad religiosa negativa) a que tienen derecho los ciudadanos, aunque dicha injerencia deba tener una entidad mínima para ser constitucionalmente relevante.

Precisamente esta falta de hincapié en la injerencia en la libertad religiosa negativa de los jóvenes alumnos confrontados con el crucifijo, más que la injerencia en los derechos educativos de los padres o la vulneración del principio de neutralidad religiosa del Estado, explica, en mi opinión, que la *STEDH Gran Sala de 18 de marzo de 2011 (Caso Lautsi contra Italia)* revocase la decisión tomada por la Sala en 2009. En efecto, la recurrente Sra. Lautsi se obstinó en tratar la cuestión como un problema de derecho objetivo: laicidad del Estado y confusión de funciones, y no como un problema de afectación o vulneración de los derechos subjetivos de sus hijas, no tanto de su derecho como madre a elegir la formación religiosa y moral para sus hijas acorde con sus convicciones (art. 1 Protocolo N° 2 al CEDH y art. 27.3 CE), sin acreditar suficientemente que la presencia del crucifijo en las aulas implicaba una injerencia en la libertad religiosa negativa y en el derecho a una educación en el libre desarrollo de la personalidad de éstas, unas niñas de 11 y 13 años de edad cuando acontecieron los hechos (§64). La sentencia Lautsi deja cerrado el camino del derecho objetivo como vía para impugnar la vulneración del principio de neutralidad religiosa del Estado por colocación de crucifijos en espacios públicos, pero aún permanece abierta la posibilidad de que, si se prueba la efectiva injerencia de la presencia del crucifijo en la libertad religiosa negativa del ciudadano, se reduzca el margen de apreciación del Estado en la configuración de su neutralidad cooperativa y se pueda prohibir su colocación en ciertos contextos y frente a ciertas personas.

Además, hay que tener en cuenta que la CE de 1978 de manera explícita contiene un derecho a no declarar las propias creencias como una concreción

¹⁰¹ En un sentido parecido, aunque fundamentándolo en la igualdad, LLAMAZARES FERNANDEZ, D., *Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones minoritarias en España*, ob. cit., pp. 79-80.

para garantizar esa libertad religiosa negativa (art. 16.2 CE), lo que avalaría que la posible injerencia en esa libertad religiosa negativa de los menores se evaluase invirtiendo la carga de la prueba, obligando al Estado –que es quien coloca o tolera el crucifijo– a probar que no se produce esa injerencia¹⁰². Pretender, como hizo la *Sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009*¹⁰³, que el crucifijo solo sea retirado de las aulas de los colegios públicos cuando lo pidan los padres afectados, implica no tener en cuenta que esos padres van a tener que revelar las creencias propias o de su hijos (o su no creencia) para justificar por qué se ven afectados en su libertad religiosa negativa, lo que no resulta compatible con la garantía constitucional de no ser obligados a declarar sobre sus creencias¹⁰⁴, ni siquiera en la vía propuesta por el Tribunal Supremo Administrativo Federal alemán¹⁰⁵.

5. ¿PIERDE EL ESTADO SU NEUTRALIDAD CON LA PROHIBICIÓN DEL VELO ISLÁMICO EN EL ESPACIO PÚBLICO?

5.1. NEUTRALIDAD RELIGIOSA DEL ESTADO Y FINALIDADES LEGÍTIMAS PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pasando al análisis de la posible pérdida de neutralidad del Estado por la prohibición del uso individual en el espacio público de símbolos religiosos minoritarios, como el velo islámico, es preciso aclarar primero si el velo islámico puede ser considerado un símbolo religioso, pues de ello depende que su prohibición afecte o no a diversos derechos fundamentales, así como las concretas condiciones de su licitud constitucional. De conformidad con los criterios sentados *supra*, sea cual sea la perspectiva -subjettiva u objetiva- que utilice el Es-

¹⁰² Cfr. POLO SABAU, J.R., “Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo”, *Revista de Derecho Político*, N° 85, 2012, p. 288.

¹⁰³ Y como hace el art. 7.4 de la Ley bávara de educación y enseñanza, de 23 de diciembre de 1995 que, además de prever la colocación del crucifijo en las aulas de educación primaria, solo admite la búsqueda de un compromiso si los padres objetan por motivos serios y claros de conciencia, requiriendo que, en caso de que no se logre el compromiso, la solución que adopten las autoridades educativas tenga en cuenta tanto la libertad religiosa (negativa) de los objetantes como la libertad religiosa (positiva) de la mayoría.

¹⁰⁴ También en este sentido, BARRERO ORTEGA, A., “Via crucis judicial de unos padres quisquillosos”, en Miguel Revenga Sánchez/Gerardo Ruíz Rico/Juan José Ruíz Ruíz (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, ob. cit., p. 224.

¹⁰⁵ En su sentencia BVerwGE 109, 40, de 1999, el Tribunal Supremo Administrativo Federal alemán ha limitado mucho la aplicación de la Ley bávara de educación de 1995 en el sentido de que la presencia de los crucifijos en las aulas debe hacerse pública con suficiente antelación al inicio de las clases y la distribución en grupos, y el intento de compromiso debe realizarse siempre a través del director de la escuela, como intermediario entre los padres objetores y la mayoría del consejo escolar, debiendo ser el director el único que conozca la posible objeción para garantizar el dato personal de la conciencia del alumno y sus padres.

tado en la definición de un símbolo religioso, tanto la mayoría de las mujeres que lo portan, como la propia sociedad occidental que se ve confrontada con él, lo asocian con la religión islámica, algunas de cuyas corrientes deducen su uso de los versículos 24:31 y 33:59 del Corán¹⁰⁶. En este sentido, una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al uso voluntario del pañuelo o velo islámico, así como de diversos Tribunales europeos¹⁰⁷, corrobora el uso del velo islámico en espacios públicos como una conducta amparable por el derecho a la libertad religiosa, siempre que sea la “efectiva expresión” de las creencias religiosas de la mujer que lo porta¹⁰⁸. En todo caso, en la medida en que el uso en público del velo islámico también representa un acto de configuración de la apariencia exterior de la propia figura humana, su uso puede ser considerado, además, expresión del derecho a la propia imagen¹⁰⁹.

De otro lado, en segundo lugar, lo que resulta constitucionalmente problemático desde el punto de vista de la pérdida de neutralidad del Estado no es tanto que pueda prohibirlos¹¹⁰, limitando así ejercicio de los derechos funda-

¹⁰⁶ Cfr. LÓPEZ-SIDRO LOPEZ, A. “La mujer y el Islam: La cuestión del velo en España”, *Ambitos: Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, N° 11, 2004, p. 73.

¹⁰⁷ Véase entre otras, BVerfGE 108, 282, 299; R (Shabina Begum) v. Head-teacher and Governors of Denbigh High School [2006] UKHL 15; Sentencia del Consejo de Estado italiano, de 19 de junio de 2008.

¹⁰⁸ Entre muchas sentencias, cabe mencionar la STEDH de 15 de febrero de 2001 (*Caso Dahlab contra Suiza*), la STEDH de 29 de junio de 2004 (*Caso Leyla Sahin contra Turquía*) y las SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (*Caso Kervanci contra Francia y Caso Dogru contra Francia*), todas ellas relativas a la prohibición del uso del velo islámico en el contexto escolar.

¹⁰⁹ Entiendo que así se deduce de la STC 170/1987, de 30 de octubre y la STC 84/2006, de 27 de marzo, así como de la STS (Sala 1ª) de 17 de septiembre de 2007, FJ. 1.3°. En la doctrina también CUERDA RIEZO, A. “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, *Parlamento y Constitución*, N° 11, 2008, pp. 249 ss.

¹¹⁰ La actitud de los Estados miembros de la Unión Europea frente al velo islámico se puede reducir a dos modelos. Algunos Estados europeos, como Bélgica o Francia, combinan prohibiciones parciales del velo islámico (integral o no) en ciertos espacios públicos como el escolar (art. 141-5-1 del Código francés de la Educación, tras su modificación por la Ley 2004-228, de 15 de marzo) con una más reciente prohibición general del velo islámico integral en todas las vías y espacios públicos (Ley francesa 2010-1192 de 11 de octubre de 2010, y Ley belga 2011-424, de 1 de junio de 2011). Aunque también ha habido diversas propuestas políticas (parlamentarias o gubernamentales) para introducir una prohibición general del velo islámico integral en Holanda, Noruega y Dinamarca, las mismas, a fecha de redacción de este texto, no han fructificado legislativamente. Frente a este modelo, otros Estados europeos, como Alemania, Reino Unido, Italia o España, no han adoptado prohibiciones generales del velo islámico (integral o no) en el espacio público, y su uso se prohíbe solo parcialmente a través de obligaciones legales de identificación para el caso de un contacto ocasional con el poder público en espacios en los que las relaciones de sujeción general permiten a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado la identificación de las personas por razones de seguridad pública, investigación del delito, etc..., prohibiciones o mandatos relativos a la vestimenta u obligaciones legales de neutralidad, circunscritas todas ellas a ciertos espacios públicos afectos o sometidos a una relación de sujeción especial, como centros escolares, edificios administrativos, hospitales públicos, Salas de justicia, etc..., en los que el interés o servicio público justifican

mentales a la propia imagen o a la libertad religiosa¹¹¹, sino que lo haga obviando los límites sobre los límites que la CE y el CEDH le imponen¹¹², y en particular, por lo que aquí interesa, al margen de las finalidades constitucionalmente o convencionalmente legítimas¹¹³, necesarias en una sociedad democrática. Estas finalidades legítimas representan las únicas opciones políticas que los textos constitucionales y convencionales consideran compatibles con su concreta configuración de la neutralidad (religiosa e ideológica). Apartarse de ellas o malinterpretar su alcance constitucional implica una parcialidad y por tanto una pérdida de la neutralidad ideológica/religiosa ordenada al Estado, lo cual es especialmente relevante en un contexto en que se tiende a valorar peyorativamente desde la perspectiva del choque de civilizaciones el uso de símbolos religiosos minoritarios como el velo islámico¹¹⁴. Aunque en los ordenamientos de neutralidad cooperativa la mayoría social y parlamentaria puede orientarse en favor de las preferencias religiosas, ideológicas o culturales mayoritarias a través de las políticas de derechos fundamentales, expresión de su dimensión objetiva¹¹⁵, en materia de limitaciones a los derechos fundamentales no es posible esta parcialidad, pues aquéllas operan sobre el contenido

esa restricción de la libertad religiosa. Sobre ello en detalle, ALAEZ CORRAL B., "Some constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe", *Vienna Journal of International Constitutional Law*, Vol. 7, Nº 3, 2013, pp. 279-289.

¹¹¹ Dado que ningún derecho es absoluto (STC 2/1982, de 29 de enero, F.J. 5º).

¹¹² Sobre el concepto de límites a los límites de los derechos fundamentales, véase VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "Los límites a los derechos fundamentales", en Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pp. 133-149.

¹¹³ Por lo que refiere a los límites de carácter formal que condicionan el poder del Estado para limitar los derechos fundamentales, el principal se refiere a la exigencia de que la prohibición del uso de símbolos religiosos en el espacio público posea rango legal, que en nuestro ordenamiento será la Ley Orgánica si se considera un límite (elemento esencial) a los derechos afectados (STC 173/1998, de 23 de julio, F.J. 8º); o la Ley ordinaria, estatal o autonómica, si se entiende que las prohibiciones simplemente regulan el ejercicio (tiempo, modo y lugar) de la libertad religiosa o de la propia imagen (STC 53/2002, de 27 de febrero, F.J. 12º y STC 133/2006, de 27 de abril, FF.JJ. 4º-5º). En este sentido, la falta de cobertura legal llevó al Consejo de Estado Italiano a declarar la ilegalidad de los Decretos municipales prohibitivos del velo islámico integral (Sentencia del Consejo de Estado italiano de 19 de junio de 2008), al *Bundesverfassungsgericht* alemán a amparar a la profesora Ludin, expulsada de la función pública sin la adecuada cobertura legal por portar un hijab (BVerfGE 108, 282), y a nuestro Tribunal Supremo a anular la prohibición de velo islámico integral en los edificios e instalaciones públicas municipales establecida por una Ordenanza municipal de Lleida (STS (sala 3), de 13 de febrero de 2013).

¹¹⁴ Cfr. MANCINI, S., "Patriarchy as the exclusive domain of the other: The veil controversy, false projection and cultural racism", *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*, Vol. 10, Nº 2, 2012, pp. 414-415.

¹¹⁵ Piénsese en las subvenciones directas o indirectas a diversas actividades religiosas, las subvenciones culturales, las subvenciones a las asociaciones o a los partidos políticos, etc.... Sobre ello, en relación con los límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales, ALAEZ CORRAL, B., *Ciudadanía democrática y límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público*, ob. cit., pp. 65 ss.

subjetivo de los derechos y respecto de él la neutralidad no puede ser cooperativa, pues ello pondría en manos de la mayoría el disfrute de los derechos fundamentales, que en una democracia constitucional son, ante todo, un instrumento de protección de la minoría. Ello explica que la concreción del concepto orden público como límite a las manifestaciones de la libertad religiosa, que realiza la LOLR en desarrollo del art. 16.1 CE, remita, como se verá después, a bienes o derechos de protegidos por el texto constitucional, que también operan como límites inmanentes al derecho a la propia imagen.

En otras palabras, además de la genérica exigencia que impone el art. 53.1 CE de que las limitaciones a los derechos fundamentales respeten su contenido esencial, es decir, que no los hagan irreconocibles o impracticables¹¹⁶, las prohibiciones del uso del velo islámico, en tanto que limitaciones de la libertad religiosa y el derecho a la propia imagen, tienen que perseguir un interés general constitucionalmente legítimo¹¹⁷, previsto expresamente en una norma constitucional o derivado implícitamente de la garantía de otros derechos o bienes constitucionales¹¹⁸. Por ello, la mayoría social no está habilitada constitucionalmente para decidir cuándo, por qué cauce normativo y con qué finalidad prohíbe una conducta iusfundamental, con tal de que sea de forma general y aplicable a todo el mundo sin distinción, y persiga la paz social, sino que, por imperativo constitucional, los derechos fundamentales protegen al individuo, a la minoría, incluso cuando inquietan, molestan o desasosiegan a la mayoría social¹¹⁹. Ello explica, por ejemplo, que en el caso de la prohibición de ciertas vestimentas en la escuela (gorras, pañuelos, etc...) el art. 34.c)5) del Reglamento de Régimen Interior del Instituto de Enseñanza Secundaria “Camilo José Cela” de Pozuelo de Alarcón se base en evitar las distracciones que aquéllas puedan causar, es decir, en la garantía del derecho a la educación de los demás alumnos, finalidad constitucionalmente legítima que se deduce inmanentemente del art. 27 CE y es un límite expresamente previsto como deber de los alumnos en el art. 6.4.b), e) y g) LODE.

En este sentido, el art. 9 CEDH exige para limitar la libre manifestación de las creencias que la medida sea necesaria en una sociedad democrática para “*la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*”, es decir, solo para proteger esas finalidades convencionalmente legítimas. Por su parte,

¹¹⁶ Véase, por muchas, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 11º.

¹¹⁷ En este sentido también RUIZ RUIZ, J.J., “El debate en torno a la prohibición general del velo islámico integral en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional”, en AA.VV., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 224-225.

¹¹⁸ Cfr. la STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 11º, o la STC 14/2003, de 30 de enero, F.J. 9º.

¹¹⁹ Cfr. STC 235/2007, de 7 de noviembre, F.J.4º.

el art. 16.1 CE respecto de las manifestaciones de la libertad religiosa (el velo, como símbolo lo es) prevé que puedan ser limitadas para proteger el *orden público* definido por la ley. Si bien el art. 18.1 CE no prevé límites expresos a las manifestaciones del derecho a la propia imagen, resulta obvio que se encuentra limitado inmanentemente por su coexistencia con *otros derechos o bienes de rango constitucional*¹²⁰. Para armonizar unas y otras disposiciones constitucionales y convencionales conforme a la cláusula interpretativa del art. 10.2 CE, el art. 3 LOLR integra la seguridad pública, la salud pública, la moral pública y los derechos de los demás dentro de la definición del orden público¹²¹, cuya protección permite limitar la libertad religiosa, permaneciendo *la protección de los derechos o las libertades de los demás* como límite inmanente del derecho a la propia imagen.

La supremacía del texto constitucional escrito que proclama el art. 9.1 CE¹²², y la correlativa inexistencia de un haz de valores supra-positivos sustraídos a la reforma constitucional¹²³, hacen incompatible con nuestro sistema constitucional prohibir el velo islámico en nombre de la protección del denominado orden público inmaterial¹²⁴, identificado en Francia¹²⁵ y Bélgica¹²⁶ con “un conjunto de exigencias mínimas de la vida en sociedad” distintas de las ya positivizadas en el texto constitucional¹²⁷. Reconocer carácter vinculante como límites de la libertad religiosa y del derecho a la propia imagen a bienes o valores meta-positivos, carentes de apoyatura expresa en el texto constitucional, contradiría el carácter supremo del texto constitucional y propiciaría un inadecuado activismo judicial. O alternativamente, en caso de coincidir con bienes o derechos expresamente constitucionalizados, sería redundante y disfuncional, pues éstos tendrían solo la concreta obligatoriedad jurídica que les hubiera dado el texto constitucional. Nada cambia en esto la *STEDH de 1 de julio de 2014 (Caso S.A.S. contra Francia)*, puesto que la misma admite, conforme a la doctrina del margen de apreciación nacional (§§ 156-157), que para el ordena-

¹²⁰ Sobre los demás derechos fundamentales y los bienes constitucionales como límites inmanentes a los derechos fundamentales cfr. STC 37/1989, de 15 de febrero, F.J. 7º; STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 11º; STC 14/2003, de 30 de enero, F.J. 9º.

¹²¹ Una concreción necesaria según PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, ob. cit., pp. 90-91.

¹²² Cfr. Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, F.J. 4º.

¹²³ Véanse, por todas, la STC 48/2003, de 12 de marzo F.J. 7º, y la STC 103/2008, de 11 de septiembre, F.J. 4º.

¹²⁴ Sobre su construcción jurisprudencial véase el Informe del Consejo de Estado Francés, de 25 de marzo de 2010, sobre las posibilidades jurídicas de prohibir el velo integral <http://www.conseil-etat.fr/Media/CDE/Francais/etude_vi_30032010> (consultado el 27 de julio de 2016).

¹²⁵ Decisión del Consejo Constitucional francés 2010-613 de 7 de octubre 2010, F.J. 4º.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Bélgica 145/2012, de 6 de diciembre, F.J. B 21.

¹²⁷ Crítico con esta noción también RUIZ RUIZ, J.J., *El debate en torno a la prohibición general del velo islámico integral en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional*, ob. cit., pp. 209-218.

miento francés reconocer el rostro de quienes se encuentran en el espacio público es una exigencia necesaria para la vida en sociedad que forma parte de la finalidad convencionalmente legítima de proteger “los derechos de los demás”, pero no la integra generalizadamente para todos los Estados dentro de esa finalidad convencionalmente legítima como un límite a la libertad religiosa, por lo que no opera en ordenamientos como el nuestro donde semejante exigencia es jurídicamente inexistente.

La caracterización cooperativa del modelo de neutralidad religiosa existente en España tampoco permite apelar, como en el caso francés, a la preservación de la laicidad o la neutralidad del espacio público¹²⁸, como finalidades legítimas para prohibir el uso del velo islámico en aquél, sin al menos combinarlo con algún otro límite inmanente, como pudiera ser el correcto funcionamiento de los servicios públicos, necesario también para proteger los derechos fundamentales de los beneficiarios de aquéllos. Finalmente, la errónea o acertada valoración de si se debe o no prohibir el velo islámico por razones de seguridad pública tampoco compromete la neutralidad ideológica o religiosa del Estado, puesto que la misma se basa en apreciaciones fácticas, no normativas¹²⁹.

En resumen, en el ordenamiento español las dos finalidades constitucionalmente legítimas que justificarían la prohibición del velo islámico en el espacio público y cuya errónea concreción puede comprometer la neutralidad del Estado, por implicar valoraciones de carácter ideológico o religioso distintas de las aceptadas por el propio sistema constitucional, son: de un lado, la protección de la dignidad de la persona (mujer) y la igualdad de género, concreciones de la moral pública; y de otro lado, el correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos, asociado a la protección de los derechos fundamentales de los demás. Veamos con un poco más de detalle cuál debe ser su interpretación constitucionalmente adecuada para que el Estado no pierda su neutralidad.

5.2. NEUTRALIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA MUJER Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

Como primera justificación material de la prohibición del velo islámico en los espacios públicos, se suele invocar que aquél es un símbolo de dominación machista, objetivamente contrario a la dignidad de la persona (mujer) y a la igualdad de género¹³⁰, bienes constitucionales que los poderes públicos tienen

¹²⁸ Cfr. RODRIGUEZ SANTIAGO, J.M., *El Estado aconfesional o neutro como sujeto “religiosamente incapaz”*. *Un modelo explicativo del art. 16.3 CE*, ob. cit., pp. 141-142.

¹²⁹ Sobre ello ALAEZ CORRAL B., *Some constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe*, ob. cit., pp. 290 ss.

¹³⁰ Sobre la consideración del velo islámico como un símbolo religioso objetivamente (*in re ipsa*) contrario a la igualdad de género, cfr. RUIZ RUIZ, J. J., “La prohibición del velo islámico en la

la obligación de proteger *ex arts.* 9.2, 10.1 y 14 CE, así como en virtud del art. 5.a) de la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, de 1978 (CEDAW). Ambos bienes constitucionales forman parte, sin duda, de ese mínimo ético común que es la moral pública¹³¹, uno de los elementos del orden público protegido por la ley que justificaría limitar las manifestaciones de la libertad religiosa, y son también valores que operan como límites inmanentes al derecho a la propia imagen.

Sin negar que, efectivamente, el velo islámico (sobre todo el integral) pueda ser interpretado socialmente como un instrumento de aislamiento, discriminación y denigración de la dignidad de la mujer, las posibilidades de que en nuestro ordenamiento jurídico la protección de la dignidad de la mujer y la igualdad de género justifiquen las prohibiciones del uso voluntario del velo islámico en el espacio público son realmente reducidas, dada la raíz liberal individualista de las democracias constitucionales, que hace en términos generales constitucionalmente inadecuado construir el significado normativo de los derechos fundamentales al margen de la voluntad de sus titulares.

En efecto, dejando a un lado el hecho de que en nuestro sistema constitucional la dignidad de la persona no ha sido reconocida como un derecho fundamental autónomo¹³² sino como un valor jurídico fundamental reflejado en algunos derechos fundamentales¹³³, un primer problema que aparece al tratar de fundamentar la prohibición del uso voluntario del velo islámico en la protección de la dignidad e igualdad de la mujer que lo porta se refiere a que ello solo es posible apartándose de la configuración individualista que la CE de 1978 ha dado a ambos principios constitucionales. Como puso de relieve el Consejo de Estado francés en su Informe de 25 de marzo de 2010 sobre las posibilidades jurídicas de prohibir el velo integral¹³⁴, y se desprende también de la jurisprudencia del TEDH¹³⁵, no cabe construir la dignidad humana al margen de la valoración que de esa dignidad lleve a cabo la propia persona con el libre ejercicio de sus derechos fundamentales¹³⁶. Es decir, que si es o no indigno para las mujeres musulmanas llevar el velo es a ellas a quien primero compete valorar en el ejercicio de sus libertades fundamentales, y no a la mayoría social

enseñanza pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 92, 2011, pp. 116 ss.

¹³¹ Sobre ella véase la STC 62/1982, de 15 de octubre, F.J. 3º.

¹³² Cfr. STC 120/1990, de 27 de junio, F.J. 4º.

¹³³ Cfr. STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 2º.

¹³⁴ <http://www.conseil-etat.fr/Media/CDE/Francais/etude_vi_30032010> (consultado el 27 de julio de 2016).

¹³⁵ Cfr. STEDH de 17 de febrero de 2005, Caso K.A. y A.D. contra Bélgica, y respecto del velo islámico integral STEDH de 1 de julio de 2014, caso S.A.S. contra Francia §§ 119-120.

¹³⁶ En ese mismo sentido la Resolución 1743 de 2010 y la Recomendación 1927 también de 2010 del Consejo de Europa sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa.

con su valoración cultural paternalista¹³⁷. Vivimos en una democracia de individuos y de los grupos en los que éstos se integran, no en una democracia de grupos que se sirven de los individuos para lograr sus fines colectivos. No en vano, tanto el art. 9.2 CE como el art. 10.1 CE se refieren a la “...libertad e igualdad del *individuo y de los grupos* en los que se integra...” y a la “dignidad de *la persona*” (la cursiva es nuestra), anteponiendo a ésta en singular sobre el colectivo, al que también se protege para proteger al individuo, no contra o al margen de este último. Por ello, desde esta perspectiva liberal, la superación de la “opresión que sufren las mujeres” a la que con razón hace alusión la teoría feminista¹³⁸, solo se puede llevar a cabo aplicando el mandato de igualdad real y efectiva del art. 9.2 CE sobre las condiciones que hacen que las mujeres, vivan bajo un sistema de opresión patriarcal, pero no eliminando su voluntad de ejercer sus derechos fundamentales de modo connivente con dicha opresión, pues ello sería tanto como eliminar a las concretas mujeres del proceso de construcción de su propia liberación.

Se podrá decir, claro está, que la mujer musulmana que porta el velo integral está privada de auténtica autonomía de voluntad para decidir libremente debido a sus condicionantes socio-culturales¹³⁹, pero ello no justifica la incapacitación legal de la mujer para el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad religiosa o a la propia imagen al margen de la presunción constitucional de capacidad de toda persona mayor de edad (*ex art. 12 CE*) y la correlativa necesidad de declaración singular de esa falta de autonomía volitiva a través de un procedimiento judicial de incapacitación para el ejercicio de concretos derechos fundamentales. Pero incluso aceptando esa falta de libertad real de la mujer que porta el velo islámico por sus condicionantes socio-culturales, el problema de fondo sería otro, el de la violencia o desigualdad de género en la familia y/o en la sociedad, que no solo afecta, por cierto, a las mujeres musulmanas sino también –aunque en menor medida– a otras mujeres occidentales, sobre todo durante la minoría de edad, habida cuenta de la resistencia socio-familiar a coadyuvar la libre formación de las conciencias de los niños y las niñas que se encuentran bajo su potestad, acorde con su progresiva capacidad para ejercer sus derechos fundamentales por sí mismos a medida que aumenta su

¹³⁷ En un sentido semejante REY MARTÍNEZ, F., “El problema constitucional del Hijab”, *Revista General de Derecho Constitucional*, N° 10, 2010, pp. 8-10.

¹³⁸ Sobre ella y su relación con la prohibición del velo islámico, MORONDO TARAMUNDI, M.D., “El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XXX, 2014, pp. 305 ss.

¹³⁹ En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., “Símbolos religiosos e inmigración desde la perspectiva del derecho a la igualdad” en Miguel Revenga Sánchez/Gerardo Ruíz Rico/Juan José Ruíz Ruíz (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, ob. cit., p. 307.

grado de madurez¹⁴⁰. Es más, en la cultura social dominante en occidente también existen multitud de pautas de conducta machista, asumidas voluntariamente por las mujeres occidentales, que van desde la representación visual del cuerpo femenino predominantemente como un objeto sexual, hasta el rol que ha de jugar la maternidad en la realización personal de la mujer.

De ahí que faltando un específico mandato constitucional de igualdad de género respecto de todas las relaciones jurídico privadas¹⁴¹, solo cabría, en nuestra opinión, prohibir el uso del velo islámico para proteger la igualdad de género y la dignidad de otras mujeres (musulmanas o no) en el caso en que, desde la perspectiva de los destinatarios del mensaje comunicado por el velo, se pudiese demostrar objetivamente una relación de causa-efecto entre un entendimiento de este símbolo como discriminatorio e indigno para la mujer y un concreto empeoramiento de la igualdad o la dignidad de otras mujeres, al que contribuirían las portadoras del velo islámico. Los datos estadísticos, sin embargo, están lejos de apoyar esta conclusión. De un lado, debido a la escasa proporción de mujeres musulmanas que habitan nuestro país en relación con el total de población femenina¹⁴². Y de otro lado, porque los estudios antropológico-sociales demuestran en relación con el hijab justamente lo contrario, es decir, la negativa influencia que tendría la prohibición en relación con la posición de la mujer musulmana, que transitaría menos por el espacio público común y plural y se vería menos confrontado con el pluralismo democrático que en él está presente¹⁴³.

En resumen, para cumplir con los mandatos del art. 9.2 CE y del art. 5.a) CEDAW, de modificar, que no prohibir¹⁴⁴, los patrones socioculturales de desigualdad por razón de género, contrarios a la dignidad de la mujer, el Estado debe servirse de otros instrumentos más neutros desde un punto de vista ideo-

¹⁴⁰ Sobre esto, cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 128 ss.

¹⁴¹ Que si existe, por ejemplo en el caso del derecho al matrimonio (art. 32 CE), donde la poligamia –por voluntaria que pueda ser– no tiene cabida constitucional al contradecir el específico mandato de igualdad jurídica de ambos cónyuges. Sobre ello, en detalle, RUIZ RUIZ, J. J., *La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública*, ob. cit., p. 121.

¹⁴² Según el Estudio demográfico de la población musulmana, realizado por el Observatorio Andalusi <<http://observatorio.hispanomuslim.es/estademograf.pdf>> (consultado el 27 de julio de 2016), la población musulmana en España se estima en un 4%, es decir, aproximadamente 1.8 millones sobre los 46 millones de habitantes de nuestro país. Si se estimase en la mitad la población femenina (cifra que seguramente será inferior, dado que el 60% de esos musulmanes son extranjeros y, además, la inmigración musulmana es predominantemente masculina), eso reduciría a menos de 900.000 sobre un total de 23.000 millones el número de mujeres que podrían tener esa influencia negativa sobre la igualdad y dignidad de las demás.

¹⁴³ MOUALHI, D., “Mujeres musulmanas: estereotipos occidentales versus realidad social”, *Papers*, N° 60, 2000, pp. 297-300.

¹⁴⁴ Cfr. RUIZ RUIZ, J. J., *El debate en torno a la prohibición general del velo islámico integral en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional*, ob. cit., pp. 174-175.

lógico/religioso y más eficaces que la prohibición arbitraria e ilegítima de los derechos fundamentales de aquélla. Tal sería el caso, por ejemplo, de mecanismos de derecho privado que garanticen que padres o esposos respetan –también en el interior de las relaciones familiares– la libertad de conciencia de sus hijas o esposas, y no las adoctrinan en sus propias convicciones religiosas o morales¹⁴⁵, o de derecho público que implanten cursos de ciudadanía democrática tanto en los niveles de escolarización obligatoria como en la educación continua para adultos (cursos de integración para inmigrantes o escuelas de parentalidad positiva), aunque sean instrumentos más costosos y más impopulares, pues afectan a casi todos los grupos sociales y reflejan las deficiencias cívico-democráticas de nuestra sociedad occidental.

5.3. NEUTRALIDAD DEL ESTADO Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS DEMÁS

La segunda finalidad constitucionalmente legítima que podría justificar prohibiciones sectoriales del uso del velo islámico, aunque nunca prohibiciones generales, hace referencia al correcto funcionamiento de los servicios públicos (educativo, sanitario, etc...) y de las instituciones públicas (nacionales, autonómicas o locales), necesario para la protección de los derechos fundamentales de los beneficiarios de dichos servicios públicos¹⁴⁶. En efecto, se apela a la neutralidad del Estado para prohibir el uso de esta simbología religiosa individual por parte de quienes tienen encomendado el cumplimiento de una función pública.

Si centramos nuestro análisis de nuevo en el ámbito educativo¹⁴⁷, esto es, en la prohibición del velo islámico a profesoras o alumnas en los centros esco-

¹⁴⁵ En un sentido parecido, RUIZ RUIZ, J. J., *La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública*, ob. cit., p. 123.

¹⁴⁶ ALAEZ CORRAL, B., *Some constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe*, ob. cit., pp. 303.

¹⁴⁷ Respecto del ámbito de la justicia, las prohibiciones de uso del velo islámico por parte de abogados, testigos, y quizás también en el futuro de jueces y magistrados, serían deducibles de las obligaciones de neutralidad previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en la legislación procesal para los jueces y magistrados, en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Abogacía, y en el Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre, de Honores, Tratamiento y protocolo en la Actos judiciales solemnes para los abogados. Se justificarían en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y la correlativa protección del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24 CE), que se podrían ver comprometidos por la apariencia de parcialidad ideológica o religiosa, así como por la merma en las capacidades cognitivas de las juezas para la dirección del proceso, por la merma en la capacidad comunicativa con el órgano jurisdiccional y con las propias partes –incluido su defendido– en el caso de las abogadas (solo en el caso del velo integral), o en fin, en lo que respecta al derecho a la presunción de inocencia, por la dificultad de valorar la veracidad del testimonio aportado en un procedimiento penal por una testigo ataviada con un velo islámico integral. Sobre ello en detalle, ALAEZ CORRAL, B., *Some constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe*, ob.

lares públicos, tanto el derecho a la educación como el correcto funcionamiento del servicio público educativo, de los que sería expresión la neutralidad de los centros escolares públicos y de sus agentes, se podrían contraponer como justificaciones de dicha prohibición. Aunque profesoras y alumnas de centros escolares públicos no pierden sus derechos a la libertad religiosa y a la propia imagen a las puertas del centro por encontrarse en una relación de sujeción especial¹⁴⁸, sí pueden verse sujetas a una más intensa limitación de sus derechos fundamentales, precisamente por la necesidad de satisfacer eficazmente la función y los derechos educativos que se desarrollan en ese espacio público y que involucran personalmente a docentes y discentes. A unas, las alumnas, porque están allí para recibir su derecho a la educación; a otras, las profesoras porque están allí para educar. Es preciso, pues, valorar, si el Estado con la prohibición del uso del velo islámico por parte de profesoras o alumnas pierde su neutralidad cooperativa, bien porque ha dejado de ser cooperativa, bien porque ha dejado de ser neutralidad, al no poder vincularse al correcto funcionamiento del servicio público educativo y a la protección de los derechos fundamentales de los discentes.

Por lo que respecta a las alumnas, a falta de una prohibición expresa como en Francia¹⁴⁹, la base legal para la prohibición del velo islámico que desarrollan los Reglamentos de Régimen Interno de algunos centros educativos públicos, se podría ver en el art. 6.4 LODE, que impone al alumnado, entre otros, los deberes de: “b) *Participar en las actividades formativas* y, especialmente, en las escolares y complementarias”; “e) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, *respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado*”; “f) Respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa”; “g) *Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo*” (la cursiva es nuestra)¹⁵⁰. Todos estos deberes son, ciertamente, necesarios para el correcto funciona-

cit., pp. 303.

¹⁴⁸ Cfr. ALAEZ CORRAL, B., *Simbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, ob. cit., pp. 118 ss.

¹⁴⁹ Véase la Ley francesa 228-2004, de 15 de marzo, que prohíbe en los centros escolares públicos los símbolos o las vestimentas religiosas ostensibles.

¹⁵⁰ Reiterados por los arts. 35 y 36 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y por las normas de convivencia en los centros, desarrollados por las CC.AA. en sus diversos Reglamentos sobre deberes del alumnado y normas de convivencia, que suelen incluir también como conducta atentatoria contra la convivencia “cualquier incorrección que altere el normal desarrollo de la actividad escolar”; véanse, por todos ellos, los arts. 36 y 39 Decreto 249/2007, del Principado de Asturias, de 26 de septiembre.

miento del servicio público educativo y, por consiguiente, para el eficaz disfrute del derecho/deber a la educación.

Por lo que se refiere a las docentes, huérfana también la legislación funcional y educativa de una prohibición expresa, ésta se podría deducir del art. 52 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y del art. 18 LODE, que ordenan la neutralidad ideológica y religiosa de los docentes y de los centros con el fin de respetar las opciones religiosas y morales de los padres a que hace referencia el artículo 27.3 CE, y garantizar la aconfesionalidad del Estado en la prestación de la educación pública, de una forma parecida –aunque menos detallada– a como se regula en algunas leyes educativas de los Länder alemanes¹⁵¹.

Con todo, en nuestra opinión, sería ir demasiado lejos deducir de esta base normativa la necesidad de toda prohibición a alumnas y profesoras de uso del velo islámico en los centros escolares públicos para satisfacer el correcto funcionamiento del servicio público educativo y garantizar la neutralidad ideológica o religiosa de aquéllos. La apertura y pluralismo que caracterizan la neutralidad cooperativa del Estado son también imperativos en el ámbito escolar, pues representan la principal herramienta con la que transmitir a los alumnos una formación plural y basada en el respecto a los valores y principios democráticos del ideario educativo constitucional (art. 27.2 CE). Es más, los mismos se constituyen en principios y fines del conjunto del sistema educativo (art. 1.c), y k), y art. 2.1.a), b), c), e), g) y k) LOE). Por ello, el profesorado tiene que representar un punto de referencia plural y no único, lo cual sólo es concebible si es visto como una parte activa y explicativa de la pluralidad social existente, no si se mantiene distante y desvinculado de esa pluralidad. Y aunque el alumnado debe participar activamente en las actividades docentes para disfrutar de su derecho a la educación y tiene que respetar las normas de convivencia y los derechos fundamentales de los demás alumnos para no distorsionar el correcto funcionamiento del servicio público educativo, no está obligado a ningún deber positivo de neutralidad. Además, ni la libertad (negativa) de conciencia de los demás alumnos, ni el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones, condicionan en abstracto la configuración constitucional pluralista y democráticamente abierta de la educación que ordenan el art. 27.2 CE y desarrollan los arts. 1 y 2 de la LOE¹⁵².

¹⁵¹ De entre las múltiples leyes educativas de los Länder alemanes, véase la Ley de educación de Nordrhein-Westfalen de 15 de febrero de 2005, aprobada expresamente a raíz de la Sentencia Ludin (BVerfGE 108, 282), que impone a las profesoras un deber abstracto de neutralidad ideológica y religiosa.

¹⁵² Cfr. STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7º y STS de 11 de febrero de 2009 (sala 3ª).

Consecuentemente solo cabría la prohibición del velo islámico portado por las profesoras o las alumnas si, en función de las circunstancias concretas del caso, su uso adoctrina en valores contrarios al ideario constitucional, impide el desarrollo de la función docente en el marco democrático abierto y pluralista de una neutralidad cooperativa¹⁵³, o conlleva una injerencia en el derecho a la educación o en la libertad religiosa negativa del alumnado, al convertirse en un obstáculo para la mejor comunicación entre alumno y profesor, al impedir participar a las alumnas que lo portan en concretas actividades educativas o al interpretarse descontextualizadamente, sobre todo por los alumnos más pequeños, como un signo de despersonalización y discriminación de la mujer. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH y de algunos tribunales europeos, ello sucede en todos los casos de uso del burka o el niqab (lo lleven las alumnas o las profesoras) por la falta de comunicación visual entre ambas, necesaria en la cultura occidental para la correcta satisfacción del derecho a la educación¹⁵⁴, así como por el inequívoco mensaje de marginalización y exclusión social de la mujer que conlleva. Pero ocurre solo en algunos casos de uso del hijab, chador o la shayla¹⁵⁵, como cuando la profesora lo lleve delante de alumnos de edades muy pequeñas o con dificultades educativas o cognitivas para comprender el posible significado pluralista y no necesariamente discriminatorio del mismo¹⁵⁶, así como durante las clases de educación física en las que el velo conlleva un riesgo para la integridad física de la alumna¹⁵⁷.

En resumen, los poderes públicos perderán su neutralidad ideológica si prohíben con carácter general o en ciertos ámbitos sectoriales el uso del velo islámico en el espacio público al margen de la concreta interferencia del mismo con la satisfacción de un derecho fundamental o con el correcto desenvolvimiento del servicio público involucrado, pues una prohibición abstracta solo resultaría compatible con un entendimiento distante o pasivo de la neutralidad que pretende convertir el espacio público en un espacio ideológica y religiosamente neutro, y no en un espacio ideológica y religiosamente plural.

¹⁵³ En un sentido parecido la BVerfGE 138, 296.

¹⁵⁴ Tal y como ponen de relieve la Sentencia del Tribunal de Apelación de Trabajo, de 30 de marzo de 2007, *Azmi v Kirklees Metropolitan Borough Council* [2007] UKEAT 0009_07_3003, respecto de una profesora que quiso dar clase con un velo integral, o los §§42 y 53 de la Ley de educación, de 30 de marzo de 2004, del Land de Renania del Norte-Westfalia, respecto de unas alumnas que querían asistir a clase también con velo integral.

¹⁵⁵ Cfr. BVerfGE 138, 296, que se desmarca del planteamiento favorable a una prohibición derivada del abstracto mandato de neutralidad establecido en la Sentencia Ludin (BVerfGE 108, 282).

¹⁵⁶ Conforme a la argumentación dada por la STEDH de 15 de febrero de 2001 (*Caso Dahlab contra Suiza*).

¹⁵⁷ Véanse la STEDH de 15 de febrero de 2001 (*Caso Dahlab contra Suiza*), y las SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (*Caso Kervanci contra Francia* y *Caso Dogru contra Francia*).