

## LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ALEMANIA COMO LIBERTAD POSITIVA Y NEGATIVA

*Por Christian Starck  
Catedrático de Derecho Público. Facultad de Derecho.  
Universidad Georg August de Göttingen*

### I. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA

En el momento en el que se había impuesto la convicción de que la religión debía separarse de las funciones del Estado y que el Estado debía ser religiosamente neutral, comenzó la era de la libertad religiosa. La anteriormente concedida tolerancia del Estado religiosamente vinculada se diluye en la libertad religiosa. Como el Estado al solucionar los asuntos mundanos es religiosamente "ciego", ya no puede limitarse a la tolerancia. Se ha producido un cambio de paradigmas de la tolerancia estatalmente concedida a la libertad de culto estatalmente garantizada.<sup>1</sup> La libertad religiosa exige una neutralidad religiosa del Estado.<sup>2</sup> Lo que significa que ya no se ocupa en su contenido de las necesidades religiosas de las personas sometidas a su ordenamiento jurídico, y que él mismo ya no toma ninguna postura religiosa. La religión es garantizada en los derechos fundamentales y con ello queda separada del ámbito de las funciones estatales. Solamente será función del Estado determinar barreras generales para proteger el orden público, las cuales, como "leyes aplicables a todos" afectan también a la libertad religiosa.<sup>3</sup>

Por la garantía de la libertad religiosa en los derechos fundamentales, frecuentemente se deduce que la religión es un asunto privado. Desde esta perspectiva aparece sólo el creyente individual que satisface sus necesidades religiosas apartado, en su casa y no públicamente. El hecho de la necesidad

---

<sup>1</sup> *Christian Starck*, Raíces históricas de la libertad religiosa moderna, en: REDC, Núm. 47 (1996), p. 9, 20 y sig. = *Christian Starck*, Jurisdicción constitucional y Derechos fundamentales, Madrid 2011, pág. 253, 265.

<sup>2</sup> Comparativamente véase *Christian Starck*, Staat und Religion, Revista JZ 2000, pág. 1 - 9.

<sup>3</sup> Véase al respecto el Art. 9, párr. 2 CEDH; *Peter Landau*, Die Entstehung des modernen Staatskirchenrechts in der deutschen Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, 1993, pág. 60.

religiosa y de los intereses religiosos de las personas como asunto privado sólo es comprendido parcialmente. Ciertamente, al menos en todas las religiones monoteístas, la relación religiosa entre el creyente y Dios es algo extremadamente privado e individual. Pero este asunto privado e individual tiene una base institucional compleja que es necesaria para satisfacer las necesidades e intereses religiosos de la mayoría de las personas. Si el Estado moderno ya no puede representar estas condiciones institucionales en colaboración con las iglesias, en la actualidad, las iglesias y demás comunidades religiosas son las únicas responsables de estas condiciones. Desde la necesidad de la neutralidad religiosa del Estado nace por lo tanto su interés en la existencia de instituciones religiosas independientes. Éstas son un apoyo para el creyente individual, que el Estado ya no le puede dar. Estas instituciones permiten la adoración conjunta a Dios, la actuación sobre la base de valores y normas comunes que forman parte de las leyes vitales de la mayoría de las religiones y que estabilizan y aglutinan la sociedad. Estas instituciones y especialmente las iglesias documentan así que los intereses religiosos son intereses públicos.

Sobre la base de esta constatación, el Estado no solamente debe garantizar la libertad religiosa, sino también regular las modalidades de su distancia con la iglesia. Esto se refleja con una claridad ejemplar en el Art. 4 de la constitución del estado federado de Baden-Württemberg (1953):

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

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

El desarrollo de la idea de la libertad religiosa ha generado en Alemania y en otros estados esta consideración positiva de las funciones de las iglesias y otras comunidades religiosas. Es la base de una relación amistosa del Estado con las comunidades religiosas que se muestra claramente con los principios de la "separación"<sup>4</sup> y "cooperación".<sup>5</sup> El Art. 9 del Convenio Europeo de

---

4 Art. 140 L. F. en relación con el Art. 137 párr. 1 WRV: No existe ninguna iglesia del Estado.

Derechos Humanos garantiza la libertad religiosa como derecho individual y como ejercicio colectivo, por lo que también autoriza a las iglesias y otras comunidades religiosas.

La libertad religiosa basa en una imagen de las personas que considera la dignidad del hombre como fuente de su postura ideológica adoptada sin obligación y con ello la radica en una capa más profunda de la responsabilidad humana, pero no en la arbitrariedad de la libre actuación.<sup>6</sup> Por lo tanto, solamente se trata de religión y concepción del mundo cuando las ideas, confesiones y actos nacen de una visión global del mundo.

La fe y la concepción del mundo se pueden profesar no solamente hablando, escribiendo y en actos de culto, fiestas y gestos, sino también con la vida y la actuación. La religión y la concepción del mundo son sistemas de pensamiento que generalmente tienden a su realización en la vida práctica. Por ello, también forma parte de la libertad religiosa el derecho del individuo de "orientar todo su comportamiento en las doctrinas de su fe y actuar conforme a su convicción religiosa interna."<sup>7</sup> La relación de la actuación con la religión debe demostrarse, en caso de dudas, mediante fuentes auténticas.

La libertad religiosa incluye por lo tanto, por ejemplo, especialmente la educación religiosa de los niños, pero también la actividad caritativa del cuidado de enfermos, la recolecta y la donación por razones religiosas (¡sin contraprestación!), la formación de comunidades para poder ejercer conjuntamente la religión o concepción del mundo, el llevar ropa religiosa y peinados específicos y el seguimiento de normas religiosas sobre la higiene y alimentación.

---

5 *Stefan Mückl*, Trennung und Kooperation. Das gegenwärtige Staat-Kirche-Verhältnis in Deutschland, en: *Essener Gespräche*, tomo 40 (2007), pág. 41 y sig.; véase también el Art. 17, párr. 3 del contrato sobre la forma de trabajar de la Unión Europea: *Dialog der EU mit Kirchen und Religionsgesellschaften*.

6 según *Ulrich Scheuner*, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, en: *Die öffentliche Verwaltung* 1967, pág. 585, 589; similar: *Martin Heckel*, Religionsfreiheit. Eine säkulare Verfassungsgarantie, en: *ibid.*, *Gesammelte Schriften*, tomo IV, 1997, pág. 647, 670 y sig.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 32, 98, 106; 41, 19, 49; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2009, n. m. 87; *Christian Walter*, en: *Grote/Maruhn* (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2006, capítulo 17, n. m. 51 y sig.

La religión y la concepción del mundo pueden ordenar tanto la omisión como la actuación. Por ello, las omisiones condicionadas por la fe o motivadas por la concepción del mundo entran dentro del ámbito de protección de la libertad religiosa. Incluso si no todas las omisiones condicionadas por la fe están protegidas en su resultado, habrá que aclarar primero y detalladamente sobre el nivel de las barreras de la Ley Fundamental, cuales son las omisiones que pueden ser aceptadas por el ordenamiento jurídico, y cuales no.<sup>8</sup>

La libertad religiosa garantizada en el Art. 4, párr. 1 de la Ley Fundamental es, como derecho clásico de defensa, un *derecho subjetivo* que garantiza la libertad de profesar una creencia o una concepción del mundo y actuar según la misma, pronunciarse en contra de ella o callar sobre ella. El Art. 4 de la L. F. representa un *derecho objetivo* en la medida que determina junto con el Art. 3, párr. 3,<sup>9</sup> y el Art. 33, párr. 3 de la L. F.<sup>10</sup> y diferentes normas del Derecho Eclesiástico del Estado la neutralidad religiosa e ideológica del Estado, la cual, como ya se ha demostrado, es una característica esencial del moderno estado constitucional.

## II. LIBERTAD RELIGIOSA NEGATIVA

La libertad religiosa y confesión incluye el derecho de no pertenecer a ninguna creencia religiosa, no asistir a actos religiosos o de callar su convicción religiosa.<sup>11</sup> La libertad religiosa negativa que garantiza el derecho de no pertenecer a ninguna religión, es al mismo tiempo una libertad ideológica positiva, ya que la postura irreligiosa y antirreligiosa es una ideología.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Véase detalladamente al respecto *Christian Starck*, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6ª edición 2010, tomo I, Art. 4 n. m. 42 y sig.

<sup>9</sup> “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de ... su credo y sus opiniones religiosas ...”

<sup>10</sup> “El goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión en los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie podrá sufrir perjuicio a causa de pertenecer o no a una religión o ideología.”

<sup>11</sup> Véase *Detlef Merten*, Negative Grundrechte, en: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, tomo II, 2006, pág. 788-795.

<sup>12</sup> *Martin Morlok*, en: Dreier (editor), Grundgesetzkommentar, tomo I (2004), Art. 4 n. m. 64 y sig.

Un aspecto de este componente negativo de la libertad religiosa y confesión se concreta en el Art. 140 de la L. F. en relación con el Art. 136, párr. 3 de la Constitución Imperial de Weimar (WRV). Conforme a la misma, nadie está obligado a manifestar su convicción religiosa. Las autoridades disponen excepcionalmente sólo del derecho de preguntar por la pertenencia a una religión si de ello dependen derechos y obligaciones o si lo exigen análisis estadísticos legalmente dispuestos.<sup>13</sup> En este punto se encuentra una restricción del derecho constitucional de la libertad religiosa negativa, mediante la cual se legitima p. ej. la anotación de la pertenencia a una religión en la tarjeta de impuesto sobre el salario debido al derecho de recaudación de impuestos de las iglesias (Art. 140 de la L. F. en relación con el Art. 137, párr. 6 de WRV). La pregunta por la pertenencia a una religión al ingresar en hospitales, en el ejército o en una institución penal (= cárcel) también es conforme al Art. 140 de la L. F. en relación con el Art. 136, párr. 3 de la WRV, porque mediante el Art. 141 de la WRV en las instituciones indicadas se garantiza institucionalmente la asistencia espiritual<sup>14</sup> y la consulta facilita a las sociedades religiosas el ejercicio de su función. Mediante la consulta se protege también la libertad de religión positiva a aquellos pacientes que quieren hacer uso de la asistencia espiritual. Todos los consultados podrán denegar el facilitar los datos, sin sufrir por ello perjuicios. Pero la consulta misma no vulnera la libertad religiosa negativa de nadie.

El derecho de no tener que participar en actos religiosos (Art. 140 de la L. F. en relación con el Art. 136, párr. 4, 141 de la WRV) no juega ningún papel práctico en la actualidad en la vida social general. Tampoco se verá afectado por el hecho de que alguien no pueda evitar ver o escuchar una procesión eclesial que discurre al lado de su casa. Recurriendo al componente negativo de la libertad religiosa tampoco es posible reclamar un entorno sin religión sin el sonido de las campanas, la llamada del muecín, símbolos religiosos, etc.<sup>15</sup> El Tribunal Constitución alemán sentenció en el 2003<sup>16</sup> que

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 30, 415, 426; 49, 375, 376; 65, 1, 39.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 46, 266; Tribunal Constitucional alemán, NJW (Neue Juristische Wochenschrift, Nuevo Semanal Jurídico) 1976, pág. 183.

<sup>15</sup> Josef Isensee, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, en: Revista "Zeitschrift für Rechtspolitik", 1996, pág. 10, 11 y sig.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 108, 282, 302.

del Art. 4 de la L. F. no se deduce ningún derecho de librarse de manifestaciones de fe ajenas, actos de culto y símbolos religiosos.

### **III. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA Y NEGATIVA EN LA ESCUELA PÚBLICA**

En Alemania, la libertad religiosa negativa se ha convertido en un tema de actualidad, principalmente en las relaciones de estatus específicos como en el servicio militar, el estatus del funcionario y en la escuela. Quiero limitarme aquí a la escuela y en concreto a la libertad religiosa negativa de los alumnos y de sus padres o tutores, y de los profesores.

#### **1. CLASE DE RELIGIÓN**

En Alemania, el Art. 7, párr. 3 de la L. F. exige que la clase de religión sea una asignatura ordinaria en las escuelas públicas, con excepción de las escuelas aconfesionales. La confesionalidad de la clase de religión queda asegurada con el hecho de que sea un acto del Estado, pero que se imparte de acuerdo con los principios de la respectiva comunidad religiosa. Existen regulaciones correspondientes, al menos a nivel legislativo, en Italia, España, Portugal, Bélgica, Finlandia, Austria, Países Bajos, en numerosos cantones de Suiza y desde los años 90 también en Polonia, Hungría, Chequia, Rumanía y Eslovaquia.<sup>17</sup> Francia representa una excepción.<sup>18</sup>

En las escuelas públicas de formación general se trata de la educación y del desarrollo de toda la personalidad del niño. Ello comprende también la dimensión religiosa de la vida para aquellos niños, que ellos mismos o sus padres dan valor a una educación religiosa. El moderno estado constitucional y religiosamente neutral garantiza el derecho básico de la libertad de culto que exige una formación religiosa correspondiente a la edad. En la clase de religión se familiariza a los jóvenes de modo apropiado a su edad con las respuestas de la cristiandad y / o de otra religión a las preguntas existenciales centrales individuales y sociales. Se les estimula a que formen sus propios juicios y

---

<sup>17</sup> Demostraciones en *Christian Starck*, Education religieuse et Constitution, en: Revue française de Droit constitutionnel N° 53 (2003), pág. 17, 21 y sig.

<sup>18</sup> *Starck* (observ. 17), pág. 20 y sig.



encuentren su lugar. La libertad religiosa debe poder desarrollarse también allí donde el Estado se ocupe de los derechos los ciudadanos, tal y como lo hace en la escuela. Por ello, el Estado no puede ordenar al mismo tiempo la obligatoriedad de la enseñanza y anular el espacio de la religión o limitarlo a la mera información.<sup>19</sup> Esta es la base de la política legislativa de la garantía del derecho constitucional de la clase de religión, y también es el argumento del Tribunal Constitucional portugués, que deduce de la libertad religiosa garantizada por el Derecho Constitucional, la obligación del Estado de permitir las condiciones efectivas para el ejercicio de la religión.<sup>20</sup>

El Estado solamente debe organizar la clase de religión, pero no determinar su contenido. El sentido y la finalidad de la escuela son determinados por las necesidades legítimas y los derechos de los niños y de sus padres. En la escuela pública la neutralidad religiosa del Estado no debe realizarse transmitiéndoles a los alumnos una concepción del mundo laica - irreligiosa o incluso acaso antirreligiosa. Esto no sería compatible con la neutralidad religiosa del Estado. Neutralidad significa apertura para las fuerzas religiosas existentes en la sociedad, entre las que figuran especialmente las iglesias. Esta apertura es el elixir de la vida del Estado constitucional democrático y al mismo tiempo la base para la formación de los ciudadanos moralmente responsables.<sup>21</sup> De ahí se deduce un interés objetivo del Estado en la celebración de la clase de religión en sus escuelas cuyo contenido es determinado por las sociedades religiosas. Al Estado le queda la importante función de supervisor para que la clase de religión no contradiga al orden público, y sobre todo no ponga en peligro la convivencia pacífica y tolerancia de las personas.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Según *Alexander Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens, en: Handbuch des Staatsrechts, tomo VI, 1989, pág. 618; *Christoph Link*, Religionsunterricht, en: Handbuch des Staatskirchenrechts, tomo II, 1995, pág. 439, 453 y sig.; *Karl Hermann Kästner*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts, en: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, tomo 32 (1998), pág. 61, 65 y sig.

<sup>20</sup> Acórdão 423/87 del 27. 10. 1987; afirmativo *Jorge Miranda*, Manual de Direito constitucional, tomo IV, 3. ed. 2000, pág. 438 y sig.; Acórdão 174/93 del 17. 2. 1993; *Vitalino Canas*, Staat und Kirche in Portugal, en: Robbers (editor), Staat und Kirche in der Europäischen Union, 1995, pág. 295 y sig.

<sup>21</sup> *Martin Heckel*, Religionsunterricht für Muslime?, Revista JZ 1999, pág. 741, 746.

<sup>22</sup> *Heckel* (Observ. 21), pág. 751.

Basado en el derecho de los padres (Art. 6, párr. 2 L. F.) y en el sentido de la libertad religiosa negativa, a los padres y a los alumnos - a partir de una determinada edad - se les atribuye el derecho de decidir sobre la asistencia de los alumnos a la clase de religión (Art. 7, párr. 2 L. F.), y a los profesores no se les puede obligar a impartir clase de religión en contra de su voluntad (Art. 7, párr. 3, frase 3, L. F.). Un profesor que se niegue a dar clase de religión deberá cumplir su contingente de horas con la enseñanza de otras asignaturas.

## 2. ORACIÓN ESCOLAR

En la discusión sobre la oración escolar se trata también de la libertad religiosa negativa. El Tribunal del Estado de Hesse había defendido en 1965 en una sentencia, la postura legal<sup>23</sup> de que la libertad religiosa negativa, es decir, la no participación en ejercicios religiosos y la ocultación de la confesión tienen que garantizarse obligatoriamente y sin excepción y que no se debe restringir. Por ello el Tribunal había concluido que la oración escolar que se reza al inicio de la clase, fuera de la clase de religión, tendría que omitirse, si con ello se obligaba a un alumno o bien a participar contra su voluntad en la oración o bien a confesar cada día abiertamente su convicción diferente al no entrar en el aula hasta después de la oración. Conforme a esta sentencia, la libertad de actuación religiosa positiva de la mayoría de los alumnos se sitúa por detrás de la actuación religiosa negativa de sólo un niño o de sus padres. Esta decisión ha encontrado algunos defensores.<sup>24</sup> Pero no se debería seguir esta sentencia. La oración escolar solamente sería inadmisibles si fuera un acto del Estado o si en la oración escolar se viera como un apoyo de una determinada fe por sí sola o de una determinada iglesia por sí sola.

El Tribunal Constitucional alemán sentenció en 1979<sup>25</sup> que la oración escolar no forma parte de la clase que se imparte en el marco del encargo estatal de formación y educación, sino una actuación religiosa de los alumnos, realizada conjuntamente con el profesor que solamente tiene lugar *en relación* con la

<sup>23</sup> Hess. StGH, ESVGH 16, 1 = NJW 1966, pág. 11.

<sup>24</sup> *Friedrich v. Zezschwitz*, revista JZ 1966, pág. 337 y sig.; *Dieter Suhr*, revista NJW 1982, pág. 1065, 1068.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 52, 223, 238 y sig.; parecido Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 44, 196, 197; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, DÖV 1980, pág. 323; *Christoph Link*, revista JZ 1980, pág. 564, 566.



enseñanza escolar organizada por el Estado.<sup>26</sup> El Estado pone el marco organizativo para la oración escolar y debe proteger la libertad religiosa negativa de los alumnos y padres que están en contra de la oración escolar. Esta función meramente intermediaria del Estado <sup>27</sup> no afecta al "si" sino al "como" de la oración escolar, lo que exige una compensación entre libertad religiosa positiva y negativa conforme al principio de la tolerancia.<sup>28</sup>

La oración escolar no fomenta a las iglesias y religiones por si mismas, sino que normalmente corresponde a la "Necesidad de una previsión espiritual de la existencia"<sup>29</sup> entre la mayoría de los padres y niños en las zonas de Alemania donde es habitual la oración escolar. Si el Estado expulsara completamente la creencia religiosa fuera de la clase de religión confesional expresamente garantizada por el Derecho Constitucional (Art. 7, párr. 7, L. F.), recurriendo a su obligación de neutralidad y la libertad de culto negativa, finalmente acabaría siendo una escuela laicista. En este caso surgiría la pregunta, de donde se toma el Estado el derecho de educar a los niños en una determinada ideología que representa el laicismo. En Francia es posible que las relaciones sean distintas, ya que el Estado comparte tradicionalmente la educación escolar con la iglesia, la cual mantiene un gran número de escuelas privadas. Si la razón legitimadora de la oración escolar se ve en la necesidad religiosa, el Estado tendrá que hacer depender la oración escolar de la voluntad de la gran mayoría de los padres o alumnos. Conforme a la oración escolar habrá que tratar las oraciones como las de la bendición de la mesa en los parvularios municipales.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Por error, el Tribunal Constitucional alemán (sentencia 52, 223, 240, 242) habla de que el Estado permite la oración escolar. Solamente lo facilita.

<sup>27</sup> *Link*, revista JZ 1980, 564, 565.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 44, 196, 201; *Böckenförde*, DÖV 1974, pág. 253 y sig.; *Alexander Hollerbach*, revista JZ 1974, pág. 578 y sig.

<sup>29</sup> *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, *Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen*, 1979, pág. 177.

<sup>30</sup> VGH Kassel, revista NJW 2003, pág. 2846 y sig.

### 3. CRUCIFIJO / CRUZ EN EL AULA

Paralelamente a la oración escolar habrá que considerar la cruz o el crucifijo (la imagen del crucificado) en el aula.<sup>31</sup> Parecido a la oración escolar, el Estado deja con ello espacio a la libertad religiosa positiva en la escuela, en la que las cuestiones religiosas e ideológicas son desde siempre relevantes, al encontrarse allí, desde que el Estado se hizo cargo de la escuela, la actuación estatal y la libertad ciudadana, así como la soberanía escolar del Estado (Art. 7, párr. 1, L. F.) y el derecho de educación paterna (Art. 6, párr. 2, L. F.). En este aspecto, la escuela se diferencia de otros edificios públicos que son la expresión espacial de la función soberana estatal original. La libertad religiosa positiva de la gran mayoría de los alumnos que pertenecen a una confesión cristiana no debe perjudicarse ante la libertad de culto negativa de algunos niños y sus padres que profesan otra o ninguna creencia. La cruz en el aula como símbolo religioso de la mayoría de la población no exige ninguna identificación de la minoría<sup>32</sup>, sino solamente una aceptación tolerante. Hasta ese punto ya hay que dudar de una intervención en sus derechos.<sup>33</sup> Adicionalmente, la cruz podría ser entendida por los no cristianos de modo secular como símbolo de la cultura occidental de impregnación cristiana, la cual se transmite en las escuelas comunes cristianas y que puede ser transmitida conforme a la Constitución.<sup>34</sup> La colocación de la cruz en la escuela por orden estatal no es ningún acto estatal considerado por su contenido. Se trata más bien, de modo similar al de facilitar la oración escolar, de una medida organizativa con vistas a la mayoría de los alumnos y sus padres.<sup>35</sup> Por ello, al Estado le estaría vetado por la libertad religiosa colgar cruces en las aulas en contra de la voluntad declarada o supuesta de la mayoría de los padres o en un aula con mayoría de alumnos musulmanes.

<sup>31</sup> OVG Münster, revista NVwZ 1994, pág. 597; VGH München, revista NJW 1999, pág. 1045 y sig.; BVerwG, revista NJW 1999, pág. 3063 y sig.; *Juliane Kokott*, en: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 5ª edición 2009, Art. 4 n. m. 37 y sig. *Christian Starck*, Freiheit und Institutionen, 2002, pág. 376, 380 y sig.

<sup>32</sup> Véase Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco del 9. 3. 2011 – G 287/09-25, núm. 73 (V.2.5.), núm. 77 (V.2.7)

<sup>33</sup> Resaltando la intervención: *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, pág. 464 y sig.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 41, 29, 64; 41, 65, 78 y sig.; *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, pág. 151 y sig.

<sup>35</sup> También el Tribunal Constitucional austr. (Observ. 33), núm. 7 (V.2.4.3)

En contra de estos principios establecidos durante mucho tiempo también en la jurisdicción del Tribunal Constitucional alemán<sup>36</sup>, en 1995, el Tribunal Constitucional alemán sentenció que la colocación de una cruz o de un crucifijo en las aulas de la escuela estatal obligatoria que no sea ninguna escuela confesional, infringe la libertad religiosa.<sup>37</sup> En esta sentencia, el Tribunal ignora la especial función de la escuela pública de formar conjuntamente con los padres la personalidad *única* del niño.<sup>38</sup> El Estado, limitado a los asuntos mundanos y obligado a la neutralidad ideológica y religiosa, se enfrenta en la escuela a una función de educación en la que se trata de la persona individual como una personalidad uniforme. La tendencia de la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional alemán va hacia una laicización de la escuela que la Ley Fundamental no exige. La idea de la tolerancia<sup>39</sup> empleada por el Tribunal Constitucional alemán no debe emplearse unilateralmente en contra de la mayoría. También se puede exigir tolerancia de la minoría.<sup>40</sup> Además, existen mecanismos compensatorios cuya utilización habría evitado un rechazo global de la cruz en el aula.<sup>41</sup>

La Gran Sala de la Corte Europea de los Derechos Humanos dictaminó con una sentencia del 18 de marzo del 2011 – 30814/06 – en un caso que se desarrollaba en Italia, que el crucifijo más allá del significado religioso simbolizaba los valores y principios que representaban la base de la democracia y civilización occidental. El segundo argumento para la conservación de la regulación apoyada en decretos, es el margen de apreciación para la valoración de los estados nacionales, cuyos límites no habrían superado la regulación institucional de las autoridades. Porque el

---

<sup>36</sup> Véase sobre la oración escolar la sentencia del Tribunal Constitucional alemán 52, 223, 238 y repetido resumida la sentencia del Tribunal Constitucional alemán 93, 1, 24.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 93, 1, 13; como también la CEDH, sentencia del 3.11.2009, en un caso italiano. La libertad de culto negativa se extrae del laicismo, el cual no forma la base de la CEDH, sino que es una particularidad francesa.

<sup>38</sup> Según la sentencia del Tribunal Constitucional alemán 34, 165, 183.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 93, 1, 23; 41, 65, 78.

<sup>40</sup> En este sentido los numerosos comentarios críticos sobre la sentencia del crucifijo: p. ej. *Martin Heckel*, DVBl. 1996, pág. 453 y sig.; *Josef Isensee*, ZRP 1996, pág. 10 y sig.; *Axel v. Campenhausen*, AÖR 121 (1996), pág. 448 y sig.; *Peter Badura*, BayVBl. 1996, pág. 31 y sig., 71 y sig.; *Christoph Link*, revista 1995, pág. 3353 y sig.

<sup>41</sup> Véase al respecto *Stefan Muckel*, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*, 1997, pág. 180.

crucifijo en el aula no exigía actividades religiosas y no afectaba de modo misionero a la enseñanza escolar.

#### **4. ESCUELAS CONFESIONALES Y COMUNES**

La libertad religiosa negativa no prohíbe que el Estado construya escuelas públicas confesionales, a las cuales pueden asistir también niños de otras confesiones o niños sin confesión religiosa a falta de otras escuelas debido a una población compuesta casi uniformemente por la misma confesión.<sup>42</sup> Pero deberá garantizarse que las ideas religiosas e ideológicas de otros se respeten. Cuando el estado establece escuelas comunes en las que se imparte la enseñanzas sobre la base de ideas cristianas generales (sin estar vinculadas a ninguna confesión), no se vulnera con ello la libertad religiosa negativa de aquellos que no profesan la fe cristiana, si está suficientemente asegurada la tolerancia.<sup>43</sup> A la inversa, no se vulnera la libertad religiosa positiva de aquellos padres que desean una orientación confesional de la educación infantil.<sup>44</sup> La libertad religiosa garantizada por el Derecho Constitucional abre al legislador escolar una libertad de apreciación a la hora de integrar lo religioso en la enseñanza escolar,<sup>45</sup> pero exige que estén asegurados en la escuela el respeto y la tolerancia de cara a otras convicciones de fe, y prohíbe imposiciones ideológicas o religiosas.<sup>46</sup> De este modo, el legislador es capaz de tener en cuenta, a la hora de organizar el modelo escolar, las corrientes religiosas e ideológicas principales tradicionales y nuevas o las que se formen dentro de la población.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> El Estado no está obligado a crear estas escuelas.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 41, 29, 50.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 41, 88, 106 y sig.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 41, 29, 44 y sig.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 41, 29, 49 y sig.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 42, 128.



## 5. RESUMEN

Resumiendo se puede constatar que la libertad religiosa negativa como derecho fundamental no tiene mayor importancia que la libertad religiosa positiva, es decir, que ésta última no es acorralada en el caso de coincidir con la libertad religiosa negativa. La compensación necesaria entre ambos aspectos de la libertad religiosa debe realizarse por la vía de la tolerancia de los creyentes y no creyentes. Pueden ser necesarias regulaciones estatales para asegurar la tolerancia.<sup>48</sup> La neutralidad estatal en el ámbito de la religión no tiene como consecuencia que el momento religioso se expulse de todos los ámbitos de la vida dominados por el Estado, o al menos organizados por él. El Estado, en su actividad en contacto directo con la sociedad, podrá tener en cuenta y fomentar los intereses religiosos de los ciudadanos.<sup>49</sup> Pero para ello debe guiarse por el espíritu de la neutralidad y esforzarse por tener formas organizativas que garanticen la puesta en práctica de la tolerancia entre los ciudadanos. Las medidas estatales que tengan en cuenta intereses religiosos e ideológicos, pero que no garanticen la neutralidad estatal o la realización del postulado de tolerancia entre los ciudadanos, infringen la libertad religiosa que debe ser garantizada por el Estado. La extendida opinión de que la no consideración de los intereses religiosos no sea por sí misma una ideología, sino que significa neutralidad y que por ello ya no habrá que preguntar por la tolerancia, es equivocada y causa de muchos malentendidos con vistas a la libertad religiosa.

---

<sup>48</sup> *María J. Roca*, *La tolerancia en el Derecho*, 2009, pág. 145 y sig., 167 y sig.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 38, 76, 78.