



**COMENTARIO A LA PONENCIA DEL PROF. DR.
CHRISTIAN STARCK.
"LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA COMO LIBERTAD
POSITIVA Y NEGATIVA"**

*Por María J. Roca Fernández
Universidad Complutense de Madrid*

- I. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA Y LIBERTAD RELIGIOSA NEGATIVA**
- II. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA Y NEGATIVA EN LA ESCUELA PÚBLICA**
 - II.1. CLASE DE RELIGIÓN**
 - II.2. ORACIÓN EN LA ESCUELA**
 - II.3. SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL ÁMBITO ESCOLAR**
 - II.4. ESCUELAS CONFESIONALES**
- III. SÍNTESIS COMPARATIVA**

I. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA Y LIBERTAD RELIGIOSA NEGATIVA

La Constitución del Reino de España comparte con la Ley Fundamental alemana la neutralidad del Estado en materia religiosa, y, a la vez, es el marco para la cooperación con las confesiones. Asimismo, la jurisprudencia constitucional española puede decirse que desarrolla las bases de una relación amistosa con las confesiones religiosas. Así, según el TC, el Estado mantiene una actitud positiva respecto a las manifestaciones colectivas de la libertad religiosa¹ y también está atento al pluralismo

¹ STC 46/2001 F J 4: "Como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa en sus plurales manifestaciones o conductas el art. 16, 3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener 'las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones', introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva, que 'veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales' (STC 177/1996)".

de creencias existente en la sociedad². De modo que la laicidad o neutralidad no impide que las creencias religiosas puedan ser objeto de protección³. La laicidad no supone una total incomunicación entre el Estado y las diversas confesiones religiosas⁴. Se considera, en cambio, que la confusión entre funciones religiosas y funciones estatales es contraria a la laicidad. Así se proclama en reiteradas ocasiones⁵.

II. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA Y NEGATIVA EN LA ESCUELA PÚBLICA

En España los conflictos entre libertad religiosa positiva y negativa en la escuela pública en el ámbito escolar, tienen características similares a las mencionadas por el Prof. Starck y se expondrán aquí siguiendo el mismo orden.

II.1. CLASE DE RELIGIÓN

La Iglesia católica, la Federación de entidades religiosas evangélicas, las Comunidades islámicas de España, y las Comunidades Judías tienen derecho a impartir enseñanza religiosa en las escuelas públicas españolas. La clase de religión

² STC 340/1993 F J 4 (inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley de Arrendamientos Urbanos) “En primer lugar ha de tenerse en cuenta que los términos empleados por el inciso inicial del artículo 16, 3 CE, no sólo expresan el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos reconocida en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional. Al determinar que ‘ninguna confesión tendrá carácter estatal’ cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica; pues como se ha dicho en la STC 24 /1982 FJ 1, el art. 16,3 CE ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales’...”.

³ ATC 180/1986 F J 2, “el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección. El mismo art. 16, 3 de la Constitución, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal afirma también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”.

⁴ ATC 616/ 1984, de 31 de octubre FJ 3: “...que la aconfesionalidad del Estado no supone una total incomunicación entre él y las diversas confesiones religiosas, especialmente la católica, y que en las relaciones de cooperación antes citadas puede encontrarse la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, asistencia que no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece por el contrario la posibilidad de hacer efectivo el derecho de culto a los individuos y comunidades”.

⁵ STC 24/1982, de 13 de mayo, F J 1: “El art. 16, 3 de la Constitución proclama que ninguna confesión tendrá carácter estatal e impide por ende como dicen los recurrentes que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”. En el mismo sentido, la STC 117/1996, de 13 de mayo, F J 9 *in fine*: “ Por su parte el art. 16, 3 de la CE al disponer que ‘ninguna confesión tendrá carácter estatal’, establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, que como se declaró (...) veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales. Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos en el ejercicio de su libertad religiosa cuentan con un derecho a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado (STC 24/1982 F J 1) cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1, 1 CE)”.

es confesional, y los centros escolares tienen el deber de ofertarla, mientras que los alumnos tienen el derecho de recibirla, si así lo solicitan. De hecho, la imparten en la medida proporcional al número de fieles, según la última estadística publicada por el Ministerio (cfr. anexo). Está previsto que la autoridad religiosa correspondiente de cada confesión, establezca los programas que deben impartirse, y declare la idoneidad de los profesores que pueden impartir enseñanza religiosa en las escuelas públicas. Este último aspecto ha suscitado problemas con las autoridades islámicas, ya que no siempre el presidente y el secretario de la CIE llegan a un acuerdo en la lista de profesores que proponen como idóneos al Ministerio⁶. También han surgido problemas con los profesores de Religión católica, al no prolongarles el Obispo de la Diócesis la idoneidad, por considerar que su conducta es contraria a la Moral católica. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre esta cuestión resolviendo en un caso a favor del Obispado⁷ y en otro a favor del profesor⁸. No obstante, el Tribunal no ha fundamentado su cambio de decisión en la modificación de la normativa aplicable ni por la circunstancia de que el supuesto de hecho fuera sustancialmente distinto. La controversia acerca de la idoneidad de los profesores de religión se encuentra *sub iudice* en el TEDH. Además de estos problemas también hay otros surgidos en el Derecho español, y resueltos por el Tribunal Supremo⁹, a los que no se hace aquí referencia porque no han sido abordados en el Derecho alemán, por el Prof. Starck.

⁶M. J. ROCA, *Las minorías islámicas. Aspectos jurídicos de su diversidad e integración desde una perspectiva comparada*, en “Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense”, vol. 2, 2003, pp. 309-323. M. J. ROCA, *Problemas actuales de la enseñanza de la religión en las escuelas públicas españolas*, en W. REES (ed.), *Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2004, pp. 761-781.

⁷ STC 38/2007, de 15 de febrero.

⁸ STC 51/2011, de 14 de abril. Basándose en esta decisión, la Sentencia de 12 de enero de 2012 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, obligó a la readmisión de una profesora de Religión católica en Almería, que no había sido propuesta por el Obispado para su renovación del contrato por haber contraído matrimonio civil con un divorciado.

⁹ Así, la inclusión de Doctrina católica como asignatura en Magisterio (STS 20/05/1988); la calificación en la asignatura de religión (STS 31/10/1988); Enseñanza de la religión y aconfesionalidad, sobre una supuesta inconstitucionalidad sobrevenida (STS 20/09/1993) ; la asignatura de la religión y estudio asistido, etc. (STS 03/02/1994, STS17/03/1994, STS 24/06/1994); el estudio asistido como alternativa a la asignatura de religión (STS 09/06/1994); la legitimación para recurrir la normativa de la asignatura de religión (STS 30/06/1995); no es necesario que la alternativa sea disciplina de moral aconfesional STS (31/01/1997, STS 26/01/1998, STS14/04/1998); la equiparación no significa identidad (STS 01/04/1998); la no evaluación de la asignatura de religión no implica desigualdad (STS 15/04/1998); sobre la falta de previsión de departamentos de religión en institutos de secundaria (STS 28/09/1998); sobre la Religión católica en plan de estudios de magisterio (STS 03/07/2001); sobre el Plan de estudios de Magisterio: el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales no obliga a que en todos los planes se impartan los mismos créditos (STS 10/12/2001).

II.2. ORACIÓN EN LA ESCUELA

El art. 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa reconoce el derecho de toda persona a manifestar libremente sus creencias, a practicar actos de culto y a recibir asistencia religiosa. Asimismo se reconocen estas mismas facultades en sentido negativo: no manifestar las propias creencias, no ser obligado a participar en actos de culto y no recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones. No consta la revocación de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de agosto de 1980, por la que se regula la asistencia religiosa y actos de culto en las escuelas¹⁰. Es decir, la práctica de actos de culto en las escuelas públicas es algo posible y previsto, siempre que se respete la libertad religiosa negativa de todos. Pero ¿en qué medida se producen conflictos con ocasión de actos de culto en las escuelas? No conocemos jurisprudencia reciente al respecto en el ámbito escolar. Tanto al amparo del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre el Estado Español y la Santa Sede como de los Acuerdos de cooperación con la FEREDE, la FCI y la CIE de 1992 la Iglesia católica, las Iglesias evangélicas, las Comunidades judías y las islámicas, podrían organizar actos de culto, de acuerdo con las autoridades escolares. Sin embargo, no parece que de hecho se organicen. Los conflictos judiciales acerca de actos de culto han tenido lugar en el ámbito universitario, por la celebración de la Misa en una capilla de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Complutense.

En las escuelas con ideario propio se organizan actos de culto, y se debe respetar la libertad de los padres y del alumnado de participar o no en dichos actos.

II.3. SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL ÁMBITO ESCOLAR

En primer término, conviene tener presente que ni en España en general ni en ninguna de las Comunidades Autónomas en particular, existe normativa alguna en la que se prescriba qué símbolos deben estar presentes en las aulas escolares: ni banderas, ni retratos del rey, ni crucifijos. Tampoco hay normas relativas a la posibilidad de que los docentes de escuelas públicas lleven en su atuendo símbolos religiosos, como sí existe en otros Estados europeos. En Francia, como se sabe, para prohibirlos¹¹; también en algunos *Länder* alemanes se han dictado leyes al respecto. En todo caso,

¹⁰ BOE. 188, de 6 de agosto de 1980. Cfr. sobre actos de culto en las escuelas, A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los actos religiosos en las escuelas públicas en el Derecho español y comparado*, en www.iustel.com, "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 19, 2009, pp. 1-28.

¹¹ M. J. CIÁURRIZ, *Laicidad y ley sobre los símbolos religiosos en Francia*, en A. MOTILLA DE LA CALLE, (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, 2009, pp. 91-139.

en la República federal, en ausencia de norma prohibitiva de atuendos con connotaciones religiosas, se entienden permitidos.

En la doctrina española, hay quien sostiene que la presencia de símbolos religiosos en las aulas no va en contra de la neutralidad estatal, pero tal presencia puede atentar contra la libertad religiosa negativa de los individuos, cuando éstos se exponen fuera de los lugares destinados al culto¹². A la vez, se entiende que “es el recurso a la tolerancia como sinónimo de respeto a la pluralidad de opciones ideológicas y religiosas existentes en un Estado multicultural como el nuestro, el parámetro con el que se ha de medir la legitimidad de la presencia de tales símbolos y la cuestión de si el principio de neutralidad o aconfesionalidad de la escuela abarca únicamente a la enseñanza y al modo de impartir y transmitir los conocimientos a los alumnos o por el contrario se extiende para abarcar también a los locales en los que aquella es impartida¹³. Otros autores han propuesto la aplicación de la regla de la proporcionalidad¹⁴.

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

¹² G. MORENO BOTELLA, *Crucifijo y escuela en España*, en www.iustel.com, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 2, 2003, pp. 24-25, sin embargo, en la p. 27 anota que la laicidad bien entendida pasa inevitablemente por la retirada de los crucifijos en los centros docentes públicos; en la p. 29, “para nosotros la solución óptima pasaría por la retirada de los crucifijos o de cualquier otro símbolo religioso si llegara el caso de los centros públicos de enseñanza”, y entiende que esta es la solución que más se asemeja a las adoptadas en Suiza y Alemania (p. 30).

¹³ G. MORENO BOTELLA, *Crucifijo y escuela en España...*, p. 32.

¹⁴ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Las manifestaciones externas de religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa*, en VV.AA, *El ejercicio de la religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid, 2003, p. 237. M. ALENDA SALINAS, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico*, en [iustel.com](http://www.iustel.com), “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 9, 2005, p. 10. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La simbología religiosa en los espacios público: problemas generales y soluciones concretas en los Estados Europeos*, en I. C. IGLESIAS CANLE (coord.), *Inmigración y derecho*, Valencia, 2006, p. 293.

El primer pronunciamiento judicial sobre crucifijos en las aulas lo dictó el TSJ de Madrid el 15 de octubre de 2002¹⁵. Esta Sentencia reconoce a los Consejos escolares la capacidad de decidir sobre si deben o no permanecer los crucifijos en caso de conflicto, aunque atribuye, lógicamente, a la Administración educativa la facultad de revisar la decisión adoptada¹⁶. No entra este órgano jurisdiccional a argumentar en sobre principios constitucionales ni sobre derechos fundamentales, en este caso ejercicio de la libertad religiosa positiva o negativa.

En Castilla-León del Tribunal Superior de Justicia¹⁷ confirmó en 2007 que el órgano que debe decidir sobre la exposición o retirada de símbolos religiosos en los centros de enseñanza públicos es el Consejo escolar. Se trata de una manifestación del principio de autonomía pedagógica, organizativa, y de gestión económica de los centros docentes. Por otra parte, el Tribunal indica que la "retirada de todo símbolo religioso de un colegio público, por mor del principio de libertad religiosa y de la declaración de aconfesionalidad del Estado, no es la única solución posible". Dependerá del caso concreto y del contexto en que se produce el litigio, y el Consejo escolar está legitimado para decir lo que estime oportuno sobre su exhibición o retirada tras ponderar los intereses en conflicto. Este mismo Tribunal sentenció en

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 2002, sobre crucifijo en las aulas escolares.

¹⁶ Esto es lo que debe deducirse, en mi opinión, del FJ tercero, donde se afirma: párr. 1º in fine "es notorio que entre las competencias de los Consejos no figura nada relativo a la exposición o exhibición en los centros docentes de símbolos religiosos o de otro carácter". En el párr. 2º: "La exposición de símbolos de una determinada religión en los Centros puede analizarse desde diversas ópticas, esto es, desde la más trascendente de la manifestación de la confesionalidad del Estado, con el corolario de la violación del derecho fundamental de libertad religiosa, (...) hasta la puramente pedagógica o educativa o la que atañe a las instalaciones o dotaciones del Centro. El Consejo escolar dispone de atribuciones vinculadas a todos estos aspectos o manifestaciones, puesto que existe la obligación de los órganos de gobierno de velar por el cumplimiento de los principios constitucionales (...). Nada obsta por tanto, a que en el seno del Consejo se plantee y decida la retirada o mantenimiento de los símbolos religiosos de ese centro en concreto". Para terminar afirmando en el párr. 3º: "Es una competencia de la Administración educativa decidir sobre la procedencia del mantenimiento de símbolos de una determinada religión o ideología en los Centros públicos, con independencia de que su decisión se acomode o no al criterio de los órganos de gobierno de cada centro sobre ese concreto extremo, pero es inaceptable afirmar que esta materia configura una competencia exclusiva de los Consejos Escolares, cuando sus decisiones siempre podrían ser revisadas por la Administración en vía de recurso", como ya anotamos en *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, p. 198. Cfr. también, R. NAVARRO-VALLS / J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, pp. 391-392. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El empleo de simbología religiosa en España*, en http://www.olir.it/aretematiche/74/documents/Canamares_Simbologia_religiosa_Espana.pdf afirma que a juicio del TSJ de Madrid "resultaría inaceptable atribuir competencia a los Consejos Escolares cuando sus decisiones podrían ser revisadas por la Administración en vía de recurso" (p. 18). Una reflexión sobre la presencia del crucifijo en las aulas españolas, puede verse en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Estudios sobre libertad religiosa*, Madrid, 2011, pp. 256 y ss.

¹⁷ Sentencia n. 1617/2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, de 20 de septiembre de 2007.

2009 que debe quedar garantizado el derecho de los padres a que sus hijos sean educados de acuerdo con sus propias convicciones, de ahí que deba retirarse en crucifijo de las aulas de los padres que lo piden y de las zonas comunes¹⁸. Es decir, la libertad religiosa negativa debe ser respetada en todo caso, pero no prevalece sobre la positiva. No cabe, por tanto, resolver la presencia de símbolos religiosos en las aulas (en concreto, crucifijos), por medio de normas generales. Tampoco pueden aplicarse criterios radicales o maximalistas, ni en el sentido de erradicar su presencia, ni de imponerla en todo caso.

En síntesis, puede concluirse que tanto las decisiones de la Administración como las judiciales que conocemos hasta ahora, parecen dejar la solución de los conflictos planteados a los órganos más cercanos de decisión, sin considerar conveniente una ley. En unos casos la decisión la ha tomado el Consejo escolar, y en el caso de Andalucía, la Administración autonómica. Resulta preferible dejar la decisión al Consejo escolar de cada centro, sin perjuicio, de la revisión de sus decisiones por la Administración educativa autonómica, como se afirma en la jurisdicción contencioso-administrativa de Castilla-León, y también a mi juicio de Madrid. Puesto que en España las competencias en materia educativa se han transferido a las CCAA, si se regulase la cuestión de los símbolos en las aulas, en mi opinión, debería hacerse por las CCAA, no por el Estado. En este sentido, la situación es similar a la de la República Federal.

Por lo que se refiere a la indumentaria religiosa, la doctrina mayoritaria se muestra favorable a la libertad de las alumnas islámicas¹⁹, tanto por el respeto a su libertad religiosa como a su derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁰. Algún autor²¹ ha señalado, a nuestro juicio con acierto, que no sería admisible la restricción del derecho

¹⁸ La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictaminó en su sentencia, n. 3250/2009, de 14 de diciembre de 2009 que sólo se retiren del Colegio público “Macías Picavea” de Valladolid los crucifijos de las aulas donde los padres hayan solicitado la retirada de símbolos religiosos, así como de los espacios comunes. La permanencia o retirada depende, pues, de la existencia o no de peticiones.

¹⁹ A. OLLERO TASSARA, *Racionalidad, derecho y símbolos religiosos*, en “Persona y Derecho”, 64, 2011, pp. 43-57.

²⁰ A. CASTRO JOVER, *Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación*, en “Laicidad y Libertades”, 2, 2002, pp. 111 y ss. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La simbología religiosa en los espacios públicos...*, p. 293.

²¹ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología...*, p. 40. M. J. ROCA, *Teoría y práctica de la laicidad. Acerca de su contenido y su función jurídica*, en “Persona y Derecho”, 53, 2005, p. 243.

de una alumna a llevar el *chador*, por el significado que un tercero atribuya a ese atuendo.

En España, las leyes de ámbito estatal, no contienen ninguna declaración de que la enseñanza pública deba ser laica. Sí se da esa declaración en los Estatutos de autonomía de Cataluña²² y de Andalucía²³. Sin embargo tampoco en estas Comunidades Autónomas se ha dictado por el momento una normativa semejante a la francesa, donde es el carácter laico de la escuela pública lo que ha determinado que se prohíba la presencia de símbolos religiosos por ley²⁴. La compatibilidad de una eventual normativa catalana o andaluza más restrictiva de derechos para las alumnas que la establecida a nivel español plantea el problema de si pueden o no darse en la práctica esas diferencias de derechos y deberes entre Comunidades Autónomas. Este es un problema de hondo calado constitucional²⁵, al que no podemos entrar ahora, pero con el que quizá algún día tenga que enfrentarse la jurisprudencia constitucional.

Sobre la posibilidad de que las alumnas lleven velo islámico en las aulas, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 32 de Madrid, desestimó en la sentencia de 4 de febrero de 2012, el recurso interpuesto por el padre de una alumna de un colegio de Pozuelo de Alarcón, que tuvo que cambiarse de instituto público, porque en el que

²² Art. 21, 2. “Las madres y los padres tienen garantizado, de acuerdo con los principios establecidos por el artículo 37.4, el derecho que les asiste para que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública, en las que la enseñanza es laica”. No obstante, en el voto particular del consejero Sr. Agustí M. Bassols Parés al Dictamen del Consejo consultivo de Cataluña, núm. 269, emitido el 1-IX-2005, se argumenta que tal precepto del Estatuto es inconstitucional, discrepando de la opinión de la mayoría del Consejo. El dictamen completo puede verse en www.iustel.com.

²³ Art. 21, 2. “Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La enseñanza pública, conforme al carácter aconfesional del Estado, será laica”.

²⁴ M. ALENDA SALINAS, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico*, en iustel.com, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 9, 2005, después de analizar con rigor la legislación francesa y la jurisprudencia del Consejo de Estado, llega a la conclusión de que la solución francesa para los supuestos del velo islámico de las alumnas, no es aplicable a España.

²⁵ Ya desde hace tiempo se viene debatiendo en la doctrina este aspecto, cfr.: M. BARCELÓ I SERRAMALERA / F. DE CARRERAS, *Derechos y Deberes constitucionales en el Estado autonómico: una análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Barcelona, 1991. No parece haberse alcanzado acuerdo doctrinal, cfr.: L. DíEZ-PICAZO, *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, 78, 2006, pp. 63-75. Sostiene una opinión contraria a este autor, F. M. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, 79, 2007, pp. 33-46. Referido exclusivamente al tema de los derechos en el ámbito lingüístico, puede verse, A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El uso de las lenguas en las escuelas españolas*, en “Revista jurídica de Castilla y León”, 25, 2011, pp. 291-316.

estaba matriculada no se permitía ir con velo islámico a clase. Según el Tribunal, la resolución del Consejo escolar, que decidió no modificar sus normas de convivencia para que la alumna pudiera usar el *hyab* es conforme a derecho. Las normas del centro escolar “Camilo José Cela”, impiden que los alumnos acudan a clase con gorras, o alguna otra prenda que cubra la cabeza. A juicio del Tribunal no cabe hablar de vulneración del principio de dignidad de la persona por el mero hecho de prohibirle ir a clase con la cabeza cubierta; se trata de una norma de convivencia en cuanto a la indumentaria que afecta a todos los alumnos. Tampoco lesiona su derecho de libertad religiosa, según el criterio del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, al que se remite.

La controversia acerca de si la representación navideña del belén en las escuelas va en contra de la libertad religiosa de los no cristianos, y de la laicidad del Estado, ha sido resuelta en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia²⁶, declarando que la ubicación de un belén en época de fiestas de Navidad en el vestíbulo de un Instituto, así como la programación de actividades para colocar símbolos religiosos en las aulas, no es contrario a la neutralidad ideológica y religiosa de los centros de enseñanza públicos. Tampoco puede considerarse que su presencia lesione las creencias de nadie, por lo que su exhibición es legítima.

Al efectuar la valoración de una medida restrictiva de derechos es proporcional en cada caso, el *juicio de necesidad*, habrá de examinar si la orden de retirada de un símbolo o la prohibición de la indumentaria son necesarias para conseguir el propósito de la medida, y no hay otro modo más moderado que también permitiría su consecución. Así, por ejemplo, si el propósito es evitar el fundamentalismo en las aulas, puede bastar que se prohíba el *burka*, pero se debería permitir que las profesoras islámicas lleven el pelo cubierto. En el caso de las alumnas, si el objetivo es la seguridad, se les puede permitir el velo, excepto en los laboratorios de química, si trabajan con sustancias inflamables, etc.

En último término, corresponde analizar el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: si de la medida prohibitiva de indumentaria o de retirada símbolos se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores. En principio, entendemos que el valor fundamental que debe proteger el

²⁶S del TSJ de Murcia, n. 948/2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de octubre de 2009.

derecho es la libertad religiosa de quienes llevan la indumentaria. Ahora bien, si una determinada indumentaria de un maestro o maestra va acompañada de adoctrinamiento hacia los alumnos, y los padres deciden en el consejo escolar pedirle a quien la lleva que deje de usarla, entendemos que en tal caso el beneficio de la prohibición es superior a los perjuicios que causa al limitar una manifestación de la libertad religiosa individual. En el caso de los símbolos, nos parece que se ha de estar siempre en la decisión del Consejo escolar, con la posibilidad de revisar este acto administrativo por la Administración educativa de la Comunidad Autónoma. por ello nos parece que una autoridad escolar en la que no estén representados los padres concretos a cuyos hijos afecta la medida, no puede ordenar la retirada, aunque se fundamente en que esa medida es la que garantiza el interés general de la laicidad. El perjuicio causado a la libertad de los padres no se justificaría aquí en un interés general.

II.4. ESCUELAS CONFESIONALES

La situación sociológica y el régimen jurídico de las escuelas confesionales en el reino de España y la República federal de Alemania presentan notables diferencias. En la República Alemana, las escuelas confesionales son escuelas públicas, mientras que en España, las escuelas confesionales son de titularidad privada (en su mayoría de órdenes religiosas, de Diócesis, y de otras entidades privadas). Un buen número de estas escuelas confesionales reciben fondos públicos para su sostenimiento. Pero el Estado a través de los conciertos educativos financia sólo al profesorado de las escuelas concertadas, no se sostiene con fondos públicos el edificio ni los gastos ordinarios de mantenimiento del colegio (luz, calefacción, agua, etc.) no destinados a personal.

Por lo que se refiere a la contratación de personal resulta posible tener en cuenta el carácter confesional de la escuela en Alemania. En España también puede exigirse el respeto al ideario del centro.

III. SÍNTESIS COMPARATIVA

La ponencia del Prof. Starck parte de una referencia histórica y de la distinta posición del Estado en el momento actual (neutral) con respecto al Estado en épocas pasadas (confesional). Este punto de partida en las raíces históricas, resulta oportuno. El pleno

reconocimiento de la libertad religiosa individual no está reñido con el respeto a la tradición histórica, cultural y jurídica de cada país. De ahí que salvaguardando siempre el reconocimiento de libertad religiosa, deba reconocerse al Estado un margen de apreciación al establecer el modo de concordancia entre la libertad religiosa positiva y la negativa.

La laicidad es complemento de la libertad religiosa, pero no fundamento de la misma. El fundamento de este derecho, como el de todos los derechos fundamentales es la dignidad humana. De modo que si sólo en un espacio marcado por la ausencia de todo símbolo pudiera ejercerse la libertad, entonces la libertad ya vendría restringida desde su inicio en sus manifestaciones²⁷. La laicidad está al servicio de la libertad y no viceversa²⁸.

Anexo: Pueden verse los datos de la religión católica para cada curso escolar en la web de la Conferencia Episcopal Española:

<http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/estadisticas-ensenanza.html>

Aquí se reproduce la distribución porcentual del alumnado según la opción elegida en la enseñanza de Religión, tomado de la web del Ministerio de educación, que recogen los de todas las confesiones.

²⁷ M. J. ROCA, “Teoría” y “práctica” de la laicidad..., p. 236-237, nota 40.

²⁸ Sobre la relación entre laicidad y libertad religiosa, Z. COMBALÍA, *Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa: a propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en www.iustel.com “Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado”, 24, 2010.



E. PRIMARIA E. SECUNDARIA OBLIGATORIA BACHILLERATO (1)

	E. PRIM	ESO	BACHILLERATO (1)
TODOS LOS CENTROS			
Total	100,00	100,00	100,00
Católica	75,48	55,29	46,33
Evangélica 0,31	0,09	0,02	
Islámica	0,40	0,03	0,02
Judía	0,01	0,01	0,00
Historia y cultura de las religiones		3,60	
No cursa religión	23,80	40,99	53,64
CENTROS PÚBLICOS			
Total	100,00	100,00	100,00
Católica	70,25	41,41	29,93
Evangélica 0,31	0,09	0,03	
Islámica	0,58	0,03	0,00
Judía	0,01	0,00	0,00
Historia y cultura de las religiones		3,96	
No cursa religión	28,76	54,50	70,04
CENTROS PRIVADOS			
Total	100,00	100,00	100,00
Católica	86,37	82,56	78,81
Evangélica 0,31	0,07	0,01	
Islámica	0,03	0,03	0,04
Judía	0,03	0,02	0,00
Historia y cultura de las religiones		2,89	
No cursa religión	13,47	14,43	21,14
CENTROS PRIVADOS-ENSEÑANZA CONCERTADA			
Total	100,00	100,00	100,00
Católica	88,37	84,71	79,41
Evangélica 0,31	0,06	0,00	
Islámica	0,02	0,02	0,00
Judía	0,02	0,02	0,00
Historia y cultura de las religiones		2,17	
No cursa religión	11,49	13,03	20,59



	E. PRIM	ESO	BACHILLERATO (1)
CENTROS PRIVADOS-ENSEÑANZA NO CONCERTADA			
Total	100,00	100,00	100,00
Católica	69,19	61,09	78,44
Evangélica 0,31	0,26	0,02	
Islámica	0,14	0,15	0,07
Judía	0,13	0,03	0,00
Historia y cultura de las religiones		10,02	
No cursa religión	30,49	28,45	21,48

(1) Sólo se incluye el alumnado de régimen ordinario