EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA DE ENSEÑANZA DESDE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitad de Jaén

SUMARIO

I. DE CÓMO INTENTAR LA CONCILIACIÓN EN LA ESFERA EDUCATIVA DE DOS PRINCIPIOS APARENTEMENTE IRRECONCILIABLES: LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA NEUTRALIDAD CONFESIONALIDAD DEL ESTADO.- II. LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN TORNO AL CRUCIFIJO: LOS PRONUNCIAMIENTOS CONTRADICTORIOS SOBRE EL CASO *LAUTSI VERSUS ITALIA*.- III. LA ADOPCIÓN DE LA DOCTRINA LAUTSI DEL TEDH POR LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Libertad religiosa; Derecho a la educación; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa y su proyección en el sistema educativo. Especialmente, se centra en las tendencias interpretativas oscilantes, e inclusive contradictorias, que se han puesto en evidencia en las sentencias dictadas por esta jurisprudencia internacional en el conocido como "caso Lautsi", así como la repercusión que aquéllas han tenido en la doctrina del Tribunal Constitucional español.

I. DE CÓMO INTENTAR LA CONCILIACIÓN EN LA ESFERA EDUCATIVA DE DOS PRINCIPIOS APARENTEMENTE IRRECONCILIABLES: LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA NEUTRALIDAD CONFESIONALIDAD DEL ESTADO

El sistema educativo representa un escenario institucional en el que se ponen a prueba con frecuencia el alcance y los límites de la libertad religiosa. En este sentido, la Constitución española de 1978 (CE) ofreció una respuesta *contextualizada* al momento en que fue promulgada, caracterizado por una notable homogeneidad confesional de la sociedad española; por este motivo no puede extrañar que la norma fundamental concediera a la religión hegemónica entonces una mención específica en uno de sus preceptos (art. 16.3). De este modo se estaba constitucionalizando implícitamente una cierta confesionalidad del Estado español surgido de la transición democrática, después del largo período de *nacionalcatolicismo* mantenido como signo de identidad del régimen autoritario.

La solución impresa en el texto definitivo de la CE contenía en sí misma una inevitable contradicción ya que, tras hacer una declaración expresa en favor del principio de separación y aconfesionalidad, aceptaba una fórmula transaccional desde la cual se estaba proporcionando en adelante una base jurídica sólida para mantener la *bilateralidad* de las relaciones entre Estado e Iglesia católica, lo que conllevaba un formato singular y en buena medida privilegiado para la regulación de aquellos ámbitos de la acción pública -algunos de importancia clave, como la educación- donde pudiera estar presente el factor religioso. A partir de esa referencia a la "toma en consideración" de una determinada confesión, la trayectoria del derecho eclesiástico estatal estaba ya predeterminada hacia la desigualdad de trato y oportunidades respecto de las confesiones minoritarias, un rasgo característico por otra parte del modelo histórico confesional.

Por otro lado, para lograr la dosis necesaria de consenso constitucional y superar definitivamente así una de las asignaturas pendientes de nuestra historia constitucional, la CE de 1978 iba a incurrir en una *bipolaridad* de principios y derechos en la esfera de la enseñanza no siempre fácil de sintonizar. La plasmación más clara de esta doble inspiración ideológica se pone de relieve en el artículo 27 (CE), precepto que consagra de forma simultánea una libertad individual derivada de las libertades ideológica y religiosa (libertad de enseñanza) junto a un derecho social y de crédito (derecho a la educación), no necesariamente compatibles siempre y en todo caso; especialmente cuando existe una limitación de recursos y

medios públicos destinados al sistema educativo público y concertado.

El derecho fundamental genérico del artículo 27 -libertad de enseñanza- va a servir de cobertura y fundamento a la libertad específica, también de rango constitucional, que se concede a los padres a la hora de decidir para sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3). Lo significativo, y a la vez casi paradójico, es que en esta última libertad constitucional reside la base jurídica con la que se pueden defender mejor las posiciones religiosas minoritarias, cuando chocan con la concepción predominante en un sistema de enseñanza habituado todavía al mantenimiento curricular y simbólico de la confesión mayoritaria en la sociedad española. Se trata de una dimensión donde conectan y se superponen el ejercicio de dos derechos fundamentales (la libertad religiosa y la libertad de enseñanza), cuya garantía requiere, de un lado, una actitud institucional de las autoridades educativas basada en la neutralidad ideológica desde el punto de vista pedagógico y, de otro, una enseñanza objetiva y racional de las asignaturas que componen los planes de estudios. La ausencia de *adoctrinamiento* o proselitismo evangelizador en la enseñanza representa además la condición inexcusable para hacer realidad y efectivo el principio de igualdad entre las diferentes confesiones que están presentes en la sociedad, y por añadidura también en los actores y beneficiarios del sistema educativo.

Sin embargo, el marco jurídico constitucional tuvo un desarrollo normativo demasiado cercano al momento originario que impide superar el peso de una histórica tradición confesional-catolicista. En efecto, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR, 1980) se promulga cuando aún no había desaparecido la preeminencia de aquélla en las instituciones de enseñanza de nuestro país; como tampoco la sociedad española había experimentado la evolución hacia ese multiculturalismo religioso que en la actualidad identifica a las modernas sociedades occidentales. Por este motivo, y a falta del imprescindible *aggiornamento* de una en parte ya obsoleta legislación, los poderes públicos -y en concreto también las autoridades educativas- no disponen aún de parámetros normativos idóneos para solucionar los conflictos que se producen en el seno del sistema de enseñanza y tienen su origen en el pluralismo religioso.

Las situaciones problemáticas se producen unas veces por la falta de una atención especializada que favorezca la integración de las minorías religiosas, a través de fórmulas prestacionales adaptadas a sus características culturales y religiosas. En otras ocasiones las situaciones conflictivas son el resultado del mantenimiento en la escuela de la simbología religiosa propia de una confesión hegemónica todavía en la sociedad (crucifijo), o de la prohibición de aquellas manifestaciones individuales de la libertad religiosa por parte de miembros de confesiones minoritarias (velo islámico). La controversia se puede producir igualmente

por actitudes de intolerancia que se adoptan hacia materias "sensibles" en la enseñanza, o el intento por parte de los padres de disponer libremente del sistema curricular, oponiéndose a una determinada educación en valores o impidiendo la participación de las hijas en asignaturas (gimnasia) contrarias en su opinión a un supuesto recato femenino impuesto por mandamiento religioso.

La respuesta jurídica que han recibido estas expresiones de simbolismo multicultural y religioso en el seno del sistema educativo ha sido diversa, y a veces incluso contradictoria, a pesar de que los patrones constitucionales no difieren excesivamente en este punto dentro de los Estados occidentales de mayoría cristiana. Esta falta de homogeneidad en el plano legislativo evidencia por otro lado la enorme *ductilidad* con que se pueden llegar a interpretar la libertad religiosa y los derechos "culturales" de la personalidad. Así pues, a pesar de que los problemas se repiten y son comunes -casi "globalizados"- las soluciones jurídicas difieren en función del contexto cultural-religioso en donde aquéllos se generan. En concreto la proyección del multiculturalismo educativo sobre la actividad e instituciones encargadas de la enseñanza no va a recibir respuestas uniformes en aquellas esferas jurisdiccionales encargadas de velar por la garantía de las libertades constitucionales afectadas. Los indicadores jurisprudenciales incurren con frecuencia en divergencias notables, cuando se trata de delimitar el contenido de un mismo derecho fundamental en circunstancias socioculturales con tradiciones distintas o antagónicas en materia religiosa; véase al respecto la oscilante, casi "pendular", doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar para países muy diferentes culturalmente el derecho a la libertad religiosa de la Convención de Roma (1950).

En la solución de conflictos planteados en torno al ejercicio de este derecho dentro de un entorno académico, el TEDH ha procurado por lo general armonizar los principios del pluralismo religioso y la autodeterminación personal, sin dejar de enfatizar la responsabilidad que incumbe al Estado de garantizar un derecho a la educación donde no exista discriminación alguna por motivos de ideología, cultura o credo religioso. Sin embargo, ese equilibrio exige con frecuencia el trazado de una frontera entre libertades individuales y obligaciones públicas cuya relación con frecuencia corre riesgo de conflicto en razón precisamente de la diversidad religiosa o multicultural. La estrategia que defiende esta jurisprudencia va a tomar como eje central para la solución de los eventuales problemas la noción de neutralidad ideológica, como criterio-guía que debe inspirar necesariamente tanto la enseñanza de materias curriculares como las conductas individuales en el ámbito escolar.

El TEDH ha precisado no obstante que los márgenes de autonomía individual no pueden ser interpretados de manera incompatible con el

deber que incumbe al Estado de asegurar una formación "integral" de los ciudadanos, en la cual se incluye también la educación en aquellos valores constitucionales propios de una democracia. De esta manera, el respeto a las convicciones culturales o religiosas no puede servir para apoyar la reclamación de un derecho subjetivo a obtener la exención de aquella enseñanza que se considera contraria al ideario personal. En definitiva, para la jurisprudencia de Estrasburgo, la libertad religiosa no puede llevar a un sistema de enseñanza "a la carta", donde prime la concepción personal del credo religioso sobre la necesidad de dotar al sistema educativo de una racionalidad y objetividad que garantice adecuadamente el derecho a la educación; los márgenes de apreciación y discrecionalidad estatal para organizar las materias y los programas académicos resultan siempre considerablemente amplios.

La principal dificultad de esta teoría jurisprudencial estriba en que no siempre va a ser fácil lograr un equilibrio -en las experiencias concretas que se presentan en el funcionamiento del sistema educativo- entre libertades individuales y neutralidad religiosa del Estado, como presupuesto indispensable además para asegurar el principio de igualdad real y efectiva entre confesiones y creencias personales religiosas. El contenido esencial de la libertad religiosa sólo puede concretarse a través de la adopción de criterios o test como el de razonabilidad o de proporcionalidad, aplicables a cada caso concreto de eventual conflicto entre derechos y principios constitucionales.

Por otra parte, el TEDH sí que ha fijado un límite, *a priori* bastante preciso y operativo, a la discrecionalidad de las autoridades educativas. Se trata de la prohibición de "adoctrinamiento" cultural o religioso, cuya proyección abarca cualquiera de las facetas de la actividad y funcionamiento de las instituciones de enseñanza. En efecto, el Tribunal ha tenido igualmente la oportunidad de pronunciarse contra lo que denomina como "proselitismo impropio", esto es, la concesión a una determinada confesión religión de ventajas materiales o de cualquier otra naturaleza de las que deriva un régimen privilegiado de colaboración con el Estado.

Desde estos indicadores jurisprudenciales el TEDH se ha ido pronunciando sobre cuestiones y conflictos específicos. Así por ejemplo, ha aceptado la prohibición del uso del velo islámico en un entorno escolar cuando pueda chocar con la protección de otros derechos y libertades (caso *Dhalab v. Suiza*). Ha proscrito también su utilización por parte del profesorado, al tratarse de agentes representantes del Estado y actuar como "poderosos símbolos religiosos". En el caso de la negativa a hacerse fotografías sin velo, ha aceptado la posición de un Estado (Turquía) que rechazaba esa expresión individualizada de la libertad religiosa, ante el riesgo que suponía de posible conflicto social y de evidente presión

a los demás estudiantes que cumplían con las reglas impuestas por las autoridades seculares. Finalmente, en uno de los procedimientos más emblemáticos que requerían de la Corte una definición de los límites del ejercicio de la libertad religiosa (*Layla Sahin v. Turquía*), aquélla admitió las restricciones del uso del pañuelo en un espacio público académico (universidad), para otorgar prioridad a otros principios reconocidos en la Convención como "necesidad social imperiosa", el mantenimiento del orden público y la protección de derechos y libertades.

La delimitación del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad religiosa, y de este modo también las posibles restricciones que puedan afectarle en la esfera de la enseñanza, puede llevarse a cabo con la aplicación de dos parámetros normativos previstos en la Convención. En primer lugar, el artículo 9.2 contempla un catálogo de principios que modulan el ejercicio individualizado de la libertad religiosa en su dimensión externa (seguridad pública, orden, salud y moral públicas, protección de los derechos y libertades de los demás). Ciertamente, el precepto en cuestión contiene una dosis excesiva de indeterminación jurídica, lo que va a permitir un cierto activismo judicial de la Corte, así como una excesiva libertad en los márgenes de interpretación por parte de los Estados. Pero existe un segundo parámetro de referencia que debe ser tenido en cuenta dentro de la práctica académica; nos referimos al principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 del Convenio, que prohíbe cualquier discriminación -entre otras causas- por razón de religión.

Precisamente, con esas mismas dos cláusulas de referencia cabría llegar a una solución coherente y ponderada a problemas como el uso de velo y la exposición del crucifijo en los centros de enseñanza, casos de la experiencia donde se involucran directamente los principios y los derechos fundamentales que giran en torno a la libertad religiosa En el caso de velo, se trataría de aceptar la legitimidad de un tratamiento especial y diferenciado basado en las convicciones religiosas del sujeto individual. En cuanto al problema que plantea la conservación del crucifijo en las aulas, el criterio interpretativo podría fundarse perfectamente en la necesidad de prohibir aquellos privilegios o preferencias a favor de un credo religioso determinado, siempre que esto suponga una ruptura del principio de neutralidad religiosa y, en consecuencia, también, una restricción del pluralismo religioso y el ejercicio individualizado del derecho fundamental para los sujetos de una minoría religiosa. El punto de encuentro de ambos supuestos se produce a partir de la preferencia que se otorgaría a la vertiente subjetiva o individual del derecho sobre la objetiva o institucional, como fórmula para garantizar al mismo tiempo la igualdad religiosa.

II. LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN TORNO AL CRUCIFIJO: LOS PRONUNCIAMIENTOS CONTRADICTORIOS SOBRE EL CASO *LAUTSI VERSUS ITALIA*

El caso mencionado tiene su origen en la demanda que presenta una ciudadana particular (*Lautsi*) contra el Estado italiano por la conservación dentro del centro educativo de sus hijos de un símbolo religioso (crucifijo), con el que se estaban vulnerando algunos de los derechos y libertades reconocidos en la Convención de Roma: el artículo 2, del Protocolo número 1 (Derecho de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus propias convicciones filosóficas y religiosas), y los artículos 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar), 9 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 10 (Libertad de expresión).

En la primera de sus resoluciones (3 de noviembre de 2009) la Corte considera que el derecho de los padres a que se respeten sus convicciones religiosas y filosóficas, impide que se puedan hacer distinciones en orden al ejercicio de este derecho entre la enseñanza pública y la privada. El propósito final del reconocimiento de este derecho en el Convenio no sería otro que salvaguardar el pluralismo educativo característico de una sociedad democrática. Pero para garantizar el derecho de los padres a elegir una educación acorde con sus creencias es imprescindible crear un *"ambiente escolar abierto que favorezca la inclusión antes que la exclusión*".

Este objetivo se alcanza sin tomar necesariamente en consideración las creencias religiosas o el origen étnico de los alumnos, siempre que la escuela no se convierta en un escenario para la *"actividad misionera o de predicación".* Pero entiende asimismo el Tribunal que el Estado no puede adoptar en este ámbito una actitud de indiferencia o pasividad, sino que, por el contrario, tiene que velar para que las informaciones y conocimientos que forman parte de los programas educativos se impartan de una manera objetiva, crítica y pluralista, evitando en todo momento el *"adoctrinamiento"*.

Insiste el TEDH, en esta primera resolución, en que la obligada neutralidad e imparcialidad de las autoridades italianas resulta incompatible con cualquier apreciación de legitimidad sobre las convicciones y sus formas de manifestación desde las que se limite el pluralismo religioso. Esta obligación para el Estado de abstenerse de imponer, directa o indirectamente cualquier tipo de creencia tiene que cumplirse especialmente en aquellos espacios donde las personas son significativamente *"vulnerables".* La Corte rechaza de forma categórica en este inicial pronunciamiento la naturaleza meramente cultural del

crucifijo; admite su evidente naturaleza de *"símbolo religioso"* y reconoce el impacto que tiene efectivamente sobre alumnos de una corta edad, al ejercer una indudable presión sobre aquellos que no practican la religión a la que pertenece ese elemento de representación simbólico o pertenecen a otra religión.

El Estado italiano sostenía unos argumentos diametralmente opuestos a los defendidos por la Corte; como la idea del *"mensaje moral positivo"* de la fe cristiana que representa el crucifijo en las aulas, o la de su valor que trasciende los valores constitucionales laicos, al formar parte de la tradición nacional. Frente a esta concepción plural y cultural del crucifijo, el Tribunal de Estrasburgo mantiene la tesis opuesta, otorgando a este símbolo un *"significado predominantemente religioso"*, más allá de un contexto histórico específico. En relación con la repercusión que esta exposición pueda tener sobre la educación de los hijos del recurrente (Lautsi), no alberga ninguna duda sobre la percepción de que el crucifijo forma parte del medio escolar, hasta el punto de convertirse de hecho en un "signo exterior fuerte" que influye en el ambiente escolar de sus hijos, quienes se pueden sentir así educados en un determinado credo religioso (*Dahlab c. Suisse)*, a la vez que puede llegar a ser un elemento de "perturbación emocional" para los alumnos de otras religiones, o que no profesan ninguna religión, y en especial para los que pertenecen a minorías religiosas.

En la solución inicial que el TEDH plantea del caso Lautsi se va a estimar la demanda al considerar violada la libertad religiosa en su faceta negativa (art. 2 del Protocolo nº 1), ya que ésta resulta incompatible no sólo con una enseñanza religiosa o de servicios religiosos dentro de la escuela, sino también con el mantenimiento de prácticas y símbolos expresos de una concreta creencia. La permanencia de esa simbología religiosa implica una vulneración del derecho de los padres a que se respeten sus convicciones en la enseñanza de sus hijos, así como del principio de "neutralidad confesional" del Estado, que debe garantizarse en la esfera de la enseñanza pública obligatoria.

La posición interpretativa mantenida por el TEDH en la primera instancia jurisdiccional experimenta un cambio sustancial en el pronunciamiento final de la *Gran Chambre*. En efecto, la más reciente sentencia de 18 marzo del 2011, adoptada mayoritariamente (sólo existe un voto discrepante), cambia de manera radical el sentido del fallo y la doctrina jurisprudencial en la que éste se basa. En la decisión definitiva del caso Lautsi se va a estimar el recurso planteado por el Estado italiano, para rechazar la alegación de una posible violación de los derechos fundamentales de la demandante, y oponerse a la posible repercusión que tiene la exposición del crucifijo en el ejercicio individual y negativo de la libertad religiosa dentro de un ambiente escolar. Una vez más la principal base jurídica en el que se apoya

el razonamiento jurisprudencial se va a centrar en el principio del *"margen de apreciación"* de los poderes públicos estatales; en este caso aplicado a la conciliación entre el respeto de un derecho reconocido en el Convenio (artículo 2, Protocolo nº 1) y las facultades organizativas del Estado italiano sobre su sistema educativo. La conclusión general que alcanza el Tribunal es que la decisión de mantener el crucifijo en las aulas entra sin duda dentro de la esfera competencial de los poderes públicos nacionales y, en consecuencia, no puede ser objeto de fiscalización jurisdiccional. La única hipótesis que permitiría un cierto margen de evaluación judicial por parte de la Corte se circunscribiría al supuesto de que, mediante aquella decisión, su produzca un caso de *"adoctrinamiento"* contrario al principio del pluralismo religioso que caracteriza a una sociedad democrática.

La sentencia va a invocar, además, otro argumento teóricamente objetivo: la ausencia de un consenso dentro de los países que forman parte del Consejo de Europa en esta materia; si bien -a nuestro entender- no llega a aclarar del todo el carácter predominantemente religioso, o esencialmente cultural e identitario (como alegaba el Gobierno italiano), de aquel símbolo. De este modo, la falta de homogeneidad en las legislaciones nacionales va a servir de pretexto -más que de motivación jurídica- para legitimar la autonomía y discrecionalidad estatal a la hora de decidir sobre el mantenimiento o la retirada del crucifijo de las escuelas, cuya naturaleza religiosa tampoco llega tampoco a rechazarse de forma abierta y explícita.

Por otro lado, la Corte admite igualmente otra de las razones alegadas en el recurso: la existencia de un "ambiente escolar" en ese país tolerante y permisivo con la diversidad religiosa. Entre los factores que menciona para sostener esa posición cita, por ejemplo, la no obligatoriedad de la enseñanza del cristianismo, la autonomía para llevar individualmente símbolos de cualquier confesión en las escuelas, la posibilidad de organizar enseñanza optativa de cualquier religión, incluso la eventualidad de celebrar fiestas de religiones diferentes a la católica a nivel escolar. Toda esta serie de constataciones fácticas evidenciarían -a juicio del Tribunal- una clara actitud de tolerancia religiosa por parte de las autoridades académicas nacionales, y el respeto del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación de acuerdo con sus convicciones religiosas o filosóficas. En esa línea argumental, viene a reconocer que la normativa italiana otorga una "visibilidad preponderante" al símbolo característico de una determinada confesión religiosa, pero esta presencia sobresaliente y "superior" no sería suficiente para calificar de adoctrinamiento su presencia en ese ambiente escolar. Utiliza por lo demás un razonamiento totalmente contrario al de la primera resolución, cuando afirma que el crucifijo es un símbolo esencialmente pasivo, cuya influencia sobre los alumnos no se puede determinar razonablemente, ni puede ser

equivalente a un *"discurso didáctico"* o a la participación en actividades religiosas. Por último, adopta una posición antagónica a la tesis que había mantenido hasta entonces, al considerar que la mera *"percepción personal"* o subjetiva no significa que forzosamente se haya producido una efectiva y objetiva violación del derecho a la libertad religiosa. De este modo, el Tribunal mantiene la doctrina, sentada ya en otros precedentes, que se opone a la utilización del derecho de los padres reconocido en el artículo 2 Protocolo 1° del Convenio como límite a la potestad del Estado sobre la organización discrecional del sistema educativo.

III. LA ADOPCIÓN DE LA DOCTRINA LAUTSI DEL TEDH POR LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La importación al ordenamiento constitucional español de la doctrina jurisprudencial que emana del caso *Lautsi* (versión suscrita por la *Grand Chambre*) se ha producido en una de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional que interpreta el significado del derecho fundamental a la libertad religiosa proclamado en el artículo 16 de la norma fundamental.

Hay que partir no obstante de un examen mínimo de este precepto, el cual proporciona razones suficientes para sostener que la *laicidad positiva* representa el elemento determinante y esencial de las relaciones entre Estado-Iglesia/s implantado a partir de 1978. Este nuevo -e inédito constitucionalmente- modelo de relación entre los poderes públicos y las diferentes confesiones religiosas con presencia en la sociedad, no comporta una separación radical, sino por el contrario una cooperación necesaria inspirada en el principio de igualdad y el pluralismo religioso. El dispositivo constitucional no sólo impone una colaboración "positiva" e incluso prestacional (en la esfera educativa, por ejemplo), sino que además limita la capacidad decisoria de las diferentes autoridades del Estado en materia religiosa. Las potenciales restricciones actúan en forma heterogénea, pero siempre enmarcadas en la prohibición de otorgar un trato privilegiado a una determinada confesión, al margen de su mayor o menor arraigo social.

Así pues, el modelo de laicidad positiva implantado en la CE –y reconocido abiertamente en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional- no autoriza el abstencionismo o la indiferencia radical del Estado ante los fenómenos y realidades religiosas que existen en la sociedad española y se proyectan a continuación en el sistema educativo. Pero esa "neutralidad activa" excluye –o debería hacerlo- el denominado "deísmo ceremonial", esto es, aquellas actitudes simbólicas y externas del

Estado y sus diferentes instituciones y administraciones que favorecen o promueven directamente la identificación de las instituciones públicas con una determinada confesión religiosa. El modelo implícitamente contenido autoriza una interpretación extensiva de aquella "cooperación necesaria" a sectores muy diversos de la acción pública, desde la educación y la asistencia social a la regulación urbanística de los lugares de culto y la asistencia religiosa en centros penitenciarios. El Estado se convierte en el principal agente sobre el que recae la responsabilidad de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa, en su diferentes facetas y dimensiones (activa y negativa, individual o colectiva, interna y externa).

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa (1980) reconoce de forma sintética esa dimensión plural y diversa del derecho fundamental, y en el ámbito estrictamente educativo proclama también el mismo derecho que ya el artículo 27.3 otorgaba a los padres para elegir la formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones. Precisamente es este último derecho fundamental y legislativo el que puede quedar afectado negativamente por la presencia de símbolos religiosos (crucifijo) dentro de las aulas o establecimientos educativos debido a su indirecta proyección o finalidad pedagógicas, al servir de instrumentos de radiación de una serie de valores y convicciones característicos de una determinada confesión religiosa.

Estamos convencidos de que la utilización y mantenimiento de símbolos religiosos (individuales o institucionales) en la esfera escolar es un problema que no está únicamente ligado a la integración cultural de las minorías procedentes de los nuevos e intensos flujos migratorios que reciben los países del primer mundo. El fenómeno del multiculturalismo forma parte ya de la "carga genética" del conjunto de las sociedades occidentales, en las cuales el pluralismo religioso exige respuestas constitucionalmente adecuadas a un Estado democrático. Pero los instrumentos constitucionales con el que este último cuenta para responder a todas las situaciones problemáticas posiblemente no son todavía los más adecuados.

En el caso específico de la CE de 1978, la formulación de un modelo "cooperativo" de relación entre Estado y confesiones religiosas encierra todavía demasiados márgenes de indeterminación y ambigüedad como para poder reaccionar con seguridad jurídica a los conflictos que se plantean y donde entran en juego el catálogo de principios, derechos y libertades en materia religiosa: aconfesionalidad del Estado, libertades religiosa e ideológica, igualdad (real y efectiva), prohibición de discriminación por motivos de religión, incluso el derecho a la cultura. Desde estas premisas tan flexibles -o "dúctiles"- la búsqueda de una solución a la controversia que genera el uso de símbolos religiosos individuales o corporativos en los espacios públicos requiere una compleja operación interpretativa

sistemática y un ejercicio de ponderación de intereses en presencia.

La conservación "institucional" de determinados elementos representativos de una confesión religiosa (crucifijo) sigue teniendo –a nuestro juicio- un significado más religioso que identitario o cultural. Lo mismo sucede, por otra parte, con la utilización de determinados símbolos o distintivos externos personales (pañuelo islámico) con los que se intenta poner de manifiesto el sentimiento de pertenencia a una determinada creencia. Y sin embargo las consecuencias en uno y otro caso vienen a ser diferentes para el sistema de principios y valores constitucionalizados. Ciertamente la definición del significado religioso o secular de un elemento simbólico no puede ser objeto de una positivación exhaustiva, ni quedar en exclusiva dentro de los márgenes competenciales de los poderes públicos del Estado. Este último se encuentra capacitado para "objetivizar" en el plano jurídico algunas expresiones del hecho religioso: registro de confesiones e iglesias, diferenciación entre comunidades religiosas de aquellas expresiones colectivas o individuales de carácter filosófico o humanista, etc. Sin embargo, el sujeto individual, destinatario y beneficiario de la atribución del derecho fundamental, conserva en buena medida también la facultad para determinar la noción y el contenido de su propia libertad religiosa (autodeterminación de creencias), así como de las manifestaciones externas que tienen un significado de esta naturaleza.

Por esta razón resulta compleja la tarea de "positivizar" todas las situaciones fácticas con un significado potencialmente religioso, y difícil si no imposible la eliminación de todas aquellas expresiones donde lo identitario socialmente se superpone al contenido religioso como resultado de una tradición histórica o cultural. No obstante, este tipo de obstáculos no deberían impedir una "mínima" regulación -de naturaleza legal antes que administrativa- donde se establezca una definición de todas las dimensiones sustantivas que engloba el derecho fundamental a la libertad religiosa; al margen de la posibilidad de que existan desarrollos reglamentarios adaptados a circunstancias sociales específicas que requieren un tratamiento diferenciado pero respetuoso con el principio de igualdad.

El sistema de conceptos y definiciones de la LOLR resulta insuficiente para delimitar el concepto de religión en todas sus potenciales manifestaciones. Ofrece en efecto una mínima seguridad jurídica, basada en la uniformidad de criterio, cuando se trata de establecer un mecanismo de inscripción registral de las comunidades religiosas (Registro de Entidades Religiosas). Pero carece de referencias explícitas a la hora de resolver todos los eventuales conflictos que se puedan producir en el ejercicio individualizado de la libertad religiosa.

El contexto multicultural de la sociedad, varias décadas después de haber sido promulgada la CE, recomienda el establecimiento de unos

parámetros legislativos con los que hacer frente a la previsible dispersión de criterios que significaría remitir a la esfera administrativa escolar (reglamento de cada centro) el ejercicio de una facultad discrecional sobre la permanencia de símbolos religiosos institucionales (crucifijo) o la utilización de los individuales (velo). El riesgo de actitudes discriminatorias o intolerantes, así como el peligro de generar desigualdades de trato en función del contexto social o académico aconsejaría que las autoridades escolares administrativas no dispongan de una potestad decisoria y determinante sobre aquellas manifestaciones externas religiosas que se circunscriben a la esfera subjetiva. Tampoco la puede ejercer de forma discrecional la Administración al evaluar las convicciones religiosas o ideológicas cuando se alegaba una posible objeción de conciencia en otros ámbitos institucionales (servicio militar obligatorio, práctica de personal sanitario en casos de aborto).

La neutralidad -o laicidad positiva- es sinónimo y presupuesto de igualdad jurídica entre individuos de diferentes confesiones religiosas. El TC ha querido enfatizar desde muy temprano la importancia de asegurar ese principio en el funcionamiento de las instituciones públicas, y especialmente de los centros docentes (STC 5/1981). Del mismo modo que prohíbe cualquier forma de propaganda ideológica o religiosa, a través de la actividad docente del profesorado, cabría incluir en el ámbito de protección del derecho constitucional la proscripción de toda clase de elementos simbólicos o representativos de una determinada religión. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no ha fijado aún de forma expresa su posición sobre un tipo de situaciones "intermedias" que no entrarían de lleno en el concepto de adoctrinamiento explícito, o sus variantes de evangelización o propaganda ideológica.

Una de las primeras resoluciones en las que el TC ha podido valorar directamente el problema de la utilización de un símbolo religioso en un espacio público dedicado a la enseñanza ha sido con motivo del recurso de amparo presentado, por la decisión adoptada por el claustro de la Universidad de Valencia de eliminar del escudo de la institución una imagen religiosa (la Virgen de la Sapiencia). La respuesta de la jurisprudencia constitucional (STC 130/1991) fue favorable a la autonomía universitaria, y en consecuencia reconoció el derecho de aquélla de modificar su escudo representativo. No obstante, en el razonamiento clave que utiliza en la sentencia viene a sostener la legitimidad constitucional de cualquier opción -mantener o eliminar los símbolos religiosos- a pesar de que reconoce que sería *"más adecuado a la lógica de un estado aconfesional un escudo universitario sin elementos de significado religioso"*.

Una segunda resolución, probablemente más clarificadora de la doctrina jurisprudencial se contiene en la sentencia de 28 de abril de 2011 (Patrona de Colegio de abogados). La interpretación y solución dada

por la jurisprudencia constitucional al problema que se plantea en este recurso de amparo puede ser perfectamente aplicable a la controversia que genera la utilización de símbolos religiosos en los espacios de instituciones públicas educativas.

El caso tiene su origen en la aprobación por el Colegio de abogados de Sevilla de unos estatutos en los que se reconoce como patrona de la entidad a "la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada". Uno de sus letrados colegiados presentó amparo constitucional alegando la violación de la doble dimensión, objetiva y subjetiva, de la libertad religiosa. Entendía que aquella decisión incumplía, por tanto, el principio de neutralidad religiosa que resulta exigible a cualquier institución de derecho público y restringía de forma ilegítima la libertad subjetiva que deriva del artículo 16, a no tener creencia religiosa alguna ni estar sometido a ritos o cultos de una determinada confesión.

El TC va a dar una respuesta desestimatoria del amparo, basada en la compatibilidad del derecho fundamental y el principio de separación Iglesia-estado con el mantenimiento de esta clase de elementos simbólicos, de contenido en apariencia religioso pero que forman parte de la tradición institucional. Para ello empieza recordando en la exposición de los Fundamentos Jurídicos los principales indicadores que configuran una jurisprudencia constitucional, donde se han desvelado la multiplicidad de dimensiones sustantivas que forman parte del contenido esencial de ese derecho fundamental (interna y externa), así como las consecuencias que conlleva la afirmación del principio de laicidad positiva o aconfesionalidad (SSTC 177/1996, 46/2001, 154/2002, 101/20047).

Sin apartarse de la tesis que mantiene en esa línea jurisprudencial a propósito de la obligación que incumbe a todas las corporaciones de derecho público de respetar una estricta neutralidad ideológica en su funcionamiento y actividades, evalúa la posibilidad -denunciada en la demanda de amparo- de que no se haya respetado ese principio por el Colegio de Abogados. Parte así el TC de la declaración general que hacen los estatutos de esa entidad sobre su carácter *"aconfesional",* si bien se reconoce en ellos la declaración de ese patronazgo en una imagen religiosa, si bien justificado únicamente en una *"secular tradición".* Después de pronunciarse sobre la facultad que tienen las instituciones para dotarse como patronazgo de emblemas o signos de identidad, incluidos los que tienen su origen en la confesión cristina, reconoce la relevancia de las funciones que pueden desempeñar esos símbolos (integradora, socioemocional). Sin embargo, el TC llega a la conclusión de que toda esta simbología *"adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada".*

Se diferencia y separa de este modo el origen y las connotaciones religiosas, que están presentes en buena parte de las instituciones

públicas seculares, de el significado real que pueden llegar a tener con el transcurso del tiempo. Este carácter *"polisémico"* de los signos de identidad institucionales -así lo cataloga el Tribunal- obliga a comprobar si la significación religiosa es la dominante, como para deducir del mismo una *"adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa",* lo que afectaría en ese caso al principio de neutralidad de los poderes públicos impuesto por el artículo 16 de la CE.

En este punto va a traer a colación la doctrina *Lautsi* del TEDH (la versión definitiva contenida en la sentencia de 18 de marzo de 2011), para puntualizar en la misma línea de aquélla que no se llega a producir una actuación inconstitucional ni ilegítima con la simple *"percepción subjetiva"* de quien considera la exposición de un símbolo religioso en un espacio público institucional un atentado a su libertad religiosa.

EL TC mantiene la teoría de la *"culturización"* de los símbolos religiosos a través de un proceso de secularización que tiene lugar con el paso del tiempo, una posición que ya se había defendido por aquél en resoluciones precedentes donde tuvo que pronunciarse sobre instituciones de origen netamente religioso como el descanso dominical (STC 19/1985), o el caso -antes analizado- de la presencia de una imagen religiosa en el escudo oficial de una universidad (STC 130/1991).

Pero seguramente el pronunciamiento más determinante o decisivo para resolver el amparo en cuestión va a ser aquel en el que suscribe la eficacia limitada que poseen los que denomina como "*símbolos pasivos"* o *"estáticos"*, -entre los cuales se encuentra este tipo de representaciones religiosas identitarias de una institución-. Si se los compara con aquellas otras representaciones *"activas",* como por ejemplo discursos didácticos o participación en actividades religiosas, los primeros tienen *"una menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado"*. El razonamiento jurisprudencial clave se sintetiza en la idea de que *"cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretenden transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos".* Con este enfoque estrictamente "finalista" el Tribunal tenía que llegar, casi por lógica, a un fallo desestimatorio: la asimilación social parece conducir automáticamente a la neutralización inevitable del carácter religioso de un símbolo.

El TC pone no obstante un cierto matiz a esta tesis "culturalista" o identitaria de la simbología religiosa de los espacios e instituciones públicas cuando advierte -en sintonía con otros pronunciamientos anteriores (SSTC 177/1996 y 101/2004, ATC 551/1985)- que la libertad religiosa se vería menoscabada o vulnerada si el reglamento de la entidad impusiera a sus colegiados la obligación de participar forzosamente a sus miembros en los actos que se celebraran en honor de la patrona del Colegio. Y también

"si el patronazgo cuestionado incidiese de cualquier otro modo relevante sobre la esfera íntima de creencias, pensamientos o ideas del recurrente", esto es, sobre el espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso"; es evidente que esto mismo es lo que se reclama como objeto del amparo.

Las cuestiones y dudas que plantea la doctrina jurisprudencial que se acaba de resumir se centran en primer lugar en la determinación de la naturaleza religiosa o secular de los símbolos y representaciones que permanecen en espacios públicos, institucionales o sociales. La respuesta que proporciona el TC en la sentencia de 28 de abril del 2011 (STC 34/2011) ofrece un criterio de valoración demasiado ambiguo -la percepción colectiva dominante- cuya aplicación a la esfera jurídica deja abiertos algunos interrogantes. De un lado, si para la sociedad un determinado elemento simbólico institucional sigue conservando un carácter eminentemente religioso su utilización debería quedar prohibida dentro de ese espacio subordinado por motivos constitucionales al principio de neutralidad religiosa. Por otra parte, tenemos serias dudas sobre el método a través del cual el colectivo o comunidad decide el valor predominantemente cultural o religioso de esa simbología, aparentemente neutralizada en su significación original por un proceso gradual de secularización. En el presente caso, el TC acepta como válida la decisión de la entidad (Colegio de Abogados), adoptada en ese sentido por un procedimiento democrático formal de aprobación de sus estatutos (FJ 6). Pero resulta difícil -o imposible- imaginar que se puedan aplicar métodos decisionales democráticos o de mayoría para resolver sobre el valor meramente cultural o identitario de todos los símbolos religiosos.

Aplicada esta interpretación a la esfera educativa, tampoco parece admisible que la evaluación sobre la naturaleza religiosa de los elementos simbólicos o de representación institucional de un centro de enseñanza pueda ser competencia exclusiva de sus órganos "democráticos". La autonomía de estos últimos conduciría con toda probabilidad a situaciones potencialmente contradictorias en cuanto al valor que se le otorgue en cada contexto socioeducativo a expresiones simbólicas con una connotación aparentemente religiosa (crucifijo, velo), lo que podría conducir a una posible vulneración de derechos y principios fundamentales (libertad religiosa en su dimensión externa, prohibición de discriminación por motivos religiosos, derechos educativos de los padres, principio de neutralidad religiosa).

En cuanto la utilización del criterio "finalista" para reconocer la naturaleza de una simbología institucional, entendemos que existen representaciones de las denominadas "pasivas" por la jurisprudencia constitucional que implícita o indirectamente sirven para transmitir postulados doctrinales de una determinada confesión, aunque la intensidad de esa "socialización"

no sea fácil de medir o sea diferente en cada diferente en cada caso y sujeto receptor de la misma. La secularización por tanto de esos símbolos de origen religioso no siempre tiene iguales efectos.

TITLE

THE RELIGIOUS FREEDOM IN THE EDUCATIONAL SYSTEM AND THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHC)

SUMMARY

I. HOW TO TRY TO RECONCILE ON EDUCATION FIELD TWO PRINCIPLES APPARENTLY IRRECONCILABLE: FREEDOM OF RELIGION AND NEUTRALITY IN A CONFESSIONAL STATE.- II. OSCILLATING JURISPRUDENCE OF THE TEDH CONCERNING THE CRUCIFIX: CONTRADICTORY COMMENTS ABOUT THE CASE LAUTSI VERSUS ITALY.- III. RECEPTION OF LAUTSI DOCTRINE BY THE TEDH MADE BY THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT.

KEYWORDS

Human rights; Religious freedom; Education; ECHR.

ABSTRACT

In the doctrine of the jurisprudence of the ECHR, about the content and the limits of the religious freedom and the right of education, we can recognize oscillations and even contradictions. One of the most emblematic probably is the two recent sentences in the Lautsi case. That is a demonstration of the difficult to get a balance between the autonomy or "the margin of appreciation" of the States to organize their respective educational system, and the exercise of those individual freedoms proclaimed in the European Convention of Human Rights. Finally it is analyzed the application and the adaptation in the Spanish context of the doctrine in this material of the ECHR.

Fecha de recepción: 31/07/2011. Fecha de aceptación: 5/09/2011.