

LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN LA ESCUELA¹

SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Libertad religiosa del menor; 3. El principio de neutralidad religiosa del Estado; 4. Menores y símbolos religiosos en la experiencia española; 4.1. Simbología dinámica; 4.2. Simbología estática; 5. Menores y símbolos religiosos en la doctrina del TEDH; 6. Menores y símbolos religiosos en la experiencia comparada; 6.1. Simbología dinámica: la experiencia canadiense; 6.2. Simbología estática: la experiencia italiana; 7. Conclusiones

1. Introducción

En los conflictos más recientes que se han suscitado en la experiencia española en relación con el empleo de simbología religiosa ha intervenido, como factor determinante, la inmigración. Tales desencuentros han estado presididos por el deseo de los inmigrantes de ejercer, en los distintos ámbitos sociales, su derecho de libertad religiosa frente a las tradiciones mayoritarias de nuestro país, que se concreta, entre otras facultades, en el empleo de signos distintivos con que manifestar su adscripción confesional.

Naturalmente, el mejor marco para la integración de estas minorías pasa por el disfrute de los derechos fundamentales, con el contenido y las limitaciones que derivan de nuestro marco constitucional, en tanto que el ejercicio positivo de las creencias supone un aspecto fundamental de la convivencia democrática.

En este trabajo se pretende analizar la cuestión de los símbolos religiosos desde el enfoque del ejercicio de la libertad religiosa del menor. El ámbito donde se han desarrollado estos conflictos ha sido, primordialmente, el escolar en dos supuestos, de un lado, con el empleo de símbolos religiosos dinámicos, esto es, de prendas y algunos otros elementos de significación religiosa y de otro lado, con la presencia de elementos religiosos estáticos.

Para el análisis de estos conflictos hay que partir de una doble consideración. En primer lugar, el contenido del derecho de libertad religiosa y la modulación de su

¹ Trabajo publicado en MARTÍN SÁNCHEZ, I., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (Coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 331-359. (ISBN: 978-84-7392-737-6)

ejercicio durante la minoría de edad, en especial condicionada por el ejercicio de la patria potestad y, en segundo lugar, el principio de neutralidad religiosa del Estado.

En el esquema de este trabajo, una vez analizado el marco constitucional y normativo que puede dar cobertura al empleo de simbología religiosa, procederemos a estudiar los conflictos más relevantes que se han producido en la experiencia española y comparada en el marco de las aulas de los centros educativos públicos, tratando de encontrar en esta última soluciones que puedan resultar aplicables en el marco de nuestro sistema constitucional.

2. Libertad religiosa del menor

Huelga recordar que el artículo 16 de la Constitución reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley».

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. La primera de ellas «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros»².

Más en concreto, la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso»³, tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, entre las que se puede considerar englobado el empleo de símbolos de adscripción religiosa.

Cuando hablamos del ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de los menores de edad, no cabe duda que todas estas previsiones constitucionales les son aplicables. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido en su sentencia 154/2002, de 18 de julio, que “el menor es titular del derecho a la libertad religiosa.” Esta afirmación de carácter genérico se basa en el reconocimiento que el artículo 16.1 de la Constitución hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de «los individuos y las comunidades», sin más especificaciones. De ahí que quepa afirmar que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto⁴.

² Vid, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico noveno. (RTC 1996\177).

³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, fundamento jurídico cuarto (RTC 2001\46), y, en el mismo sentido, las Sentencias del mismo Tribunal 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico primero (RTC 1982\24) y 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico segundo. (RTC 1996\166).

⁴ En este sentido el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre hizo referencia a que las libertades ideológica y religiosa son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Vid. Fundamento jurídico tercero.

Siendo esto cierto, no cabe duda que la minoría de edad tiene algún tipo de efectos en el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial cuando se conecta con el ejercicio de la patria potestad. Dada la previsión del texto constitucional contenida en su artículo 10.2, hay que prestar una cuidada atención a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989⁵, en cuyo artículo 14.1 se dispone que los estados parte quedan obligados al respeto del «derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», aunque sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2).

En el plano interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor,⁶ después de reconocer el derecho de libertad religiosa del menor y de sancionar cualquier discriminación por estos motivos dispone, en su artículo 6.3, que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

Contribuye a una mejor delimitación del ámbito de autonomía del menor en materia de libertad religiosa, la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, donde se afirma que «desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar»⁷.

El primer aspecto crucial en materia de libre ejercicio de la religión por parte de los menores de edad está en discernir cómo se debe modular su ejercicio frente a los titulares de la patria potestad. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo, ha declarado que “frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad”⁸.

El segundo aspecto crucial se encuentra en determinar el “cuándo”, esto es, a partir de qué momento el menor puede tomar decisiones por sí mismo, ejercitando autónomamente este derecho con independencia de las convicciones religiosas de sus padres. Por una parte se debe considerar que cuando el menor no puede tomar

⁵ Instrumento de ratificación de 30 de Noviembre de 1990, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de Diciembre de 1990.

⁶ BOE de 17 de enero de 1996.

⁷ Vid. Fundamento jurídico quinto (RTC 2000\141).

⁸ Vid. Fundamento jurídico quinto. (RTC 2000\141).

decisiones por sí mismo la elección de una religión o convicción le viene impuesta por los que ejercen sobre él la patria potestad, sin que pueda sostenerse que esa imposición implica una vulneración de su derecho de libertad religiosa⁹.

Diversos estudios han tratado de precisar este momento aportando otras tantas conclusiones. De un lado, hay quienes han intentado establecer una edad mínima a partir de la cual puede entenderse que el menor ha alcanzado un cierto grado de madurez que le permite autónomamente decidir en materia religiosa. Algún autor ha situado esa edad en los doce años, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico atribuye una cierta relevancia a la opinión de los menores a partir de esa edad¹⁰. Otros, en cambio, han situado la edad mínima en los catorce, apuntando al criterio de la madurez psicológica¹¹. Y finalmente hay quien entiende que la cuestión debe dilucidarse no tanto mediante la fijación de una edad concreta sino mediante el empleo de dos criterios complementarios, a saber, en primer lugar, la clarificación de la función de la patria potestad y, en segundo lugar, el establecimiento del interés del menor como principio fundamental para juzgar el recto ejercicio de la libertad¹².

En todo caso, se emplee uno u otro criterio, lo que resulta indiscutible es que el grado de madurez necesario para el ejercicio autónomo del derecho de libertad religiosa se alcanza en diferentes momentos de la vida, según las características y el desarrollo de cada persona. Por tanto, no es posible establecer un criterio general y uniforme. La madurez es una cuestión de prueba y habrá de ponderarse caso por caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el menor de edad. Precisamente por ello, como ha señalado nuestra jurisprudencia y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante él.

Por último, en materia de límites al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa la propia Constitución hace referencia en sentido abstracto a los necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa prescribe en su artículo 3.1 que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del

⁹ Vid. I. Martín Sánchez, "Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Ed. Publicaciones de la Universidad del País Vasco, (2001), p. 588.

¹⁰ Vid. M. López-Alarcón, *Nuevo Derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas*, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 15 (1997), p. 332.

¹¹ Vid. J. Mantecón, "La libertad religiosa como derecho humano" en *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Ed. Eunsa, Pamplona, (1994), p. 123, donde se afirma: "En términos absolutos, este derecho se puede ejercer plenamente al alcanzar la mayoría de edad legal, pero normalmente se podrá ejercer a partir del momento en que la persona alcance la suficiente madurez intelectual y psicológica, que convencionalmente suele situarse en torno a los catorce años".

¹² I. Martín Sánchez, "Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Derecho de familia y libertad de conciencia*, cit., p. 598.

¹³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, fundamento jurídico quinto (RTC 2000\141) y la jurisprudencia allí citada, entre las que se cuenta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Hoffmann v. Austria, de 23 de junio de 1993. (TEDH 1993\27)

derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Esta limitación resulta conforme con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte, los cuales, según lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, deben ser tomados como referencia a la hora de interpretar las normas sobre derechos y libertades fundamentales que la propia Constitución reconoce.

La relacionada existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Así, ha tenido ocasión de declararlo el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/1994, de 28 de febrero¹⁴, donde se afirma que «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos»¹⁵, y que, «en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable»¹⁶.

3. El principio de neutralidad religiosa del Estado

En abundantes ocasiones la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos se ha entendido contraria al principio de neutralidad religiosa del Estado, por entender que la aconfesionalidad del Estado demanda un ámbito público libre de influencia religiosa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han tratado de ir perfilando progresivamente el contenido de este principio recogido en el artículo 16.3 de la Constitución bajo la lacónica referencia a que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”. La bibliografía jurídica sobre el contenido de este principio es muy abundante y sería excesivamente tedioso dejar constancia en estas páginas de todas las aportaciones¹⁷. Más abarcable resulta, en cambio, extractar la doctrina sentada sobre su contenido y consecuencias por el máximo intérprete de la Constitución.

¹⁴ Fundamento jurídico sexto (RTC 1994\57). En el mismo sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1998, de 16 de marzo, fundamento jurídico tercero (RTC 1998\58).

¹⁵ Como ejemplos de esta doctrina pueden verse, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 7, y 1/1982, de 28 de enero, fundamento jurídico quinto.

¹⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo, fundamento jurídico tercero (RTC 1986\53).

¹⁷ A título ilustrativo de la muy abundante bibliografía sobre esta cuestión, cabe citar: R. Navarro-Valls, “Los Estados frente a la Iglesia” en *Estado y Religión*, Ed. Ariel (2003), pp.401 y ss; M. Roca, “Teoría y práctica del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y función jurídica”, en *Persona y Derecho*, (2005), pp.223 y ss; A. Ollero, *España ¿un estado laico?*, Civitas, (2005); P.J. Viladrich, J. Ferrer “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español”, en AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Ed. EUNSA, Pamplona, (2007), pp.98-99; M. López Alarcón, “Valores religiosos y constitución en una sociedad secularizada”, en J. Goti Ordeñana, *Secularización y laicidad en la experiencia democrática moderna*, San Sebastián, (1996), pp.69-90; D. Llamazares, “A vueltas con la laicidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vidal Guitarte*, Castellón, (1999), pp. 489 y

Creo que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la neutralidad religiosa estatal cabe deducir dos grandes ideas. De una parte, que su razón de ser está en propiciar el ejercicio, en las mismas condiciones, del derecho de libertad religiosa por parte de los individuos y los grupos. Así, lo ha puesto de manifiesto, en diversas ocasiones, al señalar que la laicidad constituye una garantía de la libertad religiosa de todos¹⁸.

Y de otra parte, que debe ser interpretada en clave positiva. No en vano, el artículo 9.2 de la Constitución ordena a los poderes públicos llevar a cabo actividades para garantizar que la libertad y la igualdad –también religiosas– de los individuos y grupos sean reales y efectivas. De ahí se deduce –como puso de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional¹⁹– que la posición del Estado ante el fenómeno religioso no puede verse satisfecha con una actitud meramente abstencionista frente al fenómeno religioso.

Paralelamente, para hacer efectivo, de la mejor manera posible, el derecho de libertad religiosa de individuos y grupos, nuestra Constitución exige de los poderes públicos la toma en consideración de las creencias religiosas de la sociedad para establecer las consiguientes relaciones de cooperación con las confesiones religiosas. Es interesante destacar, en este punto, la sentencia 154/2002, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional, donde se identifica la laicidad del Estado con la dimensión objetiva del derecho de libertad religiosa, sosteniendo que comporta la doble exigencia de la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y de la cooperación entre Iglesia y Estado²⁰.

Una separación cooperacionista al modo español –que exige tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española– supone, como presupuesto, admitir que tales creencias religiosas tienen una dinámica *ad extra*, que les permite erigirse en fenómeno socialmente perceptible, lo cual supone considerar que el ámbito público constituye un lugar común de convergencia del fenómeno religioso.

Resulta, por tanto, claro que las manifestaciones religiosas pueden y deben tener lugar en el ámbito social y público, presidido por la neutralidad religiosa de los poderes públicos. De esta manera se debe rechazar cualquier interpretación que preconice una neutralidad como ausencia de cualquier muestra o indicio de religiosidad del ámbito público.

Lo que no permite, simplemente, la neutralidad religiosa del Estado es la identificación o el respaldo gubernamental a determinadas creencias religiosas por encima o en detrimento de las demás. Es desde esta óptica, como se debe analizar la constitucionalidad de la presencia de los símbolos religiosos en el ámbito público.

4. Menores y símbolos religiosos en la experiencia española

ss; G. Suárez Pertierra, “La Laicidad en la Constitución española” en *Estado y religión en la Constitución Española y en la Constitución Europea* Ed. Comares, (2006), pp. 11-29.

¹⁸ Vid. Sentencia 340/1993, de 16 de noviembre, fundamento jurídico cuarto. En similares términos se expresó el Auto 180/1996, de 21 de febrero, en su fundamento jurídico segundo.

¹⁹ Vid. Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, fundamento jurídico cuarto.

²⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 junio de 2004, fundamento jurídico tercero.

4.1 Simbología dinámica

A pesar de que, como señalaba al inicio de estas páginas, los problemas de más repercusión social se han producido en el ámbito educativo, no ha llegado al ámbito jurisdiccional ningún conflicto de esta naturaleza. En cambio, el ámbito administrativo ha conocido un número de casos de cierta entidad. Dentro de ellos²¹, uno de los más significativos tuvo lugar en la Comunidad de Madrid, en febrero de 2002, cuando una familia musulmana, residente en la localidad de San Lorenzo del Escorial, se negó a escolarizar a una de sus hijas porque las normas de régimen interior del colegio concertado donde estaba matriculada –perteneciente a la congregación de religiosas católicas Concepcionistas- no le permitían asistir a las clases cubierta con el velo islámico.

Antes de su escolarización en este Centro, la familia había solicitado plaza en un Colegio público, en el que no fue admitida por tener cubiertas todas las plazas ofertadas. De esta manera, los responsables educativos de la Comunidad de Madrid sólo pudieron ofrecer a los padres de la alumna la posibilidad de matricular a su hija en el Colegio concertado.

Ante el absentismo de la menor, -motivado por la prohibición de ir cubierta con el velo- el Centro dio parte a la inspección de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, que abrió expediente informativo.

Paralelamente, los servicios sociales del Ayuntamiento de San Lorenzo del Escorial trataron de encontrar una solución al problema del velo proponiendo que la niña lo llevara hasta la entrada del Colegio, donde se le habilitaría un espacio para que pudiera desprenderse de él y vestirse con el uniforme reglamentario. Sin embargo, tal solución no fue aceptada por la familia marroquí.

Ante la entidad del conflicto, la Comunidad de Madrid dispuso que la niña fuera escolarizada “provisionalmente” en el Colegio público -hasta que se resolviera de una manera definitiva el problema de escolarización de la menor- y sin condicionamientos de ningún tipo, de suerte que la alumna pudiera acudir al Centro educativo cubierta con el velo y asistir con él a las clases. La Consejería basó su decisión tanto en la ausencia de una normativa clara que prohibiera la utilización del velo islámico en los colegios, como en la propia experiencia de la Comunidad de Madrid que ya contaba con niñas escolarizadas que acudían a las clases cubiertas con velo en diversos Centros, y sin que en ellos se hubieran suscitado controversias al respecto²². Además, se consideró que el

²¹ Entre esos casos podemos citar, al acaecido en el año 2007 con una alumna musulmana en un colegio de Gerona que dejó de acudir a las aulas durante una semana por la prohibición del centro educativo de utilizar el velo islámico. Las autoridades educativas catalanas dispusieron también la escolarización sin condiciones de la menor. Vid. *Diario La Vanguardia*, de 2 de octubre de 2007.

²² En otras regiones de España la experiencia es materia de velo islámico es mucho mayor. Tal es el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla, donde se concentra la mayor parte de la experiencia española en materia de indumentaria religiosa en las aulas de los centros educativos. Los datos estadísticos apuntaban, hace ya algunos años, que el alumnado musulmán alcanza aproximadamente el 50% de la matrícula de estos centros, habiendo casos incluso en que este porcentaje se eleva al 100%, como es el caso de los colegios León Solá, o Juan Caro. En todos estos centros, se permite que las alumnas acudan a clase con el velo, dado que su utilización no ocasiona ningún problema. (Vid. *Diario de Noticias*, de 17 de febrero de 2002).

derecho a ser escolarizado debía primar frente a cualquier otro género de consideraciones²³.

Por lo demás, es interesante reseñar que el Consejo Escolar del Centro, en su sesión de 5 de febrero de 2004,²⁴ aprobó la prohibición de que las alumnas pudieran acudir a las clases de educación física vestidas con el pañuelo islámico por entender que entraña un verdadero peligro para su integridad física, teniendo en cuenta que quedan sujetos a través de alfileres que suponen un peligro añadido en el desarrollo de ciertos ejercicios físicos.

En fin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acaba de fallar recientemente sobre esta cuestión, respaldando la decisión de un centro educativo francés de prohibir la presencia de símbolos religiosos durante las clases de educación física. Posteriormente nos referiremos, con algún detalle, al contenido de esta decisión.

4.2 Simbología estática

La mayor parte de la experiencia española relativa a la presencia de símbolos estáticos en dependencias públicas se ha proyectado en el ámbito de los menores, en particular en relación con la presencia del crucifijo en las aulas de los centros escolares públicos.²⁵

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sentencia de 20 de septiembre de 2007²⁶. En ella se contiene una diferenciación entre el crucifijo como elemento secularizado y como elemento religioso, teniendo consecuencias distintas. Se afirma que si se considera el crucifijo como un elemento desprovisto de toda significación religiosa, su colocación, mantenimiento o retirada puede analizarse como una actuación de gestión del centro educativo, de una acción netamente material, no de naturaleza docente ni de gestión económica. Inversamente, si se admite la trascendencia religiosa y/o cultural que tiene todo símbolo religioso y el crucifijo en concreto, la decisión que sobre los mismos se tome debe valorar también sus consecuencias e implicaciones pedagógicas.

²³ Sobre la presencia del velo islámico en las aulas públicas puede verse el trabajo de M. Alenda, “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 9 (2005). También ha tratado esta cuestión A. Motilla, “La libertad de vestimenta; el velo islámico” en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Ed. Trotta, Madrid, (2004), pp. 109- 119. Ambos contienen importantes referencias a la experiencia francesa.

²⁴ El Consejo Escolar del Centro acordó que “por razones de seguridad e higiene, en las clases de Educación Física, los alumnos, además de vestir chándal y calzado deportivo, tienen que llevar la cabeza descubierta y no utilizar collares, anillos, pulseras u objetos con los que, en el transcurso de las clases, pudieran lesionarse”.

²⁵ Sobre esta cuestión puede verse G. Moreno Botella, “Crucifijo y escuela en España” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 2, (2003).

Sobre esta cuestión puede verse también G. Moreno Botella, “Libertad religiosa y neutralidad escolar. A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 58, (2001), pp.189 y ss.; M.C. Llamazares Calzadilla, “Símbolos religiosos y Administración Pública: el problema en las aulas de centros públicos docentes”, en *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, pp. 279 y ss.

²⁶ RJA-RJCA 20081109.

El Tribunal afirma que el mantenimiento de símbolos religiosos en un centro de enseñanza pública no es un acto de simple gestión del “mobiliario” o del equipamiento material del centro, reconociendo al crucifijo una cierta trascendencia pedagógica²⁷, aunque matizando que su simple colocación no puede entenderse como un acto de proselitismo, salvo que vaya acompañado de un adoctrinamiento explícito más intenso.

En el fondo, en esta sentencia se trata de aportar una decisión salomónica en relación con la presencia del crucifijo en estas dependencias al firmar 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. [...] Ante la colocación, retirada o mantenimiento de cualquier símbolo religioso caben diferentes posturas: la colocación o retirada de un símbolo religioso absolutamente contrario a las religiones que profesen todos los alumnos del centro no será una actuación adecuada al entorno del centro educativo. Inversamente, la colocación o retirada de un símbolo conforme con las creencias de la totalidad de los alumnos no vulnerará su libertad religiosa y además será plenamente adecuado a las circunstancias del entorno social del alumnado. Entre estos dos extremos, también hay lugar para soluciones intermedias, que pueden solventar supuestos de un entorno social y de alumnado multicultural. Piénsese, nuevamente a título hipotético, que ese centro, a través de su Consejo Escolar decida, en atención a las peticiones recibidas el mantenimiento o colocación de unos símbolos religiosos en unas aulas y no en otras según la concreta composición de las mismas, y siempre que sea posible tal opción.

Sin embargo este planteamiento, además de ser de difícil aplicación práctica, no aborda el *punctum dolens* del problema: la compatibilidad de los símbolos religiosos en los centros educativos a la luz de lo dispuesto en los artículos 16 y 27 de la Constitución. En efecto, el Tribunal se lamenta de que no pueda pronunciarse en este caso sobre la admisibilidad constitucional del crucifijo por entender que ha quedado fuera del recurso de apelación que ha sido llamado a resolver²⁸.

En fin, el último pronunciamiento sobre la presencia de estos símbolos en los colegios públicos se halla contenido en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, de 14 de noviembre de 2008, que tiene el mérito de contener una valoración de fondo sobre la presencia del crucifijo en los centros educativos públicos²⁹.

Se señala en la citada decisión que “la presencia de símbolos religiosos en las aulas y dependencias comunes del centro educativo público no forma parte de la enseñanza de la religión católica; tampoco puede considerarse un acto de proselitismo la existencia de estos símbolos o, al menos, no puede considerarse acreditado que sea ésta la finalidad de la presencia de los símbolos religiosos, si se parte del concepto de proselitismo como actividad deliberada de convencer del propio credo y hacer nuevos adeptos”³⁰.

²⁷ Vid. Fundamento jurídico séptimo.

²⁸ Fue ésta una cuestión planteada en instancia por la Administración demandada y que no tuvo ninguna respuesta en la sentencia de 27 de febrero de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid. (RJA JUR 2007\80046).

²⁹ RJA JUR 2008\366726.

³⁰ Vid. Fundamento jurídico cuarto.

Llama la atención que la sentencia a pesar de que afirma que el crucifijo, de por sí, no es un elemento proselitista, sostenga que su presencia entraña una vulneración del derecho de libertad religiosa a la luz de

Frente a esta argumentación, la propia sentencia –justo a continuación- sostiene que “la presencia de símbolos religiosos en las aulas y dependencias comunes del centro educativo público en el que se imparte enseñanza a menores que se encuentran en plena fase de formación de su personalidad vulnera los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 y 16.1 y 3”.

El Juzgador entiende en su decisión que el crucifijo tiene una clara significación religiosa –aunque pudiera tener otras- y en consecuencia su presencia resulta inconstitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Constitución. A su juicio, “la aconfesionalidad implica una visión más exigente de la libertad religiosa, pues implica la neutralidad del Estado frente a las distintas confesiones y, más en general, ante el hecho religioso. Nadie puede sentir que, por motivos religiosos, el Estado le es más o menos próximo que a sus conciudadanos”.

Son varias las objeciones que se pueden plantear a esta fundamentación jurídica. De un lado, ¿puede afectar a la libertad religiosa un símbolo secularizado que carece de carácter proselitista? Y de otro, ¿el hecho de que un símbolo comparta junto a un significado cultural e histórico otro de significado religioso lo convierte en una amenaza para la neutralidad religiosa del Estado? A ellas nos referiremos, de una manera general, en las conclusiones de este trabajo.

5. Menores y símbolos religiosos en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal de Estrasburgo ha vuelto a pronunciarse sobre la cuestión del velo islámico en el ámbito educativo, aplicando la misma solución alcanzada en otras ocasiones anteriores –el rechazo del pañuelo- aunque las circunstancias del caso no fueran coincidentes. En efecto, mientras los casos anteriores vienen referidos al ámbito universitario,³¹ en estos últimos casos³² se trataba de dilucidar la posible violación del derecho de libertad religiosa de unas alumnas de un centro escolar a quienes se obligó a retirar el velo islámico en las clases de educación física. Dada su pretensión de acudir

la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de proselitismo impropio. (Kokkinakis v. Grecia, de 25 de mayo de 1993 [RJA TEDH 1993\21] y Larissis v. Grecia, de 24 de febrero de 1998[RJA TEDH 1998\8]).

Sobre estas decisiones de la Corte de Estrasburgo puede verse J. Martínez-Torrón, “Límites a la libertad de religión y de creencias en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 2 (2003).

³¹ Vid. Por orden cronológico pueden verse, las decisiones de admisibilidad de la Comisión de Derechos Humanos en los casos Karaduman v. Turquía, y Bolut v. Turquía, ambas de de 3 de mayo de 1993. Un comentario sobre estas decisiones puede verse en J. Martínez-Torrón, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 2 (2003) en <http://www.iustel.com>

Puede también verse la sentencia del Tribunal de Estrasburgo Leyla Shain v. Turquía, de 29 de junio de 2004. (TEDH 2004\46) Un comentario a esta sentencia puede verse en E. Ralaño, A. Garay “Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Shain v. Turquía” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 12 (2006) en <http://www.iustel.com>

³² Vid. Kervanci v. Francia, (JUR 2008\373844) y Dogru v. Francia, ambas de 4 de diciembre de 2008. Un comentario al contenido de estas decisiones a la luz del principio francés de laicidad puede verse en B. Chelini-Pont, D. Girard, “Le voile musulman et la conception française de l’Etat laïc. Note sous les arrêts de la Cour européenne des droits de l’Homme Dogru et Kervanci c. France (4 décembre 2008)” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 19 (2009) en <http://www.iustel.com>

cubiertas a las clases de educación física, y a pesar de que admitieron la sustitución del velo por un gorro, fueron expulsadas de sus respectivos centros educativos.

En el caso *Kervanci v. Francia*, la alumna presentó demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 9 del Convenio y del artículo 2 del Protocolo Adicional I.

El Tribunal, en primer lugar, estudia la evolución que en Francia ha tenido el empleo de simbología religiosa –especialmente islámica- a la luz del principio de laicidad de la República francesa, tomando como punto de partida el Dictamen del Conseil d'Etat de 1989³³, la jurisprudencia emanada por este órgano en el ejercicio de su función jurisdiccional³⁴ y llegando hasta la Ley de 2004, por la que se prohíbe el empleo de símbolos religiosos ostentatorios en los centros educativos públicos³⁵.

En segundo lugar, -entrando en el fondo del asunto- analiza la vulneración del derecho de libertad religiosa de la demandante a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio. El Tribunal sostiene que la prohibición de emplear el velo islámico en las clases de educación física estaba prevista por la ley. A pesar de que en ese momento no había una prohibición explícita, -todavía no se había aprobado la Ley de marzo de 2004- la Corte entiende que la noción de «Ley» debe ser entendida en su acepción «material» y no «formal». En consecuencia, incluye el conjunto formado por el derecho escrito, incluidos los textos de rango infralegislativo así como la jurisprudencia que la interpreta. En todo caso, acudiendo a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley francesa de

³³ El texto de este dictamen puede encontrarse en *Revue française de droit administratif*, VI-1, (1990), pp. 6-9. Un amplio comentario a este Dictamen puede verse en J. RIVERO, “Laïcité Scolaire et Signes d'Appartenance Religieuse”, en *Revue Française de Droit Administratif* VI-1, (1990). Cfr. también el comentario de E. T. BELLER, “The headscarf affair: The Conseil d'Etat on the role of religion and cultura in french society” en *Texas International Law Journal*, Summer 2004, pp. 609 y ss.

En este texto se recordaba que el derecho reconocido a los alumnos de expresar y manifestar sus creencias religiosas en el interior de los centros escolares no puede vulnerar las actividades de enseñanza, el contenido de los programas y la obligación de asistencia, comprometer su salud o su seguridad, perturbar el desarrollo de la enseñanza y el papel educativo de los profesores, por último, alterar el orden en el centro o el funcionamiento normal del servicio público.

También se apuntaba, no obstante, que el uso de indumentaria religiosa en las aulas –por medio de la cual se manifiesta la pertenencia a una determinada religión- no es necesariamente incompatible con la laicidad del Estado, en la medida en que constituye un ejercicio de la libertad de expresión y de manifestación de las creencias religiosas constitucionalmente sancionada. No obstante, precisó que esta libertad “no permite a los alumnos hacer muestra de signos de pertenencia religiosa que, por su propia naturaleza, por las condiciones en que serían llevados individual o colectivamente, o por su carácter ostentatorio o reivindicativo, constituirían un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda, supondrían un ataque a la libertad o a la dignidad del alumno o de otros miembros de la comunidad educativa, comprometerían su salud o seguridad, perturbarían el desarrollo de las actividades de enseñanza y el papel educativo de los enseñantes y que, por último, perturbarían el orden en el establecimiento o el funcionamiento del servicio público”.

³⁴ Vale la pena advertir que el Consejo de Estado francés tiene una doble función, como órgano consultivo del Estado y como Tribunal Supremo Administrativo. Respecto a la primera función, examina los proyectos de ley antes de someterse al Consejo de Ministros, emite *avis* sobre la regularidad jurídica de determinadas normas y, puede también dar opinión ante los problemas puntuales que le presente el gobierno sobre cuestiones jurídicas, como es el caso de la utilización de prendas religiosas. Respecto a la segunda función, actúa como juez supremo de los órganos jurisdiccionales administrativos.

³⁵ Loi n° 2004-228, du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Vid. *Journal Officiel*, n° 65, de 17 de marzo de 2004.

orientación y educación, de 10 de julio de 1989³⁶, y al posterior dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre del mismo año³⁷, entendió que la restricción tenía base legal suficiente en el derecho francés.

El Tribunal pasa a valorar si la medida resultaba necesaria en el marco de una sociedad democrática. La Corte sostiene que la injerencia en el libre ejercicio de la religión perseguía dos finalidades legítimas, a saber, la protección de los derechos y libertades fundamentales de los demás y la tutela del orden público. De esta forma, el Tribunal considera que la conclusión a la que llegaron las autoridades francesas según la cual el uso de un velo, como el islámico, no es compatible con la práctica de deporte tanto por razones de seguridad como de higiene y salud pública, es razonable. Admite que la sanción impuesta es la consecuencia del rechazo de la demandante a ajustarse a las reglas aplicables en el centro escolar de las que estaba perfectamente informada y no, como señala, debido a sus convicciones religiosas.

En lo que se refiere a la protección del orden público, el Tribunal señala que en Francia, como en Turquía o en Suiza, la laicidad es un principio constitucional, fundador de la República, a la que el conjunto de la población se adhiere y cuya defensa parece primordial, particularmente en el colegio. El Tribunal reitera que una actitud que no respete este principio no será necesariamente admitida como parte de la libertad de manifestar su religión, y no se beneficiará de la protección que garantiza el artículo 9 del Convenio. En consecuencia, teniendo en cuenta el margen de apreciación que debe dejarse a los Estados miembros, la libertad religiosa así reconocida y limitada por los imperativos de la laicidad parece legítima con respecto a los valores subyacentes al Convenio.

Concluye el Tribunal que la sanción de la expulsión definitiva no resulta desproporcionada, ya que el empleo de un velo, como el islámico, no es compatible con la práctica de deporte por razones de seguridad y de higiene y la alumna no se avino a retirarlo.

No podemos compartir el criterio manifestado por el Tribunal Europeo en esta sentencia por un doble motivo. De un lado, por lo que se refiere a la laicidad como límite al derecho de libertad religiosa y, de otro, por una discutible aplicación –al menos a nuestro juicio- de la regla de proporcionalidad que, en términos estrictos, exige analizar si hay otras alternativas para atender los intereses legítimos que lesionen en

³⁶ Dicho artículo disponía lo siguiente: “«en los institutos y colegios, los alumnos disponen, respetando el pluralismo y el principio de neutralidad, de la libertad de información y de la libertad de expresión» y que «el ejercicio de estas libertades no puede vulnerar las actividades de enseñanza». Este mismo artículo enuncia que los alumnos deben cumplir la obligación de asistencia y el respeto de las reglas de funcionamiento y de la vida colectiva de los centros.

³⁷ Es discutible la atribución del carácter de Ley en sentido material a un Dictamen consultivo del Consejo de Estado francés. En este sentido se ha dicho que este pronunciamiento no dispone de fuerza jurídica intrínseca, ya que el Consejo de Estado no actuaba, en este caso, como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. Estas resoluciones del Consejo de Estado gozan, no obstante, de una autoridad moral innegable, pero no se les puede atribuir un carácter jurídico, propiamente dicho. Vid. B. Chelini-Pont, D. Girard, “Le voile musulman et la conception française de l’Etat laïc. Note sous les arrêts de la Cour européenne des droits de l’Homme Dogru et Kervanci c. France (4 décembre 2008)” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, cit.

menor medida el derecho de libertad religiosa de la menor. A ello nos referiremos también en las conclusiones de este trabajo.

6. Menores y símbolos religiosos en la experiencia comparada

Para el análisis de las soluciones aportadas en casos similares por otros ordenamientos occidentales, he considerado oportuno referirme a la experiencia canadiense y a la italiana, en lo que se refiere, respectivamente, a la simbología dinámica y estática. Las razones para haberme decantado por esta elección son relativamente sencillas. En materia de vestuario religioso no cabe duda de que la mayor experiencia europea recae –y sigue haciéndolo– en Francia, donde desde finales de la década de los 80 han sido abundantes los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la admisibilidad, principalmente, del velo islámico en las aulas de los colegios públicos. La última respuesta francesa en esta materia ha venido por parte del legislativo que aprobó –antes ya hemos hecho referencia a ello– la ley de prohibición de símbolos religiosos “fuertes” en aquellos establecimientos. Frente a la experiencia francesa, sobradamente conocida, han ido proliferando conflictos de este tipo en otros estados occidentales cuya solución ha sido analizada por parte de sus más altas instancias jurisdiccionales.

En lo que a mi conocimiento alcanza, el último pronunciamiento de este tipo corresponde al Tribunal Supremo canadiense que ha venido a pronunciarse sobre la admisibilidad de ciertos símbolos religiosos en un centro educativo. Precisamente por la relativa novedad de este pronunciamiento, y por resolverse fuera de los patrones europeos de tutela de los derechos fundamentales, –léase del Consejo de Europa– he considerado conveniente centrar esta exposición en el caso canadiense.

En lo que se refiere a la simbología estática, en términos de estricta comparación, la experiencia en relación con la presencia de crucifijos en las aulas escolares la encontramos únicamente en Italia. En otros países se han producido conflictos de otra tipología, como por ejemplo, relacionados con la presencia de los Diez Mandamientos en las aulas de colegios públicos.³⁸ Con objeto de establecer una comparación entre situaciones de hecho lo más parecidas posibles, hemos decidido centrar este estudio en el caso italiano.

6.1 Simbología dinámica. La experiencia canadiense

Como antes he señalado, el caso más reciente de simbología religiosa empleada por menores ha sido resuelto por el Tribunal Supremo Canadiense en su sentencia *Multani*.³⁹ Se trataba, en este caso, de un alumno perteneciente a la confesión religiosa *sikh*, a quien se prohibió acudir al colegio con un símbolo religioso –un pequeño

³⁸ Me refiero, por ejemplo, a la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).

³⁹ *Singh-Multani c. Marguerite-Bourgeois (Commission scolaire)* [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. Un estudio en profundidad de esta decisión puede verse en S. Cañamares Arribas, “Libertad religiosa y seguridad pública en la experiencia jurídica canadiense” en *Ius canonicum*, Vol. 47, N° 94, 2007, pp. 527-551.

cuchillo metálico denominado kirpan- cuyas creencias religiosas le exigen llevarlo en todo momento⁴⁰.

Ante esta situación el padre del alumno acudió a los tribunales solicitando que se dejara sin efecto la decisión de las autoridades académicas y que se reconociera el derecho de su hijo a llevar el kirpan al colegio si estaba sellado y cosido debajo de sus ropas. Sostuvo el recurrente que esta solución representaría una acomodación razonable para la libertad religiosa y el derecho de igualdad garantizado en la Carta quebequesa de derechos y libertades y en la Carta Canadiense de derechos y libertades⁴¹. Tras ser estimada la demanda por el *Superior Court*⁴², que estableció una serie de condiciones para llevar el kirpan al colegio⁴³, la decisión fue recurrida ante la Corte de Apelación de Québec⁴⁴, quien estimó el recurso, denegando la pretensión de los sikhs. De esta manera, el asunto llegó hasta el Tribunal Supremo de Canadá quien otorgó la razón a los recurrentes con base en los siguientes fundamentos jurídicos.

El Tribunal Supremo de Canadá se cuestiona, en primer lugar, si la decisión de las autoridades educativas prohibiendo al alumno llevar su kirpan al colegio infringe su derecho de libertad religiosa en los términos del artículo 2 de la Carta canadiense⁴⁵ o del artículo 3 de la Carta quebequesa. Si quedara acreditada la infracción, habría que valorar si tal restricción está justificada en los términos previstos por los artículos 1 y 9.1 de las citadas cartas⁴⁶.

⁴⁰ Los Khalsa Sikhs, por exigencia de sus creencias, deben llevar en todo momento cinco símbolos sagrados que constituyen artículos de fe y de identidad, que son conocidos como las cinco Kas, y que comprenden el Kesh (pelo largo), el Kangha (peine de madera), el Kara (un brazalete metálico), el Kaccha (ropa interior corta) y, finalmente, el Kirpan (cuchillo ceremonial), que es un símbolo de auto-respeto, de libertad frente a la opresión y del triunfo del conocimiento espiritual. En definitiva, todos ellos constituyen elementos que se encuentran vinculados con la persecución religiosa que sufrieron los sikhs en el norte de la India alrededor de 1675, tras la pretensión de las autoridades mongolas de forzar su conversión al Islam.

Una exposición más detallada del origen del *sikhismo*, puede verse en S.S. JUSS, "Constitution and *sikhs* in Britain" en *Brigham Young University Law Review*, (1995) p. 489 y ss. También puede verse A. S. BHACHU, "A shield for swords" en *American Criminal Law Review*, Fall, (1996), pp. 200 y ss; J. R. LEWIS, "Sikhism and de Sant Mat tradition", en *Religions of the Word. A Comprehensive Encyclopedia of Beliefs and practices*, Vol. 4, pp.1175 y ss.

⁴¹ Puede verse una referencia al marco constitucional canadiense en S. Cañameres Arribas, Libertad religiosa y seguridad pública en la experiencia jurídica canadiense, cit, pp. 531-535.

⁴² ([2002] Q.J. No. 1131 (QL)).

⁴³ Las condiciones establecidas por la Superior Court, para el llevar el kirpan a la escuela son las siguientes: "that the kirpan be worn under his clothes; that the kirpan be carried in a sheath made of wood, not metal, to prevent it from causing injury; that the kirpan be placed in its sheath and wrapped and sewn securely in a sturdy cloth envelope, and that this envelope be sewn to the guthra; that school personnel be authorized to verify, in a reasonable fashion, that these conditions were being complied with; that the petitioner be required to keep the kirpan in his possession at all times, and that its disappearance be reported to school authorities immediately; and that in the event of a failure to comply with the terms of the judgment, the petitioner would definitively lose the right to wear his kirpan at school.

⁴⁴ ([2004] R.J.Q. 284).

⁴⁵ El artículo Segundo de la Carta tiene la siguiente redacción: Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other means of communication.[...]

⁴⁶ El citado artículo tiene el siguiente tenor: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

El Tribunal sostiene que las autoridades tomaron su decisión con base en las atribuciones que le vienen concedidas por la ley, lo que determina que la limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa del alumno venga establecida en los términos exigidos por el artículo primero de la Carta. Sin embargo hay que demostrar, por parte de las autoridades académicas, que tal limitación resultaba justificada en una sociedad libre y democrática. Para la determinación de este punto se deben satisfacer dos requisitos. En primer lugar, demostrar que el objetivo perseguido es suficientemente importante para justificar la limitación de un derecho constitucional. Y en segundo lugar, acreditar que los medios empleados han sido proporcionados al objetivo en cuestión.

Admite el Tribunal que el objetivo perseguido por la autoridad educativa estaba en mantener la seguridad en los colegios, y que es suficientemente importante para justificar una restricción de un derecho constitucionalmente protegido. Queda por determinar, no obstante, qué nivel de seguridad pretendía alcanzar el órgano de gobierno prohibiendo la utilización de armas y objetos peligrosos y qué nivel de riesgo podría ser tolerado. El rango de posibilidades⁴⁷, puede oscilar entre una seguridad total y una falta absoluta de preocupación. Desde luego, -afirma la sentencia- la aplicación de un criterio de seguridad absoluta determinaría la instalación de detectores de metales en los colegios, la prohibición de todos los objetos potencialmente peligrosos (como tijeras, compases, bates de *baseball*, y cuchillos de mesa en la cafetería) y la consiguiente expulsión permanente del sistema educativo público de cualquier estudiante que mostrara un comportamiento violento. De la misma manera hay que rechazar que se buscara un estándar mínimo de seguridad, ya que las armas y la violencia no están toleradas en los colegios, y los alumnos que muestran un comportamiento violento o peligroso son sancionados. Tales medidas demuestran que el objetivo perseguido por las autoridades al aprobar el Código de conducta es obtener un nivel razonable de seguridad más allá de un umbral mínimo.

El Tribunal acude a la regla de proporcionalidad para determinar si la decisión de las autoridades educativas prohibiendo el kirpan se adoptó a favor de este objetivo. Para ello, la decisión debe tener una conexión racional con el objetivo perseguido. Y, en segundo lugar, la limitación debe tener la incidencia mínima posible -dentro de un elenco de posibilidades razonables- sobre el derecho de libertad religiosa.

Al margen del profundo significado religioso que el kirpan supone para el alumno, no cabe duda de que tiene también las características de un arma de filo y que, consecuentemente, puede causar lesiones. De esta manera es indiscutible la concurrencia de una conexión racional entre la prohibición del símbolo religioso y el objetivo de asegurar un nivel de seguridad razonable en los colegios.

De acuerdo con los recurridos, la presencia del kirpan en colegios, incluso bajo ciertas condiciones, crea el riesgo de que pueda ser usado con propósito violento, tanto por aquellos que lo llevan como por otros estudiantes que se lo pueden arrebatar por la fuerza. Sin embargo, las pruebas demuestran que el alumno recurrente no tiene problemas de comportamiento ni nunca ha recurrido a la violencia en el colegio, de suerte que el riesgo de que lo emplee para actos violentos puede calificarse como mínimo. De la misma manera, el peligro de que pueda ser usado por otros alumnos es

⁴⁷ British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868 (S.C.C.).

también pequeño, sobre todo, si va bien sujeto conforme a las condiciones establecidas por la *Superior Court*. Cumpliendo estas condiciones cualquier estudiante deseoso de llevar a cabo un acto violento emplearía otros medios para obtener un arma, tal como traerla al colegio desde fuera. Es más, hay objetos en el recinto escolar que pueden ser obtenidos para cometer actos violentos de una manera más sencilla, como tijeras, lápices o bates de béisbol.

Frente a esta afirmación los recurrentes mantienen que la libertad religiosa puede ser limitada incluso en ausencia de prueba de un riesgo verdadero de daño significativo, desde el momento en que no es necesario esperar que ocurra el daño para corregir una determinada situación. El Tribunal comparte en su fundamentación este parecer aunque matiza que la existencia de una preocupación relativa a la seguridad debe ser inequívocamente establecida para que la restricción de un derecho fundamental pueda resultar justificada. En el caso concreto, y en atención a las pruebas, la posición de las autoridades académicas de establecer una prohibición general del kirpan, como elemento inherentemente peligroso debe ser, a juicio del Tribunal, desestimada.

En fin, el Tribunal sostiene que una prohibición general del empleo del kirpan tendría efectos negativos en el ámbito educativo, entre ellos, reprimir la promoción de valores como el multiculturalismo, la diversidad y el desarrollo de una cultura educativa respetuosa con los derechos de los demás. Una prohibición de tales características socava el valor de los símbolos religiosos y envía a los estudiantes el mensaje de que determinadas prácticas religiosas no merecen la misma protección que otras. En definitiva, los efectos indeseables de una prohibición total de tal símbolo religioso sobrepasan sus efectos saludables.

6.2 Simbología estática. La experiencia italiana

La respuesta italiana a la compatibilidad constitucional del crucifijo en las aulas de los colegios públicos se ha desarrollado en torno a una doble argumentación. De un lado, su posible fundamento normativo con base en la vigencia de unas normas reglamentarias anteriores a la Constitución italiana de 1947, y de otro, las implicaciones del principio de laicidad del Estado, deducible de diversos preceptos constitucionales y cuyo contenido debe examinarse a la luz de la interpretación contenida en diversas sentencias de la Corte Constitucional.

Uno de los primeros pronunciamientos⁴⁸ en relación con la presencia de los crucifijos en dependencias oficiales, viene constituido por la Resolución del Consejo de Estado italiano⁴⁹ de 27 de abril de 1988⁵⁰. En ella se trataba de dar respuesta a una

⁴⁸ Una exposición más amplia de los conflictos entre el crucifijo y la laicidad italiana puede verse en S. Cañameres Arribas, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Ed. Aranzadi, (2005), pp. 106 y ss. Vid, también, M. Roca, “La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N° 23, (2007), pp. 280-286; Vid. A. González-Varas, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia: Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, Ed. Clueb, (2005), pp. 203-238.

⁴⁹ El Consejo de Estado italiano –previsto en el artículo 100 de la Constitución de 1947, desempeña una doble función. De un lado, como órgano consultivo del Estado, y de otro, como órgano de la jurisdicción administrativa orientado a la tutela de los intereses legítimos de los particulares frente a la Administración Pública.

⁵⁰ El texto de esta Resolución puede verse en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, (1989/1), pp. 197-199.

cuestión sometida por el Ministerio de Educación acerca de la vigencia normativa de los reales decretos de 1924 y 1928 que preveían la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos.

Este órgano declaró, ante todo, que el símbolo de la cruz, aparte del significado religioso que indudablemente tiene para los creyentes, constituye un símbolo de la civilización y de la cultura cristiana en su raíz histórica, que ostenta un valor universal independiente de específicas confesiones religiosas y que, por tanto, forma parte del patrimonio cultural del país, de suerte que la presencia de los crucifijos en las aulas de los colegios no puede entenderse como un motivo de constricción de la libertad de manifestar las propias creencias religiosas.⁵¹ Consecuentemente con este razonamiento señala la plena vigencia de las citadas normas administrativas de 1924 y 1928, de un lado, porque no se vieron afectadas por los Concordatos de 1929 ni de 1984, firmados entre la Santa Sede e Italia y, de otro, porque los principios de la Constitución no impiden la fijación de simbología que por los valores que evoca forma parte del patrimonio histórico del Estado⁵². Además –concluía el Consejo de Estado- dada las características del símbolo en cuestión, la presencia del crucifijo no puede entenderse como limitación de la libertad religiosa a manifestar las propias creencias.

Sin embargo, tratar de buscar un apoyo normativo a la presencia del crucifijo en las aulas escolares a través de sendos reales decretos de 1924 y 1928, ha suscitado posturas enfrentadas. Quizá una de las que más repercusión ha tenido –excepción hecha de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2000⁵³- ha sido la sentencia del Tribunal Administrativo Regional para el Véneto, de 14 de enero de 2004⁵⁴, en la que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad frente a tales normas, en cuanto concreción de lo dispuesto en los artículos 159 y 190 del Decreto legislativo 197/2004⁵⁵. El Tribunal del Véneto, afirmaba que el crucifijo constituye un símbolo religioso que puede adquirir otros valores semánticos sin perder su significado original, por lo que la normativa que establece que en las aulas de educación elemental y de grado medio sea fijado un símbolo que mantiene un inequívoco significado confesional,

⁵¹ Una exposición sobre la presencia de símbolos religiosos estáticos en los colegios públicos italianos puede verse en L. ZANNOTTI, “Il crocifisso nelle aule scolastiche” en *Il diritto ecclesiastico*, Vol. II, (1990), pp.324-344, donde el autor se manifiesta contrario a la posición del Consejo de Estado, si bien llega a admitir que la legitimidad de las normas reglamentarias analizadas podría sostenerse a través de una exaltación del valor cultural de la imagen religiosa.

⁵² Más en concreto, el art. 118 del r.d. 965/1924 dispone que en todo instituto de grado medio debe estar presente la bandera nacional; en cada aula, la imagen del crucifijo y el retrato del Rey”. Por su parte, el art. 119 del r.d. 1297/1928, referido a los centros de educación elemental, establece que los “arredi” de las escuelas son los enumerados en el Anexo C de la norma reglamentaria, que contiene un elenco de materiales escolares, entre los que se incluye el crucifijo que debe estar presente en todas las aulas.

⁵³ Vid. Fundamento jurídico sexto, donde se indica que la vigencia de los discutidos decretos debe considerarse superada en cuanto expresiones del neoconfesionalismo estatal, propio del régimen fascista anterior. En tanto no sigue vigente la confesionalidad estatal que venía establecida en el artículo I del Concordato de Letrán de 1929, se deben considerar tácitamente derogadas las normas reglamentarias, especialmente cuando nos referimos a normas de carácter secundario como son los decretos.

El texto de esta decisión puede verse en la página web del Osservatorio delle libertà ed istituzione religiose (Oliir): http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=559#

⁵⁴ El texto de esta decisión puede verse en la página web del Osservatorio delle libertà ed istituzione religiose: http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=773

⁵⁵ Vid. Decreto Legislativo de 16 de abril 1994, n. 297 "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione". El texto puede verse en la página web del Oliir: http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=3501

no resulta a ciencia cierta, enteramente compatible con los principios de la Constitución italiana, tal y como han sido interpretados por la Corte constitucional.

Sin embargo dado que el principio de laicidad exige que la postura del Estado hacia las confesiones sea de equidistancia e imparcialidad, la presencia de símbolos religiosos cristianos en espacios públicos -sobre todo en las aulas escolares donde todo el mundo debe acceder- parece traducirse, a juicio del Tribunal- en el reconocimiento de una posición de privilegio a favor de la religión cristiana. Por ello entendió que era necesario plantear una cuestión de legitimidad constitucional frente a las normas que integran la presencia del crucifijo dentro de los “arredi delle aule scolastiche”.

La cuestión vino a ser desestimada por el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 13 de diciembre de 2004⁵⁶, por entender que unas normas reglamentarias, desprovistas de fuerza normativa, no podían ser objeto de una cuestión de constitucionalidad. Además, afirmó que no había base jurídica alguna para entender que las normas preconstitucionales pudieran considerarse una concreción del Decreto legislativo de 2004.

En todo caso, la compatibilidad de la presencia del crucifijo en el marco constitucional italiano, bien puede analizarse a la luz del principio de laicidad del Estado, sin que sea necesario encontrar un fundamento normativo en disposiciones reglamentarias anteriores a la Constitución.

La Corte Constitucional italiana ha tenido ocasión de referirse a la vigencia de este principio en varias decisiones. Entre ellas, cabe referirse a la sentencia de 12 de abril de 1989⁵⁷, en cuyo fundamento jurídico cuarto se dispone que “el principio de laicidad, tal y como se deduce de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución, no implica indiferencia del Estado frente a las religiones, sino que supone una garantía estatal para la salvaguarda de la libertad religiosa en un régimen de pluralismo confesional y cultural”.

En este punto, es a su vez, conveniente destacar que el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función jurisdiccional, ha señalado en su sentencia de 13 de febrero de 2006,⁵⁸ que la laicidad entraña el reconocimiento de una recíproca autonomía entre el orden temporal y espiritual, con la consiguiente interdicción de injerencias en el ámbito interno de las confesiones religiosas, (arts. 7 y 8) la protección de los derechos fundamentales de la persona, al margen de su opción religiosa, (art. 2 y 3); respeto a la autonomía de las confesiones para organizarse autónomamente, siempre dentro del respeto al orden público (art 8.2) ; la libertad de individuos y grupos de manifestar en público y en privado su fe y de ejercitar el culto (art. 19); prohibición de discriminar a los grupos con motivo de su carácter religioso (art. 20).

No cabe duda de que en el crucifijo –considerado como símbolo religioso en concreto- convergen junto a su significado religioso otros valores de tipo cultural, histórico propios de la civilización italiana. Como apunta el Consejo de Estado en la referida sentencia, en Italia el crucifijo se orienta a manifestar en clave simbólica, el

⁵⁶ El texto de esta decisión puede verse en la página web del Olir: http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=1712#

⁵⁷ Puede verse el texto en: http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=370#

⁵⁸ Puede verse el texto en: http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=3517

origen religioso de valores cívicos como la tolerancia, el respeto recíproco, la valoración de la persona, etc, que sirven para identificar a la sociedad italiana. El reclamo, a través del crucifijo del origen religioso de tales valores y de su plena conformidad con los valores cristianos, sirve para poner de relieve su función trascendente sin que se vea afectada la laicidad del Estado.

De esta manera, estos valores serán vistos en la sociedad civil de modo autónomo respecto a su significado religioso, de suerte que puede ser “laicamente” sancionado por todos los ciudadanos, independientemente de su pertenencia a la religión que los ha inspirado y propugnado.

Como a todo símbolo religioso, también al crucifijo se le pueden atribuir significados diversos y contrastantes. Sin embargo, dentro de estas posibilidades, se debe pensar en este elemento como un símbolo idóneo para manifestar el elevado fundamento de los valores cívicos antes mencionados que, por lo demás, sirven también para conformar el contenido del principio de laicidad del Estado. De ahí que el Consejo de Estado concluya que la presencia del crucifijo en las aulas no resulta contrario al principio de laicidad.

7. Conclusiones

En lo que se refiere a los símbolos dinámicos, la solución debe encontrarse aplicando un criterio de proporcionalidad entre el derecho de libertad religiosa y el otro bien jurídico de relevancia constitucional con el que contrasta. Esta regla de proporcionalidad se traduce en que una vez acreditada la seriedad de las creencias religiosas que exigen el empleo de simbología y del otro bien jurídico que se pretende proteger, se trate de buscar una solución que entrañe una limitación de la menor entidad posible para que el derecho preponderante pueda realizarse. En el caso de la sentencia Kervanci, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se deduce que la alumna solicitó que se le permitiera sustituir el velo islámico por un gorro en las clases de educación física. Asegurar la lesión mínima de su derecho de libertad religiosa hubiera llevado a las autoridades educativas francesas a acomodar a la alumna en sus creencias, salvo que quedara acreditado que el empleo de la prenda sugerida por la alumna no consiguiera satisfacer el objetivo de la seguridad e integridad física en la asignatura en cuestión.

La solución dista de la alcanzada por el Tribunal Supremo canadiense en la sentencia Multani. La aplicación de la regla de proporcionalidad, en este caso, fue adecuada en tanto la limitación del derecho de libertad religiosa del alumno no fue más allá de lo exigido por la garantía de la seguridad en el centro educativo. Así, contrastada la seriedad de sus creencias y valorada la potencial peligrosidad del kirpan se le autorizó a llevarlo al colegio bajo determinadas condiciones que permitieran garantizar un estándar medio de seguridad.

En lo que se refiere a la presencia de símbolos estáticos en las aulas de los centros educativos públicos, la cuestión se encuentra en íntima relación con el concepto que se atribuya al principio de neutralidad religiosa del Estado. Resulta indiscutido que este principio prohíbe cualquier identificación entre el Estado y las confesiones religiosas. Ahora bien esta no identificación no implica una separación radical. El artículo 9.2 de la Constitución establece que los poderes públicos deben promover las condiciones para que el ejercicio de la libertad religiosa de individuos y grupos sea real

y efectiva. Estas consideraciones han llevado al Tribunal Constitucional español a calificar a la neutralidad religiosa del estado en términos positivos.

Claro este aspecto, no cabe duda de que determinados símbolos religiosos han sido emplazados o mantenidos por las autoridades educativas. En estos casos habrá que analizar si a través de su presencia se pretende mandar un mensaje de adhesión estatal a un determinado credo. Cuando el símbolo religioso, por su propia naturaleza tenga un significado exclusivamente religioso su presencia en el ámbito público puede responder a una motivación estrictamente religiosa, con lo que se podría estar traspasando los límites de la neutralidad religiosa. En cambio cuando un determinado símbolo ha experimentado un fuerte proceso secularizador, de modo que junto a su significado original religioso confluyen otros de carácter histórico, cultural, etc., no se puede atribuir una motivación exclusivamente religiosa en su colocación o mantenimiento. Esta concurrencia de valores –civiles y religiosos- en torno al crucifijo hace que no sea posible afirmar que su presencia vulnera el principio de laicidad del Estado.

Piénsese en que hay otras instituciones de origen religioso que han experimentado un fuerte proceso secularizador de modo que son percibidas por el conjunto de la sociedad por su carácter cívico más que por sus connotaciones religiosas. Es el caso, por ejemplo, del descanso dominical que, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia 19/1985, de 13 de febrero, el hecho de que “corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores, [...] que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el «domingo» como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición”⁵⁹.

Por eso, en estos casos, creo que es preciso advertir –como apuntó el Juez Goldberg de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia Abington-⁶⁰ que la habilidad del juicio constitucional consiste en distinguir entre la amenaza real y la mera sospecha.

⁵⁹ Vid. Fundamento jurídico cuarto (RTC 1985\19).

⁶⁰ Vid. *School District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203, at 308 (dissenting).