

PROYECCIÓN MULTICULTURAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO ESCOLAR

MARÍA MORENO ANTÓN*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. ABSENTISMO ESCOLAR. III. OBJECCIÓN A CURSAR ALGUNAS ASIGNATURAS. IV. DERECHO A CONMEMORAR LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS. V. USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS. VI. DERECHO A RECIBIR ENSEÑANZA RELIGIOSA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Una de las características de la sociedad actual es la movilidad geográfica de la población, que conlleva el trasvase de grupos de personas de un país a otro con el fin de conseguir puestos de trabajo y mejorar las condiciones de vida personales y familiares. Ello se deja sentir de manera especial en los países occidentales que reciben oleadas de gentes procedentes de zonas en vías de desarrollo. Estas personas traen consigo su cultura, su forma de ver la vida y sus propias creencias religiosas e ideológicas, y con frecuencia chocan con los principios y valores imperantes en el territorio en el que se instalan, lo que generan frecuentes conflictos que constituyen un reto político-social y jurídico para los Estados que los reciben.

Esta es una de las causas de un fenómeno social llamado «multiculturalismo» o «multiculturalidad», que implica el ingreso en un grupo social preexistente de otro grupo con valores, costumbres y formas de vida opuestos, que pasa a ocupar un lugar en la economía, la estratificación social, la cultura, las relaciones sociales, la política¹.

* La autora es profesora titular de Derecho Eclesiástico del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ La conexión inmigración/fenómeno multicultural puede verse en la Obra colectiva dirigida por JORDÁN VILLACAMPA, M^a L., *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia 2003.

Siguiendo a DE LUCAS, al hablar de multiculturalismo debe evitarse la confusión entre los planos descriptivo y normativo, lo que supone distinguir entre sociedades multiculturales y respuestas normativas, bien políticas o bien jurídicas, a las necesidades y conflictos que las primeras comportan².

Desde un punto de vista meramente descriptivo, el multiculturalismo es un hecho social consistente en la presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales, con identidades culturales propias por razones étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales. No hay posibilidades de sintonía, sino que parecen predeterminados al choque y al conflicto³. Se distingue de la sociedad plural en que en ésta conviven diferentes cosmovisiones, pero admiten una armonía, una sintonía, puntos en común que permiten una convivencia pacífica. En el pluralismo, la sociedad entera se asienta sobre valores y principios que son comunes, irrenunciables e inmutables. Como la base es común, las distintas concepciones de la vida conviven pacíficamente⁴.

El multiculturalismo genera el problema de la «cohabitación étnica» y de las posibles estrategias de incorporación de los grupos de inmigrantes a la sociedad receptora⁵. Situándonos en el terreno de las respuestas normativas al fenómeno, es pacífica la opinión que exige la integración de las comunidades extranjeras en los países occidentales a los que acuden, y que reclama el auxilio de los poderes públicos para ayudar a dicha integración. Sin embargo, el tema es complejo porque los códigos éticos, morales y jurídicos que ingresan en la sociedad receptora entran en conflicto con los valores y principios del Estado democrático de Derecho que, si bien considera al pluralismo como un valor del Ordenamiento, y reconoce el derecho a la identidad cultural y la necesidad de proteger las raíces de la persona, también proclama la libertad, la justicia y la igualdad como valores irrenunciables, en los cuales deben sustentarse todas las normas jurídicas que rigen la vida de sus ciudadanos (v. g. art. 1 CE).

Si el multiculturalismo se enfoca desde la libertad religiosa, los conflictos surgen por la creciente incorporación de la población musulmana al Occidente europeo, porque ni la inmigración europea ni la latinoamericana plantean especiales dificultades.

² Cfr. «La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos», en *Derecho y Sociedad*, Valencia 1998, pp. 20-21.

³ No debe confundirse con la interculturalidad que es una de las posibles respuestas jurídico-políticas a una realidad social multicultural y ya no se sitúa en el plano de los hechos, sino en el de los valores, ideales o principios, es decir en el plano normativo (Cfr. DE LUCAS, J., «La sociedad multicultural. Problemas...», *cit.*, p.22).

⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y Derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, 2001, p. 12.

⁵ Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J., «Movimientos migratorios contemporáneos», en *Hacia una Europa multicultural. El reto de las migraciones*, Salamanca 2002, pp. 85-88.

des en lo relativo a la protección de este derecho⁶. Su causa es un diverso modo de entender la libre expresión del sentimiento religioso y las relaciones del poder público con la religión lo que choca con los valores y principios que inspiran la sociedad y el Ordenamiento españoles⁷.

De los cuarenta y tres millones de personas que forman la población española, tres millones y medio son extranjeros⁸, de los cuales una parte importante es de origen musulmán⁹. Por otra parte, los datos estadísticos muestran un aumento progresivo de menores inmigrantes en nuestro país, como consecuencia del asentamiento de la población y consiguiente reagrupación familiar¹⁰. Los menores de procedencia islámica están particularmente atrapados entre los dos fuegos que genera el choque de culturas y la divergencia entre las concepciones morales y sociales que les inculcan sus padres o familiares, fuertemente impregnadas de valores religiosos tradicionales, y los valores y principios de los Ordenamientos jurídicos europeos, basados en la libertad e igualdad¹¹.

⁶ Algunos de estos problemas pueden verse en COMBALÍA SOLÍS, Z., «Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa en España», en *Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Instituto Martín de Azpilcueta sobre «Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales y canónicos»*, Pamplona 2003, pp 151-170. También en SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., «Conflictos ocultos, integración y límites a la libertad religiosa», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 7, Enero 2005, www.iustel.com.

⁷ Yendo más allá de lo meramente jurídico, la inmigración islámica nos sitúa ante el dilema de cómo actuar ante los musulmanes que vienen a residir a nuestro país: ¿Debemos «convertirlos» como hicieron los misioneros con los indígenas americanos e imponerles nuestros valores y forma de vida por entender que sus concepciones ideológicas, vitales y culturales son «primitivas» o «inmorales»? ¿O será mejor encontrar un punto de equilibrio que sea equidistante de algunas de sus pautas culturales contrarias a la dignidad humana y de la imposición de todas nuestras concepciones vitales?

⁸ Datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística extraídos de los padrones municipales. Según declaraciones de la Directora del INE a los medios el 10 de Mayo de 2005, tras el proceso de regularización llevado a cabo en los dos meses anteriores, la población inmigrante alcanzará los cuatro millones.

⁹ La diversidad de los países de procedencia es una nota característica de la inmigración extranjera en España, pero, quizás por la proximidad geográfica, Marruecos es uno de los mayores Estados emisores de inmigración, pues los nacionales de dicho país representan el 21,3 % de los extranjeros con permiso de residencia. En segundo lugar se sitúan los ecuatorianos (9,3 %), y tras ellos son los inmigrantes europeos y de América Latina los que concentran el mayor volumen de población extranjera (5 %); por último los chinos representan un 3 % de dicha población (Cfr. SORIANO MIRAS, R. M^a, *El asentamiento de la mujer marroquí en el Poniente almeriense*, Madrid 2004, p. 54).

¹⁰ Cfr. SORIANO MIRAS, R. M^a, *El asentamiento de la mujer...*, cit., p. 56. La autora pone también de relieve que el descenso del alumnado en las enseñanzas no universitarias como consecuencia del descenso de la natalidad en España, se ha visto amortiguado por la sucesiva llegada de alumnado extranjero, cuyo número es significativo en Madrid, Baleares, Gerona, Alicante y Melilla (p. 68).

¹¹ Cfr. ASÍN CABRERA, M^a A., «La imagen del menor en el Derecho de familia islámico. Problemas culturales de identidad e integración», en *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el mundo Mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid 1999, p.155. También, ELÍAS MÉNDEZ, C., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Valencia 2002, p. 115.

La escolarización de estos niños proyecta sobre la escuela el fenómeno multicultural, incipiente en la sociedad española, a través de conductas y actuaciones basadas en sus propias pautas culturales y religiosas¹². Asumir este hecho es, además de un síntoma de realismo, una obligación institucional y profesional para ensayar el entendimiento precoz entre los chicos y chicas de distinto origen, porque *la escuela es un sitio donde la gente se debe acostumbrar a convivir en la diferencia, con respeto*¹³.

La educación es el mejor instrumento para transformar la diversidad en un factor de entendimiento mutuo que permita el acercamiento entre los individuos, no su separación, a la vez que constituye el vehículo idóneo para transmitir y hacer valer políticas interculturales¹⁴. Pero el espacio escolar es también un banco de pruebas para evaluar la efectividad de tales políticas, porque en él confluyen y coexisten las concepciones culturales y vitales de nacionales y foráneos. De su convivencia armónica, así como de la transmisión de valores que seamos capaces de realizar a través de la educación, va a depender en gran parte el futuro de las sociedades multiculturales.

Exponemos a continuación los nuevos conflictos que la libertad religiosa plantea en el ámbito educativo español, generados por la incorporación a las aulas de menores inmigrantes islámicos¹⁵.

¹² Según el Informe del Defensor del Pueblo, *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico* (2º trimestre de 2003), en el Curso 2000/01 el número de alumnos de origen inmigrante rondaba los cien mil, de los cuales el 26'8 % eran procedentes del Norte de África. Un resumen del mismo puede verse en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a, «Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores de origen inmigrante en el sistema educativo español», *Ciudadanía e inmigración*, Zaragoza 2003, pp. 203 y ss.

¹³ ARGIBAY, M., interviniente en la mesa redonda «Debates e interrogantes en el ámbito educativo», en *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona 2004, p. 298. En este sentido, la Ley Orgánica de Educación (LOE) 2/2006, de 3 de Mayo señala como uno de los fines del sistema educativo español la formación en el respeto a la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad (art. 2, 1º g.).

¹⁴ Consciente de que la diversidad cultural es una realidad en los Estados miembros, la política comunitaria europea en materia educativa va dirigida a fomentar la educación intercultural de todos los alumnos de la Unión, con el fin de combatir la exclusión social y cultural y conseguir la integración de los hijos de inmigrantes en los sistemas educativos y en la sociedad europea (vid. Resolución del Parlamento Europeo de 21 de Enero de 1993 sobre la diversidad cultural y los problemas de la educación escolar de los hijos de inmigrantes en la Comunidad Europea). Un estudio sobre la educación intercultural en el ámbito comunitario puede verse en CONTRERAS MAZARÍO, J. M^a, «Derecho a la educación y educación intercultural en el marco de la Unión Europea», en *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia 2005, pp. 201 y ss.

¹⁵ La descripción y análisis de algunas situaciones generadas en el Derecho Comparado pueden consultarse en ELÍAS MÉNDEZ, C. y SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Nuevo reto para la escuela (libertad religiosa y fenómeno migratorio. Experiencias comparadas)*, Valencia 2002.

II. ABSENTISMO ESCOLAR

El derecho a la educación, proclamado en el art. 27 de la CE, corresponde a todas las personas en condiciones de igualdad y con independencia de su nacionalidad, como se desprende del art. 9 1º de la LO 4/2000 de Extranjería que reconoce tal derecho a los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles. Su objeto es el acceso a una enseñanza básica obligatoria y gratuita (art. 27 4º CE), siendo la escolarización el instrumento idóneo para conseguirlo¹⁶.

La escolarización es, para algunos, la esencia del derecho a la educación por cuya efectiva realización deben velar los poderes públicos¹⁷. Consiste en la incorporación a un centro escolar para recibir las enseñanzas programadas previamente por el Estado en los niveles obligatorios, como garantía del derecho a la educación. Su obligatoriedad no está contemplada de manera expresa por nuestro Ordenamiento, pero se infiere de algunas disposiciones tales como el art. 13 de la Ley orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que obliga a todos aquellos que tengan conocimiento de la no escolarización o inasistencia habitual de un menor al centro escolar durante el periodo obligatorio a ponerlo en conocimiento de las autoridades para que puedan adoptar las medidas tendentes a su escolarización.

No obstante, conviene distinguir dos situaciones que son esencialmente distintas. Una cosa es la ausencia absoluta de escolarización o el absentismo escolar habitual, y otra muy distinta la escolarización libre que consiste en educar a los hijos al margen de las enseñanzas regladas por razones ideológicas, religiosas o de conciencia¹⁸. Son variantes de este último fenómeno el *homeschooling* o educación en casa y la educación en entidades, grupos o centros no homologados estatalmente.

En el primer caso, los padres son los encargados de desarrollar las directrices educativas bajo la supervisión de las autoridades académicas. Es una opción pedagógica que cuenta con un gran número de partidarios en Estados Unidos, Australia y Canadá, aunque no es unánimemente admitida en el ámbito de la Unión Europea¹⁹.

¹⁶ Art. 5 de la LOGSE y Exposición de Motivos de la LO 10/2002 de 23 de Diciembre, de Calidad de la Educación. La LOE indica que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todos los ciudadanos, comprende diez años de escolaridad y se desarrolla entre los seis y los dieciséis años de edad (art. 4). Abarca, pues, los niveles de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, configurándose la Educación Infantil (niños entre cero y seis años) como nivel de carácter gratuito, pero voluntario (arts. 3, 3º y 12)..

¹⁷ «El derecho del art. 27 de la CE consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente si ello fuera del todo punto necesario» (voto particular del Magistrado José Vicente Gimeno Sendra a la STC 260/1994 de 3 de Octubre).

¹⁸ Esta posibilidad es defendida en España por CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación», en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, nº 2, Diciembre 2002, pp. 113 y ss.

¹⁹ La aceptan Italia, Portugal, Dinamarca, Bélgica y Reino Unido; está prohibida en Alemania y muy restringida en Francia y Holanda. Al respecto, vid. BRIONES MARTÍNEZ, I. Mª, «¿La escuela en casa o la

En España no está prevista legalmente, pero podría tener apoyo jurídico en el art. 27 3º CE que reconoce el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación acorde con sus convicciones. El Tribunal Supremo mantiene una actitud vacilante porque no excluye la posibilidad de educar en casa, pero, a la vez, señala los peligros que puede conllevar para la socialización del niño, remitiéndose a la solución judicial del caso concreto a instancias del Ministerio Fiscal o de los parientes del menor:

«No cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores. La familia es un ámbito de relación que puede contribuir a la formación integral de la persona, si bien limita la posibilidad de interrelaciones personales y sociales necesarias en una sociedad abierta y competitiva. En este punto se puede discrepar de la elección efectuada por los padres de los menores y no es descartable la intervención del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente ante el Juez para evitar consecuencias perjudiciales para el menor, pero el ámbito apropiado para ejercitar esta acción protectora es el marcado por el Ordenamiento civil»²⁰.

El segundo supuesto está ligado a la convivencia de los menores en grupos secarios y su educación en el seno de los mismos, al margen de los centros homologados estatalmente. En España se ha planteado como un conflicto entre el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos acorde con sus convicciones y el derecho de los niños a la educación, mediante la escolarización obligatoria²¹. Aunque no se pronuncia claramente sobre la cuestión, el Tribunal Constitucional parece rechazar que la falta de escolarización venga amparada por el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus propias convicciones, al afirmar que la escolarización es un derecho de todo niño por cuya efectividad están obligados a velar los que son responsables de él, de manera que si efectivamente se impide el ejercicio del derecho a la escolarización, se está conculcando el derecho a la educación²².

formación de la conciencia en casa?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, Octubre 2003, www.iustel.com.

²⁰ Sentencia de la Sala Segunda del TS de 30 de Octubre de 1994, F.J. 4º. Ponente Excmo. Sr. Martín Pallín. En España hay numerosos defensores del sistema de educación en casa que se han agrupado en entidades como la Asociación para la Libre Educación (ALE) y Crecer sin Escuela. Para evitar ser acusados de no tener escolarizados a sus hijos, los matriculan a distancia en colegios de Estados Unidos, como *Clonlara School*, que sí permiten esa opción pedagógica (vid. el reportaje de MARLÍN GONZALO y D. VILA, «La escuela en casa. Alternativa a la enseñanza ordinaria», *Revista de Muface* nº correspondiente a Septiembre de 2003).

²¹ El caso con mayor repercusión pública y jurídica fue el de los niños extranjeros que convivían con sus padres en la comunidad Niños de Dios, los cuales recibían formación en el ámbito de la misma sin acudir al colegio, lo que motivó su declaración de desamparo por la Generalidad de Cataluña con la consiguiente asunción de su tutela. Jurídicamente culmina con la STC 260/1994, de 3 de Octubre.

²² STC 260/1994, F.J. 2º. Esta resolución ha sido profusamente comentada por la doctrina. Como ejemplo véase: PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y Derecho*, Madrid 2001, pp. 309 y ss.

Distinto es el abandono escolar o la inasistencia habitual y continuada al colegio sin que exista un proyecto educativo alternativo para el niño, lo que incide de manera especial en el colectivo de inmigrantes. En esta sede, las causas del absentismo escolar habitual o de la falta de escolarización suelen obedecer a factores ajenos a las concepciones ideológicas paternas, entre los que se citan el desconocimiento del idioma, la falta de recursos económicos para transporte y comida y la miseria²³. Pero tratándose de inmigrantes islámicos, puede haber otros motivos.

De manera aislada y circunstancial algunos padres se han negado a escolarizar a sus hijos en los colegios concertados ofrecidos por la Administración porque su ideario, normalmente católico, era incompatible con las creencias familiares²⁴. Estos conflictos se han resuelto mediante el diálogo de las autoridades académicas y las familias que ha culminado, o bien en la aceptación del centro por parte de la familia, convencida del respeto a sus creencias religiosas, o bien en la escolarización en un centro público.

Respecto de las niñas islámicas, hay factores culturales que provocan su abandono escolar: la familia musulmana está asentada en una concepción patriarcal, en la que la mujer está normalmente confinada en el hogar, siendo formada para dedicarse al cuidado de la casa y del hogar familiar²⁵. Entre algunos colectivos islámicos está arraigada la idea de que la función primordial de las hijas al llegar a la pubertad es su dedicación a las tareas domésticas cuando así lo requieren las necesidades familiares, las cuales tienen un carácter preferente sobre su instrucción y formación, por lo que muchas niñas islámicas dejan de ir al colegio a los doce o trece años²⁶.

MARTINELL, J. M^a, «Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia», 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)*, Bilbao 2001 pp.111 y ss. REDONDO ANDRÉS, M^a J., «Familia y enseñanza», en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*, Bilbao 2001, pp. 715 y ss. CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación...», *cit.*, pp. 113 y ss. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada 2002, pp. 193 y ss.

²³ Cfr. ELÍAS MÉNDEZ, C., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional...*, *cit.*, pp. 302-303.

²⁴ *El País* de 20 de Febrero de 2002 se hacía eco del rechazo de algunas familias musulmanas instaladas en Cataluña a enviar a sus hijos a colegios concertados católicos por miedo a su conversión al cristianismo.

²⁵ En el reportaje «Lo que hay detrás del pañuelo de Fátima», publicado en *La Razón* de 24 de Febrero de 2002, se aludía al caso de una niña marroquí que había sido separada tempranamente del aula por su familia para prepararla para el casamiento. Con carácter general, véase la Crónica «La mujer y el Islam», *Los Domingos de ABC* de 24 de Febrero de 2002, n^o 128.

²⁶ En 2002 se publicaba en los medios que el número de alumnas marroquíes en la escuela caía en picado al llegar a la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) porque sus familias no veían en el colegio una forma de promoción socioeconómica para sus hijas. Asimismo, se reseñaba que en Andalucía los hijos varones de inmigrantes en situación irregular escolarizados era un 40% superior al de las hijas de esos inmigrantes (*El País* de 16 de Febrero de 2002). De este dato también se hace eco el Informe del Defensor del Pueblo citado *supra* sobre «La escolarización del alumnado inmigrante», que recomienda velar por el cumplimiento de la obligación de escolarización de las niñas de origen norteafricano en el tramo de la ESO.

La escolarización del niño y el control sobre su asistencia al colegio es responsabilidad de los que ejercen la patria potestad, cuyo incumplimiento tiene como respuesta legal la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela por la Administración²⁷. Sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de inmigrantes que llegan a un medio social para ellos desconocido y hostil, el remedio puede ser contraproducente y ocasionar al menor perjuicios mayores que su inasistencia a la escuela, porque se ve arrancado del único medio que le proporciona seguridad, su familia, para ser trasladado a un centro de acogida con los consiguientes desajustes psicológicos y psíquicos que todo ello le puede causar²⁸. Por ello consideramos que el interés del menor, principio rector de todas las relaciones que le afectan, hace necesario flexibilizar las medidas jurídicas y adoptar alternativas más acordes con la situación del niño. Aunque la variedad de la casuística aconseje estar a las circunstancias del caso concreto, entendemos que, con carácter previo a cualquier actuación jurídico-administrativa, es fundamental el diálogo con su familia para cuya consecución se puede recurrir a la mediación de la CIE o de la comunidad islámica a la que pertenezcan los padres. Como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, antes de adoptar medidas coactivas, que deben tomarse si fuera necesario, conviene ofertar soluciones que quepan en el marco constitucional, a través de la comunicación directa del colegio con los padres, porque el ámbito escolar es uno de los sectores de la actividad administrativa en los que las «formas de actuación informal» son más frecuentes y pueden ser más eficaces que otro tipo de medidas²⁹.

En cualquier caso, creemos que, en beneficio del menor, antes que a la declaración de desamparo, sería aconsejable acudir a la situación de riesgo, porque con ella no se le arranca del medio familiar, al tiempo que se facilita el seguimiento administrativo de su situación (art. 17 LOPJM). La flexibilidad en la aplicación de las medidas jurídico-administrativas ha sido admitida por algunas resoluciones judiciales que han

²⁷ Ya hemos señalado que, a efectos de asegurar su adecuada protección, la ley obliga a comunicar a la autoridad o sus agentes cualquier situación de riesgo o posible desamparo del menor, especialmente su falta de escolarización o su inasistencia de forma habitual e injustificada al centro escolar (art. 13 de la LOPJM). La declaración de desamparo conlleva la suspensión de la patria potestad y la asunción de la tutela del menor por la entidad pública correspondiente. Si la situación se califica como de riesgo, la intervención administrativa se limita a eliminar los factores que la provocan, sin separar al menor de la familia (arts. 17 y 18 de la LOPJM).

²⁸ El desequilibrio emocional y psíquico que le supone al menor el internamiento en un centro de acogida es uno de los criterios tenidos en cuenta por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de Noviembre de 1999 para anular la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela legal de un niño no escolarizado en centro homologado, sino educado en la colonia Niño Sergio (Un comentario a esta sentencia puede verse en MORENO BOTELLA, G., «La protección jurídica del menor y el derecho de los padres a elegir su educación de frente a la Administración (en torno a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23-11-99)», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*, Bilbao 2001, pp.631 y ss.).

²⁹ Cfr. «Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores...», *cit.*, pp. 227-228. El autor propone la escolarización de las niñas islámicas en colegios concertados femeninos, si el modelo se adecuaba mejor a las concepciones culturales de los padres (Ibidem).

tenido en cuenta el desconocimiento del idioma por los niños, la ausencia de trastornos en su formación física, intelectual, espiritual y moral³⁰, así como los prejuicios psicológicos que el internamiento en centros de acogida les podría ocasionar³¹, como argumentos suficientes para evitar la declaración de desamparo y consiguiente separación de la familia, a pesar de no estar escolarizados en centros homologados por el Estado.

III. OBJECCIÓN A CURSAR ALGUNAS ASIGNATURAS

Determinados pasajes del Corán aconsejan a las mujeres que cubran su cuerpo y no muestren su físico a los hombres que no pertenezcan a la familia, lo que origina el deber de la mujer musulmana de vestir con decoro y de conducirse en público con discreción y recato en sus movimientos, de manera que sólo puede mostrar su belleza física entre los varones de su familia inmediata³².

Algunas niñas islámicas o sus familias se niegan a cursar determinadas asignaturas que estiman contrarias al pudor y comedimiento que debe presidir cualquier conducta pública de la mujer en el mundo musulmán. La objeción se plantea excepcionalmente respecto a la clase de música, y en la mayor parte de los casos respecto a la de educación física³³. En el ámbito del Derecho Comparado la casuística es variada: a veces se objeta su carácter mixto por el posible roce con alumnos de otro sexo; otras veces se veta la ropa que hay que utilizar para realizarla o que hay que dejar de llevar para poder cursarla; y en algunas ocasiones, la objeción se dirige sólo a aquellos ejercicios que implican un contacto físico³⁴. Y las soluciones son también muy distintas, pues en países como Francia se considera legítima la expulsión de la alumna que falta a clase de gimnasia reiteradamente; en cambio en Alemania se dispensa de cursar la asignatura en base a la protección de la libertad re-

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de Mayo de 1992, que dejó sin efecto las medidas judiciales sobre la tutela legal por desamparo de los niños ingleses que vivían y eran educados en la comunidad Niños de Dios.

³¹ Vid. la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de Noviembre de 1999.

³² Cfr., RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España», *Ius Canonicum*, XLIII, nº 86, 2003, p. 526. La autora cita, al respecto, dos textos coránicos: «Di a los creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve....No muestren sus adornos más que a sus esposos, o a sus hijos o a los hijos de sus esposos, o a sus hermanos....que las mujeres no meneen sus pies de manera que enseñen lo que, entre sus adornos, ocultan» (Corán 24, 31); «No hay falta para ellas si las ven sus padres, sus hijos, los hijos de sus hermanos, los hijos de sus hermanas, sus mujeres y los que poseen sus diestras» (Corán 33, 35).

³³ En los Diarios *El País* de 16 de Febrero de 2002 y *La Razón* de 26 de febrero de 2002 aparecía la noticia de la negativa de algunas alumnas musulmanas de ESO de institutos andaluces a realizar gimnasia por ir en contra de su religión

³⁴ Cfr. ARZOZ, X., «Aproximación a la relación entre Estado y religión en el ámbito escolar en Alemania», en *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona 2004, p. 238.

ligiosa³⁵, aunque en una gran parte de los Estados de la Unión (Bélgica, Dinamarca, Holanda) la asistencia a las clases de natación o educación física es obligatoria y sólo puede ser dispensada en casos de enfermedad acreditada mediante certificado médico³⁶.

El rechazo a cursar asignaturas por motivos religiosos podría ampararse en el derecho que tienen los padres a que sus hijos reciban una enseñanza acorde con sus convicciones religiosas o ideológicas, plasmado en el art. 2 del Protocolo nº 1 al Convenio de Roma. La cuestión es determinar el alcance de este derecho y su grado de obligatoriedad para los poderes públicos. El TEDH ha interpretado que el Estado puede organizar el sistema educativo de forma discrecional, en lo relativo a planes de estudio y materias comprendidas en ellos, y también puede difundir conocimientos religiosos o filosóficos, pero el respeto a las convicciones paternas le prohíbe perseguir una finalidad de adoctrinamiento y le obliga a garantizar una transmisión de conocimientos neutral, objetiva y crítica³⁷. Como señala MARTÍNEZ-TORRÓN, la jurisprudencia europea interpreta restrictivamente la libertad de conciencia cuando los preceptos morales del individuo entran en conflicto con obligaciones impuestas por leyes neutrales, es decir normas que persiguen una finalidad secular legítima, pero limitadora indirectamente de esa libertad³⁸.

Técnicamente estamos ante un supuesto de objeción de conciencia que gozaría de escasa cobertura legal, si nos atenemos a los criterios restrictivos que la jurisprudencia constitucional ha dado respecto de la objeción de conciencia³⁹. Buen ejemplo de ello es que alguna resolución judicial ha rechazado que el derecho del art. 27 3º CE permita la exención de cursar asignaturas atentatorias de las convicciones pater-

³⁵ Véase CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación.....», p. 106, nota 159.

³⁶ Vid. MOTILLA, A., «El problema del velo islámico en Europa y en España», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)*, vol XX, 2004, p. 106.

³⁷ Vid. sentencia del TEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 de diciembre de 1976; sentencia *Campbell y Cosans c. Reino Unido* de 25 de Febrero de 1982. *St. Valsamis c. Grecia* de 18 de Diciembre de 1996; sentencia *Efstathiou c. Grecia* de 18 de Diciembre de 1996. Un análisis doctrinal de las mismas, puede verse en MILLÁN MORO, L., «El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia 2005, pp. 119 y ss. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia en torno dal Convenio.....*, pp. 193 y ss. ELÍAS MÉNDEZ, C., y SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., *Nuevo reto para la escuela.....*, pp. 205 y ss.

³⁸ Cfr. «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*, Bilbao 2001, p. 162.

³⁹ La conexión de la objeción de conciencia con la libertad ideológica del art. 16 CE no autoriza a deducir que estemos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. «La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno.... Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (STC161/1987 de 27 de Octubre, F.J. 3º).

nas con el argumento de la exigencia de respeto por parte de todos al proyecto educativo del centro, que impide cuestionar los contenidos de las mismas y mucho más pretender su exención⁴⁰.

El art. 16 de la CE no parece suficiente por sí mismo para legitimar el incumplimiento de un deber jurídico, pero en realidad, las niñas islámicas que se niegan a ir a clases de educación física, no se oponen a la disciplina en sí misma, sino a la indumentaria para cursarla o a los métodos utilizados en ella (clases mixtas, contacto físico en los ejercicios), porque chocan con mandatos religiosos que les imponen decoro en el vestido y en la conducta pública y ausencia de contacto físico con varones que no sean de la familia. En este sentido, pretenden adecuar sus obligaciones religiosas a su comportamiento cotidiano, por lo que el conflicto puede plantearse como un problema de límites al ejercicio de un derecho, en el que, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del TEDH y del propio TC, deben ponderarse todos los bienes, valores e intereses en juego para lograr un mesurado equilibrio entre ellos o para determinar cuál es el más digno de protección⁴¹.

Como cuestión previa, creemos que la negativa a cursar la asignatura debe obedecer a un problema personal de conciencia y no a un intento de desestabilizar o subvertir el sistema, lo que debe ser valorado en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Advertido el conflicto de conciencia, además de la libertad religiosa, hay que tener en cuenta otros derechos tales como la intimidad personal y corporal de las menores. Este derecho, que protege el pudor personal que responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad⁴², puede verse afectado si se tienen en cuenta las motivaciones que originan el rechazo a la gimnasia, las cuales pueden ser banales en nuestra cultura, pero esenciales, si se juzgan desde los parámetros de la suya propia, que, por otra parte, es merecedora de reconocimiento y

⁴⁰ Vid. sentencia del TSJ de Cantabria de 23 de Marzo de 1998, que resuelve la negativa de unos padres a que su hija, alumna de 8º de EGB, recibiera clases de educación sexual, materia incluida en el área de Ciencias Naturales. Un comentario a la misma puede verse en RODRIGO LARA, Mº B., «La objeción de conciencia a la educación sexual, Comentario a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de Marzo de 1998», *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*, Bilbao 2001, pp. 761 y ss.

⁴¹ Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el Convenio...*, pp. 107 y ss. También, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Los límites a la libertad de religión y de creencias en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, Octubre de 2003, www.iustel.com.

⁴² STC 156/2001 de 2 de Julio. F.J. nº 4. El Alto Tribunal indica que la intimidad corporal que la Constitución protege «no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona» (Ibidem).

respeto en el ámbito de la enseñanza por mandato del art. 9 4º de la LO 4/2000 de Extranjería, que obliga a aunar el respeto a la identidad cultural del extranjero con su derecho a una enseñanza que contribuya a su mejor integración social. Además, debe utilizarse como criterio valorativo que el conflicto afecta a inmigrantes y que la actuación de los poderes públicos debe ir dirigida a facilitar su integración en la sociedad de acogida, siempre que ello sea posible, lo que, a nuestro juicio, pasa por utilizar criterios de flexibilidad antes que de estricta legalidad. Por último, siendo la educación física un área obligatoria en los planes de estudios de Educación Primaria y Secundaria, hay que valorar si la dispensa o la exención afecta a la formación integral de las niñas, que es uno de los objetivos del derecho a la educación; y si se ven afectados los derechos e intereses de los demás miembros de la comunidad educativa, en especial el derecho a la igualdad de todos los alumnos.

Antes de optar por el sacrificio de alguno de los bienes y derechos en juego, creemos que la escuela debe agotar todas las posibilidades organizativas razonables para procurar la asistencia de la alumna a educación física, intentando allanar los obstáculos que lo impiden. Ello comporta, en primer lugar, el diálogo con la menor y con su familia para conocer las causas reales de su rechazo y para tratar de convencerles de la inocuidad de la disciplina y de la necesidad prioritaria de cursarla. Si la negativa trae su causa de la indumentaria que hay que utilizar, se puede buscar un tipo de vestido que se adapte a sus concepciones culturales. Si se debe a los contenidos, la flexibilidad del sistema educativo permite modalizar la enseñanza y adaptarla a las necesidades del alumno a través de la Adaptación Curricular, que podría concretarse en exigir a la alumna la parte teórica y dispensarla de la práctica o de algunos de sus ejercicios⁴³.

Si no es posible lograr el equilibrio entre todos los intereses en juego, entendemos que el mal menor es la dispensa de la asistencia a la clase de educación física. Primero por el tipo de asignatura de que se trata, cuyo valor educativo no es tan grande como para concluir que su exención repercuta negativamente en la formación de la alumna⁴⁴. Y en segundo lugar, porque es la solución más favorable a su escolarización y a su integración en el medio escolar, lo que a su vez permite calificar de razonable y fundada la exención y justifica una diferencia de trato no lesiva de la igualdad jurídica⁴⁵.

⁴³ Cfr. CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación...», pp.107-109.

⁴⁴ En parecidos términos se manifiesta RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a, «Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores...», p. 225. En cambio, MOTILLA defiende la prevalencia de la obligación de asistencia a clase en aras del interés superior del menor, aunque entiende que la flexibilidad y el diálogo evitarán la mayor parte de los conflictos (Cfr. «El problema del velo islámico en Europa y en España...», pp. 110-111).

⁴⁵ No parece ser esta la opinión mayoritaria de la sociedad española, si nos atenemos a los datos de una encuesta elaborada por Sigma-dos en 2002, según la cual dos de cada tres encuestados no es partidario de eximir de clases de gimnasia por motivos culturales o religiosos y se pronuncia por la igualdad de exigencias en los colegios (Diario *El Mundo* de 10 de Marzo de 2002).

IV. DERECHO A CONMEMORAR LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS

El año musulmán sigue estrictamente el calendario lunar, compuesto de doce meses lunares que van de luna nueva a luna nueva, sin correcciones periódicas para que las fiestas caigan en las mismas estaciones⁴⁶. El viernes suele ser el día de descanso semanal entre los musulmanes, aunque no es una práctica general en todos los países islámicos, pues algunos lo han elegido por ser el día de la oración comunitaria (Argelia, Egipto, Irán), pero otros han optado por el domingo (Senegal, Túnez, Turquía)⁴⁷.

Además de los viernes de cada semana, las fiestas más importantes del calendario musulmán son:

- *Al Hiyra*, primer día del año musulmán. No se trabaja en recuerdo de la hégira.
- *Achura*, o *fiesta de los muertos*, se celebra el día 10 del primer mes del año musulmán.
- *Idu Al-Maulid*, se celebra el día 12 del tercer mes del año y se conmemora el nacimiento del profeta Mahoma.
- *Al Isra Wa Al-Mi'Ray*, fiesta de la Ascensión de Mahoma a los cielos que se celebra en el día 27 del séptimo mes.
- *Idu Al-Fitr*, pone fin al mes de ayuno del Ramadan y se celebra los días 1 a 3 del mes décimo.
- *Idu Al-Adha*, o *fiesta del carnero* en la que se conmemora el sacrificio del cordero por Abraham. Se celebra los días 10 a 12 del mes duodécimo⁴⁸.

Las fiestas islámicas no coinciden en absoluto con las previstas en el calendario laboral español, cuyas disposiciones en materia de descanso se basan en la cultura y tradición cristianas. En España, el descanso laboral semanal es de día y medio ininterrumpido que como regla general comprende la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo (art. 37 del Estatuto de los Trabajadores). Además las fiestas laborales han sido pactadas con la Iglesia Católica y coinciden con fiestas religiosas de dicha Confesión, todo lo cual es de aplicación también al ámbito escolar⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. BONET NAVARRO, J., y VENTO TORRES, M., «El Islamismo», en *Acuerdos del Estado Español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca 1994, p. 85.

⁴⁷ Cfr. MANTECÓN SANCHO, J., «El Islam en España», en *Conciencia y Libertad*, nº 13, 2001, p. 80.

⁴⁸ Estas festividades han sido recogidas en el art. 12 del Acuerdo con la CIE de 1992 como fiestas religiosas propias de los fieles islámicos.

⁴⁹ Vid. MORENO ANTÓN, M., «Tutela y Promoción de la libertad religiosa», en *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia 1997, pp. 144-148.

Las diferencias con las fiestas islámicas son tan grandes que difícilmente los trabajadores y alumnos musulmanes afincados en España pueden ejercer realmente el derecho a conmemorar sus festividades religiosas propias que es una facultad integrada en el contenido esencial de su libertad religiosa (art. 2 LOLR). Por tal motivo, el Acuerdo con la CIE de 1992 contiene previsiones tendentes a posibilitar de manera efectiva tal derecho.

En el ámbito laboral, el derecho a conmemorar las fiestas trata de conjugarse con las necesidades empresariales y por eso el art. 12 1º del Acuerdo permite sustituir el descanso previsto en el Estatuto de los Trabajadores por las fiestas religiosas propias, pero siempre que medie acuerdo entre empresario y trabajador⁵⁰.

En el ámbito escolar, los alumnos musulmanes que cursen estudios en centros de enseñanza públicos o privados concertados están exentos de asistir a clase y de realizar exámenes los viernes durante las horas dedicadas al rezo colectivo (de 13,30 a 16,30 h.) y en las festividades señaladas en el Acuerdo. Para ello se requiere únicamente solicitud expresa del propio alumno o de sus padres (art. 12 3º). A diferencia de lo previsto en el ámbito laboral, los términos imperativos en que está redactada la norma permiten concluir que, mediando solicitud de exención, la autoridad académica está obligada a otorgarla, por lo que sus facultades en este punto no son discrecionales.

Por lo demás, se ha apuntado que la facultad de dispensa corresponde a cualquier alumno musulmán con independencia de su pertenencia a una comunidad integrada en la CIE, pues el precepto omite tal requisito que en cambio sí exige de manera expresa el art. 12 1º cuando se refiere a los trabajadores⁵¹.

Sin embargo, la dicción del art. 12 3º del Acuerdo plantea dos problemas:

a) La facultad se reconoce sólo en centros financiados con fondos públicos, y nada se dice respecto de los privados. Aunque se ha dicho que en los centros privados confesionales se debe respetar el derecho porque no supone una quiebra de los derechos propios del colegio⁵², estimamos que, no habiendo norma expresa que le obligue a ello, es potestativo para el centro otorgar la dispensa a clase y exámenes. Siempre le queda al alumno la utilización de vías de hecho, es decir la inasistencia a clase, o el recurso a los tribunales para forzar un pronunciamiento sobre la cuestión.

b) Se guarda también silencio sobre la posibilidad de recuperar las horas de clase perdidas o de hacer los exámenes en fecha alternativa. Ambos supuestos deben ser

⁵⁰ Puede verse en este ámbito el completo análisis de GARCÍA PARDO, D., «Descanso semanal y festividades religiosas islámicas», *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid 2004, pp. 167 y ss. en el que se recoge el tratamiento que ha merecido el tema en el Derecho Comparado.

⁵¹ Cfr. RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España...», *cit.*, p. 519.

⁵² Cfr. RAMÍREZ NAVALÓN, R. Mª, «Las festividades religiosas», *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca 1994, p. 253.

abordados desde la consideración de la dispensa a clase y a exámenes como un derecho subjetivo que posibilita el ejercicio efectivo de la libertad religiosa como derecho fundamental.

Partiendo de aquí, la organización por el centro escolar de la recuperación de clases puede no ser necesaria, si se piensa que los perjuicios para el alumno son mínimos; su falta de preparación, motivada por la inasistencia, puede compensarse con la ayuda del tutor o incluso de los propios compañeros, puesto que la ausencia es de unas horas o, a lo sumo, de un día.

Sin embargo, la fijación de una fecha alternativa para hacer el examen es una cuestión diferente, porque si el alumno no lo realiza, queda en inferioridad de condiciones con respecto a los demás de cara a su evaluación. Por eso hay que entender que el colegio está obligado a fijar una fecha alternativa so pena de dejar vacío de contenido el derecho a la dispensa del examen, que quedaría reducido a un mero *agere licere* o libertad fáctica, impidiéndose de hecho el ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa. Coincidimos con la doctrina más autorizada en que, si bien es de suponer que se dé al alumno la posibilidad de realizar el examen en otra fecha u horario, hubiera sido deseable una previsión expresa en tal sentido⁵³.

V. USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS

Tradicionalmente el empleo de simbología religiosa en el ámbito educativo se ha asociado con la presencia de crucifijos en las aulas y pasillos colegiales, es decir con la simbología estática, permitida en los colegios privados con ideario precisamente en base al carácter propio del centro⁵⁴, pero de dudosa legalidad en los públicos en base al principio de laicidad (art. 16 3º CE) y al de neutralidad ideológica exigida a dichos centros (art. 18 LODE)⁵⁵. Sin embargo, el asentamiento de inmigrantes musulmanes

⁵³ Cfr. RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España...», *cit.*, p. 518. GARCÍA PARDO, D., «Descanso semanal y festividades religiosas islámicas...», *cit.*, p. 200.

⁵⁴ En sentido contrario, ALÁEZ CORRAL opina que sólo los centros privados no concertados son libres para usar los símbolos religiosos en su interior porque los concertados, en la medida en que están financiados con fondos públicos, participan de la obligación de neutralidad propia de los colegios públicos (Cfr. «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 67, Enero-Abril de 2003, pp. 106-109).

⁵⁵ Sobre la presencia del crucifijo en colegios públicos véase: LLAMAZARES CALZADILLA, Mª C., «La presencia de símbolos religiosos en las aulas de centros públicos docentes», en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada 1998, pp. 559 y ss. MORENO BOTELLA, G., «Crucifijo y escuela», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 2, Mayo de 2003, www.iustel.com. ALENDA SALINAS, M., «Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales», en *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao 2003, pp. 59-72. CAÑAMARES ARRIBAS, S., «El empleo de simbología religiosa en España», *Osservatorio delle libertà*

en los países europeos ha dado una nueva impronta a este tema, trasladando su epicentro a la utilización de signos identificativos de una concreta pertenencia religiosa por parte de algunos miembros de la comunidad educativa, en concreto docentes y alumnos.

La trascendencia jurídica derivada de la utilización de prendas religiosas en los colegios se produce por primera vez en Francia, a finales de 1989, con la llamada «guerra del velo», cuando la asistencia a clase con *foulard* por parte de algunas alumnas musulmanas motiva su expulsión por atentar contra el principio de laicidad⁵⁶.

Este comportamiento, que se ha ido extendiendo en los ámbitos personal y espacial al afectar también a docentes y plantearse en otros países, está poniendo a prueba hoy día las políticas de integración de las sociedades occidentales. Aunque vamos a abordar la presencia en las aulas de signos que socialmente se identifican con la pertenencia al Islam, los criterios jurídicos para resolverlo son trasladables a otros supuestos como llevar una *kipa* en la cabeza o un crucifijo colgado al cuello.

Todo musulmán está obligado a llevar la cabeza cubierta como signo de respeto y forma de protección simbólica a los ángeles de Alá, que, según se cree, residen en los cráneos de hombres y mujeres⁵⁷. Además, la prescripción coránica que ordena a las mujeres no exhibir sus adornos ni sus partes femeninas en público, ha generado una forma de vestir que varía según los países, pero que se identifica como propia o específica de la mujer islámica. Son prendas típicas usadas por las musulmanas⁵⁸:

- el *Burka* es una especie de funda amplia y pesada que cubre totalmente el cuerpo de la mujer y se encaja en la cabeza. Tiene una rejilla a la altura de los ojos para poder ver. Es utilizada por las tribus pastunes de Afganistán.
- el *Serual* se usa en el centro de Argelia. Es un manto que deja al descubierto un solo ojo, el derecho o el izquierdo, según que la mujer sea soltera o casada.
- el *Hayek*, es un manto de color marfil que llevan las mujeres más ancianas.
- el *Chador* que es un vestido negro que cubre de la cabeza a los pies. Deja el rostro al descubierto y puede convivir con velos coloristas. Su origen es turco, pero hoy día se usa en Irán, Irak y Siria.

de istituzioni religiose, en *OLIR*, Abril de 2005, www.olir.it. PATRUNG, F., «La última aproximación jurisprudencial y normativa en relación con la exposición del crucifijo, símbolo de identidad cultural en Italia», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 8, Junio de 2005, www.iustel.com.

⁵⁶ Vid. BRIONES, I., «La laicidad en la jurisprudencia francesa», en *Ius Canonicum*, XXXVI, nº 71, 1996, pp. 259 y ss. Legalmente la batalla concluye con la Ley de 15 de Marzo de 2004, que prohíbe en los centros docentes públicos la utilización de signos que manifiesten de manera ostentativa la pertenencia religiosa (art. 1).

⁵⁷ Cfr. FÉLIX BALLESTA, M^a A., «El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias», *ADEE*, vol. XVI, 2000, p. 188.

⁵⁸ Vid. Crónica del diario *El Mundo* de 24 de Febrero de 2002. También, «La mujer y el Islam», *Los domingos de ABC* de 24 de Febrero de 2002.

- el *Hijab* o *Hiyab* es un pañuelo de cabeza, utilizado especialmente por las jóvenes, que cubre el pelo y el cuello. Se puede llevar solo o combinar con otras prendas, normalmente un amplio vestido que disimula las formas del cuerpo. Es el más usado por las musulmanas que viven en países occidentales, en los que se conoce como velo, pañuelo o *foulard*.

El *hijab* puede simbolizar valores muy distintos y encubrir situaciones diversas. Puede interpretarse como símbolo de sumisión, subordinación, resignación o desigualdad respecto del hombre; puede significar un rechazo o resistencia a los valores occidentales; puede ser una provocación política y una forma de presionar a las musulmanas que no lo llevan; puede ser un signo de afirmación cultural; o una expresión de pertenencia a una religión⁵⁹. Incluso algunos movimientos feministas marroquíes lo definen como un instrumento de liberación, porque ha permitido a la mujer musulmana acceder a la esfera pública, trabajar, manifestarse y relacionarse en sus países de origen⁶⁰.

Aunque se pone en duda que su uso venga impuesto por un mandato religioso⁶¹, lo cierto es que en el mundo occidental es una prenda que se asocia con la religión islámica. Además, la significación religiosa de un signo o vestido no depende de su vinculación con determinados textos religiosos, sino de la coherencia del propio sujeto que manifiesta su religiosidad a través de él⁶². Por otra parte, el derecho a manifestar la religión como contenido esencial de la libertad religiosa, puede ejercerse a través de comportamientos diversos, entre los cuales el Comentario oficial al art. 18 del PIDCP menciona expresamente el uso de prendas de vestir o tocados distintivos. Todo lo cual permite afirmar que portar el *hijab* es una conducta incluida en la esfera de protección del derecho de libertad religiosa⁶³, siendo equiparable, en este sentido, a la *kipa* judía o al hábito y la cruz católicos. Incluso algunos consideran que la razón última del derecho a llevarlo no es tanto la libertad religiosa como el derecho a la propia imagen del art. 18 1º CE, que protege la facultad del sujeto de ofrecer la imagen externa que sea de su preferencia en el marco previsto por el Derecho⁶⁴.

⁵⁹ Cfr. SALGUERO, M., «El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia», en *Multiculturalidad y laicidad*, Pamplona 2004, pp.42-43.

⁶⁰ AIXELA CABRÉ, Y., «Una reinterpretación del velo en Marruecos», *Los Domingos de ABC* de 24 de Febrero de 2002, p. 9.

⁶¹ Vid. RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España...», *cit.*, pp. 527-528.

⁶² Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar...», *cit.*, pp. 99-100.

⁶³ Así lo entiende también CAÑAMARES ARRIBAS, S., «El empleo de simbología religiosa en España...», *cit.*, pp. 4-5.

⁶⁴ Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, II, Madrid 1999, pp. 36-37. También CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación...», *cit.*, pp. 111-112.

En el ámbito del Derecho Comparado, el uso del pañuelo se ha planteado como un conflicto entre la libertad religiosa y los valores y principios imperantes en el Estado en cuestión, especialmente el de laicidad. Las soluciones adoptadas han sido desiguales y han dependido en parte de si la portadora del símbolo era docente o discente⁶⁵.

Francia, tras quince años de polémica, ha prohibido el uso de símbolos ostentativos de pertenencia a una religión en los centros escolares por Ley de 15 de marzo de 2004⁶⁶. La razón jurídica de la prohibición es la necesidad de garantizar la laicidad, piedra angular de la República francesa y principio esencial para lograr la unidad y la integración de todos en el Estado⁶⁷. Pero tras esta argumentación, se esconde el temor al fundamentalismo, los problemas sociales de la inmigración francesa, el orden público escolar..., lo que lleva a pensar que para los franceses el velo simboliza la amenaza a los valores occidentales, y su prohibición es la respuesta político-normativa a la misma⁶⁸.

En Alemania las vacilaciones de la jurisprudencia ordinaria, en ocasiones protectora de la libertad personal, y en otras de la neutralidad escolar⁶⁹, son resueltas por el Tribunal Constitucional Federal al dictaminar que el uso del velo islámico por una docente musulmana en el ejercicio de sus funciones no es contrario a la neutralidad estatal porque no es equiparable a un acto de manipulación del alumno por parte del profesor, y porque la neutralidad no equivale a neta separación Estado/religión, sino a una actitud abierta promocional de la libertad religiosa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán deja la puerta abierta a su posible prohibición, al señalar que una norma prohibitiva del uso del pañuelo en la escuela sería una limitación lícita del derecho de libertad religiosa, siempre que fuera tomada por el legislador democrático, no por las autoridades académicas o los tribunales⁷⁰.

Por su parte, los tribunales británicos reconocían recientemente el derecho de una alumna islámica a ir vestida con un atuendo distinto al recomendado por el centro

⁶⁵ Un completo estudio de la cuestión en el Derecho Comparado puede verse en CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Madrid 2005, pp. 68 y ss.

⁶⁶ La historia de la polémica en Francia, así como el análisis del *Informe Stasi* que está en el origen de la Ley francesa prohibitiva del velo puede consultarse en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Director), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona 2004.

⁶⁷ Un análisis crítico de la solución francesa puede verse en ALENDA SALINAS, M., «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 Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 9, Octubre de 2005, www.iustel.com.

⁶⁸ Vid. NORDMANN, CH. (Dir), *Le foulard islamique en questions*, París 2004.

⁶⁹ Vid. ELÍAS MÉNDEZ, C., y SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Nuevo reto para la escuela...*, cit., pp. 129-133.

⁷⁰ Sentencia de 24 de Septiembre de 2003. Vid. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., «Breve comentario sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 24 de Septiembre de 2003 sobre velo islámico de una profesora en centro escolar público», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, Octubre de 2003, www.iustel.com.

como expresión de su identidad cultural y su creencia religiosa⁷¹. La Corte de apelación británica estima que, puesto que el Reino Unido no es un Estado laico, no existe un principio de neutralidad escolar que justifique la restricción de la libertad religiosa, y que la expulsión de la alumna por incumplir la normativa sobre el uniforme resulta desproporcionada si el colegio no prueba que la limitación impuesta a su derecho a manifestarse religiosamente a través del vestido está justificada en base al art. 9 2º del CEDH⁷².

En Italia se respeta el derecho de las alumnas a acudir a clase con el pañuelo islámico porque no hay norma constitucional que lo impida y porque su uso no ofende la moral, ni el decoro personal, ni la religión, ni afecta al normal desenvolvimiento de los centros escolares, que son los límites que recoge la normativa italiana sobre disciplina de los alumnos⁷³.

El TEDH también ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre el uso del velo islámico en el marco educativo⁷⁴. La Alta Instancia Europea parte del análisis del conflicto en el contexto jurídico-social en el que se produce y de su examen a la luz de las circunstancias del caso concreto, concediendo una importancia especial al papel del que decide a nivel nacional⁷⁵.

La Corte Europea indica que en una sociedad democrática, el Estado tiene que conciliar todos los intereses en juego: los derechos y libertades ajenos, la paz civil, el orden público y el pluralismo. En función de las circunstancias del caso, puede limitar el uso del velo islámico si perjudica el objetivo de protección de todos esos bienes.

Siguiendo estos criterios, el derecho de una docente a manifestar su religión mediante el uso del velo en clase, puede estar legítimamente limitado por la necesidad de garantizar la neutralidad en la escuela y la libertad religiosa negativa de los estudiantes, que pueden verse influenciados por el uso de un símbolo contrario al mensaje

⁷¹ En el Reino Unido no existe una regulación específica sobre vestimenta y se deja a las escuelas que establezcan la indumentaria requerida para sus alumnos. La tradición británica de exigir uniforme, unida a la diversidad racial y religiosa existente en ese país, ha llevado a muchos centros a establecer atuendos propios de las costumbres islámicas. El colegio al que acudía la alumna permitía llevar velo y túnica de medio cuerpo sobre los pantalones, pero no *jilbab*, túnica que cubre todo el cuerpo menos la cara, y cuyo uso sí estaba permitido en la escuela de la que provenía la estudiante (Cfr. *www.ABC.es* de 3 de Marzo de 2005).

⁷² Sentencia de la Corte de Apelación (División Civil) de 2 de marzo de 2005, asunto *SB*. Vid. un comentario a la misma en GARCÍA URETA, A., «El velo islámico ante los tribunales británicos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 666, 28 de Abril de 2005, pp. 5-9.

⁷³ Cfr. CARMIGNANI CARIDI, S., «Libertà di abbigliamento e velo islamico», en *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bolonia 2000, pp. 231-232.

⁷⁴ Sts. TEDH de 15 de Febrero de 2001, *Dahlab c. Suiza*, y de 29 de Junio de 2004, *Leyla Sahin c. Turquía*. Ésta última ha sido confirmada por la Gran Sala en Decisión de 10 de Noviembre de 2005.

⁷⁵ El margen de apreciación permitido al Estado se impone especialmente respecto a la reglamentación sobre el uso de símbolos religiosos, que está en función de las tradiciones nacionales, y de las exigencias impuestas para la protección de los derechos y libertades de otros, así como del mantenimiento del orden público (St. de la Gran Sala de 10 de Noviembre de 2005 *Leyla Sahin c. Turquía*, nº 109 y 111).

de tolerancia e igualdad que todo enseñante debe transmitir a sus alumnos en una democracia (Caso *Dahlab c. Suiza*)⁷⁶. Igualmente, la prohibición del uso del pañuelo en la Universidad puede justificarse en base a los principios de laicidad e igualdad, valores esenciales de la República turca y como garantía de la paz social, dado el carácter político que su utilización ha adquirido en ese país en los últimos años (Caso *Leyla Sahin c. Turquía*). En el primer caso, el Tribunal no tiene en cuenta sólo la neutralidad escolar, sino también los sentimientos religiosos de sus alumnos, su grado de vulnerabilidad en función de la edad (niños entre cuatro y ocho años), así como el tipo de mensaje que se transmite con el símbolo que se porta⁷⁷. En el segundo supuesto, además del principio de laicidad, el mantenimiento del orden público y la paz social son decisivos para considerar que la medida restrictiva de la libertad religiosa obedece a la necesidad social imperiosa de proteger esos bienes, y por tanto es legítima en una sociedad democrática⁷⁸.

En España, la polémica sobre el uso del pañuelo surgió por primera vez en Febrero de 2002 cuando los medios de comunicación se hicieron eco de la negativa de un padre musulmán residente en San Lorenzo de El Escorial (Madrid) a que su hija Fátima asistiera al colegio sin *hijab*. La repercusión mediática fue de tal envergadura que, además de innumerables editoriales, artículos, cartas de lectores, declaraciones de representantes políticos, sindicales, asociaciones de padres, directores de centros, líderes religiosos... hubo una petición al TC para que se pronunciase sobre el velo⁷⁹. Finalmente, la Consejería de Educación de la CA de Madrid resolvió autorizar a Fátima la asistencia al colegio con el pañuelo, basándose en su derecho a la escolarización y en la ausencia de normativa legal que impidiera el uso de esa prenda⁸⁰.

Los conflictos posteriores han sido escasos, pero, a nuestro juicio, su tratamiento jurídico exige partir de la base de que en un sistema de libertades como el español, que cuenta con mecanismos jurídicos suficientes para hacer valer los derechos, denunciar su violación y obtener su reparación, hay que presumir que el uso del pañue-

⁷⁶ Un análisis crítico de la sentencia puede verse en LORETAN, A., y SAHLFELD, K.W., «L' Islam pone nuove sfide alla Svizzera. La Corte europea dei Diritti umani in due casi contro la Svizzera», en *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica* n° 3, Diciembre de 2002, pp. 825 y ss. El hecho de que el TEDH acepte, sin crítica ni explicación alguna, la interpretación de la justicia suiza en el sentido de que el velo simboliza la desigualdad entre hombre y mujer, en el fondo denota los prejuicios de Occidente hacia el Islam (Ibidem).

⁷⁷ Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., «Jurisprudencia europea sobre la prohibición de llevar el velo islámico», en *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona 2004, pp. 103-104.

⁷⁸ El TEDH concluye que la protección de la laicidad, los derechos de los demás y la estabilidad del sistema democrático justifican la interdicción del uso de símbolos religiosos en las universidades turcas (St. De la Gran Sala de 10 de Noviembre de 2005, n° 114-117).

⁷⁹ Editorial de *La Razón* de 18 de febrero de 2002. El asunto fue objeto de atención por todos los Diarios de tirada nacional entre los días 16 a 26 de Febrero de 2002.

⁸⁰ Un resumen del caso puede verse en CAÑAMARES ARRIBAS, S., «El empleo de simbología religiosa en España...», *cit.*, pp. 8-12.

lo es el resultado de la libre elección de la persona, por lo que su prohibición no puede apoyarse en las particulares y subjetivas valoraciones que realizan los terceros sobre el significado que tenga el portarlo.

Señalado esto, creemos que es preciso tener en cuenta algunos datos que pueden condicionar la solución jurídica que se adopte. En primer lugar conviene determinar si la portadora del pañuelo es estudiante o profesora; hay también que tener en cuenta el tipo de colegio en el que se usa el velo; y por último, hay que aplicar los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional en materia de límites a la libre manifestación de las creencias, que no es un derecho absoluto, sino que debe conjugarse con otros bienes y valores dignos de protección, mediante un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades del caso concreto, estableciendo el alcance del derecho a la vista de la incidencia que su ejercicio puede tener sobre otros derechos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la ley⁸¹.

Tratándose de alumnas, el principio de laicidad consagrado por el art. 16 3º CE no parece argumento suficiente para impedir el uso estudiantil del pañuelo islámico en los colegios públicos. En primer lugar, porque en España la laicidad tiene un sentido abierto o positivo que impide la postura militante o combativa de la laicidad francesa, pues, al mismo tiempo que veda la confusión entre funciones religiosas y estatales, exige a los poderes públicos una actitud promocional del derecho de libertad religiosa mediante la cooperación con las Confesiones⁸². En segundo lugar, porque la neutralidad religiosa exigida a todos los poderes públicos e instituciones del Estado, incluidos los centros públicos (art. 18 LODE), tiene como fin garantizar en condiciones de igualdad la libertad religiosa de todos, siendo el presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática⁸³. Pero la neutralidad requerida al colegio, no puede extenderse a todos y cada uno de sus alumnos, a los que debe permitirse la libre manifestación de sus creencias porque, en otro caso, la laicidad que garantiza la libertad se convierte en opresora de la misma. Este ha sido el caso de Francia, en el que la laicidad combativa o militante ha culminado en la imposición de una homogeneidad de comportamiento según el modelo predeterminado estatalmente, con el consiguiente sacrificio de la diversidad de creencias y del respeto a las libertades individuales de estudiantes y padres⁸⁴.

⁸¹ STC 154/2002, F.J. 7º. Precisamente por no tener en cuenta la regla de la proporcionalidad, que exige la previa ponderación de los intereses en juego, según las circunstancias del caso concreto para llegar a una solución justa, se considera discutible la vía francesa de prohibir mediante una ley general el uso de símbolos religiosos (Cfr. NAVARRO VALLS, R., «Laicidad y simbología religiosa», Diario *El Mundo* de 19 de Diciembre de 2003).

⁸² STC 46/2001, F.J. 4º y STC 154/2002, F.J. 6º.

⁸³ STC 177/1996, F.J. 9º.

⁸⁴ Cfr. MOTILLA, A., «El problema del velo islámico en Europa y España...», *cit.*, p. 103.

Igualmente, si el colegio es privado, la existencia de un ideario, por sí sola, no debe ser obstáculo para impedir el uso del pañuelo, que no debe interpretarse como un ataque al carácter propio del colegio, sino como el ejercicio de una opción personal, indicativa exclusivamente de las creencias de quien lo porta, quien por otra parte tiene derecho a que se respeten su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales (art. 2 2º de la LOCE)⁸⁵.

Tampoco parece que la utilización del velo transgreda los límites de la libertad religiosa. Llevarlo a clase no supone alteración de la salud, la moral o la seguridad públicas, que son los elementos del orden público protegido por la ley. El mero temor a que se generalice su uso con fines desestabilizadores del sistema, no es suficiente para impedir el ejercicio del derecho, porque el orden público no puede usarse como una cláusula abierta de carácter cautelar o preventivo para evitar futuros conflictos, salvo en supuestos excepcionales en los que se acrediten debidamente los riesgos para los elementos que lo integran y se adopte una medida adecuada al fin perseguido⁸⁶. Y la posible afectación de la libertad religiosa negativa de los demás alumnos, consistente en el derecho a no tener, no manifestarse, no actuar en materia religiosa y no sufrir los actos de proselitismo ajenos⁸⁷, decae si se piensa que portar una prenda con significación religiosa es una conducta externa meramente pasiva, que indica la opción personal de quien lo lleva, pero que no puede entenderse como injerencia en la libertad de los terceros, si no se acompaña de actitudes, conductas o actos indicativos del propósito de influir en ellos. Otra interpretación supone el sacrificio injustificado de una libertad en aras de la presumible protección de otra, lo cual en absoluto resulta proporcionado, y además lleva de hecho a la negación del pluralismo, que es valor superior de nuestro Ordenamiento⁸⁸.

El pañuelo se utiliza habitualmente en todos los colegios de Ceuta y Melilla, incluso en los privados religiosos, sin que se hayan producido problemas de ningún tipo⁸⁹. Si la escuela es el banco de pruebas de las políticas integradoras, a nuestro

⁸⁵ A juicio de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, el perjuicio ocasionado al ideario por el hecho de que unas cuantas niñas acudan a clase con el velo islámico sería irrelevante o mínimo para justificar el sacrificio del derecho a la vertiente externa de la libertad religiosa (Cfr. «Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores...», *cit.*, p. 221). Si los Reglamentos internos del centro prevén uniformes obligatorios para los alumnos, se puede llegar a una solución de compromiso que, por ejemplo, imponga el uniforme y a la vez permita el uso del pañuelo, porque, como dice MOTILLA, la flexibilidad y el diálogo son criterios aconsejables para evitar tensiones sociales (Cfr. «El problema del velo islámico en Europa y en España...», *cit.* p. 108).

⁸⁶ STC 46/2001, F.J. 11.

⁸⁷ STC 141/2000, F.J. 4º y 5º.

⁸⁸ A juicio de ALENDA SALINAS el conflicto entre la libertad de creencias negativa y la libertad positiva de usar una prenda religiosa se produce entre bienes de igual valor y no puede resolverse con el sacrificio completo de uno de ellos, por lo que no tiene amparo constitucional prohibir el uso del velo islámico apoyándose únicamente en la libertad religiosa negativa de los terceros (Cfr. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas...», *cit.*, p. 10).

⁸⁹ Cfr. CAÑAMARES, S., «El empleo de simbología religiosa en España...», *cit.*, p. 22, nota 10.

juicio, la prohibición de que las alumnas lleven el *hijab* en aras de preservar la laicidad o en base al significado negativo que la prenda tiene para algunos, sin que concurren otras circunstancias que así lo aconsejen, sólo demuestra el fracaso de las mismas y el cierre a la diversidad y pluralidad de creencias en los colegios⁹⁰. Ahora bien, de darse el caso, el principio de igualdad exigiría prohibir, no sólo el *hijab*, sino cualquier símbolo religioso representativo de cualquier creencia, como se ha hecho en el país vecino.

Distinto tratamiento debe merecer la utilización del velo islámico por docentes, sean de centros públicos o privados⁹¹. En defensa de su uso por profesoras de colegios públicos se alega el carácter abierto y plural de la enseñanza, que no puede transmitir la idea de una sociedad cerrada; el significado de la laicidad abierta o positiva, que impide desterrar las manifestaciones religiosas al ámbito privado; o la inocuidad que supone para la neutralidad el uso de un signo que sólo indica la pertenencia religiosa de quién lo lleva, sin prejuzgar el carácter del centro en el que desempeña su actividad⁹². *Ad abundatiam*, se dice que garantizar la libertad individual y abrir la escuela a la pluralidad de creencias, incluidas la islámica, es el reto de una sociedad que pretenda ser tolerante y abierta⁹³.

Ahora bien, aunque ciertamente la neutralidad se predica de la institución y no de las personas que la integran, si se considera que el profesor es un miembro representativo de la comunidad educativa, se le debe exigir una conducta personal acorde con la neutralidad, lo que conlleva discreción en los atuendos indicativos de su ideología, religión o creencias⁹⁴. Así parece entenderlo además el TC cuando dice que la neutralidad de los centros públicos prohíbe a los docentes cualquier forma de adoctrinamiento ideológico a los alumnos como única actitud compatible con el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos⁹⁵. Aunque es discutible que la forma de vestir, por sí sola, pueda ser calificada de acto proselitista o de

⁹⁰ Según una encuesta de Sigma-dos realizada en el año 2002, el 55,5 % de los encuestados se mostraba favorable a la permisión del uso del pañuelo en los colegios (*El Mundo* de 10 de Marzo de 2002).

⁹¹ Un amplio análisis del supuesto puede verse en ALÁEZ CORRAL, B., «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar...», *cit.*, pp. 112 y ss.

⁹² Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a, «Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores...», *cit.*, p. 220.

⁹³ Cfr. MOTILLA, A., «El problema del velo islámico en Europa y en España...», *cit.*, p. 115

⁹⁴ La utilización de prendas religiosas por profesores se enmarca dentro de la actividad de la enseñanza, que es una actividad pública, en el sentido de que se ejerce en el seno de las Administraciones públicas, y en dicha medida es una actividad revestida de *imperium* que debe caracterizarse por la nota de la neutralidad (Cfr. ALENDA SALINAS, M., «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas...», *cit.*, p. 25).

⁹⁵ «La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (...) impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renunciar a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre, o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (STC 5/1981 de 13 de Febrero, F.J. 9^o).

adoctrinamiento, ya hemos visto que el TEDH califica el uso del velo islámico por una docente como interferencia en las creencias religiosas de sus alumnos incompatible con la imparcialidad de la escuela pública. Por eso, entendemos que el juego conjunto de la neutralidad de los colegios públicos y la prohibición de adoctrinamiento ideológico como garantía del derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos justificarían la prohibición a los profesores de portar prendas ostensivas de pertenencia a una determinada religión.

En los centros privados definidos ideológicamente, sean o no concertados, la libertad del profesor debe cohonestarse con la libertad del colegio para mantener y defender el ideario. El profesor no está obligado a hacer propaganda o apología del mismo, pero sí a tener una actitud de respeto y no de ataque⁹⁶, que se concreta en el deber de discreción, de consideración y de reserva que ha de informar su labor cuando no se sienta identificado con el ideario⁹⁷. Así definido, este deber de respeto comporta, a nuestro juicio, la abstención del uso de prendas ostentativas de una creencia religiosa contradictoria o no compatible con el ideario del colegio.

VI. DERECHO A RECIBIR ENSEÑANZA RELIGIOSA

El art. 27 3º de la CE reconoce a los padres el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté acorde con sus convicciones y señala a los poderes públicos como garantes de ese derecho. En el mismo sentido, el art. 2 de la LOLR proclama el derecho a elegir para los menores la educación religiosa y moral acorde con las convicciones paternas. Este derecho se puede hacer efectivo mediante la posibilidad de elegir centros no públicos, orientados ideológicamente, y mediante la enseñanza de religión en los colegios con carácter voluntario para el alumno⁹⁸.

El Acuerdo de 10 de Noviembre de 1992 reconoce a la Comisión Islámica de España y a las comunidades que la integran, la posibilidad de crear y dirigir centros docentes de niveles no universitarios, así como universidades y centros de formación islámica con sometimiento a la legislación general sobre la materia (art. 10 6º). Por el momento no existen colegios pertenecientes a la CIE, aunque hay escuelas que imparten enseñanzas no regladas como la *Maestranza* en Granada, así como centros educativos extranjeros autorizados en España dependientes de sus países de origen y con ideario islámico⁹⁹.

⁹⁶ STC 5/1981 de 13 de Febrero, F.J. 10º.

⁹⁷ Voto particular del Magistrado F. Tomás y Valiente a la STC 5/1981 de 13 de Febrero, motivación jurídica 16º.

⁹⁸ STC 5/1981 de 13 de Febrero, FJ 9º.

⁹⁹ Cfr. LORENZO, P., y PEÑA TIMÓN, Mª T., «La enseñanza religiosa islámica», en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid 2004, p. 265. En la Comunidad de Madrid existían hasta

Por otro lado, la enseñanza religiosa islámica está incorporada a los diferentes niveles educativos, si bien su concreta regulación se remite a lo acordado con la CIE (DA 2ª de la LOGSE y art. 2 2º del RD 2438/1994)¹⁰⁰.

El art. 10 del Acuerdo de 10 de Noviembre de 1992 con la CIE garantiza el derecho de los alumnos musulmanes y de sus padres a recibir enseñanza religiosa islámica en los niveles de Infantil, Primaria y Secundaria Obligatoria, en los centros públicos y en los privados concertados siempre que no entre en conflicto con el ideario del colegio¹⁰¹.

Los contenidos de la enseñanza y los libros de texto son proporcionados por las Comunidades respectivas con la conformidad de la Comisión Islámica de España. Los textos e imágenes deben respetar los preceptos constitucionales y los principios del art. 2. 3º de la LOGSE (art. 4 RD 2438/1994). Los currículos de la asignatura en los diferentes niveles están recogidos en la OM de 11 de Enero de 1996 que también señala los criterios de su evaluación¹⁰².

La Administración correspondiente pone los medios materiales para que se imparta la religión islámica y se encarga de la retribución del profesorado, que es designado previamente por la CIE, la cual, antes del comienzo de cada curso escolar, debe comunicar a la Administración educativa competente las personas que considere idóneas para impartir la enseñanza islámica en los diferentes niveles educativos¹⁰³. Inicialmente, la Administración se comprometió a compensar económicamente a la CIE por los servicios prestados por las personas encargadas de la enseñanza, sin estable-

hace poco tres colegios islámicos que funcionaban como centros extranjeros autorizados, no estando integrados en el sistema educativo español. Por diversas circunstancias, el único que tiene perspectivas de continuar es el *Colegio Saudí Umm al-Qura*, ubicado en la mezquita de la M-30 (vid. MOTILLA, A., «Centros de enseñanza privados de ideario islámico», en *La enseñanza islámica en la Comunidad de Madrid*, Madrid 2005, pp. 49 y ss.).

¹⁰⁰ Nos limitamos a exponer en este punto el régimen vigente que está constituido, a día de hoy, por la LOGSE, por el RD 2438/1994 de 16 de Diciembre por el que se regula la enseñanza de la religión y por la OM de 11 de enero de 1996 que establece los currículos de la asignatura de religión islámica, dado que el calendario de aplicación de la LOCE en lo relativo a la enseñanza religiosa quedó paralizado por RD 1318/2004 de 28 de Mayo. La LOE se limita a decir, sin más precisiones, que la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en los Acuerdos con las Confesiones (D. A. Segunda).

¹⁰¹ Sin embargo, el RD 2438/1994 impone la enseñanza religiosa de las cuatro Confesiones que así lo han pactado con el Estado (católica, judía, protestante e islámica) en los centros docentes públicos y privados, sean éstos concertados o no (arts. 1 y 2).

¹⁰² Su análisis puede consultarse en ROSSELL, J., «La asignatura de religión islámica: contenido, programas y pedagogía», en *La enseñanza islámica en la Comunidad de Madrid*, Madrid 2005, pp. 111 y ss.

¹⁰³ Cláusulas tercera y cuarta del Convenio de 12 de Marzo de 1996, «sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa islámica». Este Convenio cambia el sistema de designación de profesores previsto en el Acuerdo con la CIE, que exigía la conformidad de las respectivas Federaciones. Ahora la conformidad debe ser otorgada por la Secretaría General de la CIE y no se mencionan las Federaciones (Cfr. MANTECÓN SANCHO, J., «El Islam en España», en *Conciencia y libertad* nº 13, 2001, p. 84).

cerse vinculación alguna entre Administración y profesor¹⁰⁴. Sin embargo, a día de hoy, los profesores que no pertenezcan a los cuerpos de funcionarios docentes deben tener un contrato laboral con la Administración educativa, a tiempo completo o parcial, y de duración determinada coincidente con el curso escolar, siendo su retribución equiparable a la de los profesores interinos del correspondiente nivel educativo¹⁰⁵. Para formalizar el contrato la Administración educativa exige titulación adecuada y certificado de residencia en España¹⁰⁶.

En la primera adscripción del alumno al centro o al comienzo de cada etapa o nivel educativo, los alumnos o sus padres manifestarán su deseo de cursar la enseñanza islámica y la Administración informará a las Comunidades islámicas locales de las solicitudes recibidas. Los alumnos y alumnas del mismo centro y nivel educativo serán agrupados para recibir enseñanza, siempre que no se exceda del número máximo de alumnos por grupo establecido por la normativa vigente para la etapa correspondiente. Si los agrupados no pasan de diez, se agruparán los de diferentes niveles educativos de una misma etapa y centro hasta llegar a ese número, por debajo del cual no se impartirá la enseñanza.

El régimen de la enseñanza religiosa islámica diseñado legalmente no ha tenido aplicación efectiva porque, salvo en Ceuta y Melilla, no se ha puesto en funcionamiento¹⁰⁷, lo cual no se ha debido precisamente a la falta de un número mínimo de alumnos, sino a razones ajenas a la demanda de dicha enseñanza por parte de las familias islámicas¹⁰⁸.

En primer lugar, las diferencias entre las dos Federaciones que integran la Comisión Islámica de España han impedido formar una lista única de profesores que contara con el aval de los dos secretarios generales de la CIE¹⁰⁹. Cada Federación presen-

¹⁰⁴ Cláusula octava del Convenio de 1996, «sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa islámica».

¹⁰⁵ Así se dispuso por primera vez tras la Ley 50/1998 de 30 de Diciembre de medidas fiscales administrativas y de orden social que modificó la D.A. 2ª de la LOGSE. Y así lo establece hoy la D.A. 3ª de la LOE.

¹⁰⁶ Cfr. LORENZO, P., y PEÑA TIMÓN, Mª T., «La enseñanza religiosa islámica...», *cit.*, p. 262.

¹⁰⁷ Vid. GARCÍA PARDO, D., «Profesores de enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos», en *La enseñanza islámica en la Comunidad de Madrid*, Madrid 2005, pp. 104-106.

¹⁰⁸ El número de solicitudes de enseñanza religiosa islámica en la CA de Madrid durante los últimos cursos escolares, así como su distribución por municipios puede consultarse en CIAURRIZ, Mª J., «Datos sociológicos y normativos», en *La enseñanza islámica en la Comunidad de Madrid*, Madrid 2005, pp. 17 y ss.

¹⁰⁹ La CIE está formada por la FEERI o Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y la UCIDE o Unión de Comunidades Islámicas de España, cuyos desencuentros siempre han existido y además han sido constantes, hasta el punto de que sólo por presiones de la Administración española se unieron en 1992 para poder dar lugar a la Comisión Islámica de España, como entidad representativa de la religión musulmana en nuestro país a efectos de pactar con el Estado. Su órgano principal, la Secretaría General, ha sido inoperante para hacer efectivo el Acuerdo de 1992 al estar integrado por dos secretarios, designados por cada una de las Federaciones, cuya firma conjunta exigida para dar conformidad a muchas de las actuaciones previstas en el Pacto del 92, raras veces se ha podido obtener (Sobre las vicisitudes del proceso negociador del Acuerdo con los islámicos vid.

taba su propia lista al comienzo del curso escolar, y la Administración se negaba a optar por una de ellas por entender que era una cuestión intraconfesional que debía ser resuelta en el ámbito interno de la propia CIE¹¹⁰. En segundo lugar, ha faltado voluntad política en los Gobiernos del PP, pues ninguno de ellos impulsó ni puso en marcha la enseñanza islámica en los colegios, una vez que las Federaciones integrantes de la CIE habían superado sus divergencias¹¹¹.

En la actualidad, la asignatura de religión islámica se imparte con normalidad en los colegios públicos de Ceuta y Melilla y está a cargo de 10 profesores para cada Ciudad Autónoma, contratados laboralmente por la Administración educativa para cada curso escolar de entre las personas propuestas por la CIE¹¹². La voluntad administrativa va dirigida a extender la enseñanza religiosa islámica mediante la contratación de profesores para impartir la disciplina en Madrid, Barcelona y algunas ciudades de Levante y Andalucía en el Curso 2005/06¹¹³.

FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *Estado y Confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación*, Madrid 1995, pp. 79-105).

¹¹⁰ Cfr. MANTECÓN SANCHO, J., «El Islam en España...», *cit.*, p. 84

¹¹¹ Cfr. GARCÍA PARDO, D., «Profesores de enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos...», *cit.*, pp. 100-104. El autor indica que la CIE presentó para el Curso 2002/03 una sólo lista de 79 profesores para Madrid, Andalucía, Cataluña, Aragón, Asturias, Galicia, Castilla-La Mancha, Ceuta y Melilla (Ibidem, p. 101, nota 32).

¹¹² En cambio, la CA de Madrid cuenta con un solo profesor que imparte la asignatura en cuatro colegios de la misma (Cfr. GARCÍA PARDO, D., «Profesores de enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos...», *cit.*, pp. 106-107).

¹¹³ Declaraciones de la Directora General de Asuntos Religiosos en los Diarios *El Mundo* de 9 de Noviembre de 2004 y *ABC* de 10 de Noviembre de 2004.