

Alexandre H. Català i Bas

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A COSTUMBRES Y PRÁCTICAS RELIGIOSAS O CULTURALES

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA TOLERANCIA HACIA LAS CREENCIAS Y COSTUMBRES DE LAS MINORÍAS. 2.1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA O IDEOLÓGICA. 2.2. LAS COSTUMBRES DE LAS MINORÍAS EN LAS ESCUELAS. EL *HIJAB* O VELO ISLÁMICO: UNA CUESTIÓN POLÉMICA. 2.3. LA EDUCACIÓN RELIGIOSA NO CATÓLICA EN LAS ESCUELAS. 2.4. LA EDUCACIÓN SEXUAL EN LAS ESCUELAS.
3. CONCLUSIÓN.

## 1 INTRODUCCIÓN

La sociedad del Siglo XXI se enfrenta a grandes retos, siendo el conflicto entre culturas, como advierte HUNTINGTON<sup>1</sup>, uno de ellos. La caída del Muro de Berlín creó el espejismo de que el modelo occidental era el que se implantaría universalmente. Ello no obstante, este espejismo duró poco. La realidad internacional muestra que la transición hacia la democracia es más que difícil; en concreto, «las perspectivas democráticas en las repúblicas musulmanas no son nada prometedoras»<sup>2</sup>. Por otra parte, «el creciente poder económico de los países asiáticos les hace cada vez más inmunes a la presión occidental en lo que respecta a derechos humanos y democracia»<sup>3</sup>, por lo que se hace difícil exportar la idea occidental de respeto de derechos humanos tal como pretende WACHSMANN para quien, solo la concepción forjada en Europa occidental y en América es respetuosa con la autenticidad de los derechos humanos<sup>4</sup>, pues parte de una concepción laica de los mismos<sup>5</sup>. Todo intento de pasar los derechos humanos

1 HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones. Y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, 1997.

2 HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones...*, op. cit. p. 229.

3 HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones...*, op. cit. p. 231.

4 WACHSMANN, Patrick, *Les droits de l'homme*, Dalloz, 1999, p. 44.

5 WACHSMANN, Patrick, *Les droits...*, op. cit. p. 47. Vide, en este sentido HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones...*, op. cit. p. 229.

por el tamiz de un texto sagrado ha de ser rechazado. Por ello, es rechazable, por ejemplo, la postura del juez chipriota del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ZEKIA que en su voto particular en la sentencia Dudgeon de 22 de octubre de 1981 [sentencia en la que el TEDH declaró que la legislación de Irlanda del Norte que castigaba la homosexualidad masculina era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)], mostró su disconformidad basándose para ello en que «tanto la religión cristiana como la musulmana concuerdan en condenar las relaciones homosexuales y la sodomía. En gran medida las concepciones morales se fundamentan en creencias religiosas».

Los movimientos migratorios han provocado que en Europa un choque entre etnias, culturas y religiones. La concepción europea de los derechos humanos choca con otras concepciones, especialmente las que mantienen que los derechos humanos han de ser interpretados a la luz de las leyes divinas. Este problema ha sido destacado por SARTORI, en su más que polémico libro, *La sociedad multiétnica*<sup>6</sup>, en el que hace un uso muy discutible del término tolerancia. Aborda la obra la cuestión de la tolerancia e intolerancia en Europa como consecuencia del choque entre civilizaciones, haciendo especial hincapié en el choque entre la cultura occidental dominante y la cultura islámica minoritaria. Muchos de sus planteamientos son difíciles de admitir. El pensador italiano, por ejemplo, se muestra contrario a que se otorgue la ciudadanía a los miembros de esta minoría pues si se les concede el derecho de voto, ello «servirá, con toda probabilidad, para hacerles intocables en las aceras, para imponer sus fiestas religiosas (el viernes), e incluso, el *chador* a las mujeres, la poligamia y la ablación del clítoris». SARTORI propugna una culturización occidental de las minorías a partir de: A) estamos en nuestra casa por lo que los que vienen de fuera han de adoptar nuestros hábitos y costumbres, pues aceptar el multiculturalismo «significa el desmembramiento de la comunidad pluralista en subgrupos de comunidades cerradas y homogéneas» y B) la cultura occidental es superior. Suponer que todas las culturas tienen un mismo valor «es un salto acrobático» («cuando los zulues produzcan un Tolstoi lo leeremos»). Ello le lleva a la conclusión de que alegar que el desconocimiento de las culturas minoritarias pueda suponer un daño para sus miembros es una exageración: «el desconocimiento produce frustración, depresión e infelicidad; pero verdaderamente eso no nos autoriza a afirmar que estamos oprimidos», «la depresión no es opresión».

6 SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjero*, Taurus, 2001.

No se si será opresión pero si que puede constituir un trato inhumano o degradante susceptible de vulnerar varios derechos fundamentales como la integridad psíquica o la vida privada y familiar. Y en este sentido, no hay más que consultar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Pero la obra de SARTORI pone sobre el tapete una cuestión que no puede orillarse. Es cierto que la cultura occidental ha dado muestras en el pasado de intolerancia, y que la misma no está desterrada completamente en la actualidad, pero la intolerancia está presente en otras culturas y concreciones de ellas han sido importadas a Europa con los movimientos migratorios. La cuestión es si, en aras a la tolerancia y al respeto hacia otras culturas o tradiciones, se han de permitir prácticas aceptadas en dichas culturas pero que son consideradas por la cultura occidental como intolerantes, tales como la imposición del *burka*, la ablación o los matrimonios forzados. Los extremos se tocan y en este sentido afirma con toda razón HUNTINGTON que los partidos europeos opuestos a la inmigración musulmana son reflejo exacto de los partidos islamistas en los países musulmanes<sup>7</sup>. Hay que tener presente que los derechos fundamentales tienen un valor objetivo pues se sitúan en la base del Estado de Derecho. Como bien señalaba el profesor TOMAS Y VALIENTE: «no es precisamente el respeto de los derechos humanos el mínimo ético que, asumido democráticamente, permite la construcción de fórmulas de convivencia pacífica?»<sup>8</sup>. Los derechos fundamentales están imbuidos de una vis expansiva que propaga su influencia a todas las esferas de la sociedad, tal como mantiene el Tribunal Constitucional en su sentencia 21/1981, de 15 de junio<sup>9</sup>. De ahí que no pueda mantenerse ninguna creencia o práctica contraria a los mismos.

A continuación se muestra la jurisprudencia sobre el respeto a las costumbres y prácticas culturales y religiosas emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español. Ya advertimos que se trata de una jurisprudencia que arroja luces y sombras sobre la cuestión aunque no es de extrañar si consideramos que incluso la sociedad está en un periodo de adaptación al nuevo escenario.

<sup>7</sup> HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones...*, op. cit. p. 239.

<sup>8</sup> TOMAS Y VALIENTE, Francisco, «Los derechos y el Estado», texto en español de la «Lezione dottorale» pronunciada en la Universidad de Messina, el 16 de marzo de 1993 en ocasión de la concesión al autor de la *Laurea ad honorem* o Doctorado honoris causa, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 162.

<sup>9</sup> FJ 10

## 2 LA TOLERANCIA HACIA LAS CREENCIAS Y COSTUMBRES DE LAS MINORÍAS

Como señala el propio TEDH, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales<sup>10</sup>. El Tribunal, en palabras de SUDRE, ha llevado a cabo una «obra pretoriana de adaptación del Convenio a los cambios sociales» ajustándola «a la evolución de las costumbres y mentalidades a fin de preservarla de cualquier anacronismo»<sup>11</sup>. Ejemplo claro de esta actitud ha sido reconocer y amparar opciones sexuales distintas de las tradicionales que incluso continuaban penadas en alguno de los países firmantes del Convenio. De esta manera, con relación a los transexuales en la STEDH B. c. Francia de 25 de marzo de 1992, el Tribunal considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se atribuye una importancia creciente al problema de la transexualidad y en la STEDH Rees de 17 de octubre de 1986, señaló que comprende la gravedad de los problemas con que tropiezan estas personas y la angustia que sufre. El Convenio se ha de interpretar y aplicar siempre a la vista de las circunstancias del momento. Por consiguiente, la necesidad de medidas legales adecuadas debe traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta, especialmente, el desarrollo científico y social. En este sentido, cabe hacer referencia a la sentencia del TEDH Godwin de 11 de julio de 2002 en el que el tribunal reconoce el derecho al matrimonio a los transexuales.

Similar actitud ha adoptado también en relación con los ciudadanos homosexuales. En el caso Dudgeon de 22 de octubre de 1981 señaló, en primer lugar, que «el Tribunal no se ve obligado a efectuar ningún tipo de juicio valorativo sobre la moralidad de las relaciones homosexuales entre varones adultos», para seguidamente añadir que «existe hoy en día una mejor comprensión y, por consiguiente, una amplia tolerancia de la conducta homosexual. (...) las actitudes éticas hacia la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte y la preocupación de que cualquier relajación en el derecho tendería a erosionar los *standars* morales existentes, no pueden, sin más, justificar intromisiones en la vida privada del demandante hasta este punto (el de ser considerado delito este tipo de relación)».

<sup>10</sup> STEDH Marckx de 13 de junio de 1979.

<sup>11</sup> SUDRE, Frédéric. *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Collection que sais-je?, nº 2513, París, 1992, p.31

De igual manera, el TEDH ha amparado a las familias de hecho y, especialmente, a los menores. En la STEDH Marckx de 13 de junio de 1979 advertirá que desde la perspectiva del artículo 8 que ampara el derecho a la vida privada y familiar no ha lugar a distinguir entre familia legítima y natural llegando a la conclusión de que la legislación belga infringía el Convenio al discriminar a los hijos naturales en los derechos sucesorios.

También ha considerado que los castigos corporales a los menores, aun infringidos por autoridades o educadores por muy arraigados que estén la tradición, son un maltrato que viola el artículo 3 CEDH. Así, por ejemplo, concluyó en la STEDH Tyrer de 25 de abril de 1978 que los castigos corporales a un menor infringido por las autoridades de Gran Bretaña suponían un trato degradante contrario al Convenio a pesar de las circunstancias de que estaba rodeada su imposición: sin publicidad, presencia de un médico, etc.; y aunque en la sentencia Costello-Roberts c. Reino Unido de 25 de marzo de 1993 no consideró que el castigo al menor supusiera un acto contrario al Convenio (el castigo consistió en tres golpes con una zapatilla de suela de caucho por encima del pantalón y sin testigos) se apresuró a declarar que ello no debía dar «la impresión de que se aprobaba el mantenimiento del castigo corporal en el sistema disciplinario escolar».

La protección del menor se ha concretado, así mismo, en una serie de sentencias relativas a la determinación de la filiación. En la STEDH Marckx de 13 de junio de 1979 concluyó que la legislación belga relativa a los requisitos exigidos para determinar la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio era contraria al CEDH pues introducirá una fuerte discriminación con relación a los hijos habidos dentro del matrimonio. En la STEDH Rasmussen de 28 de noviembre de 1984, falló que las limitaciones al ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad fijadas por la legislación danesa no vulneraban el Convenio pues perseguían proteger los intereses del menor. En la STEDH X e Y c. Holanda de 25 de marzo de 1985 consideró que la ausencia de vía penal en el ordenamiento interno para castigar a quien había abusado sexualmente de un incapaz era contraria al Convenio.

También hay que hacer hincapié en la protección que los órganos de Estrasburgo ha dispensado a los derechos de las minorías. El Convenio, como señala CARRILLO SALCEDO, «reconoce y protege derechos individuales y no derechos colectivos y de ahí

que, a diferencia de la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantice los derechos de los pueblos en tanto tales»<sup>12</sup>. La razón de ello, según COHEN-JONATHAN, fue que se consideró que los derechos de los pueblos... se sitúan en otro plano, en el de las relaciones entre los propios grupos. Se trata, sobre todo, de derechos de una colectividad y no de un derecho humano *strictu sensu*. Sin embargo, el propio autor reconoce que estas consideraciones no pueden mantenerse con la misma fuerza con relación a la exclusión de las minorías del ámbito de protección del Convenio, siendo insuficiente la protección dispensada a los miembros de estas derivada de la aplicación del artículo 14: «Es necesario que las minorías reciban un trato especial a fin de que se garanticen sus tradiciones y características propias»<sup>13</sup>. Como señalaba J. S. MILL la mayoría ha de actuar con pleno respeto a la persona individual y a las minorías<sup>14</sup>. En este sentido se pronuncia, en definitiva, el TEDH en la sentencia Young, James y Webster de 13 de agosto de 1981:

«Pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan la sociedad democrática. (...) La democracia no se reduce a la constante supremacía de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un justo trato y que evite todo abuso por parte de una posición dominante.» (Párf. 63).

Pone de manifiesto COHEN-JONATHAN<sup>15</sup> como, a través de una interpretación amplia del Convenio, el TEDH ha protegido, dentro de sus limitaciones, los intereses de las minorías y ello porque, como advierte CARRILLO SALCEDO, «algunos de estos derechos individuales (los del Convenio) únicamente tienen sentido cuando se contempla al hombre enraizado en un grupo humano y cultural»<sup>16</sup>.

De entrada, el Tribunal reconoce que «el artículo 14 protege a los individuos o grupos que se encuentran en una situación comparable contra toda discriminación en el disfrute de los derechos y libertades»<sup>17</sup>.

12 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de las Instituciones Europeas*, 1991, p. 433.

13 COHEN-JONATHAN, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Económica, París, 1989, p. 17. en el mismo sentido puede verse CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. «Protección de derechos humanos...», op. cit. pp. 447 y ss.

14 MILL, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, 1994, especialmente pp. 59 y ss. y 126 y ss.

15 *Ibidem* p. 17

16 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. «Protección de derechos humanos...», op. cit. pp. 448 y 449.

17 STEDH Engels de 18 de enero de 1978.

En el caso Mathieu-Mohin y Clerfayt de 2 de marzo de 1987, el TEDH tuvo que resolver si una serie de repercusiones de cuestiones lingüísticas en materia electoral se adecuaban al artículo 3 del Protocolo. La sentencia fue favorable a los intereses de la minoría lingüística flamenca. De igual manera, en el caso Relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica de 9 de febrero de 1967, protegió los intereses de la minoría lingüística flamenca.

Las minorías religiosas han estado amparadas, por ejemplo, en las SsTEDH Kokkinakis de 25 de mayo de 1993, Hoffmann de 26 de mayo de 1993 y Manoussakis de 29 de septiembre de 1996. En la primera de ellas falló que la sanción impuesta a un testigo de Jehová por propagar su fe violaba el CEDH pues no llevaba a cabo ningún tipo de proselitismo abusivo ya que simplemente se limitaba a visitar a los vecinos<sup>18</sup>. En la segunda consideró vulnerado el Convenio por el hecho de que las autoridades austríacas hubieran otorgado la patria potestad al padre sobre la base de que la demandante era testigo de Jehová<sup>19</sup>. En la tercera convino que el amplio poder discrecional que las leyes griegas concedían a las autoridades, como por ejemplo poder retrasar la contestación a la solicitud de apertura de un centro religioso o rechazarla sin necesidad de motivación, iba en contra del artículo 9 CEDH. Advertía que el margen discrecional que se concedía a los Estados tenía que ir encaminado a asegurar el pluralismo religioso. Sin embargo, en este caso el amplio margen de actuación que dejaba la legislación griega en esta materia era utilizado justamente para lo contrario, para restringir las actividades religiosas de confesiones distintas de la Iglesia ortodoxa.

Igual actitud favorable ha mostrado con las minorías políticas. El ejemplo más claro lo tenemos, como acabamos de ver, con Turquía y la minoría kurda. El TEDH ha amparado sistemáticamente a los demandantes que han acudido a Estrasburgo denunciando la vulneración de su libertad de expresión por las sanciones impuestas por las autoridades turcas como consecuencia de haberse manifestado en favor del pueblo kurdo, siempre y cuando, eso si, no se incitara a la violencia.

18 Vide igualmente la STEDH Larissis y otros de 24 de febrero de 1998. El TEDH consideró abusivo el proselitismo llevado a cabo por una serie de oficiales del ejército entre los soldados a sus órdenes pero concluyó que el realizado por dichos oficiales con civiles no merecía tal calificativo. En consecuencia concluyó que la sanción impuesta a los demandantes por la primera actividad no vulneraba el Convenio pero si que lo hacía la sanción por la segunda de ellas.

19 En sentido similar vide la STC 141/2000, de 29 de mayo que otorgó el amparo al padre que había visto restringido el derecho de visita a sus hijos por su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano universal de España.

Ello no obstante, cabe poner sobre el tapete la excesiva rigurosidad del TEDH a la hora de abordar una cuestión de especial trascendencia como las órdenes de expulsión de ciudadanos no europeos, en concreto, del norte de Africa. De ser una jurisprudencia favorable (así, por ejemplo las SsTEDH Moustaquim de 18 de febrero de 1991, Nasri de 13 de julio de 1995, en las que la orden de expulsión decretada contra los demandantes, personas que hacía tiempo que vivían en Europa con su familia, suponía una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar o la sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali de 28 de mayo de 1985 que concluyó que las trabas impuestas a la entrada de los esposos de mujeres inmigrantes infringían el Convenio) ha pasado a ser especialmente restrictiva tal como lo muestran, por ejemplo, las SsTEDH Boughanemi de 24 de abril de 1996 y G. c. Bélgica de 7 de agosto de 1996 en las que, a pesar de reconocer que existían lazos que unían a los demandantes con Francia y Bélgica respectivamente (en el primer caso había residido en Francia desde los ocho años, en este país se encontraban sus padres y hermanos y su hijo, en el segundo, la residencia en Bélgica se remonta a los once años, así mismo había estudiado y trabajado en dicho país en el que tenía familiares y una hija), el Tribunal consideró que la expulsión de los demandantes de territorio francés y belga no infringía el Convenio por el simple hecho de que también mantenían lazos con su país de origen, Marruecos.

El respeto que merecen las minorías exige no solo una actitud pasiva del Estado como no interferencia sino también una actitud positiva encaminada a remover los obstáculos y a hacer posible que los miembros de dichas minorías puedan comportarse de acuerdo a sus creencias, opciones sexuales, ideologías, etc. siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Así por ejemplo, no tienen cabida los mensajes nazis (Vide Decisiones sobre los casos: J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Holanda de 11 de octubre de 1979, X. c. Alemania de 16 de julio de 1982, X. c. Italia de 21 de mayo de 1976, T. c. Bélgica de 14 de julio de 1983, H., W., P. y K c. Austria de 12 de octubre de 1989, Otto E.F.A. Remer c. Alemania de 6 de septiembre de 1995, Honsik c. Austria de 18 de octubre de 1995, Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c. Alemania de 29 de noviembre de 1995, Pierre Marais c. France de 24 de junio de 1996. Y SsTEDH Lehideux e Isorni de 23 de septiembre de 1998 y Ibrahim Aksoy de 10 de octubre de 2000), integristas (vide Partido de la Prosperidad c. Turquía de 31 de julio de 2001) o violentos (SsTEDH Partido Comunista Unido de Turquía de 30 de enero de 1998 y Partido Socialista Turco de 25 de mayo de 1998, y STC 136/1999, de 20 de julio (Caso de vídeo electoral de H.B.)). Sobre esta cuestión vide CATALA i BAS, Alexandre H. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, 2001, pp. 359 y ss.

## 2.1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA O IDEOLÓGICA

Uno de los problemas más acuciantes en este momento, y que va a dar lugar a muchos conflictos de no sentarse unas buenas bases es el derivado de la coexistencia de diversas etnias, culturas y religiones. En la sociedad democrática, la tolerancia, en su significado de respeto, hacia las costumbres, prácticas y creencias de las minorías no sólo ha de tener una dimensión negativa como derecho a la no interferencia del Estado sino que éste ha de asumir verdaderas obligaciones positivas con el fin de remover obstáculos y establecer las condiciones necesarias para que los ciudadanos de una etnia o religión determinada puedan llevar a cabo aquéllas con normalidad. Los órganos de Estrasburgo han tenido ocasión de enfrentarse ya con el problema. Con el juez del Tribunal, Jean-Paul COSTA cabe poner de manifiesto que la jurisprudencia con relación a estas cuestiones no es todavía una jurisprudencia completa<sup>21</sup>. Nosotros añadiríamos que en el momento actual es vacilante. En gran parte, ello es provocado por una falta de adaptación de la sociedad a la nueva situación provocada por los movimientos migratorios. Así lo reconoce la propia Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, ComEDH) en su Decisión sobre el caso X c. Reino Unido de 12 de marzo de 1981 al exigir un esfuerzo de los Estados para adaptarse a la nueva situación de interculturalismo. Se plantean cuestiones que exigen del Tribunal una especial sensibilidad y una apertura de miras, cuestiones tan dispares como demandas de un budista encarcelado que deseaba poder ejercer su religión (Decisión de la ComEDH X c. Reino Unido de 20 de diciembre de 1974,) de judíos ortodoxos solicitando poder sacrificar las reses para disponer de comida *glatt* (STEDH Cha'are Shalom Ve Tsedek de 27 de julio de 2000), de miembros de una comunidad religiosa cristiana que deseaban construir un cementerio (Decisión de inadmisibilidad Johannische Kirche c. Alemania), de un musulmán al que le era incompatible acudir a la mezquita y cumplir con sus obligaciones contractuales (Decisión de la ComEDH S c. Reino Unido de 12 de marzo de 1981), de un parlamentario que tenía que prestar juramento sobre los evangelios (STEDH Buscarini de 18 de febrero de 1999) o la demanda de un *mutfi* al que las autoridades griegas habían sancionado por haber ocupado el cargo de forma presuntamente ilegal (STEDH Serif de 14 de diciembre de 1999).

Ello no obstante, y tal como se ha señalado, el paraguas cultural no ha de proteger las

<sup>21</sup> COSTA, Jean-Paul «La Convención européenne des Droits de l' Homme et les sectes», *Protection des droits de l' homme: la perspective européenne, Melangs à la mémoire de ROLV RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 279.

prácticas que, por muy arraigadas que estén en una cultura, sean incompatibles con los derechos fundamentales, con, en último término, la dignidad humana.

Uno de los ámbitos en el que se ha de ser especialmente cuidadoso es en el de la enseñanza, más aun cuando los afectados son menores. En este ámbito se conjugan diversos elementos que, imprescindible casar: el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus creencias, el derecho a la educación del propio menor, la obligación de las autoridades de velar por hacer realidad el pluralismo en la escuela e impedir cualquier tipo de adoctrinamiento, la obligación de éstas de respetar las creencias y costumbres de los alumnos, la obligación de impedir cualquier tipo de discriminación.

La educación en un sistema democrático ha de ir encaminada al pleno desarrollo de la personalidad del alumno, tal como reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 77/1985, de 27 de junio<sup>22</sup> y no puede entenderse sino es partiendo, tal como reconoce el TEDH en su sentencia Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976, del pluralismo educativo<sup>23</sup>. Ello supone la prohibición de cualquier tipo de adoctrinamiento. ¿Se consagra una neutralidad ideológica en el campo de la enseñanza? De la lectura de la STC 5/1981, de 13 de febrero podría deducirse una respuesta afirmativa. Afirma el Alto Tribunal español que en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos impone a los docentes una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico. Este tipo de adoctrinamiento iría manifiestamente en contra del derecho que asiste a los padres a elegir la formación moral y religiosa que deseen para sus hijos<sup>24</sup>. La neutralidad se convierte, de acuerdo con la STC 177/1996, de 17 de diciembre, en:

«presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática» (FJ 9).

22 FJ 29.

23 Párf. 50.

24 FJ 9.

Ello no obstante, la neutralidad se predica sólo de los centros públicos pues, tal como se desprende de la sentencia 5/1981, los centros privados sí pueden tener una orientación ideológica o religiosa determinada. Ahora bien, en uno u otro caso, no tienen cabida ni ideologías ni creencias o prácticas que vayan en contra de los derechos fundamentales y de los valores y principios sobre los que éstos se sustentan. La propia Constitución en su artículo 27.2. habla de que el pleno desarrollo de la personalidad del individuo ha de lograrse «en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», que se convierten, como señala el Alto Tribunal en la sentencia 5/1981, no sólo en límite sino en inspiración positiva, es decir, en obligación para las autoridades de transmitirlos a los alumnos:

«Aunque la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6) incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la continuidad y sistematicidad de la acción educativa justifica y explica que la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza haya de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así, en tanto que ésta (art. 20.4 CE) está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar CE (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del art. 27.2 CE, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.» (FJ 7)<sup>25</sup>.

Por lo tanto, es impensable, por ejemplo, un centro en el que se adoctrine a los alumnos en la convicción de la superioridad de la raza blanca. Las autoridades académicas tienen la obligación de transmitir a los alumnos que la convivencia pasa por el respeto a los derechos fundamentales pero, hecho lo anterior, pesa sobre ellas la prohibición

<sup>25</sup> Y así lo reconoce el propio TEDH cuando afirma en la sentencia Jiménez Alonso de 25 de mayo de 2000 que la Constitución española garantiza el derecho de las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes «en el respeto de los principios constitucionales».

más absoluta de inculcar ningún tipo de ideología o creencia, de tal suerte que la enseñanza ha de consistir, en último término, en la transmisión de conocimientos de forma objetiva y pluralista. Así se manifiesta el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976:

«El Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que puede no ser respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no ha de ser sobrepasado.» (Párf. 53).

Tanto la Constitución española como el CEDH reconocen el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones religiosas o morales<sup>26</sup>. Ahora bien, este derecho no tiene carácter absoluto sino que ha de conjugarse con una serie de intereses generales.

En primer lugar, con la escolarización obligatoria, indisponible por los padres. El objeto de esta última es, de acuerdo con la STC 22/1981, de 2 de julio garantizar una formación básica que busca promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y a remover los obstáculos que impidan a éstos el pleno desarrollo físico y psíquico de su personalidad. De ello se desprende que los padres no pueden escudarse en credo alguno con el objeto de no escolarizar a sus hijos o sacarlos de la escuela antes de que cumplan la edad de escolarización obligatoria ya sea para incorporarse al mercado laboral ya sea para quedar en casa ayudando en las tareas domésticas. Así se desprende de la propia sentencia cuando se afirma que esta medida está:

«inspirada en principios y valores fundamentales asumidos constitucionalmente (arts. 9.2 y 27.1 CE), y la creciente sensibilización de las sociedades democráticas respecto de la importancia de la realización de tales valores y principios viene manifestándose en la paulatina elevación de la edad requerida para el inicio de la actividad laboral.» (FJ 5).

<sup>26</sup> Artículo 27.3 CE: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Artículo 2. Del Protocolo Adicional al CEDH: «a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

El derecho a la educación genera obligaciones positivas que las autoridades públicas han de asumir, tal como señaló el TEDH en su lejana sentencia Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, de 23 de julio de 1968<sup>27</sup> y el Tribunal Constitucional en la suya 85/1986, de 14 de agosto a cuyo tenor:

«El derecho de todos a la educación (...) incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el ap. 4º de este art. 27 CE.» (FJ 3).

Ello no obstante, la sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de octubre (caso secta Niños de Dios) genera cierta confusión. El caso tiene su origen en la asunción por parte de la Generalitat Catalana de la tutela de una serie de menores cuyos padres se negaban a escolarizarlos alegando que ellos asumían su formación educativa. Si bien el Juzgado de Primera Instancia consideró que los menores estaban en situación de desamparo y procedía la asunción de su tutela por la Administración, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó el auto al considerar, en primer lugar, que los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física, intelectual, espiritual y moral y, en segundo lugar, por lo que a su escolarización se refiere, que la formación educativa de los menores, realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución. La Generalitat de Cataluña interpuso recurso de amparo alegando que la no escolarización suponía una vulneración del derecho a la educación en la medida en que los padres de los menores les privaban del derecho a una educación integral y, con buen criterio, afirmaban que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso por considerar que la medida adoptada por la Generalitat Catalana, asumir la tutela de los menores, era desproporcionada pues antes que llegar a adoptarla, la Generalitat debería haber agotado los instrumentos de los que está dotada para hacer efectiva la escolarización «a la que todo menor

27 Vide igualmente STEDH Campbell y Cosans de 25 de febrero de 1982.

tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables»<sup>28</sup>.

Como señala el magistrado GIMENO SENDRA, en su voto particular, este caso «plantea el novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la “total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática”, en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la “libertad ideológica y religiosa” del art. 16, reconvirtiéndose al derecho contemplado en el art.27.3. o, si dicho derecho 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». Como acertadamente se afirma en el voto particular, «el art. 27,1 contempla el segundo de los citados derechos, cuyo único titular originario son los niños aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercerlo a través de la representación» pues «la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente».

En definitiva, no admite discusión que los padres no tienen la capacidad de decidir escolarizar o no a sus hijos menores. En caso de no hacerlo, corresponde a las autoridades tomar las medidas oportunas para llevar a cabo dicha medida. Ahora bien, ello ha de alcanzarse de la forma menos traumática posible por lo que medidas tan drásticas como las adoptadas por la Generalitat Catalana sin haber agotado con anterioridad otras posibilidades pueden ser anuladas por los tribunales.

En segundo lugar, el derecho de los padres a que se respeten sus convicciones encuentra su límite en el propio plan de estudios fijado por las autoridades académicas. En este punto se hace necesario una flexibilidad por ambas partes de tal suerte que sólo en los casos en que de forma directa y grave una asignatura entre en contradicción con las convicciones de los padres podrán los hijos ser eximidos de asistir a la misma. A *sensu contrario*, los padres no pueden decidir a qué asignaturas pueden asistir y a cuales no sus hijos alegando, sin más, razones religiosas, filosóficas o similares, pues ello haría inviable cualquier plan docente. Así lo reconoce el TEDH en su

<sup>28</sup> FJ 2.

sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen de 7 de diciembre de 1976, al advertir que gran número de asignaturas tienen de cerca o de lejos connotaciones de este tipo aunque ello no permite a los padres que deciden llevar a sus hijos a centros públicos disponer a su voluntad de las asignaturas de sus hijos:

«La definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes (...). En particular, la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no carácter religioso o filosófico. No autoriza ni siquiera a los padres a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de no poderse llevarse a cabo. Es, en efecto, muy difícil que algunas asignaturas enseñadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un carácter filosófico.» (Párf. 53).

Ahora bien, nos parece poco flexible la actitud del TEDH en las sentencias Valsamis y Efstratiou, ambas de 18 de diciembre de 1996, al no amparar a las menores, testigos de Jehová, sancionadas por las autoridades griegas con dos días de expulsión por negarse a participar en el desfile escolar con ocasión de la fiesta nacional que conmemora la fecha en la que la Italia fascista declaró la guerra a Grecia. Las menores alegaron que participar en un acto que recordaba un acontecimiento bélico iba en contra de sus convicciones religiosas pues el pacifismo constituye un dogma fundamental de su religión que les impedía todo comportamiento o práctica ligado de forma directa o indirecta a la guerra o a la violencia. La falta de sensibilidad del TEDH en este punto es manifiesta pues se trataba, en todo caso, de una actividad extraescolar que nada tenía que ver con la formación académica. A nadie se le puede obligar a participar en un desfile y menos si éste conmemora una efeméride violenta por más que se trate de una fiesta patriótica, hecho que se agrava cuando la persona que participa tiene firmes convicciones pacíficas<sup>29</sup>. No puede escudarse el Tribunal en que las autoridades nacionales son los competentes para definir y desarrollar el programa de estudios<sup>30</sup>, salvo que participar en un desfile se considere parte de un programa tal. La falta de sensibilidad llega a tal extremo que no le da mayor trascendencia a que la sanción

<sup>29</sup> Hay que tener en cuenta que, incluso, en algunos sitios los desfiles escolares tenían lugar simultáneamente con desfiles militares.

<sup>30</sup> Vide Párf. 28.

consista, justamente, en expulsar a la alumna, aunque sólo sea por dos días, de la escuela pues tal medida no pone en peligro la educación de las menores. En definitiva, defiende el TEDH la participación en los desfiles y llega a afirmar que «este tipo de conmemoraciones de acontecimientos nacionales, a su manera, persiguen a la vez objetivos pacíficos y el interés público»<sup>31</sup>, por lo que, en su opinión, la expulsión no vulneraba ni el derecho a la instrucción ni tampoco la libertad religiosa de las menores.

En tercer lugar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus creencias tiene como límite el respeto a los valores y principios democráticos y a los derechos fundamentales, en este caso, especialmente, los derechos del menor, que las autoridades están obligadas a garantizar y promover. Tal como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, 21 del mayo, el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley. La libertad de creencias encuentra un límite en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues las mismas pueden suponer una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes<sup>32</sup>. De ello no escapan los padres que no pueden imponer por la fuerza sus creencias o prácticas a sus hijos ni tampoco pueden convencer a los mismos para que practiquen aquellas que no son compatibles con aquel respeto, pues por encima de la voluntad de los padres está el interés superior del menor que, en último término, ha de ser amparado por las autoridades públicas:

«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

31 Párf. 32

32 FJ 4.

y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH Caso Hoffmann). En resumen, 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 el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 C.E. en relación con el art. 39 C.E.)» (FJ 5).

## 2.2. LAS COSTUMBRES DE LAS MINORÍAS EN LAS ESCUELAS. EL HIJAB O VELO ISLÁMICO: UNA CUESTIÓN POLÉMICA

Es esencial que se enseñe a los jóvenes en el respeto a las creencias y costumbres de los demás, especialmente si éstas forman parte de una religión o cultura minoritaria. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en su auto 180/1986, de 21 de febrero:

«la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convicciones democrática que (...) debe ser garantizada».

Los órganos de Estrasburgo se han pronunciado con relación a una de las cuestiones más polémicas: la del *hijab* o velo. La polémica ha saltado recientemente en nuestro país ante la negativa de una directora de un centro escolar a permitir la entrada de una menor marroquí por llevar cubierta la cabeza con dicha prenda. El conflicto no es nuevo. Tarde o temprano tenía que suceder como ya ha sucedido en otros países de la Unión Europea. En Francia, las autoridades se negaron a dicha práctica en aras al principio de laicidad. Al final se llegó a una solución de compromiso al permitirse velos o pañuelos siempre y cuando dejaran al descubierto la cara. La cuestión es averi-

guar el significado de dicho velo, qué es lo que se quiere mostrar con ello. Si se trata de una manifestación como cualquier otra de una cultura o religión, como, por ejemplo, un turbante, nada hay que objetar, si esconde connotaciones discriminatorias como el *burka* es, de entrada, rechazable. En principio, de la lectura, entre otras, de las Aleyas 31<sup>33</sup> de la Sura XXIV y 55<sup>34</sup> y 59<sup>35</sup> de la Sura XXXIII se desprende que es recomendable llevar esta prenda. A nadie escapa que de una lectura rigurosa de las mismas puede desprenderse que es una verdadera obligación. En todo caso no es suficiente con decir que El Corán no obliga hay que ver si dicha obligación le ha sido efectivamente impuesta a la mujer por su entorno. Tampoco el *burka* parece que esté prescrito en El Corán pero las mujeres bajo la severa vigilancia de la policía religiosa del régimen talibán de Afganistán no dudaban en ponérselo. Ninguna se atrevía a no llevarlo por la hostilidad brutal del entorno que podía llegar, incluso, a la lapidación.

En su Decisión de admisibilidad Dahlab c. Suiza de 15 de febrero de 2001, el TEDH se muestra extremadamente riguroso con el tema del velo en los centros públicos. A la demandante, maestra de profesión, se le prohibió llevar esta prenda durante las clases. A pesar de quedar constatado que la demandante la había llevado durante tres años sin producirse ninguna queja de los padres y que en ningún momento había intentado labor alguna de proselitismo, el TEDH concluye que dicha prohibición no vulnera la libertad religiosa de la demandante pues la prescripción de El Corán sobre esta cuestión es «difícilmente conciliable con el principio de igualdad de sexos» y «es difícil conciliar llevar el *foulard* islámico con el mensaje de tolerancia, de respeto ajeno y, especialmente, de igualdad y no discriminación que en una democracia todo maestro ha de transmitir a sus alumnos». Por lo tanto, para el TEDH esta prenda esconde connotaciones discriminatorias. Ello no obstante, la decisión del TEDH peca de escasa motivación. El Tribunal tenía que haber examinado con detenimiento si, efectivamente, esta prenda tiene en la actualidad tal connotación y no despachar la cues-

33 Di a los creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve. ¿Cubran su seno con el velo! No muestren sus adornos más que a sus esposos, o a sus padres, o a los padres de sus esposos, o a sus hijos, o a los hijos de sus esposos, o a sus hermanos, o a los hijos de sus hermanos, o a los hijos de sus hermanas, o a las mujeres o a los esclavos que posean, o a los varones, de entre los hombres, que carezcan de instinto, o a las criaturas que desconocen las vergüenzas de las mujeres; éstas no meneen sus pies de manera que enseñen lo que, entre sus adornos, ocultan. Todos volveréis a Dios, ¡oh creyentes! Tal vez seáis bienaventurados! (N del A. Se ha utilizado la versión de El Corán, Traducida por Joan Vernet, Catedrático de Lengua Árabe de la Universidad de Barcelona, Planeta, 1983.)

34 No hay falta para ellas si las ven sus padres, sus hijos, sus hermanos, los hijos de sus hermanos, los hijos de sus hermanas, sus mujeres y los que poseen la diestra. ¡Temán a Dios!, Dios es sobre toda cosa testigo.

35 Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas, a las mujeres creyentes, que se ciñen sus velos. Ese es el modo más sencillo de que sean reconocidas y no sean molestadas. Dios es indulgente, remisorio.

ción en unas breves líneas no de una sentencia sino de una decisión de inadmisibilidad escasamente motivada. El caso era merecedor de un examen más a fondo y de una sentencia habida cuenta que, más allá de la anécdota, nos enfrentamos a una cuestión de gran importancia como hacer realidad la interculturalidad. Se escuda el Tribunal en el margen de apreciación amplio de que gozan los Estados cuando se tratan cuestiones que afectan a la moral o a los sentimientos religiosos. Sin embargo, aquí se hace necesario el control europeo más estricto, reduciendo al máximo el margen de maniobra de los Estados miembros del Convenio pues de lo que se trata es de sentar las bases, desde planteamientos amplios, de una convivencia normalizada entre personas pertenecientes a diferentes culturas. El caso Dalhab reviste una especial complejidad. Aquí nos encontramos con una persona mayor de edad que libremente desea llevar dicha prenda. Ante ello poco o nada hay que objetar. Lo que sucede es que decide llevarla mientras ejerce su labor de educadora. Para el TEDH no es posible casar la labor docente en la que, se supone se ha de enseñar que las mujeres son iguales a los hombres y que es contrario a la dignidad humana la sumisión, con portar una prenda con tales connotaciones, aunque en dicho caso la maestra no haya sido obligada a ponérsela. Nos parece especialmente arriesgado que el TEDH en una simple decisión de inadmisibilidad, escasamente motivada, condene sin paliativos una práctica muy extendida entre las mujeres musulmanas, tachándola de intolerante. Considera el TEDH, que la prohibición de llevar el velo tenía por objeto velar por los derechos ajenos y, de forma un tanto excesiva y sin mayores argumentos, por la seguridad y el orden público. A nuestro entender, no se trataba tanto de la libertad religiosa o ideológica de los menores (la maestra nunca intentó labores de proselitismo) como su derecho a la educación en la medida en que dicha prenda es susceptible de transmitir un mensaje confuso a los alumnos.

La postura de la ComEDH es igual de rigurosa. En esta caso la prohibición a que se lleve esta prenda se justifica por el principio de laicidad. En su Decisión sobre el caso Karaduman c. Turquía de 3 de mayo de 1993<sup>36</sup>, advirtió que el Estado ha de asumir la obligación de velar para que no hayan manifestaciones religiosas de corte fundamentalista por lo que son lícitas aquellas restricciones al ejercicio de la libertad religiosa encaminadas a frenarlas. Este caso tiene su origen en la negativa de las autoridades turcas a aceptar una fotografía de la demandante que había que adjuntar un certifica-

<sup>36</sup> Vide también la Decisión sobre el caso Burut de 3 de mayo de 1993 que trata un caso similar.

do provisional de haber concluido sus estudios universitarios por la razón de que en dicha fotografía aparecía la demandante con un *foulard* en la cabeza, circunstancia que estaba prohibida por la legislación turca. Ante la alegación de la demandante de que ello vulneraba su libertad religiosa, la ComEDH da por buena las explicaciones del Estado turco en el sentido de que tal medida tenía como objeto defender el principio de laicidad del estado. Hay que tener en cuenta que el propio el Tribunal Constitucional turco había declarado por sentencia de 7 de marzo de 1989 inconstitucional una ley que permitía el uso del *foulard* en los centros de enseñanza superior en la medida que ello atacaba el principio de laicidad.

Este caso tiene como país demandado Turquía donde la mayoría de la población es musulmana. Llama la atención que la negativa a que se porte *foulard* en centros públicos la dicte las autoridades de un país de mayoría musulmana pero laico. Turquía ve en dicha prenda un peligro de intolerancia. Este país vivió bajo el Imperio Otomano un régimen teocrático que concluyó con la instauración de la actual república laica, uno de cuyos fundamentos es, precisamente, el que el Estado no adopte ninguna religión como oficial ni que su legislación se funde en ningún texto religioso. Paradójicamente ahora, en el caso Karaduman, la prohibición de llevar *foulard* en la universidad se justifica por las autoridades turcas en aras a proteger a las minorías no musulmanas que al no llevar pañuelo podrían ser objeto de discriminación y en definitiva ser el origen de conflictos en el seno de la sociedad. Argumenta la ComEDH para dar la razón a las autoridades turcas que, en un país en la que la gran mayoría de la población profesa una religión determinada, la manifestación de ritos y de símbolos de esta religión, sin restricción de lugar o forma, puede constituir una presión sobre los estudiantes que no la practican<sup>37</sup>, y va más allá y llega a afirmar que la utilización de esta prenda es signo de fundamentalismo («las universidades laicas, en el momento en que establecen reglas disciplinarias con relación a la vestimenta de los estudiantes, han de velar para que ciertas corrientes fundamentalistas religiosas no enturbien el orden público en la enseñanza superior y no ataquen las creencias ajenas»).

Por lo tanto, se ataca a esta prenda por dos frentes: por una parte, el TEDH mantiene que el velo es signo de intolerancia y, por otra, la ComEDH que llevarlo ataca al prin-

<sup>37</sup> Términos muy duros los empleados por la ComEDH. Si por un *foulard* se manifiesta así, ¿qué sucedería en el caso de que en España alguna persona perteneciente a una minoría no cristiana se quejase que la Semana Santa o la fiesta del Corpus Christi le suponía una fuerte presión?

cipio de laicidad del Estado. Estos argumentos han servido, el primero, para impedir que una minoría lo lleve, y en el segundo, para hacer lo propio con la mayoría. Paradójicas. Lo que sí parece deducirse, pues las propias demandantes lo alegan, es que dicha prenda tiene connotaciones religiosas<sup>38</sup>.

La Decisión X. c. Reino Unido de 12 de marzo de 1981 plantea el problema de hacer compatible el respeto a las creencias o prácticas de una persona con la relación contractual contraída. El caso merece ser destacado pues en su origen se encuentra la queja de un maestro musulmán que no podía compatibilizar su jornada laboral con sus obligaciones religiosas, especialmente asistir los viernes a la mezquita. Lo más destacado del caso no está en que la ComEDH no le diera la razón sino en que la propia ComEDH reconoció que la legislación tenía que adaptarse a las nuevas circunstancias. En un primer momento el demandante estaba destinado a un centro escolar alejado de cualquier mezquita y en ningún momento solicitó permiso para ausentarse. Con posterioridad fue trasladado a un centro próximo a una mezquita con lo que solicitó permiso para acudir los viernes por la tarde a la mezquita. De entrada, cabe señalar que nunca hubo una oposición frontal a que este maestro pudiera cumplir sus obligaciones religiosas. De hecho, durante una larga época se ausentaba del centro con permiso de la dirección con el fin de acudir a la mezquita siendo cubierta su ausencia por los compañeros y, además, contaba en el centro con un espacio tranquilo para poder realizar sus plegarias. Ello no obstante, la situación se complicó tras un segundo traslado. La directora del nuevo centro solicitó instrucciones a sus superiores sobre este punto a lo que contestaron que no debía autorizarle a salir pero tampoco negarse a que abandonara el centro para acudir a la mezquita. El demandante se ausentaba los viernes por la tarde pero nunca estaba de vuelta a la hora acordada por la directora. Trasladado de nuevo, el director del centro al que estaba destinado le informó que no podía ausentarse del centro para acudir a la mezquita. Las autoridades académicas le ofrecieron la posibilidad de variar su contrato de cinco días por otro a tiempo parcial de cuatro días y medio, circunstancia que aceptó lo cual no le impidió

<sup>38</sup> Cabe traer a colación la Decisión sobre el caso X. c. Reino Unido de 12 de julio de 1978. Este caso tiene su origen en las repetidas sanciones impuestas al demandante, ciudadano indio sikh, entre los años 1973 a 1976, por negarse a llevar casco a la hora de conducir un ciclomotor. Alegaba el demandante que ello le obligaba a quitarse el turbante, hecho que iba en contra de sus convicciones religiosas y atentaba, por tanto, con su libertad religiosa. La ComEDH consideró que dicha obligación tenía como finalidad proteger la integridad de los conductores por lo que estaba justificada. Ello no obstante, cabe advertir que en 1976 se modificó la ley y estos ciudadanos quedaron eximidos de la obligación de llevar casco. Dejando aparte lo discutible de la reforma desde el punto de vista de la seguridad vial, la reforma es un ejemplo de adaptación a las nuevas circunstancias consecuencia del asentamiento en Reino Unido de otras culturas y religiones.

recurrir en la medida en que, en último término, la nueva situación suponía una disminución de su salario, de sus derechos pasivos y de sus posibilidades de promoción. Sostuvo el demandante ante la Comisión que no es lícito instaurar un sistema que obligue a un candidato a un puesto de trabajo a no cumplir con los mandatos de su religión o a arriesgarse a no ser empleado como consecuencia de sus obligaciones religiosas. La ComEDH se encontró, de hecho ante un callejón sin salida. Admite que, en el periodo en el que se plantea el caso, la sociedad británica se encontraba, por el gran flujo de musulmanes, en un periodo de transición y que habían aparecido nuevos y complejos problemas, especialmente en el campo de la enseñanza, para los profesores pero también para los estudiantes y advierte que «el sistema educativo complejo de Reino Unido debía adaptarse progresivamente a los elementos nuevos aparecidos en la sociedad británica». Basándose en ello considera que, vistas todas las circunstancias existentes en la época, no se había vulnerado la libertad religiosa del demandante. Ahora bien, hay que hacer hincapié en el hecho de que la ComEDH remarque en diversas ocasiones que nos encontrábamos en dicha época, década de los 70, ante un hecho nuevo que demandaba un periodo de adaptación concluyendo que no se había vulnerado el artículo 9 CEDH pues las autoridades no habían tenido tiempo de llevar a cabo la adaptación del sistema educativo a los nuevas circunstancias<sup>39</sup>. De ahí se deduce, a *sensu contrario*, que existiría una vulneración de la libertad religiosa si, pasado un tiempo prudencial, no se hubiesen adoptado medidas eficaces para dar respuesta satisfactoria a las nuevas demandas.

Por lo tanto, es exigible al legislador que de respuesta pronta a las nuevas circunstancias de tal suerte que su silencio puede provocar una vulneración del derecho en cuestión.

La cuestión merece especial atención pues subyace el gran problema con el que se enfrenta la sociedad europea del Siglo XXI: el choque de culturas. De no encauzarse el problema puede agravarse hasta el punto de crear una grave quiebra del sistema democrático difícil de restaurar. Por ello, el problema debe ser atajado desde su inicio y no dejar a que se produzca el efecto bola de nieve. Afirma DAHL que «las instituciones políticas democráticas tendrán más posibilidades de desarrollarse y de perdurar en un país que sea bastante homogéneo culturalmente, y menos en otro con subcultu-

39 Así remarca en este sentido que la situación existente en «1974/75 no ha vulnerado la libertad religiosa del demandante».

ras claramente diferenciadas y en conflicto»<sup>40</sup>. Efectivamente, las sociedades democráticas con una sola cultura no soportan este tipo de tensiones. Ello no obstante, hay que cambiar el *chip* pues la sociedad europea ha dejado de ser culturalmente homogénea. De lo que se trata es de afrontar la nueva situación desde planteamientos integradores con el fin de que las distintas culturas no entren en conflicto sino que coexistan pacíficamente.

En el pasado, en España, ya se consiguió una sociedad culturalmente homogénea, pero a base de expulsar judíos y moriscos. ¿Se trata también ahora de esto? Además, creencias y prácticas ancladas en nuestra tradición, muchas de origen religioso, algunas claramente discriminatorias para la mujer, son cuestionadas y abandonadas por grandes sectores de la población, especialmente los más jóvenes, y sustituidas por nuevas. La solidaridad pasa por la tolerancia, en su significado de respeto, hacia las culturas que han llegado a Europa. Solidaridad e intento de imponer la cultura mayoritaria, solidaridad y rechazo a las culturas minoritarias es una contradicción *in terminis*. Pero también se hace necesario, por tanto, la existencia de un espíritu de apertura en las culturas minoritarias. Las primeras medidas, posiblemente, han de ir encaminadas en esa dirección pues dicho espíritu posibilitará el diálogo y la mutua comprensión. Intentar acabar con el problema de forma expeditiva, no tender puentes de diálogo, producirá un enroque de la situación, levantará muros que, luego, serán difíciles de derribar.

Cuando las prácticas o costumbres no ataquen ningún valor o derecho fundamental, el Estado ha de adoptar una actitud favorable al ejercicio de las mismas en el sentido de facilitar su realización. Por ello no nos parece muy afortunada la afirmación del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 166/1996, de 28 de octubre en el sentido de que de las obligaciones del Estado tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa «no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias»<sup>41</sup>. ¿Ello supone, por ejemplo, que en los comedores escolares de aquellos centros en los que acuden niños musulmanes o judíos no se les ofrezca un menú sin carne de cerdo?<sup>42</sup>. Se nos hace

40 DAHL, Robert, *La democracia, Una guía para los ciudadanos*, Taurus, 1999, p. 170.

41 FJ 3.

42 Vide en este sentido el Informe final sobre la escolarización de los hijos inmigrantes de España, de CCOO.

muy duro que las alternativas sean marcharse a sus casas, no comer o comer y violar un precepto de su religión como así sucedió. La ComEDH advirtió en la Decisión sobre el caso *Arrowsmith c. Reino Unido* de 12 de octubre de 1978, que «el artículo 9 del Convenio no garantiza siempre el derecho a poderse comportar en el ámbito público de la manera dictada por esta convicción. Principalmente, el término “prácticas” en el sentido del artículo 9 párrafo 1 no hace referencia a no importa qué acto inspirado por una religión o convicción»<sup>43</sup> y en su Decisión sobre el caso *C. c. Reino Unido* de 15 de diciembre de 1983, que la libertad religiosa no solo abarca el foro interno sino que también protege «los actos íntimamente ligados a esas convicciones, tales como los actos de culto o de devoción que son aspectos de la práctica de una religión o de una convicción aunque ello no garantiza en todo momento y lugar el derecho a poderse comportar en el ámbito público de la manera dictada por esa religión o convicción». Está claro que es imposible asegurar la posibilidad de que en el ámbito público un ciudadano pueda llevar a cabo todos los actos que su religión prescribe pero si se han de arbitrar los mecanismos necesarios para que pueda darse cumplimiento a los más importantes, los más estrechamente ligados a su religión. Habrá que analizar caso por caso y decidir, con amplitud de miras, lo más objetivamente posible, la repercusión que la prohibición de una práctica puede tener para dicha persona o, en su caso, para la colectividad de la que forma parte. A lo que si tendrán derecho, como es obvio, los ciudadanos afectados es, como señala la propia Comisión en esta última decisión, a «dar a conocer su postura e intentar, por vías democráticas, convencer a otros de sus planteamientos».

### 2.3. LA EDUCACIÓN RELIGIOSA NO CATÓLICA EN LAS ESCUELAS

En principio, es difícil casar un estado aconfesional como el nuestro con la existencia de educación religiosa en los colegios públicos. Ello no obstante, el artículo 16.3 CE ordena a los poderes públicos mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. De esta manera, la neutralidad en materia religiosa del Estado se hace compatible con lo que el Tribunal Constitucional llama, entre otras, en su STC 46/2001, de 15 de febrero, una «aconfesionalidad o laicidad positiva que veda

<sup>43</sup> Este caso hacía referencia a la pena impuesta a una activista pacifista por repartir folletos entre los soldados del ejército británico que iban a ser destinados a Irlanda del Norte. Vide también Decisión caso *Bulut* de 3 de mayo de 1993, y Decisión caso *Fadini c. Suiza* de 8 de enero de 1993.

cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales»<sup>44</sup>. Ello supone, en palabras del propio Tribunal que «el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos no pueden ser objeto de protección»<sup>45</sup>.

Si esto es así, ¿qué medidas han de adoptarse con los alumnos que profesan una religión distinta a la católica? Esta cuestión adquiere gran importancia habida cuenta de que en nuestras escuelas acuden gran número de alumnos de religiones distintas a la católica. No hay discusión de que han de ser eximidos de la clase de religión católica. Pero ¿es ello suficiente?, es decir, ¿con esta medida cumplen las autoridades sus obligaciones asistenciales o prestacionales de las que se habla, por ejemplo en la STC46/2001<sup>46</sup>. Entendemos que no. La actitud de las autoridades ha de ir encaminada a procurar que estos alumnos reciban la formación religiosa acorde a sus convicciones. Como señala GIMENO SENDRA en su voto particular en la sentencia 260/1994, la Constitución confiere a los padres «el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación religiosa que se adecue a sus convicciones». En este sentido, por ejemplo, cabe traer a colación la STC 24/1982, de 13 de mayo que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de diputados contra el punto cuarto del artículo 9 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascenso en régimen ordinario para los militares de carrera del ejército de Tierra, al entender que no es contraria a la Constitución prestar asistencia católica a los individuos de las Fuerzas Armadas. En esta sentencia el Tribunal advirtió que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica, sin ningún tipo de obligatoriedad, a los individuos de las fuerzas Armadas hace realidad el derecho al culto de los individuos y comunidades. Ahora bien, los individuos que no profesan dicha religión también tienen derecho a la asistencia religiosa acorde a sus convicciones por lo que las autoridades tienen la obligación de hacerla posible en la medida y proporción adecuadas:

«por el mero hecho de la prestación a favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos pueden reclamar fundadamente, (...), el

<sup>44</sup> FJ 4. Vide en el mismo sentido SsTC 177/1996, de 11 de noviembre y 128/2001, de 4 de junio

<sup>45</sup> ATC 180/1986, de 21 de marzo.

<sup>46</sup> FJ 4.

Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada.» (FJ 4)<sup>47</sup>.

Trasladando la cuestión al ámbito escolar, parece evidente que de esta jurisprudencia se deduce la obligación de las autoridades, en la medida y proporción adecuadas, de dotar de personal que pueda prestar educación religiosa a los alumnos de otras confesiones. Cuando el número de alumnos sea lo suficientemente significativo, las autoridades académicas han de hacer lo posible para que reciban la educación religiosa acorde a sus convicciones. Tratándose de un derecho fundamental de los padres y de los hijos, se exige que la actitud de las autoridades sea de forma clara *pro libertate*. De ahí cabe derivar que no sería aceptable exigir un número mínimo de alumnos excesivamente alto o escudarse, sin más, en cuestiones presupuestarias o en supuestas dificultades para encontrar la persona apta para impartir dicha asignatura, que, en la realidad, encubran una negativa de las autoridades públicas a prestar este servicio.

#### 2.4. LA EDUCACIÓN SEXUAL EN LAS ESCUELAS

Este ha sido, desde siempre, un tema muy polémico pues aparecen conceptos tan indeterminados como el respeto a la moral o a los sentimientos religiosos. Sólo cabe recordar la STEDH Handyside de 7 de diciembre de 1976 y la STC 62/1982, de 15 de octubre. En la primera de ellas el Tribunal Europeo afirmó que no existe una noción uniforme europea de moral<sup>48</sup>, incluso en la STEDH Otto-Preminger-Institut de 20 de septiembre de 1994 matizó que:

«tales concepciones pueden variar incluso en el seno de un mismo país.» (Párf. 50).

<sup>47</sup> Vide igualmente la STEDH Tsirlis y Kouloumas c. Grecia de 29 de mayo de 1997 en la que sanciona el trato discriminatorio del que eran objeto ministros de otras confesiones con relación a los sacerdotes de la Iglesia ortodoxa. Los demandantes, ministros de culto de los Testigos de Jehová, fueron encarcelados por no incorporarse al servicio militar. No se les eximió de dicha obligación, a pesar de existir una norma que exceptuaba de dicha incorporación a los sacerdotes y ministros de cualquier «religión conocida» por no considerar que los «Testigos de Jehová» merecían tal calificativo. El TEDH consideró que «la obstinación de las autoridades competentes de no reconocer que los Testigos de Jehová constituyen una «religión conocida» y el atentado que de ello se ha deducido contra su libertad, reviste un carácter discriminatorio si se lo compara esta situación con la de con la de los sacerdotes de la Iglesia ortodoxa, que obtienen dicha exención» (Párf. 60)

<sup>48</sup> Párf. 48. Vide igualmente SsTEDH Müller de 24 de mayo de 1988 y Wingrove de 25 de noviembre de 1996.

Por su parte, el Tribunal español se expresa en similares términos:

«Surge el problema de determinar en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema éste de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública —como elemento ético común de la vida social— es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución).» (FJ 4).

Y aunque ambos tribunales han admitido que la moral o los sentimientos religiosos en cuanto límites a los derechos como la libertad de expresión han de ser interpretados de manera restrictiva, lo cierto es que en la mayoría de los casos en han entrado en juego de forma directa han prevalecido en detrimento del derecho.

En la STEDH Müller de 24 de mayo de 1988, el demandante alegaba que la sanción impuesta por las autoridades suizas, multa y confiscación de las obras, suponía una vulneración de su libertad de expresión. Los cuadros, expuestos en una galería cuya entrada era libre, representaban crudas escenas de actos sexuales. El TEDH consideró que la multa, no así la confiscación, se ajustaron a las exigencias del segundo párrafo del artículo 10 CEDH y eso a pesar de reconocer que la concepción sobre la moral había cambiado en los últimos años:

«El Tribunal reconoce (...) que las concepciones sobre la moral sexual han cambiado en los últimos tiempos. Habiendo examinado los lienzos litigiosos, no encuentra no razonable que los jueces competentes los hayan calificado de “naturaleza hiriente brutalmente” por el acento puesto sobre la sexualidad en algunas de sus formas más crudas «a la decencia de las personas con una sensibilidad normal”. A la vista de las circunstancias del caso y al margen de apreciación que le reserva el artículo 10.2 estima “necesaria” para la protec-

ción de la moral, imponer a los demandantes una multa por publicaciones obscenas.» (Párf. 37)<sup>49</sup>.

Indudablemente, la moral, y específicamente la moral sexual, es un concepto cambiante según los tiempos y las épocas. Sin embargo, desde los primeros tiempos, el sexo ha estado presente en el arte aun en las formas más descarnadas. Ello no obstante, en todos los tiempos y en defensa de la moral imperante se ha llevado a cabo atropellos a la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones. Compartimos el parecer del juez SPILMANN expresada en su voto disidente. A la hora de analizar la posible vulneración del artículo 10 CEDH, manifiesta el juez que el concepto de obscenidad es algo, *per se*, relativo, destacando que los numerosos ejemplos, en el mundo de las artes y de las comunicaciones, nos deberían incitar a tener una gran prudencia a la hora de juzgar<sup>50</sup>.

Por su parte, las SsTEDH Otto-Preminger-Institut de 20 de septiembre de 1994 y Wingrove de 25 de noviembre de 1996, se introducen en el campo sinuoso y complicado de la moral religiosa. En ambos casos se trataba de películas consideradas por las autoridades como ofensivas a la fe cristiana y en ambos casos llegó el TEDH a conclusiones similares. En la primera de estas sentencias, por ejemplo el TEDH advirtió de la imposibilidad de dar una definición uniforme del significado de los sentimientos religiosos en una sociedad, por lo que las autoridades nacionales han de disponer de un cierto margen de apreciación a la hora de valorar los hechos y concluyó considerando que las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, entre otras, la retirada de las películas de las salas y su confiscación no vulneraron el derecho a la libertad de expresión a pesar de que el acceso a la sala de proyección no era libre sino que estaba condicionado al pago de una entrada y a poseer una determinada edad<sup>51</sup>.

49 Criticable es que en el presente caso los tribunales suizos se erigieron en verdaderos críticos de arte. Además de calificar de repugnantes los lienzos, señalaron en tono inquisitorial lo siguiente: «aunque con vacilaciones, el Tribunal no ordenará que se destruyan los tres lienzos. El valor artístico de las tres obras expuestas en Friburgo no es tan evidente como lo que supone el testigo Ammann...» (hay que advertir que este último era crítico de arte). Vide párf. 14 de la sentencia.

50 Cita como ejemplo, entre otros, el de como Flaubert fue perseguido por su obra *Madame Bovary*

51 Sentencia calificada por WACHSMANN de lamentable pues «viene a desequilibrar la lógica interna del artículo 10 relativizando la protección de la que se beneficia la libertad de expresión en un grado superior a la que resulta del propio texto». Critica este autor, por una parte, que «la ofensa a los creyentes reside, pues, no en el hecho de exponer directamente las imágenes susceptibles de herir su fe, sino en el solo hecho de conocer la existencia de la obra que juzgan blasfema», por otra, sigue señalando dicho autor, es inaceptable que el TEDH no tenga en cuenta «las precauciones que la asociación había tomado para que nadie pudiera sentirse agredido en sus convicciones exponiéndose a ver el film». Tras recordar el caso de Salman Rushdie y el peligro que sentencias de este

Centrándonos en la cuestión de la educación sexual cabe hacer referencia, en primer lugar, a la sentencia *Handyside* del TEDH y 62/1982 del Tribunal Constitucional. En ambas se discutía si respetaba la moral un libro sobre educación sexual para los jóvenes en el que los textos, algunos de ellos polémicos, aparecían ilustrados con fotografías más o menos explícitas. Ambos tribunales consideraron que dicho libro, a pesar de contener informaciones exactas y con frecuencia útiles, encerraba contenidos, textos y fotos, que eran susceptibles de atentar a la moral por lo que consideraron que su retirada no vulneraba la libertad de expresión. La moral o los sentimientos religiosos como límite a los derechos provoca, por su propia indefinición, graves problemas e interpretación, a veces, irresolubles. ¿está en disposición un juez educado en la tradición cristiana de apreciar si determinada película o publicación atenta a la moral religiosa de los musulmanes? Hemos visto ejemplos de como no se ha amparado a los demandantes que habían «ofendido» los sentimientos religiosos cristianos. En cambio, se amparan y defienden obras susceptibles de atentar a los sentimientos religiosos de los miembros de otras confesiones. En estas cuestiones hay que intentar huir de la subjetividad que produce la referencia a la moral o a los sentimientos religiosos e intentar reconducir el problema a un conflicto entre derechos. Si es cierto que los jóvenes podían malinterpretar o confundir, en último término, entra en juego su derecho a la educación integral que prevalece el interés superior de los menores a no recibir mensajes confusos sobre este punto.

Ahora bien, ¿qué sucede con la educación sexual en las escuelas? Ambos Tribunales, han tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Cabe traer a colación, en primer lugar la STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* de 7 de diciembre de 1976. El origen del caso se encuentra en la negativa de unos padres a que sus hijos asistieran a clase de educación sexual obligatoria impartida en los centros docentes invocando para ello el derecho a que sus hijos reciban la formación moral o ética conforme a sus convicciones. ¿es la educación sexual una materia disponible por los padres? La respuesta está condicionada a responder a otra pregunta: ¿qué se pretende con dicha formación? El Tribunal europeo responde que dichas clases no constituyen un intento de adoctrinamiento tendente a favorecer un comportamiento sexual determinado ni buscan exal-

tipo comportan en el sentido de que pueden facilitar que se presione a los poderes públicos con el fin de que prohíban las obras que los creyentes juzguen difamatorias concluye el autor con el deseo de que «esta sentencia sea aislada y que el Tribunal vaya por vías más liberales». WACHSMANN, Patrick, «La religion contre la liberté d' expression: sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l' homme. L' arrêt *Otto-Preminger-Institut* du 20 septembre 1994», *Revue universelle de droits de l' homme*, vol. 6, nº 12, 1994, pp. 441 y ss.

tar el sexo ni incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas que pueden tener repercusión en su equilibrio o en su salud sino que, por el contrario persiguen una finalidad legítima que no es otra que proporcionar a los menores:

«aclaraciones útiles, trata de alertarlos contra fenómenos inquietantes como, por ejemplo, la frecuencia excesiva de nacimientos fuera del matrimonio, de abortos provocados y de enfermedades venéreas. Las autoridades públicas quieren permitir a los alumnos que, en su momento, sepan cuidar de sí mismos y muestren respeto a los demás en este ámbito que no se atraigan problemas o que no se los proporcionen otros por pura ignorancia.» (Párf. 54).

A nadie escapa que los menores pueden obtener sin esfuerzo conocimientos en esta materia en la calle, ello no obstante, dichos conocimientos muchas veces son incompletos o equivocados; por ello la educación sexual dispensada en la escuela no pretende tanto inculcarles dichos conocimientos como:

«dárselos de manera más exacta, precisa, objetiva y científica.» (Párf. 54).

En este campo entran en juego cuestiones ética o morales pero si la educación se realiza desde los anteriores parámetros el derecho de los padres no tiene porque sufrir. Ello no supone que no se rodee a la educación sexual de los controles necesarios a fin de evitar posibles abusos de los educadores que pretendan adoctrinar, en un sentido o en otro, a los menores, por lo que, advierte el TEDH, corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, para que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean menoscabadas.

Otro caso digno de traer a colación en la Decisión de inadmisibilidad Jiménez Alonso c. España de 25 de mayo de 2000. Durante el año escolar 1996-1997, la demandante, que entonces contaba unos 13 años de edad cursaba octavo de EGB en un colegio público de Cantabria. En mayo de 1997, el profesor de ciencias naturales dio, en la materia «funciones vitales» un curso sobre sexualidad humana. Como soporte pedagógico distribuyó entre los alumnos un dossier compuesto de 42 hojas provenientes de una publicación editada en 1994 por el Departamento de Educación del gobierno autónomo de Canarias que contenía los siguientes capítulos: concepto de sexualidad, somos seres sexuales, conocimiento del cuerpo y desarrollo sexual, fecundación, em-

barazo y alumbramiento, contracepción y aborto, y enfermedades de transmisión sexual y SIDA. Los textos iban acompañados de fichas de actividades y de un vocabulario básico.

Los padres de una alumna consideraron que el dossier iba mucho más allá del campo de las ciencias naturales y comportaba verdaderas orientaciones sexuales contrarias a sus convicciones morales y religiosas por lo que invocaron el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban una educación acorde a sus convicciones e informaron al director del centro de que la menor no asistiría al curso de educación sexual. La demandante no asistió al curso y rechazó responder a las preguntas en el examen por lo que fue suspendida.

El demandante presentó recurso administrativo ante el Ministerio de Educación que fue rechazado. Contra esta decisión recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria siendo rechazado su recurso. Señaló el Tribunal que el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones no es un derecho absoluto sino que ha de ser fijado en relación con los derechos que la Constitución reconoce a los otros actores de la comunidad educativa, de manera que no es legítimo intentar imponer un diferente trato o discriminación positiva sobre la base de las propias ideas ni escoger o predeterminar, en función de sus ideas particulares, el contenido de un proyecto educativo en un establecimiento público, desde el momento en que el derecho a un tipo determinado de educación es asegurado mediante el derecho a la creación de centros escolares privados.

A continuación, el demandante acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional que inadmitió el recurso por defecto manifiesto de fondo el 1 de marzo de 1999. El Alto Tribunal, haciendo hincapié en que se trataba de un centro público, señaló que el artículo 27 de la Constitución española reconoce unos derechos a todos los que participan en la actividad educativa, lo que exige, en caso de conflicto, llevar a cabo una ponderación entre los diferentes intereses enfrentados. En el ámbito público, insiste el Constitucional, ha de respetarse la neutralidad ideológica, tal como ha sucedido en el presente caso pues la ponderación efectuada por el tribunal *a quo* no fue ni arbitraria ni absurda.

Llevado el caso ante el TEDH, éste inadmitió la demanda presentada por el padre de la menor. Reiterando su propia jurisprudencia sentada en su sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen de 7 de diciembre de 1976 recordó que el Estado ha de velar para que las informaciones o conocimientos que figuran en un programa han de ser difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista que impide perseguir el adoctrinamiento contrario a las convicciones de los padres. En el presente caso, constata el Tribunal que:

«El curso de educación sexual en cuestión buscaba procurar a los alumnos una información objetiva y científica sobre la vida sexual del ser humano, las enfermedades de transmisión sexual y el SIDA. El dossier buscaba alertar de los embarazos no deseados, el riesgo de embarazo a una edad excesivamente precoz, los métodos de contracepción y las enfermedades de transmisión sexual. Se trataba de informaciones de carácter general pudiendo ser consideradas de interés general que no constituían una tentativa de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Por otra parte, esta información no choca con el derecho de los padres de enseñar y aconsejar a sus hijos, de ejercer con ellos sus funciones naturales de educación, de orientarles en una dirección conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas.» (Párf. 1).

Por otra parte, el TEDH tuvo en cuenta que la Constitución española garantiza el derecho de las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes «en el respeto de los principios constitucionales» así como el derecho de toda persona a recibir una formación religiosa y moral acorde con sus convicciones. Dicho lo cual, asumió punto por punto lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria:

«Como subraya el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su sentencia, esta libertad supone “en una sociedad pluralista”, el derecho de escoger, derecho ligado a la libertad de creación de centros docentes, de manera que los padres pueden escoger el centro escolar adaptado a sus creencias e ideas.» (Párf. 1).

En definitiva, habida cuenta de la existencia de centros docentes privados que coexisten con el sistema de enseñanza pública regida por el Estado, los padres, pueden es-

coger un centro privado acorde con los principios religiosos o éticos profesados. Desde el momento en que escogen la enseñanza pública su derecho a que sean respetadas sus convicciones no puede:

«conferir el derecho a exigir un trato diferenciado en la enseñanza impartida a su hija de acuerdo a sus propias convicciones.» (Párf. 1).

### 3. CONCLUSIÓN

No han de permitirse prácticas o costumbres de la mayoría o de cualquier minoría que no sean acordes con los derechos fundamentales. De entrada, cabe recordar que quien esté libre de toda culpa que tire la primera piedra. Las tres religiones monoteístas o, al menos, quienes las han aplicado, precisamente hombres, han dado sobradas muestras de intolerancia, especialmente, hacia la mujer. La cultura occidental ha dado las más crueles muestras de intolerancia, incluso en el siglo XX y en el actual siglo XXI: el holocausto nazi, el *apartheid* sudafricano o la limpieza étnica de Kosovo son claros ejemplos. Y si giramos el rostro al pasado nos encontramos con la expulsión de los moriscos y de los judíos, la Inquisición, la esclavitud en América, el exterminio de las razas aborígenes y un largo etcétera que no son para mostrarse especialmente orgullosos.

Lo que está claro es que el paraguas cultural no ha de permitir ni la ablación, ni los matrimonios forzados, ni la venta de la esposa, ni el vendaje de los pies a las niñas, ni el *burka*, ni cualquier otro tipo de prácticas que, aunque formen parte del acervo cultural de una cultura, no por eso dejan de ser intolerantes. Pero lo que no es legítimo es que utilicemos lo anterior como pretexto para arrinconar culturas minoritarias e imponer la nuestra.

La concepción europea de los derechos humanos parte de la universalidad de los derechos humanos y de los valores sobre los que éstos se sustentan. Es un buen punto de partida pero aun así es justamente esto, una concepción que choca con otras con-

cepciones. La solución se muestra complicada. Sin duda, no vamos a examinar la cuestión desde una perspectiva extraña sino que lo lógico es hacerlo desde la propia pero dudo que esa concepción parta de la obligatoriedad de su imposición y de la exclusión de otras.

No hay que confundir derechos culturales con prácticas arraigadas contrarias a la dignidad humana. Prácticas cuyos destinatarios son, en gran medida, las mujeres. La interculturalidad ha hecho aparecer un nuevo peligro: «el enmascaramiento bajo los ropajes del respeto a las culturas ajenas del secular desprecio a los derechos de las mujeres»<sup>52</sup>. Esto quedó claro en la Conferencia de Beijing de septiembre de 1995: «la violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad». Ante dichas prácticas, la reacción no puede hacerse esperar. Se ha de «condenar la violencia contra la mujer y abstenerse de invocar ninguna costumbre, tradición o consideración de carácter religioso para eludir las obligaciones con respecto a su eliminación que figuran en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer» y «adoptar todas las medidas necesarias, especialmente en el ámbito de la enseñanza, para modificar los modelos de conducta sociales y culturales de la mujer y el hombre, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otro tipo basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en funciones estereotipadas asignadas al hombre y la mujer». El problema con relación al *hijab* o velo, no puede tomarse a la ligera pues va mucho más allá de la mera anécdota y pone sobre el tapete la perduración de este tipo de costumbres. En este caso concreto hay que averiguar si es una prenda cuya razón de ser es similar a la del *burka*, es decir, discriminar y someter a la mujer, o es una prenda sin estas connotaciones. Además, de no ser una prenda obligatoria, hay que descubrir si la persona que lo lleva es verdaderamente libre a la hora de escoger llevarlo o se ha visto presionada en ese sentido. Para TEDH y ComEDH, el *hijab* soporta una presunción *iuris et de iure* de ser una prenda de carácter discriminatoria. Sin embargo, esto dista de estar claro. Pero incluso si es así, la juris-

52 GUERRA PALMERO, María José, «Servirá el multiculturalismo para revigorar al patriarcado? Una apuesta por el feminismo global», *Leviatán*, nº. 80, 2000.

prudencia sentada por Estrasburgo puede tener efectos no deseados, especialmente la Decisión Dahlab c. Suiza de 15 de febrero de 2001. Esta doctrina puede ser la excusa para justificar lo que precisamente detesta el Tribunal: los actos de intolerancia hacia la minoría. Actos que ahora pueden verse de forma indirecta respaldados ni más ni menos que por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es la excusa perfecta para llamar intolerantes y antisociales a quienes realmente no lo son. Es una jurisprudencia que puede avivar el fuego de la discordia más que ayudar a encontrar una solución y que, en último extremo, empeora la situación de las víctimas, es decir, de las mujeres que lo llevan, justamente a las que se quiere proteger.

De ser el *hijab* signo de discriminación, la solución no pasa por prohibirlo y no permitir la entrada en las escuelas o en las universidades a quienes lo lleven que, de esta manera, se convierten en objeto de disputa, en cuerda de la que todos tiran, unos alegando la libertad religiosa, otros la no discriminación y, que, a la postre, padecen las consecuencias de la disputa. No solo han de soportar fuertes presiones del entorno (del centro educativo, de los medios de comunicación, de los políticos, de los familiares, de compañeros, de vecinos, etc.), que en nada ayudan a su equilibrio emocional sino que, encima, ha de sufrir vulneraciones de un buen número de derechos fundamentales: a la educación, al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc. Si una menor quiere llevar la prenda en la escuela, ya sea por libre convicción, ya sea por un malentendido deber de sumisión a los padres ya sea por que no tiene otra alternativa, lo que no admite discusión alguna es que ha de ser escolarizada. Y será gracias a la escuela, en la que se le enseñen valores como libertad, igualdad, solidaridad y tolerancia, que en un futuro podrá decidir libremente llevarla o no. Estas situaciones demandan serenidad de ánimo y comprensión. Obligar a una menor a quitarse la prenda podría conllevarle graves trastornos de tal suerte que sería peor el remedio que la enfermedad. No estamos aquí hablando de ablación, de matrimonios forzados o del *burka*. Cada cosa exige un grado de respuesta por pura aplicación del principio de proporcionalidad.

Lo que no podemos hacer es escudarnos en que nuestras leyes prescriben tal cosa u otra y que «los que vienen de fuera tienen que acatarlas y punto y que si no les gusta que se vuelvan por donde han venido». Las leyes, efectivamente, están para cumplirlas y a su cumplimiento no escapan los inmigrantes. Pero estas leyes están pensadas para otro contexto y no se adecuan ya a la situación actual. A lo mejor de lo que se trata no

es tanto de hacerlas cumplir a los inmigrantes a rajatabla como de reformarlas para que tengan cabida todos. Así lo demandan la tolerancia, el pluralismo y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática. Por ello, es exigible que las autoridades hagan lo posible para que toda persona pueda actuar de acuerdo a sus creencias y no se vea forzada a abdicar de ellas.

Por último, recordar que en la lucha contra la intolerancia, juegan un papel de primer orden las medidas preventivas, y especialmente con relación a los jóvenes, la educación. Mantenía con toda razón KELSEN que «la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma»<sup>53</sup> y en el mismo sentido se manifestaba el malogrado profesor TOMAS Y VALIENTE cuando afirmaba que «la educación humanista debe consistir en la enseñanza de la libertad»<sup>54</sup>. Así se recoge, por ejemplo en la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la intolerancia de 14 de mayo de 1981 en los siguientes términos:

«Persuadidos del papel fundamental de la educación y de la información en la acción contra la intolerancia, la cual tiene frecuentemente su origen en la ignorancia, fuente de incomprensión, de odio, e incluso de violencia»<sup>55</sup>.

53 KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Labor, 1934, p. 124.

54 TOMAS y VALIENTE, Francisco, "El uso de la libertad", *A orillas del Estado*, Taurus, 1996, p. 107.

55 En sentido similar, vide la Declaración aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Viena de 1993:

«La Conferencia Mundial de Derechos Humanos considera que la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para establecer y promover relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz».