

DILEMAS JURÍDICOS EN LA EDUCACIÓN EN UNA EUROPA MULTICULTURAL FORMAR EN EL PLURALISMO O EN LA TRADICIÓN CULTURAL OCCIDENTAL

Leonardo Álvarez Álvarez¹

SUMARIO

1. Introducción. El nuevo dilema jurídico educativo en Europa: formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental.
2. Educación y la neutralidad como funciones del sistema democrático.
 - a. La educación como proceso de comunicación social.
 - b. Educación y su función programadora de la voluntad como presupuesto del dilema educativo. La neutralidad del Estado democrático.
 - c. Modelos de neutralidad educativa: neutralidad radical, política y multicultural.
3. La indefinición jurídica del modelo de neutralidad educativa en Europa y la génesis del dilema educativo.
 - a. La negación de un modelo radical de neutralidad en la educación.
 - b. La jurisprudencia europea entre el modelo de neutralidad política y multicultural en la educación.
4. Los fines educativos como presupuesto para definir el modelo de neutralidad educativa en los sistemas jurídicos europeos.

¹ Profesor contratado-doctor de la Universidad de Oviedo. Este trabajo ha sido elaborado gracias a una beca concedida por la Sociedad Max-Planck para la realización de una estancia de investigación de seis meses en el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg) y desarrollar el proyecto titulado «Dilemas jurídicos en la educación en una Europa multicultural». Quisiera agradecer las interesantes sugerencias realizadas a este trabajo por el Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Andrés Jakab, Holger Hestermayer y Sina van den Bogaert.

- a. La práctica ausencia de fines educativos en los sistemas europeos.
 - b. La necesaria construcción dogmática de los fines educativos.
 - c. Los principios estructurales del sistema jurídico como criterios para definir los fines educativos.
5. El modelo de neutralidad multicultural como exigencia del principio democrático. La resolución del dilema de la educación en Europa.
 - a. Los fines educativos de la libertad, la igualdad y el pluralismo y el modelo de neutralidad multicultural en la educación.
 - b. Neutralidad multicultural y legislador democrático. El dilema de la educación como problema fáctico.
 6. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN. EL NUEVO DILEMA JURÍDICO EDUCATIVO EN EUROPA: FORMAR EN EL PLURALISMO O EN LA TRADICIÓN CULTURAL OCCIDENTAL

El 3.11.2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Lautsi contra Italia* asumía, a grandes rasgos, la doctrina de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el crucifijo —*Kruzifix Urteil*—, de 16.5.1995.² Ambos Tribunales coincidieron en resolver, en su esencia, que la exposición del crucifijo en las aulas de los colegios públicos, como símbolo inequívoco del cristianismo, no satisfacía las exigencias de *neutralidad* y de *pluralismo* que el Estado debía de garantizar en la educación.³

Por el contrario, frente a esta posición jurisprudencial, el voto particular que formularon los magistrados Seidl, Söllner y Haas a la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 16.5.1995, acabaría generando un importante debate en la literatura científica, reclutando ya por aquel entonces importantes adhesiones a su tesis principal de que el crucifijo, más que un símbolo religioso, expresaba los valores de la *tradición cultural occidental* y, en consecuencia, no suponía una lesión de la *neutralidad* que el Estado ha de garantizar en la educación.⁴

² BVerfGE 93,1 —*Kruzifix-Urteil*—.

³ Ya el 26 de septiembre de 1990, la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Suizo había llegado a la misma conclusión de que la exhibición del crucifijo en las aulas de los colegios públicos contravenía las exigencias de la neutralidad en la educación, BGE 116 Ia 252 —*Kruzifix*—.

⁴ Véase en la literatura posiciones críticas frente a la Sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán, Joseph Isensee, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 1, 1996, págs. 10-15, Ernst Benda, *Das Kruzifix-Urteil ist zu Apodiktisch*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 11, 1995, pág. 427-432.

La tesis minoritaria formulada en dicho voto particular hace ya más de quince años ha acabado por imponerse hoy día definitivamente en Europa. El 18.3.2011, la STEDH [GS] Lautsi contra Italia, que resolvía el recurso planteado por el Estado italiano frente a la STEDH Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, acabaría modificando su doctrina anterior, entendiendo ahora que la cruz, más allá de su significado religioso, *simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental* (par. 67). En consecuencia, su exposición en el aula no implica una vulneración de la neutralidad que el Estado ha de garantizar en la educación. Esta nueva STEDH [GS] Lautsi contra Italia fue emitida sólo nueve días después de que también el Tribunal Constitucional austriaco, el 9.3.2011, llegara a una similar conclusión en su sentencia sobre la exhibición del crucifijo en las guarderías.⁵

Esta nueva línea jurisprudencial vertida en Europa con ocasión de la exhibición del crucifijo en las aulas plantea en el fondo un importante dilema jurídico vinculado al tipo de neutralidad que el Estado ha de asumir en la educación: garantizar el pluralismo o la perpetuación de los valores que conforman lo que se ha denominado la *tradición cultural occidental*. Este dilema jurídico adquiere una gran relevancia en la actualidad en la medida de que de él depende la eficaz cohesión de las sociedades europeas, cada vez más multiculturales. Si algún mecanismo puede contribuir hoy día a garantizar ese objetivo, más que ningún otro, es la educación. Eso es lo que explica el interés de este trabajo por el estudio de un problema recientemente planteado en Europa y que hunde sus raíces en el concepto mismo de educación.

Este trabajo se ha propuesto contribuir a aportar soluciones al dilema jurídico expuesto, tratando de analizar 1) por qué la neutralidad en la edu-

Walter Czermak, *Der Kruzifix-Beschluss der Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung*, Neue Juristische Wochenschrift, núm. 51, 1995, pág. 3348-3353, Martin Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum*, Deutsches Verwaltungsblatt, núm. 9, 1996, pág. 453-482, Walter Gut, *Kreuz und Kruzifix in öffentliche Raumen*, NZN, Zurich, 1997. A favor de la decisión del Tribunal Constitucional Federal, véase Peter Badura, *Das Kreuz in Schulzimmer-Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.1995*, Bayerische Verwaltungsblätter, núm. 33, 1996, pág. 17-56.

⁵ Véase en la literatura posiciones favorables a la exhibición del crucifijo en la escuela, Theo Mayer Maly, «Das Kreuz in österreichischen Schulzimmer», *Journal für Rechtspolitik*, núm. 3, 1995 y Christoph Grabenwarter «artikel 9 EMRK» en Karl Korinek y Alexander Holoubek (edits.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar*, Springer, New-York, 1999 (hojas intercambiables, estado a 2003).

cación ha de ser una de las exigencias de la función educativa en un sistema jurídico democrático, 2) cuáles son los modelos posibles de neutralidad en la educación (radical, política y multicultural), alguno de los cuales cabe identificar en el trasfondo de las líneas jurisprudenciales seguidas en Europa sobre el crucifijo y 3) cuál es el modelo de neutralidad que ha de aplicarse a los actuales sistemas democráticos europeos, que ayude a resolver el dilema jurídico que plantea la presencia del crucifijo en el aula: si educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental.

2. EDUCACIÓN Y LA NEUTRALIDAD COMO FUNCIONES DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

a. La educación como proceso de comunicación social. La distinción entre educación y enseñanza

La función de los sistemas sociales sigue garantizándose, hoy, como antes, a través de la educación. En el sistema religioso, en el moral, en el político, y también en el jurídico (cuando históricamente se diferencia de aquéllos) ha sido posible identificar procesos de comunicación social, más o menos organizados, destinados a formar a los nuevos miembros de la sociedad en ciertos *principios* y *valores* que expresaban un ideal de comportamiento al que asemejarse.⁶ Así sucede en la religión con el deber impuesto a los padres de educar a sus hijos en la palabra de Dios, diseñando un modelo educativo que estaría vigente en Europa desde la Edad Media⁷ hasta el periodo de la monarquía constitucional (siglos XVIII y XIX).⁸ También

⁶ Esa función trataron de ejercerla ya en la Grecia y Roma clásicas procesos como la *areté* (s. VIII a. C), la *paideia* (s. V a. C) y la *stoa* (s. III d. C). Véase Werner Jaeger, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, vol I, 3.º edición, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1954, pág. 1 y ss, Max Pohlenz, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, pág. 153 y ss.

⁷ La educación en la «veneración a Dios», en la «la fidelidad hacia Dios» y en el «amor al prójimo» fueron los principales valores que trataba de suministrar la educación medieval impartida en las instituciones vinculadas a la Iglesia Católica, como las escuelas conventuales, catedralicias y estamentales. Véase Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol 1, Reform und Restauration*, Kohlhammer, Stuttgart y otros, 1960, pág. 263-264.

⁸ A finales de los siglos XVII y principios del siglo XVIII, con un poder más centralizado, fueron las provincias y los municipios quienes pasaron a determinar los principios y valores de la educación, vinculados a máximas religiosas, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el reglamento escolar de Prusia de 1801, que determinaba en su art. 8, el deber de educar en el «espíritu de la cristiandad». Más tarde, como consecuencia de una todavía mayor cen-

en el sistema político, como refleja la literatura medieval de los espejos de príncipes (*mirror for princes*) y posteriormente los *arcana imperii* de los siglos XVI y XVII, fue posible identificar procesos de comunicación social orientados a formar a los futuros príncipes en las máximas y criterios orientados al mejor gobierno de la comunidad.⁹

La educación, como proceso de comunicación social de *principios* y *valores* de comportamiento, es el resultado histórico de un paulatino proceso de diferenciación frente a otros procesos —como la *techné* en la Grecia clásica—, que pusieron su énfasis más bien en la simple transmisión de *conocimientos*.¹⁰ Estos procesos de transmisión de conocimientos han acabado por cristalizar en lo que en los diferentes sistemas sociales se conoce actualmente con el concepto de enseñanza.

La distinción entre la educación y la enseñanza, como procesos respectivos de comunicación de principios/valores y de conocimientos se encuentra expresamente reconocida, por ejemplo, en el art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o en el art. 2 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (IPA CEDH),¹¹ y en el ámbito de las Constituciones europeas, en el 33 de la Constitución de Italia de 1947 o en el art. 27,1 de la Constitución Española de 1978.¹²

tralización, se pasó a sustituir esa reglamentación por parte del Estado. Véase Rudolf Gneist, *Die confessionelle Schule*, Springer, Berlin, 1869, pág. 6 ss., y Ernst Rudolf Bierling, *Die confessionelle Schule in Preussen*, Andreas Perthes, Length, 1885, pág. 70 y 71.

⁹ Véase Michael Stolleis, *Arcana imperii und ratio status. Bemerkung zur politischer Theorie des frühen 17 Jahrhunderts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1980, pág. 12, del mismo autor *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Tomo I, Beck, München, 1988, pág. 201-202. Véase también Roman Schnur, *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pág. 74 y 84.

¹⁰ Cfr. Werner Jäger, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, op. cit., pág. 23.

¹¹ Sobre la distinción entre la educación y la enseñanza en la CDFUE, véase Hans-Dietrich Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, CH. Beck, München, 2010, pág. 148 y s., Norbert Bernsdorff, «artikel 14. Recht auf Bildung» en Jürgen Meyer (edit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3.^a edición, Nomos, Bedn-Baden 2011, pág. 276. Sobre la distinción entre la educación y la enseñanza en el CEDH véase Luzius Wildhaber, «artikel 2,II» en Wolfram Karl (edit.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns, Köln, vol 2, (hojas intercambiables, estado a 1995), pág. 9. En la jurisprudencia del TEDH, esa distinción ha sido asumida por la STEDH Campbell y Cosans contra Reino Unido.

¹² Sobre la distinción entre la educación y la enseñanza en la jurisprudencia constitucional italiana véase la Sentencia 297/1994, en la jurisprudencia constitucional española,

Como se tratará de demostrar en este trabajo, parte del dilema jurídico que plantea la presencia del crucifijo en el aula ha de entenderse a partir del diferente papel que puede asumir el Estado en los procesos comunicativos de la educación y de la enseñanza, que se vincula a diferentes modelos de la neutralidad.¹³

b. Educación y su función programadora de la voluntad como presupuesto del dilema educativo. La neutralidad del Estado democrático.

A fin de comprender adecuadamente el dilema educativo expuesto, una de las cuestiones que han de plantearse es por qué los sistemas sociales y, muy en particular, el sistema jurídico han optado por regular la función educativa. Como afirmó Aristóteles, la educación ha de considerarse como el mecanismo más eficaz del que puede servirse toda sociedad para garantizar su propia preservación.¹⁴ Esto es, en realidad, una consecuencia que se deriva de la función programadora de la voluntad consustancial a la educación,¹⁵ conforme a la cual se tratan de construir y de asegurar las estructuras psíquicas de los educandos —en su condición de individuos en formación de su personalidad— a partir de los principios y valores *que dotan de cohesión a una sociedad*.¹⁶ Con la regulación de la función

las SSTC 5/1981, 297/1994. También esta distinción ha sido asumida en la jurisprudencia del BVerfG, de 29.04.2003 I BvR 436/03, y por el VfGH de Austria, VfGH de 9.3.2011, G 287/09.

¹³ Sobre el debate suscitado en la literatura sobre la relación entre educación y enseñanza, véase John Rawls, *Political liberalism*, Columbia University Press, Columbia, 2005 (3.º reimp.), págs. 198-200, Amy Gutmann, «Unity and Diversity in Democratic Multicultural Education: Creative and Destructive tensions» en James A. Banks (edit.), *Diversity and Citizenship Education*, Jossey Bass, San Francisco, 2004, pág. 82. Un detenido estudio del dilema del crucifijo al amparo de las relaciones existentes entre educación y enseñanza véase en Winfred Brugger y Stephan Huster (edits.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule. Religiös-weltanschaulichem Neutralität des Staates*, op. cit. En la literatura italiana es de interés también el trabajo de Roberto Bin y otros, *La laicità crocifissa. Il nodo costituzionale del simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Giapichelli, Torino, 2004.

¹⁴ Aristóteles, *Politika*, 1307a).

¹⁵ Cfr. Immanuel Kant, «Über Pädagogik» en idem., *Werke VI*, Insel, Frankfurt, 1964, pág. 697-700, Fritz März, *Personengeschichte der Pädagogik. Ideen, Initiativen-Illusionen*, 3.ª edición, Julius Klinkhardt, Leipzig, 2003, pág. 28.

¹⁶ Cfr. Wolfgang Brezinka, «Was sind Erziehungsziele?», *Zeitschrift für Pädagogik*, n.º 72, 1971, pág. 497 y ss., Niklas Luhmann, *Das Erziehungssystem der Gessellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002, pág. 51-52 y Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber-Broschur, München, 1981, pág. 13.

educativa todo sistema social genera la expectativa de que el educando se comporte de manera voluntaria en el futuro conforme a los principios y valores que son objeto de transmisión, evitando su posible infracción.¹⁷ Por ello la educación, a través de su función programadora de la voluntad, puede considerarse como uno de los más eficaces mecanismos preventivos de un orden social.¹⁸

La función programadora de la voluntad que desempeñan particularmente los símbolos religiosos en la educación ha sido reconocida por la jurisprudencia del TEDH, que definió originariamente al velo islámico portado por una profesora en la escuela como un «poderoso símbolo externo» — *powerful external symbol*—, en la medida que era susceptible de influenciar y de condicionar el comportamiento futuro de los educandos (STEDH Dahlab contra Suiza, de 15.2.2001). El carácter de «poderoso símbolo externo» fue predicado posteriormente por el TEDH del crucifijo presente en el aula en su primera STEDH Lautsi contra Italia, de 3.II.2009 (par. 54), por su capacidad de condicionar la voluntad y la personalidad de los educandos. El dilema educativo planteado recientemente por la contradictoria jurisprudencia del crucifijo en Europa: formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental, surge precisamente ante el problema de tener que decidir, en un momento único e irrepetible de la existencia del individuo: la formación de su personalidad, qué clase de voluntades se pretenden crear, esto es, qué de ciudadanos se desean «construir». La solución equívoca del dilema puede generar en ellos un perjuicio irreparable.

La intensidad de este dilema no se plantea en otros contextos, como sucede con la exhibición de crucifijos en las salas de justicia,¹⁹ en los que la cruz no tiene como destinatarios a individuos en formación de su personalidad, algo específicamente propio de la escuela. Pero tampoco surge un dilema similar cuando, incluso en el ámbito escolar, lo que se transmiten no son valores, sino meros conocimientos, objeto de la enseñanza.

¹⁷ Véase Hans-Ulrich Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, pág. 107, Herbert Krüger «Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen» en Horst Ehmke y otros (edit.), *Um Recht und Gerechtigkeit. Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, págs. 286-287.

¹⁸ Cfr. Ulrich Scheuner, «Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz» en *ibidem*, pág. 325 y Armin Scherb, *Der Bürger in der streitbaren Demokratie. Über die normativen Grundlagen politischer Bildung*, vs, Wiesbaden, 2008, pág. 53.

¹⁹ BVerfGE. 35, 366 —*Kreuz im Gerichtssaal*—

En definitiva, la verdadera intensidad del dilema jurídico de la educación reside en transmitir principios y valores (y el crucifijo lo hace) capaces de condicionar la voluntad de individuos que se encuentran formando su personalidad.

Una vez expuestas las premisas del dilema que plantea la contradictoria jurisprudencia europea del crucifijo en la escuela, la cuestión reside en identificar cuáles son los principios y valores conforme a los que cabe ejercer válidamente la función programadora de la voluntad de la educación. En ello reside la respuesta al interrogante de si educar en el pluralismo o en los valores que conforman lo que se ha denominado tradición cultural occidental. Si el sistema religioso impuso el deber de educar en los valores de la cristiandad en un momento en el que éstos fueron capaces de cohesionar eficazmente a la sociedad europea, una de las exigencias de los sistemas jurídico-democráticos actuales es orientar la educación precisamente hacia principios y valores vinculados con la democracia,²⁰ los únicos capaces hoy día de garantizar la convivencia pacífica y plural de una sociedad europea multicultural.²¹

En este punto, como ha reconocido la jurisprudencia y la literatura, en un sistema democrático que sirve principalmente a la garantía de la libertad, la prohibición de adoctrinamiento, y su *alter ego*, el deber de neutralidad del Estado, aparecen como exigencias de la función educativa.²² La neutralidad aparece como un límite a la función programadora de la educación. El problema es determinar qué clase de neutralidad es la que se impone en la función educativa. Como se verá, en la educación es posible hablar de tres modelos diferentes de neutralidad (la radical, la política y la multicultural) que la conciben al servicio de diferentes principios y valores. En realidad, el dilema jurídico que refleja la contradictoria jurisprudencia europea sobre el crucifijo: si educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental, se construye a partir de un diferente modelo de neutralidad.

²⁰ Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Scientia, Aalen, 1994, pág. 18.

²¹ Cfr. Eamonn Callan, *Creating citizens. Political education and liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pág. 13.

²² En la jurisprudencia supranacional véanse las SSTEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, Larisis contra Grecia y Hassan Eylem Zengin contra Turquía, Folgero y otros contra Noruega. En la jurisprudencia constitucional véase este postulado en la BVERfGE. 93,1. En la literatura, véase el trabajo clásico de Ekkehard Stein, *Das Recht des Kindes auf selbstentfaltung in der Schule*, Neuwied, Luchterhand, 1967.

c. Modelos de neutralidad educativa: neutralidad radical, política y multicultural.

Los distintos modelos de neutralidad en la educación —que la orientan al servicio de la eficacia de diferentes principios y valores—, se construyen sobre la base de una diferente relación entre Estado y sociedad, que da lugar, a su vez, a una particular vinculación entre los conceptos de educación y enseñanza.²³ Estos modelos de neutralidad educativa son: la neutralidad radical, la neutralidad política y la neutralidad multicultural.

Neutralidad radical y homogeneidad social. La concepción radical de la neutralidad parte del presupuesto teórico de la existencia de una homogeneidad política, religiosa y cultural en la sociedad, que preexiste al Estado y al sistema jurídico.²⁴ No es difícil poder identificar aquí los vestigios de la clásica idea de nación propia de la doctrina liberal del Estado. Sobre la base de este presupuesto, una de las funciones jurídicas del Estado —cuya legitimidad descansa sobre la homogeneidad política, religiosa y cultural preexistente— ha de ser garantizar su estabilidad.²⁵ La neutralidad se propone garantizarla prohibiendo *radicalmente* que el Estado pueda desempeñar la función educativa. Confiar en el Estado la labor de educar —con su capacidad programadora de la voluntad— podría suponer un evidente peligro para la preservación de los principios y los valores que conforman la homogeneidad política, religiosa y cultural existente en la sociedad. Lo que se propone este modelo de neutralidad es en realidad relegar la labor del Estado sólo al ámbito de la *enseñanza*, es decir, a la simple transmisión de conocimientos.²⁶

²³ Véase de nuevo el epígrafe 2a).

²⁴ Véase sobre la presuposición de un consenso social en torno a determinados principios y valores, vinculada a la idea del pacto social liberal fundacional del Estado, cfr. John Rawls, *Political liberalism*, *op. cit.*, pág. 14. Con diferentes matices, véase también Bruce Ackerman, *Social Justice in the liberal state*, Yale University Press, New Haven, 1980, pág. 29, Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pág. 191 y ss. y Stephen Macedo, *Diversity und distrust, Civic Education in a Multicultural Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pág. 146.

²⁵ Cfr. John Stuart Mill, *On liberty*, John W. Parker & Son, 2.^a edición, London, 1859, pág. 145-146, 188-190.

²⁶ Cfr. Albert Otto Hirschman, *The passions and the interests. Political arguments for capitalism before its triumph*, Princeton University Press, Princeton, 1977, pág. 106 y s. Sin embargo, esta concepción liberal de la neutralidad no deja de ser, en cierta medida, un ideal impracticable, ya que incluso la mera transmisión de conocimientos implica también transmisión de valores, cfr. Stephan Huster, *Die ethische neutralität des Staates*, Mohr,

Con arreglo a las premisas expuestas, la exhibición del crucifijo en la escuela pública organizada por el Estado supondría una transmisión de principios y valores en la educación para la que el Estado carecería de competencia.²⁷ En realidad, la finalidad última de esta concepción radical de la neutralidad es negar el ejercicio de la función educativa al Estado, pero para atribuírsela sólo a la sociedad.²⁸ Ninguna mejor manera de garantizar la estabilidad de los principios y de los valores que dotan de cohesión a la sociedad que atribuir la función educativa precisamente a los que deciden mayoritariamente el contenido de la unidad política religiosa y cultural. Por ello, resulta del todo compatible con el principio de neutralidad el derecho de los padres a educar a sus hijos en el hogar (*homeschooling*),²⁹ algo que se ha venido reclamando insistentemente durante los últimos años en Europa (véase por ejemplo la STEDH Fritz Konrad y otros contra Alemania, de 11.9.2011).

Neutralidad política y homogeneidad social. El presupuesto teórico ya analizado, que parte de la preexistencia al Estado de una homogeneidad política, religiosa o cultural presente en la sociedad, ha sido también compatible con la atribución de la función educativa al Estado.³⁰ Se construye un modelo educativo en el que el Estado ha de limitarse a ofrecer cobertura jurídica para garantizar la natural proyección de los principios y valores que conforman aquella homogeneidad social dentro del proceso

Siebeck, Tübingen, 2001, pág. 326. Véase también Peter Badura, «Das Kreuz in Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 71 y ss., Dieter Lorenz, «Schulgebet und Toleranz», *Juristische Schulung*, 1974, pág. 436-438 y Ulrich Scheuner, «Verfassungsrechtliche Fragen der christlichen Gemeinschaftsschulen» en Theodor Maunz y Hans Spanner (edit.), *Festgabe für Theodor Maunz zum 70 Geburtstag*, Beck, München, 1971, pág. 307 y 323.

²⁷ Cfr. Stephan Huster, «Die religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Das Kreuz in der Schule aus liberaler Sicht» en Winfred Brugger y Stephan Huster (edits.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule. Religiös-weltanschaulichem Neutralität des Staates*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pág. 90.

²⁸ Véase John Locke, *Two treatises on government*, R. Butler y otros, London, 1821, par. 68.

²⁹ Paradigmática en el plano de la educación, y que obedece a los presupuestos de las posiciones liberales en la educación, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Wisconsin v. Yoder* (1972), 406 U.S. 205, que autorizó a los padres a sustraerse a la función educativa del Estado en tanto ésta implique unas convicciones religiosas y morales incompatibles con la preservación de la comunidad Amish.

³⁰ Cfr. Christian Schlaich, «Radikale Trennung und Pluralismus —zwei Modelle der weltanschaulichen Neutralität des Staates—» en Paul Mikat (edit.), *Kirche und Staat in der neueren Entwicklung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980, pág. 417 y ss.

de la enseñanza.³¹ La neutralidad del Estado consiste justamente en no interferir u obstaculizar la proyección de los principios y valores que definen la unidad política, religiosa, cultural de la sociedad dentro del sistema educativo. Por ello, la neutralidad política resultaría compatible con la posibilidad de que se exhiba el crucifijo en las aulas de los colegios públicos, si éste expresa los valores presentes en la sociedad.³² No es difícil ver esta idea política de la neutralidad en la concepción del crucifijo mantenida en la STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.3.2011, como expresión de la tradición cultural occidental.³³ Esta concepción política de la neutralidad lleva directamente a lo que la literatura ha denominado *asimilacionismo* en la educación, que impone a la minoría la obligación de tolerar en aula la expresión de los principios y los valores mayoritariamente asumidos en la sociedad.³⁴

Neutralidad multicultural y heterogeneidad social. La tercera concepción de la neutralidad en la literatura niega el presupuesto sobre el que se construyen las dos anteriores concepciones de la neutralidad. El modelo de neutralidad multicultural parte de una definición de la sociedad como

³¹ Sobre esta concepción política de neutralidad basada en lo que John Rawls denomina liberalismo político, véase *Political liberalism*, *op. cit.*, pág. 14, William Galston, *Goods, virtues and duties in the liberal state*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pág. 253-254. Este modelo puede reflejarse en la historia constitucional en el art. 43 II 12 del *Allgemeines Landrecht* de Prusia de 1794, en el que se establecía que «todo ciudadano que no pueda dispensar la necesaria educación en el hogar está obligado... a llevar a sus hijos a la escuela».

³² Cfr. Joseph Isensee, «Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation», *op. cit.*, pág. 10 y ss., Walter Czermak, «Der Kruzifix-Beschluss der Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung», *op. cit.*, pág. 3351, Martin Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum*, Deutsches Verwaltungsblatt, *op. cit.*, pág. 465 y ss., Walter Gut, *Kreuz und Kruzifix in öffentliche Raumen*, *op. cit.*, pág. 16-20.

³³ Pero también en la posibilidad reconocida en la STEDH Dahlab contra Suiza, de 15.2.2001, de prohibir el velo islámico por expresar una prescripción coránica difícilmente compatible con el principio de igualdad entre sexos. No deja de suponer esto una contraposición entre diferentes tradiciones culturales.

³⁴ Véase William Galston, «Civic education in the liberal state», in Nancy L. Rosenblum (edit.), *Liberalism and the moral life*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1989, pág. 89 y Eamonn Callan, *Creating citizens. Political education and liberal democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pág. 13. En ciertas Constituciones liberales del siglo XIX puede identificarse este modelo han dado cobertura a este modelo, consagrando como valores a realizar en la escuela el «amor a la patria» o «el sentimiento nacional», reflejando la clásica idea de una nación políticamente homogénea, cfr. Walter Landé, *Die Schule in der Reichverfassung*, Reimar Hobbling, Berlin, 1929, pág. 170 y ss.

un sustrato heterogéneo y plural. No existe ya una homogeneidad política, religiosa o cultural preexistente al Estado que éste tenga que garantizar, ya sea no ejerciendo la función educativa, permitiendo que sea la sociedad la que eduque (neutralidad radical), ya sea proyectado en la escuela los principios y valores consensuados mayoritariamente en la sociedad (neutralidad política).³⁵ No existiendo una unidad política, religiosa o cultural que conservar, es el Estado el que ha de *reconstruir* los principios y los valores que permitan cohesionar una sociedad, de por sí diversa.³⁶ En realidad, bien mirado, es en un modelo heterogéneo de sociedad necesitada de reconstruir los principios llamados a cohesionarla donde encuentra verdadero sentido el ejercicio de la función programadora de la educación, y además que ésta deba de encontrarse, por lo expuesto, bajo la responsabilidad del Estado, no de la sociedad.³⁷

Lo que la neutralidad multicultural exige del Estado es que refleje en la escuela la pluralidad de concepciones políticas, religiosas y culturales existentes en sociedad y forme en la necesidad de que todas ellas sigan siendo posibles,³⁸ como propone el modelo integracionista de educación.³⁹ Lo que permite cohesionar eficazmente en la actualidad a las sociedades multiculturales europeas es precisamente eso: la posibilidad de una pacífica convivencia plural. Por ello, la exhibición del crucifijo en las aulas de los colegios públicos habría de estimarse inicialmente posible, al reflejar una de las múltiples opciones religiosas o culturales existentes en la sociedad. Lo único prohibido al Estado es que eduque de tal manera que se niegue que otras convicciones religiosas puedan ser posibles en la educación. En esta concepción multicultural de la neutralidad se apoyó la STEDH Lautsi

³⁵ Véase Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pág. 22.

³⁶ Cfr. Thomas Meyer, «Paralellgesellschaft und Demokratie» en idem y Reinhard Weil (edits.), *Die Bürgergesellschaft. Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation*, Dietz Nachf, Bonn, 2002, pág. 343 y ss.

³⁷ Véase Will Kymlicka, *Politics in the vernacular. Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pág. 301 y ss.

³⁸ Esta función multicultural de la educación es justamente la que expresa la concepción de la escuela como «microcosmos social», véase Lawrence Kohlberg, *Essays on moral development*, 2.^a edición., Harper & Row, San Francisco, 1984, pág. 498 y ss.

³⁹ Véase Amy Gutmann, «Unity and Diversity in Democratic Multicultural Education: Creative and Destructive tensions», en James A. Banks (edit.), *Diversity and Citizenship Education*, Jossey Bass, San Francisco, 2004, pág. 82.

contra Italia de 3.11.2009 (como la Sentencia del crucifijo del BverfGE, de 16.5.1995) para afirmar que la exhibición del crucifijo en el aula durante todo el horario escolar vulneraba el principio de neutralidad del Estado en la educación al generar en los educandos la sensación de que la cruz expresaba la única convicción religiosa válida en la sociedad.

2. LA INDEFINICIÓN JURÍDICA DEL MODELO DE NEUTRALIDAD EDUCATIVA EN EUROPA Y LA GÉNESIS DILEMA EDUCATIVO.

Hasta aquí se ha analizado desde un punto de vista teórico a) la función programadora que ejerce la educación en un sistema jurídico, b) cómo la neutralidad educativa constituye una exigencia teórica de todo sistema democrático y c) cuáles son los diversos modelos posibles de neutralidad educativa, que conduce a diferentes maneras de solventar el dilema suscitado por la presencia del crucifijo en la escuela organizada por el Estado: educar en el pluralismo (modelo de neutralidad multicultural) o en la tradición cultural occidental (modelo de neutralidad política). En este momento ha de procederse a analizar cuál o cuáles de estos modelos de neutralidad se han plasmado en los vigentes sistemas democráticos europeos. Como se tratará de demostrar, si bien los sistemas democráticos vigentes en la organización jurídica de la educación se han apartado claramente de un modelo de neutralidad educativa radical, no dejan completamente aclarado si la que la neutralidad que debe de regir la educación debe de ser política o multicultural, una ambigüedad que ha acabado por proyectarse, como se ha visto, a la jurisprudencia del TEDH.

a. La negación de un modelo de neutralidad radical en la educación

Los actuales sistemas jurídicos democráticos europeos han procedido a regular las funciones de la educación y de la enseñanza mediante un sistema de atribución de facultades al Estado y a la sociedad. Con carácter general, la organización jurídica de la educación se lleva a cabo a través de dos clases de normas: 1) las que autorizan al Estado a regular y a organizar la educación y la enseñanza y 2) las que atribuyen el derecho a los padres para que sus hijos reciban una educación y una enseñanza que esté conforme con sus propias convicciones. Estos dos tipos de normas es posible identificarlas, por ejemplo, en el art. 2 PA CEDH: «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 morales, religiosas y filosóficas».⁴⁰

La organización jurídica de la función educativa mediante un sistema mixto de atribución de facultades al Estado y a la sociedad se aprecia también en el art. 14, 3 CDFUE, que dispone «se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio (el derecho a la educación)... el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».⁴¹

Lo aquí expuesto podría ya ser suficiente para desterrar la posible plasmación de un modelo de neutralidad radical en la educación y consecuentemente los resultados que de éste habrían de derivarse para la solución del dilema educativo planteado: a) atribuir al Estado la función de la *enseñanza*, esto es, la competencia para transmitir meros conocimientos —lo que habría de conducir a prohibir los crucifijos en la escuela, en la medida en que implica una trasmisión de valores religiosos y/o culturales— y b) encomendando únicamente a los padres la labor de *educar* en principios y valores morales, culturales o religiosos... fuera del sistema de enseñanzas organizado por el Estado (*homeschooling*).⁴²

Efectivamente, el CEDH, la CDFUE, como otros sistemas convencionales internacionales (arts. 26 DUDH y 13, I PIDESC),⁴³ han organizado jurídicamente la función educativa de acuerdo con un modelo en el que la educación —esto es, la transmisión de principios y valores— se suministra *dentro* de un proceso de enseñanzas organizado por el Estado. Es *dentro* de dicho proceso en el que el Estado habría de respetar las convicciones de los padres (STEDH caso lingüístico belga, de 23.7.1966). El TEDH ha dejado claro que el Estado tiene competencia, además *preminente*, para educar y, por lo tanto,

⁴⁰ Acerca de este modelo normativo de distribución entre el Estado y la sociedad de funciones en la educación, véase en el ámbito del CEDH, Luzius Wildhaber, «artikel II, I», *op. cit.*, pág. 5 y ss.

⁴¹ Véase Hans-Dietrich Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*, pág. 150 y 151. Véase también el art. 14, I de la Carta Social Europea, y también el art. 165, I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que se refiere al modelo de reparto de funciones reconocidas al Estado y a la sociedad en la organización de la enseñanza y de la educación.

⁴² Véase nuevamente epígrafe 2 c a).

⁴³ Véase Klaus Dieter Beiter, *The protection of the right to education by international law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, pág. 19, 30 y ss.

para transmitir principios y valores a los educandos,⁴⁴ incluso contra de la voluntad de sus padres (STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7.12.1976),⁴⁵ a los que se niega un derecho ilimitado para educar a sus hijos en el hogar.⁴⁶

Esta consecuencia favorable a atribuir al Estado la función educativa ha sido también admitida en los sistemas constitucionales europeos. Incluso en aquellos que parecerían apreciarse ciertos vestigios del modelo de neutralidad radical que atribuye la función educativa exclusivamente a la sociedad y la simple labor de enseñar al Estado. El sistema constitucional austriaco permite entrever algún vestigio de este modelo de neutralidad radical en el art. 17 de la *Ley Fundamental del Estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos* de 1867.⁴⁷ En tal disposición se dispone «la educación en el hogar no se encuentra sometida a ningún tipo de limitación». Esta facultad reconocida a los padres puede explicarse en su aprobación durante la vigencia del Estado liberal del siglo XIX, que se sustenta sobre la radical separación entre Estado y sociedad que da sentido justamente al modelo de neutralidad radical en la educación.⁴⁸

Sin embargo, en la actualidad esta facultad se ha restringido por otras normas constitucionales aprobadas durante la vigencia el constituciona-

⁴⁴ En el ámbito del CEDH, en la STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en la que se dejaba claro el reconocimiento de una función educativa al Estado, con ocasión del enjuiciamiento de la convencionalidad de la introducción de la asignatura de la educación sexual en los planes de estudio del Estado danés, el juez Alfred Vedross emitió un voto particular próximo a los postulados del radical modelo de neutralidad en la educación. En él se afirmaba que es «necesario distinguir entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana que constituyen el objeto de la ciencia natural, sobre todo de la biología, de una parte, y la que hace referencia a las actividades sexuales, incluida la anticoncepción, de otra parte. Esta distinción se impone, en mi opinión, por el hecho de que las primeras tienen carácter neutro, desde el punto de vista de la moralidad, mientras que las segundas, incluso si son dadas a menores de una manera objetiva, afectan siempre a la formación de su conciencia. De ello resulta que incluso informaciones objetivas sobre la práctica sexual dadas demasiado pronto en una escuela pueden violar las convicciones cristianas de los padres».

⁴⁵ Véase además, STEDH Efstratiou contra Grecia. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la educación sexual, BVerfGE. 46, 47 —*Sexkundeunterricht*—, de 21.12.1977.

⁴⁶ Decisión de la Comisión, Leuffen contra Alemania, STEDH Konrad y otros contra Alemania.

⁴⁷ *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder* (R.GBl. 142/1867).

⁴⁸ Véase nuevamente el epígrafe 2 c a).

lismo democrático, atribuyendo al Estado una posición *preminente* en la educación (vid. art. 14 de la Ley Constitucional Federal).⁴⁹ Se descarta por tanto la existencia de un modelo (liberal) de neutralidad radical en la educación conforme al que se impediría al Estado transmitir principios y valores en la escuela. Recuérdese que el Tribunal Constitucional Federal austriaco se ha mostrado favorable recientemente a la posibilidad de exhibir crucifijos en las guarderías (VfGH, de 9.03.2011).

La misma consecuencia favorable a atribuir al Estado la función de educar se ha admitido en Alemania. Y ello a pesar de que el art. 6,2 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce un derecho *natural* a los padres para educar a sus hijos, lo que ha servido a parte de la literatura jurídica todavía hoy para atribuir a los padres la superior labor educativa en detrimento del Estado.⁵⁰ Sin embargo, esta tesis ha sido negada por la jurisprudencia constitucional y por la literatura.⁵¹ El Estado tiene competencia para difundir principios y valores en la escuela como ha reconocido, por ejemplo, la BVerfGE 46, 47 —*Sexualkundeunterricht*—, de 21.12.1977, atribuyendo al Estado la posibilidad de impartir una asignatura como la educación sexual, incluso en contra de la voluntad de los padres. Un detenido análisis de la ju-

⁴⁹ También por el CEDH, que constituye una norma dotada de rango constitucional en el ordenamiento austriaco. Véase en la literatura sobre la función del Estado en la educación y la consecuente negación del principio de neutralidad radical en el sistema austriaco. Thomas Kröll, «Kulturelle Rechte» en Detlef Merten y Hans Jürgen Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, VII/1 —*Österreich*—, CF Müller, Heidelberg, 2009, pág. 363, véase también Walter Berka, *Lehrbuch Verfassungsrecht*. 2.^a edición, Springer, Wien-Hew-York, 2008, pág. 391 y s., Brigitte Gutknecht, «artikel 2 I» en Karl Korinek y Alexander Holoubek (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar*, vol. 3, Springer, Wien, hojas intercambiables (estado a 2005), pág. 8. En la legislación, conforme al art. 11,2 de la *Schulpflichtgesetz* —BGBL. Nr. 76/1985— los alumnos que son educados en el hogar han de someterse a un examen en escuelas oficialmente reconocidas, lo que reconoce, de nuevo, la función preminente del Estado sobre la educación.

⁵⁰ Véase al respecto Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 2.^a edición, Franz Vahlen, Berlin, 1957, pág. 273, así como también Hans Peters, «Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule», en Karl August Bettermann y Hans Carl Nipperdey, *Die Grundrechte*, vol. IV, Duncker & Humblot, Berlin, 1960, pág. 369 ss. No han faltado tampoco decisiones jurisprudenciales que han avalado esta interpretación, reconociendo a los padres una facultad general para la educación de sus hijos, véase ejemplificativamente el *Oberstufen-Urteil* des Hessischen Staatsgerichtshofes, de 30 de diciembre de 1981 (*Juristen Zeitung* 1982, p. 463 y ss).

⁵¹ En la jurisprudencia véase la BVerfGE. 34, 165 —*Förderstufe*—, de 6.12.1972. En la literatura, véase Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV, CH Beck, München, 2011, pág. 425 y 444.

risprudencia sobre el crucifijo del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE. 93,1 —*Kruzifixurteil*—) permite hacer ver cómo, por principio, tampoco la exhibición de la cruz, como de otros símbolos religiosos, debiera considerarse siempre inconstitucional.⁵²

En virtud de lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que en la normativa y en la jurisprudencia supranacional y constitucional europea no existe fundamento jurídico consistente para solventar las controversias en la educación, ni tampoco la problemática que genera la exposición del crucifijo en las aulas a partir de un modelo de neutralidad radical.⁵³ El dilema jurídico planteado por la jurisprudencia europea del crucifijo: educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental se plantea, como se verá seguidamente, entre los modelos de neutralidad política o multicultural que ha de adoptar el Estado en el ejercicio de su función educativa.

b. La jurisprudencia entre el modelo de neutralidad política y multicultural en la educación.

El modelo de neutralidad multicultural en la educación. La primera STEDH Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, concluyó que la exposición del crucifijo en las aulas vulneraba el derecho que el art. 2 IP CEDH reconoce a los padres a que sus hijos reciban una educación «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». La argumentación del TEDH —similar a la seguida por los tribunales constitucionales alemán y suizo—⁵⁴ parte del presupuesto

⁵² Véase la BVerfGE. 108, 282 —*Kopfsch*—, de 24.9.2003.

⁵³ Ni siquiera admite todas las consecuencias del principio de neutralidad radical en la educación el sistema constitucional francés que, en teoría descansa sobre principio de neutralidad radical en materia religiosa en la educación, al amparo del principio de laicidad reconocido en el art. 1,1 la Constitución. Conforme a una inicial interpretación de tal principio —principio estricto de laicidad— al Estado se le prohíbe la posibilidad de difundir y tolerar la difusión de valores y de símbolos religiosos en la enseñanza. El ejercicio de la libertad religiosa aparece, según este principio estricto de laicidad, como una cuestión privada que ha de desarrollarse en la sociedad. Sin embargo, estos iniciales vestigios radicales de la neutralidad han atenuado su aplicación hacia un principio de laicidad «tolerante» vigente en la actualidad, permitiendo con ciertos límites la exhibición de la religiosidad en el aula. Véase Sara Ganz, *Das Tragen religiöser Symbole und Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der EMRK*, Duncker & Humblot, Berlin, pág. 39. Nathalie Deffainis, *Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 34, 1998, pág. 212.

⁵⁴ Véase respectivamente BVerfGE 93,1 —*Kruzifixurteil*— y BGE I 161a 252 —*Kruzifix*—.

de que en el contexto de la educación, «*la neutralidad debería garantizarla el pluralismo*» (par. 84).⁵⁵ Y ello porque el pluralismo es lo único que puede garantizar que puedan respetarse en la educación los derechos de los padres reconocidos en el art. 2 1P CEDH. Los derechos de estos quedarían vulnerados si el Estado en la educación dotara de preminencia a unas convicciones religiosas o filosóficas en detrimento de otras.⁵⁶

Como se puede deducir de lo expuesto, el TEDH toma como punto de partida lo que, en realidad, es un modelo de neutralidad multicultural, que niega la existencia de valores que definan una homogeneidad religiosa o cultural en la sociedad y que el Estado debiera garantizar en la escuela frente a la minoría. Todo lo contrario, la STEDH Lautsi contra Italia, 3.11.2009, niega en el fondo que tal homogeneidad exista, reconociendo la plena *igualdad* de todas las convicciones religiosas y filosóficas existentes en la sociedad, debiendo de garantizarse por el Estado en la escuela a través de una educación plural.⁵⁷ De esa manera han de interpretarse las facultades que el art. 2 1P CEDH atribuye al Estado «en el campo de la educación».

Sobre la base de este modelo de neutralidad multicultural, el TEDH concluye que «no ve cómo la exposición en las aulas de un símbolo que es razonable asociar con el cristianismo, puede contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una sociedad democrática» (par. 56).⁵⁸ Para el TEDH,

⁵⁵ Siguiendo aquí la jurisprudencia emitida en la STEDH Folgero contra Noruega. Véase también la afirmación del Tribunal Constitucional Federal: «De la libertad de creencias del art. 4 párr. 1 LF, por el contrario, se deriva el principio de la neutralidad estatal frente a las diferentes religiones y confesiones. El Estado, en el que viven seguidores de diferentes e incluso opuestas creencias religiosas e ideológicas, sólo puede garantizar la convivencia pacífica si él mismo defiende la neutralidad en cuestiones de credo» (BVerfGE 93,1).

⁵⁶ Empleando aquí su consolidada doctrina emitida desde la STEDH Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen c. Dinamarca de que la educación debe de ser «objetiva, crítica y pluralista», la STEDH Lautsi contra Italia reconoce que «La escuela no debería ser el escenario de actividades misioneras o de prédica; debería ser un lugar de encuentro de distintas religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos puede adquirir conocimientos sobre sus respectivos pensamientos y tradiciones» (par. 47 c).

⁵⁷ En parecidos términos se pronunció la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el velo islámico: «el deber de neutralidad ideológico-religiosa impuesto al Estado por la Ley Fundamental no es una falta de identificación laicista, en el sentido de distanciadora o apartada de religiones e ideologías, sino una neutralidad respetuosa, *previsora*, que obliga al Estado a asegurar al particular y a las comunidades religiosas o ideológicas un ámbito de actuación» BVerfGE 102, 288.

⁵⁸ En estricta aplicación de la doctrina STEDH Buscarini contra San Marino, en la que se afirmaba que el carácter tradicional de un texto, en el sentido social e histórico, que se

admitir la exhibición del crucifijo en las aulas —siguiendo la argumentación de la sentencia del crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 16.5.1995— conduciría a imponer a la minoría las convicciones religiosas de la mayoría.⁵⁹ Esto es, un asimilacionismo en la educación incompatible con los presupuestos del modelo de neutralidad multicultural.⁶⁰ Por eso acaba concluyendo el TEDH que el Estado al exponer el crucifijo en la escuela, no garantiza el pluralismo en la escuela y, por lo tanto, vulnera el derecho de los padres que se reconoce en el art. 2 PA CEDH.

El modelo de neutralidad política en la educación. La STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.03.2011, que resuelve el recurso planteado por el Estado italiano frente a la anterior STEDH Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, llega a un resultado distinto. En apariencia, la STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.03.2011 no abandona el presupuesto anteriormente establecido de que la neutralidad en la educación ha de garantizarse a través del pluralismo (par. 62). Sin embargo, a lo largo de su discurso argumental acaba sustituyendo el modelo de neutralidad multicultural por otro más próximo a un modelo de neutralidad política, que parte de la preexistencia de una homogeneidad religiosa y cultural existente en la sociedad que el Estado ha de garantizar en la educación. El TEDH duda ahora que el crucifijo pueda afectar al derecho que el art. 2 IP CEDH reconoce a los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.⁶¹ Conclusión a la que también llega la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal austriaco, de 9.3.2011, sobre la presencia del crucifijo en las guarderías.⁶²

utilizaba por los parlamentarios para prestar juramento, no privaba a éste de una naturaleza religiosa.

⁵⁹ La STEDH Lautsi contra Italia aplica aquí directamente la doctrina de la Decisión de la Comisión Karaduman contra Turquía: «En los países donde la mayoría de la población pertenezca a una religión concreta, la manifestación de los ritos y símbolos de tal religión, sin límite de lugar y de forma, constituye una presión sobre los alumnos que no practican dicha religión o sobre aquellos que profesan otra distinta».

⁶⁰ Véase de nuevo el epígrafe 2 c b.

⁶¹ Con la distinción entre el efecto activo y pasivo de un símbolo religioso, el STEDH parece apartarse de la unitaria potencialidad adoctrinadora de que le atribuyó al crucifijo en la primera STEDH Lautsi contra Italia, al que reconoce como un *powerful external symbol*, concepto acuñado en la STEDH Dahlab contra Suiza, de 2001.

⁶² VfGH, 11.03.2011, par. 73. La literatura también ha avalado la no afectación del crucifijo a los derechos de los alumnos ni de sus padres, véase Theo Mayer Maly, «Das Kreuz in österreichischen Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 219 y ss.

Para llegar a tal conclusión, el TEDH parte, en primer lugar, de que el crucifijo representa un mero símbolo pasivo, y no activo, como sucede en el caso de los discursos dialécticos o en la participación en actividades religiosas (pár. 72). Sin embargo, lo más relevante es que el TEDH admite la interpretación de que el crucifijo «más allá que reflejar las creencias de una religión, expresa los valores en los que se funda la democracia y la civilización occidental» (par. 67 y 68).⁶³ Algo que también acepta el Tribunal Constitucional austriaco, que concibe a la cruz «sin duda como un símbolo de la historia espiritual occidental».⁶⁴ Para el TEDH, forma parte del margen de apreciación del Estado la decisión de «perpetuar o no una tradición (cultural)» (par. 66, 68 y 70).⁶⁵

Como se puede deducir de lo expuesto, el TEDH se fundamenta en un modelo de neutralidad política en la educación, facultando al Estado a proyectar en la escuela aquellos principios y valores que definen una homogeneidad religiosa y cultural existente en la sociedad.⁶⁶ Esta homogeneidad es la que el TEDH define con el concepto «tradición cultural occidental» y en la que se encuadra el crucifijo. Por eso el Estado puede proyectar esta tradición en la escuela obligando a la minoría a aceptar las convicciones religiosas de la

⁶³ Esta concepción del crucifijo como una tradición civil ha sido avalada en la literatura por Joseph Isensee, «Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation», *op. cit.*, pág. 13. Véase críticamente Stephan Huster, «Die religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Das Kreuz in der Schule aus liberaler Sicht», *op. cit.*, pág. 87.

⁶⁴ VfGH, 9.03.2011, par. 66.

⁶⁵ Esta expresión fue ya empleada en el voto particular de los Magistrados Seidl, Söllner y Haas emitido contra la Sentencia del Crucifijo del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 93,1). Existe una abundante literatura crítica que ha venido también a cuestionar el carácter adoctrinador del crucifijo al expresar valores que forman parte de la tradición cultural occidental, incluso de las del resto de las religiones, véase Christian Link, *Staat crux? Die Kreuzifix-Entscheidung des BVerfGE*, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, pág. 3355 y Ernst Benda, *Das Kreuzifix-Urteil ist zu Apodiktisch*, *op. cit.*, 427-431. En contra se posicionan otros autores que, de acuerdo con la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional Federal, consideran que permitir la exhibición de crucifijos en las escuelas públicas implicaría un inadecuado sometimiento de la minoría a la mayoría, véase Peter Badura, «Das Kreuz in Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 36, Stteffen Detterbek, «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», Neue Juristische Wochenschrift, 1996, pág. 426.

⁶⁶ Véase Josef Isensee, «Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche» en Burkhard Kämper y Hans Werner Tönnies (eds.), *Die Verantwortung der Kirche für den Staat. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, núm. 25, Aschendorf, Münster, 1991, pág. 104, 141.

mayoría,⁶⁷ tal y como propone la doctrina del asimilacionismo educativo. Sobre parecidas premisas se asienta la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco al afirmar la Constitución no excluye que el Estado «pueda contraponer a los alumnos a convicciones religiosas y filosóficas de otros» (VfGH. 9.03.2011, par. 66).⁶⁸

3. LOS FINES EDUCATIVOS COMO PRESUPUESTO PARA DEFINIR EL MODELO DE NEUTRALIDAD EDUCATIVA EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EUROPEOS

Como se ha tratado de exponer, la jurisprudencia se ha mostrado dividida en lo que se refiere a la precisión del modelo de neutralidad que ha de presidir la interpretación de las normas que, en los actuales sistemas jurídicos democráticos, regulan la función educativa a través de la atribución de diferentes facultades al Estado y a la sociedad (por ejemplo, en los arts. 2 IP CEDH y 14.3 CDFUE). En realidad, para poder determinar de manera coherente si en la educación ha de aplicarse un modelo de neutralidad multicultural o política resulta imprescindible construir una teoría jurídica de los fines de la educación.

Es cierto que, en el fondo, tras la opción de educar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental ya se encuentra implícita una diversa concepción sobre los fines educativos a los que ha de orientarse la educación. No obstante, también lo es que la contradictoria respuesta ofrecida por el TEDH y por ciertos tribunales constitucionales europeos acerca de si el crucifijo puede estar presente o no en las aulas evidencia que la teoría jurídica sobre los fines de la educación dista de estar bien definida. Sólo escasos órdenes jurídicos supranacionales y constitucionales han organizado la función educativa proclamando de una manera expresa fines educativos. A pesar de que esa técnica normativa presenta importantes deficiencias, es posible que su análisis pueda erigirse en un buen punto de partida para

⁶⁷ Esto mismo acaba sucediendo cuando el TEDH, con ocasión del análisis del velo portado por una profesora afirmó que el citado símbolo constituye «una prescripción coránica difícilmente compatible con el principio de igualdad entre sexos» (STEDH Dahlab contra Suiza). Aquí en el fondo se parte también de una concepción política de la neutralidad, imponiendo la subordinación de una cierta concepción cultural y religiosa a otra basada efectivamente en el principio de igualdad, pero cuya estricta aplicación había de concebir al velo como una de sus manifestaciones y, en definitiva, del pluralismo.

⁶⁸ Como así disponía el art. 12,2 de la *Kindergartengesetz*, (30.06.2006) del Estado de Niederösterreich (LGBl 5060-2), sobre la que se pronunció la sentencia de constitucionalidad.

construir la teoría jurídica de los fines educativos en un sistema democrático y, a partir de ello, definir cuál es el modelo de neutralidad aplicable a ella. En definitiva, si se ha de educar para el pluralismo o en la tradición cultural occidental.

a. La práctica ausencia de fines educativos en los sistemas europeos.

La gran mayoría de los sistemas democráticos europeos han optado por organizar jurídicamente la función educativa a través del reconocimiento de diversas facultades al Estado y a la sociedad. Así sucede, como se ha visto, en el art. 2 IP CEDH y en el art. 14 CDFUE que reconocen, por una parte, al Estado la facultad de organizar la educación y la enseñanza y, por otra, el derecho de los padres para que sus hijos reciban una educación religiosa o filosófica de acuerdo con sus propias convicciones.⁶⁹ Este modo de organizar jurídicamente la función educativa —que sirvió para negar la aplicación de un modelo de neutralidad radical en la educación—,⁷⁰ ha resultado también asumido por la mayoría de las Constituciones europeas (véase por ejemplo, el art. 33 de la Constitución de Italia o los arts. 6 y 7 de la Ley Fundamental de Bonn). Solo algunos sistemas supranacionales y nacionales han optado, además, por proclamar expresamente fines educativos como *normas de programación final*, que imponen la realización de concretos fines y de valores en la educación.⁷¹

La proclamación de los fines de la educación ha sido una técnica normativa utilizada en el orden convencional internacional. El art. 26,2 DUDH, de manera bien similar al art. 13,1 PIDESC, determina que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo

⁶⁹ Véase Cecile Günter, *Die Auslegung des Rechts auf Bildung in der Europäischen Grundrechtsordnung*, Peter Lang, Frankfurt, 2007, pág. 286 y ss., cfr. Hans-Dietrich Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, CH. Beck, München, 2010, pág. 155 y 156.

⁷⁰ Véase nuevamente el epígrafe 3 a.

⁷¹ Véase sobre la estructura normativa de estas disposiciones, Peter Häberle, *Orientierungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, op. cit., pág. 46 y ss., Michael Bothe, «Erziehungsauftrag und Erziehungsmastab der Schule im Freiheitlichen Verfassungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 54, 1995, pág. 22.

de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz». Sin embargo, posiblemente haya sido el art. 29,2 de la Convención de Derechos del Niño el sistema convencional internacional el que contenga una regulación más prolija de los fines y de los valores a los que ha de orientarse la educación.

Entre los fines educativos expresamente previstos se enumera: «a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural».

La regulación de fines educativos ha sido muy poco frecuente en los sistemas constitucionales europeos. La Constitución de Austria (art. 14,5a), la Constitución Española (art. 27,2), la de Grecia (art. 73,2) o la de Portugal (art. 16,2), han optado por orientar la educación a un buen número de principios y de valores, enunciados de una manera bien heterogénea, que resultan a grandes rasgos coincidentes con los proclamados en los documentos internacionales citados.⁷² Sin embargo, como se verá seguidamente, dichas normas, a pesar de que plantean a la literatura jurídica interesantes cuestiones dogmáticas para la resolución de las controversias

⁷² El art. 14,5 a) de la Constitución de Austria proclama como valores esenciales de la escuela «la humanidad, la democracia, la solidaridad, la paz y la justicia, así como la sinceridad y tolerancia entre los hombres». El art. 27,2 de la Constitución Española dispone que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad del individuo, dentro del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales y libertades públicas». El art. 73,2 de la Constitución de Grecia establece que «La educación tendrá por objetivo la educación moral, cultural, profesional y física de los helenos, así como el desarrollo de su conciencia nacional y religiosa y su formación como ciudadanos libres y responsables». El art. 16,2 de la Constitución de Portugal pone su énfasis en que la educación «contribuya a la igualdad de oportunidades, a la superación de las desigualdades económicas, sociales y culturales, al desenvolvimiento de la personalidad y del espíritu de la tolerancia, a la comprensión mutua, y a la responsabilidad para el progreso social y para la participación democrática en la vida colectiva».

jurídicas en la escuela, presentan no pocos problemas para poder definir adecuadamente cuál ha de ser el modelo de neutralidad educativa (política o multicultural).

b. La necesaria construcción dogmática de los fines educativos.

El análisis normativo de los fines educativos como disposiciones específicamente reguladoras de la función educativa ha recibido una escasa atención por parte de la literatura jurídica, incluso en los sistemas jurídicos en los han recibido una plasmación expresa.⁷³ Quizás lo que más se eche en falta sea un esfuerzo de sistematización y de concreción acerca de lo que exigen jurídicamente en la educación.⁷⁴ En ocasiones, el «sinfin» de fines y de valores tan abstracta y genéricamente proclamados –como, la humanidad, la apertura, el pluralismo, la amistad, la convivencia, la dignidad humana, la conciencia nacional, la comprensión, la tolerancia... poco ayuda a definir el modelo de neutralidad aplicable a la educación.⁷⁵ El carácter abstracto y heterogéneo de los fines educativos ha sido con frecuencia un poderoso argumento para negar en la literatura su naturaleza jurídica,⁷⁶ lo

⁷³ En el ordenamiento austriaco no se ha llevado a cabo una construcción dogmática de los fines educativos que se plasman expresamente en el art. 14,5 de la Constitución (B-VG). Su estructura normativa, su contenido y su función delimitadora de las funciones del Estado y la sociedad no ha sido detenidamente analizada por la literatura, véase ejemplificativamente Robert Walter, Heinz Mayer y Gabriele Kucsko-Stadlmayer (edits.), *Bundesverfassungsrecht*, 10.º edición, Manz, Wien, 2007, pp. 754-755.

⁷⁴ A ello no ha contribuido demasiado su tratamiento en el ámbito del derecho internacional, que además se ha centrado esencialmente en la función programadora del menor de edad, no tanto en la función delimitadora de los fines educativos sobre las facultades que se atribuyen al Estado y a los padres en la educación, véase, por ejemplo, Gudmundur Alfredson, *The right to human rights education* en Asbjør Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (edits.), *Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., pág. 213.

⁷⁵ Véase Heirich Roth, «Die Lern- und Erziehungsziele und ihre Differenzierung nach Entwicklungs und Lernstufen», *Die deutsche Schule*, núm. 63, 1991, pág. 67 y ss.

⁷⁶ A ello han coadyuvado los comentaristas de la Constitución de Weimar de 1919, la primera Constitución democrática en la que se proclaman de manera expresa los fines educativos. En su art. 148 se determinada que *en todas las escuelas se procurará formación moral, la educación cívica y el perfeccionamiento personal y profesional, de acuerdo al espíritu del sentimiento alemán de humanidad y de reconciliación entre los pueblos*. Véase Friedrich Giese, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11 August 1919*, Carl Heymanns, 3.ª edición, Köln y otros, 1921, pág. 332. Véase en la literatura, negando su valor jurídico y apostando por su naturaleza más bien moral, Gerd Röllecke, «Erziehungsziele und der Auftrag der Staatsschule» en idem., *Aufklärer Positivismus. Ausgeklärter Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates*, cf. Müller, Heidelberg, 1995,

que, sin embargo, la ciencia jurídica ha de negar ante la necesidad de dotar de contenido a toda disposición incluida en una norma jurídica vinculante.⁷⁷

En ocasiones, ha sido posible apreciar cómo en la jurisprudencia y en la literatura la elección de un modelo político o multicultural de neutralidad han traído su causa en una diferente elección entre toda la pluralidad de los fines educativos expresamente proclamados. Y así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco al declarar la constitucionalidad de la exposición del crucifijo en las guarderías en el supuesto de que la mayoría de los alumnos pertenezcan a una confesión cristiana,⁷⁸ utilizó como uno de sus argumentos que el art. 14,5 a) de la Constitución erige a la diversidad y la tolerancia como fines educativos, *pero también* la «responsabilidad hacia los valores sociales, religiosos y morales». Descarta así un modelo de neutralidad multicultural —que habría de estar basado justamente en la diversidad y en el pluralismo—, y se decanta más bien por un modelo político de neutralidad, al apoyar su argumentación en el fin educativo-constitucional de la responsabilidad ante los valores religiosos, religiosos y morales. El crucifijo acaba siendo implícitamente adscrito a uno de esos los valores, al concebirlo como la expresión de la «tradicción cultural occidental».⁷⁹

pág. 261. También en parecidos términos, aunque en un sentido menos estricto, concibiendo a los fines educativos como *soft law*, véase el clásico trabajo monográfico de Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, *op. cit.*, pág. 62.

⁷⁷ Sin embargo, mayores problemas para reconocer la juridicidad de los fines educativos la plantean algunos textos constitucionales federales del vigente constitucionalismo alemán han identificado ciertos fines educativos en valores religiosos como «veneración cristiana a Dios» o «en el amor al prójimo», como reminiscencias del constitucionalismo histórico alemán en el que aún existía una confusión entre el orden religioso y el jurídico. Véase como ejemplo de aquellos fines religiosos, el art. 11 y ss. de la Constitución de Baden-Württemberg, el art. 128 de la Constitución de Baviera, el art. 26 de la Constitución de Bremen, el art. 56 de la Constitución de Hessen, el art. 7 de la Constitución de Nordrhein Westfalen, el art. 27 de la Constitución de Rheinland-Pfalz y el art. 26 de la Constitución de Saarland. Críticamente sobre la juridicidad de tales fines en el marco de los presupuestos de los ordenamientos jurídicos actuales, Gerd Roellecke, *Erziehungsziele und der Auftrag der Staatsschule*, *op. cit.*, pág. 257 ss., véase también Klaus Frauenrath, *Die Erziehungsziele in der Schulartikeln der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen —Entstehungsgeschichte und Umsetzungsprobleme auf die Schule*, Schaker, Aachen, 1995, pág. 255 y ss.

⁷⁸ Conforme a lo dispuesto en el art. 12,2 de la *Kindergartengesetz*, (30.06.2006) del Estado de Niederösterreich (LGBL 5060-2), objeto de enjuiciamiento en la sentencia de 9.3.2011.

⁷⁹ VfGH, de 9.03.2011 (2.4 y 24,1 par. 66 y 67).

Dejando a un lado por el momento las dificultades jurídicas derivadas del carácter tan abstracto y heterogéneo de las normas que proclaman expresamente los fines educativos para determinar qué modelo de neutralidad ha de aplicarse a la educación, quizás el más importante interrogante al que conduzca su análisis es qué sucede en supuestos en los que los fines educativos no han sido ni siquiera proclamados de forma expresa, lo que ha tenido lugar con gran frecuencia en los sistemas jurídicos europeos. Si se parte de que cualquier delimitación de las funciones atribuidas al Estado y de la sociedad en la educación presupone implícitamente una concepción sobre los fines a los que aquélla ha de servir,⁸⁰ se impone la lógica necesidad de proceder a su construcción dogmática (implícita) a partir del resto de normas contenidas en los diferentes sistemas normativos. La jurisprudencia supranacional y constitucional ha demostrado sobradamente esa necesidad.⁸¹

Incluso las posiciones críticas que en la literatura científica han tratado de cuestionar el carácter jurídico-normativo de los fines educativos han acabado por tener que presuponerlos implícitamente de alguna manera.⁸²

⁸⁰ Véase nuevamente el epígrafe 2 c.

⁸¹ Como por ejemplo en el caso de impartición de asignaturas dentro de los planes de estudio como la educación sexual, cuya legitimación se encuentra en la necesidad de impartir una formación integral para el desarrollo de la personalidad de los educandos, con la exigencia además de que dicha formación sea «objetiva, crítica y pluralista» — problema ya resuelto por la *STEDH Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen c. Dinamarca (1976)*. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase la construcción de los fines educativos, sin plasmación constitucional expresa, en *BVERFGEE 4, 7, 27, 344, 47,46*. También el Tribunal Constitucional Suizo ha realizado una construcción implícita de los fines educativos, en ausencia de consagración constitucional, véase *BGE 129 I 35, 117 Ia 27*. En la literatura véase para el ordenamiento alemán, Ekkehard Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, Neuwied, Luchterhand, 1967, Hans Ulrich Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, op. cit.*, p. 59. Para Suiza, véase Astrid Epiney y Berdhard Walmann, «Soziale Grundrechte und Soziale Zielsetzungen» en Hans Jürgen Papier y Detlef Merten (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa — Grundrechte in der Schweiz und in der Liechtestein (Vol VII/2)*—, Cf. Muller, Heidelberg, 2007, pág. 625 y 626.

⁸² Y así, en la Constitución de Suiza, en la que no se proclaman expresamente fines educativos, la literatura ha construido has seis principios con tal carácter: 1) bien del menor, 2) integración, 3) igualdad de oportunidades, 4) transparencia 5) calidad educativa y 6) pluralismo. De todos modos, sigue planteando en la literatura su carácter más bien ético que jurídico, cfr. *Stephan Hördegen, Grundziele und –werte der «neuen» Bildungsverfassung*, Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, n.º 3, 2007, pág. 119-120. Véase también al respecto Herbert Plotke, *Schweizerisches Schulrecht*, 2.ª edición, Haupt, Bern, Stuttgart, Wien, 2003, pág. 402 y s.

De todos modos, también parece haber quedado demostrado que sin criterios adecuados para poder construirlos puede derivar indistintamente hacia la aplicación de un modelo de neutralidad política o multicultural para la delimitación de las facultades que se atribuyen al Estado y a la sociedad en la función educativa y, en definitiva, para la resolución de los conflictos planteados. El problema que se plantea, pues, es de dónde y cómo poder construir los fines educativos en un sistema jurídico-democrático.

c. Los principios estructurales del sistema jurídico como criterios para definir los fines educativos.

Como se ha puesto de relieve al comienzo del trabajo, la educación se define como un proceso de comunicación a través del cual la sociedad pretende autopreservarse formando a los nuevos miembros de la comunidad en los principios y valores fundamentales que le dotan de cohesión.⁸³ Esa labor cohesionadora en el seno de un sistema jurídico no pueden desempeñarla otras normas que no sean sus principios estructurales, toda vez que su función reside en predeterminar en sus aspectos esenciales cómo se crean las normas del sistema jurídico y, en lo que aquí interesa, cuáles son las relaciones existentes entre Estado y sociedad. Si de lo que se trata, en definitiva, en la educación —y en lo que predetermina el modelo de neutralidad que debe de ser aplicable a la función educativa— es delimitar las facultades que los sistemas jurídicos atribuyen al Estado y a la sociedad en la educación, es claro que los elementos normativos que deben de coadyuvar sobre todo a tal propósito han de ser justamente los principios estructurales del sistema jurídico.

El principio de Estado de derecho, el principio de Estado social y el principio democrático son esos criterios normativos que, en la actualidad, dotan de cohesión a las sociedades jurídicamente organizadas, tanto a nivel nacional como supranacional.⁸⁴ Por ello, en dichos principios han de identificarse los verdaderos fines educativos que deben de determinar el modelo de neutralidad en la educación.⁸⁵ En aval de esta posición que identifica fines

⁸³ Cfr. Peter Haberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, *op. cit.*, pág. 42, Thomas Meyer, «Parallellgesellschaft und Demokratie» en idem y Reinhard Weil (edits.), *Die Bürgergesellschaft: Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation*, Dietz Nachf, Bonn, 2002, pág. 343 y ss.

⁸⁴ Véase Armin von Bogdandy y Jürgen Bast, *Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2009, pág. 25-30.

⁸⁵ Cfr. Thomas Opperman, *Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, *Gutachten C zum 51. Deutschen*

educativos y principios estructurales cabe recurrir a los sistemas jurídicos que han procedido a regular expresamente los fines de la educación. Su detenido análisis —art. 26,2 DUDH, 13,1 PIDESC, art. 14,5a de la Constitución de Austria, en el art. 27,2 de la Constitución Española, entre otras ya citadas— permite constatar cómo, en último extremo, en ellos se acaban proclamando principios y valores que se adscriben directamente al contenido normativo nuclear de los principios de Estado social y democrático de derecho.⁸⁶ No deja de revelar esto, en cierta medida, lo que más bien parece tener que entenderse como un contenido declarativo (no constitutivo), de las disposiciones que regulan expresamente los fines de la educación. No puede entenderse del todo correcto, desde un punto de vista jurídico, que los fines educativos carezcan de valor normativo, conclusión a la que ha llegado un buen número de posiciones en la literatura jurídica,⁸⁷ ya que toda disposición incluida en un texto dotado de valor jurídico vinculante ha de tener tal carácter.

Libertad, igualdad, pluralismo y participación representan los principios a los que, con carácter general, cabe reconducir la abstracción y la heterogeneidad de fines y sub-fines educativos que se han plasmado en los diferentes sistemas jurídicos.⁸⁸ A esta misma consecuencia ha acabado lle-

juristentag, CH Beck, München, 1976, pág. 51 y ss.

⁸⁶ En la literatura austriaca, con carácter general, no ha existido un tratamiento dogmático autónomo de los fines educativos. Véase, por ejemplo, Thomas Kröll, «Kulturelle Rechte» en Hans Jürgen Papier y Detlef Merten (edits), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und in Europa. Tomo VII-1. Grundrechte in Österreich*, cf Müller, Heidelberg, 2009, pág. 194 y ss. Sin embargo, algún estudio parece apuntar a la consecuencia de identificar principios estructurales y fines educativos, cfr. Walter Berka, *Lehrbuch Verfassungsrecht*, op. cit., pág. 420. Por su parte, en la literatura española, entre los escasos estudios existentes al respecto la citada consecuencia puede verse en Benito Aláez Corral, «El ideario educativo constitucional como fundamento para la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pág. 35.

⁸⁷ Véase nuevamente Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, op. cit., pág. 62 y Gerd Röllecke, «Erziehungsziele und der Auftrag der Staatsschule», op. cit., pág. 261.

⁸⁸ Sobre este intento de categorización y de jerarquización de los fines educativos, a partir de la categoría de fines principales, subfines y normas condicionales, véase Hans-Ulrich Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, op. cit., pág. 123. De acuerdo con esta categorización puede verse, por ejemplo, como el principio democrático del pluralismo puede identificarse los fines educativos como «la apertura», «la tolerancia» (art. 14,5 B-VG), «la solidaridad» (art. 73,2 de la

gando la literatura y la jurisprudencia en el momento de tener que construir implícitamente de los fines educativos cuando éstos no han recibido plasmación normativa expresa.⁸⁹ Por ello, el dilema jurídico-educativo planteado recientemente por la jurisprudencia europea del crucifijo al amparo de dos modelos de neutralidad, entre si educar para el pluralismo o en la tradición cultural occidental, ha de solventarse en marco de los principios de Estado social y democrático de derecho. Y muy principalmente del principio democrático, en el que en último lugar se proyectan las exigencias educativas de aquellos otros principios: la libertad, la igualdad, el pluralismo y la participación. Lo que debe plantearse, en realidad, es qué elementos y consecuencias de los modelos de neutralidad política y multicultural son compatibles con esos fines educativos.

4. EL MODELO DE NEUTRALIDAD MULTICULTURAL COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. LA RESOLUCIÓN DEL DILEMA EDUCATIVO EN EUROPA.

a. Los fines educativos de la libertad, la igualdad y el pluralismo y el modelo de neutralidad multicultural en la educación.

Un sistema jurídico democrático, que garantiza la libertad, la igualdad, el pluralismo y la participación tiene que negar el presupuesto sobre el que se

Constitución de Portugal), «la comprensión», «la tolerancia», «la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos», el «mantenimiento de la paz», (art. 26,2 DUDH y 13,2 PIDESC) y el «respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 29,2 CDN).

⁸⁹ Y así en el ámbito de la Ley Fundamental de Bonn, ausentes los fines educativos, la doctrina los ha identificado en diferentes normas constitucionales (Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV, CH Beck, München, 2011., pp. 435 y ss.): 1) «los principios de Estado social, democrático y de derecho, el principio federal, reconocidos en los arts. 20,1 y 79,3 GG», que como se puede apreciar consagran directamente principios estructurales. 2) «El orden democrático liberal de los arts. 9,2, 18 y 21,2 GG», un orden a la que la doctrina y la jurisprudencia alemana han identificado de manera consolidada con los principios y valores sustraídos al cambio en el art. 79,3 de la Ley Fundamental de Bonn, que se identifican de nuevo con los principios estructurales (Christoph Gusy, «Die 'freiheitliche Demokratische Grundordnung' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, núm. 105, 1980, pág. 279 y ss. Prosiguiendo con la enumeración de los fines educativos en la Ley Fundamental: 3) «la dignidad humana (1,1 GG) y el pleno desarrollo de la personalidad (art. 2,1 GG), el principio de igualdad (art. 3 GG) y pluralidad ideológica (art. 5 GG)» que no expresan si no los principios de libertad, igualdad y pluralismo político consustanciales a los principios estructurales de Estado social y democrático de derecho. A los mismos resultados ha llegado la doctrina en la construcción implícita de los fines educativos en el contexto de la Constitución de Suiza, véase nuevamente *Stephan Hördegen, Grundziele und -werte der «neuen» Bildungsverfassung*, op. cit., pág. 119.

edifica el modelo de neutralidad política, que parte de la existencia de una homogeneidad política, religiosa y cultural en la sociedad que ha de ser asegurada incondicionalmente por el Estado en la educación. La aplicación de este modelo de neutralidad política ha conducido a que los valores mayoritariamente compartidos en sociedad se impongan en la escuela a la minoría, lo que ha sucedido en la jurisprudencia europea al concebir al crucifijo como la expresión de la tradición cultural occidental (mayoritaria), imponiendo a los alumnos que no comparten tal tradición la obligación de ser educados ante tal símbolo —STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.03.2011 y la Sentencia del VfGH, de 9.03.2011—.

Los fines educativos que se derivan del principio democrático imponen más bien lo contrario, que todos los valores religiosos o culturales que son expresión del ejercicio de la *libertad*, sean tratados *igualmente* en la escuela y que conformen una realidad *plural* que, a través de la participación, ha de estar llamada a proyectarse en el Estado. Los fines educativos de la democracia exigen al Estado garantizar un modelo de neutralidad, no política, sino más bien multicultural. Ese es el deber que el TEDH ha impuesto al Estado de garantizar una educación «objetiva, crítica y pluralista» (STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7.12.1976). De esta manera es posible garantizar los derechos que los sistemas democráticos europeos garantizan a los padres para que sus hijos reciban una educación que conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (por ejemplo, los arts. 2 IP CEDH, art. 14,3 CDFUE y entre las Constituciones nacionales, el art. 6,2 de la Ley Fundamental de Bonn, el art. 27,3 de la Constitución de España).

La exigencia de una «educación objetiva, crítica y pluralista» en la que se materializa el modelo de neutralidad multicultural difícilmente puede conseguirse cuando el crucifijo, como expresión de una determinada tradición, sea religiosa o cultural, se encuentra presente *incondicionalmente* en la escuela impidiendo a los alumnos sustraerse a su contenido simbólico.⁹⁰ Así lo entendió el TEDH en su primera Sentencia Lautsi contra Italia, de 3.11.2009, al afirmar que el tribunal «no ve cómo la exposición en las aulas de un símbolo que es razonable asociar con el cristianismo, puede contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una sociedad democrática»

⁹⁰ Cfr. Peter Badura, «Das Kreuz in Schulzimmer», *op. cit.*, pág. 36, Steffen Detterbek, «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pág. 426.

(par. 56). Para llegar a esta conclusión, en realidad, resulta irrelevante si el crucifijo representa un símbolo meramente pasivo o activo o si es la expresión de un símbolo religioso o simplemente cultural, argumentos de los que, sin embargo, se sirvió la posterior STEDH [GS] Lautsi contra Italia, de 18.3.2011, para negar en esta ocasión que el crucifijo pudiera suponer una lesión de los derechos que el art. 2 1P CEDH reconoce a los padres para que sus hijos reciban una educación religiosa o filosófica que esté en coherencia con sus propias convicciones.

Lo único relevante para el modelo de neutralidad multicultural es que la exposición *permanente e incondicional* del crucifijo en el aula —ya sea como símbolo religioso o cultural— genera la convicción en los alumnos, como individuos en formación de su personalidad, de ser la única concepción válida en sociedad.⁹¹ Conforme a lo aquí expuesto, nada impide que el Estado pueda proyectar en la escuela tradiciones culturales o religiosas existentes en la sociedad. Más bien lo contrario, lo impone la neutralidad multicultural que ha de reflejar en la mayor medida posible la heterogeneidad y la pluralidad existente en sociedad. La exhibición de un crucifijo en el aula podría respetar la neutralidad multicultural si que el Estado es capaz de relativizar su contenido ante los alumnos, concibiéndolo sólo como una de las diversas convicciones religiosas y/o culturales válidas en sociedad. Es decir, que otras también son posibles. El problema es cómo puede conseguirse esta relativización.

b. Neutralidad multicultural y legislador democrático. El dilema de la educación como problema fáctico.

Naturalmente todo intento de construir jurídicamente principios capaces de delimitar la labor del Estado en base a los fines de la educación democrática resulta valorable. Es precisamente una de las tareas de la ciencia jurídica. No obstante, tratar de predeterminar a partir de tales principios lo que puede o no hacer el Estado en la educación seguramente esté llamado al fracaso. Sobre todo, porque la garantía de la neutralidad multicultural en la escuela es fundamentalmente un *problema de carácter fáctico*.⁹² Si lo que trata de este modelo es proyectar una realidad social heterogénea y plural en la educación, su cumplimiento por parte del Estado ha de enjuiciarse

⁹¹ BVerfGE. 93, I par. 39.

⁹² Cfr. Stephan Huster, *Die ethische Neutralität des Staates*, op. cit., 239 y ss.

conforme a la configuración de aquella realidad. Es labor del legislador democrático determinar, de acuerdo con las circunstancias fácticas existentes, cómo satisfacer el modelo de neutralidad multicultural en la escuela, debiendo el juez únicamente limitarse a examinar si la opción legislativa garantiza, de alguna de las maneras posibles, una educación «objetiva, crítica y pluralista». Que el legislador, para garantizar la neutralidad multicultural debiera configurar la escuela incorporando *todas* las tradiciones religiosas, culturales existentes en la sociedad sería, desde luego, loable. Sin embargo, ello constituiría un mito impracticable⁹³ que la jurisprudencia del TEDH, por otra parte, ha negado.⁹⁴ El legislador goza de margen de libertad para seleccionar qué tradiciones han de proyectarse en el aula y cómo han de manifestarse ante los alumnos.

Y así, el legislador, en una sociedad en la que esté presente un gran multiculturalismo, podría decidir no exhibir el crucifijo para salvaguardar la paz escolar y explicar, como objeto de una o de varias asignaturas, su contenido religioso o cultural de manera «objetiva, crítica o pluralista», junto a otras concepciones sociales religiosas o culturales. Pero también podría ser posible dotar a estas asignaturas un carácter más confesional, contemplando una normativa de exenciones para garantizar los derechos de la minoría.⁹⁵ Incluso el legislador puede garantizar la neutralidad multicultural si en una sociedad relativamente homogénea desde un punto de vista religioso o cultural, decide la inicial exhibición del crucifijo en el aula

⁹³ Véase Stephan Huster, «Die religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Das Kreuz in der Schule aus liberaler Sicht», *op. cit.*, pág. 93.

⁹⁴ STEDH caso lingüístico belga.

⁹⁵ En la jurisprudencia europea, véase STEDH Hassan Eylem Zengin contra Turquía, STEDH Folgero contra Noruega, STEDH Efstratiou c. Grecia. BVerfGE 52, 223 —*Schulgebet*—. En Suiza, hasta su derogación por referéndum popular (1.6.2008), el art. 77a) de la *Schulgesetz* del Estado de Basel (ref. 410.100) autorizaba al profesor a comenzar y finalizar la clase con una oración o con una coral si todos los alumnos estaban de acuerdo con ello. Véase un análisis de tal cuestión Herbert Plotke, *Schweizerisches Schulrecht*, *op. cit.*, pág. 199. La jurisprudencia americana ofrece también supuestos al respecto, véase Engel versus Vitale, 370 U.S. 421 (1962); School Dist. of Abington Twp. versus Schempp, 374 U.S. 203 (1963); Lee versus Weisman, 505 U.S. 577, 599 (1992). Véase también la Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993). *La educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores (punto 6.º).*

contemplando su retirada cuando lo solicite la minoría. No se trata, en este caso, de una primacía de la mayoría sobre la minoría, ni a la inversa, sino de lo realmente importante, del eficaz desempeño de la función democrática de la educación, toda vez que tener que retirar el crucifijo refleja ante los estudiantes cristianos que otras opciones religiosas son también perfectamente válidas en sociedad. Estos supuestos pueden considerarse opciones legislativas válidas para garantizar fácticamente el modelo de neutralidad multicultural en la escuela.

5. CONCLUSIÓN.

El TEDH y también ciertos tribunales constitucionales ha planteado en su jurisprudencia sobre el crucifijo un importante dilema jurídico-educativo llamado a incidir sobre la eficaz cohesión y convivencia de las sociedades multiculturales europeas. La jurisprudencia ha mostrado dos líneas bien distintas. Si en un primer momento el TEDH en su sentencia *Lautsi contra Italia* (2009) —siguiendo la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán— consideró que el crucifijo negaba la *neutralidad* del Estado al erradicar el *pluralismo*, por dotar de preminencia en la escuela una determinada concepción religiosa, posteriormente en su sentencia de la Gran Sala *Lausti contra Italia* (2011) —como el Tribunal Constitucional de Austria—, entendió que la cruz no suponía un menoscabo de la neutralidad (religiosa) del Estado al poder ser entendido como uno de los valores de la tradición cultural occidental.

El dilema jurídico, así planteado, se apoya en realidad, en dos modelos diferentes de neutralidad, la neutralidad multicultural, que exige que el Estado manifieste en la escuela toda la pluralidad y la heterogeneidad existente en la sociedad, y la neutralidad política, que impone al Estado educar en los valores mayoritariamente compartidos en la sociedad (lo que expresa la denominada «tradición cultural occidental»). En buena medida ese dilema jurídico planteado encuentra su causa en las deficiencias que presentan la gran mayoría de los sistemas jurídicos europeos (supranacionales y constitucionales) al regular la educación, en los que no se ha determinado cuáles son los concretos fines a los que ha de orientarse la educación. En la medida en que la solución al dilema jurídico depende de ello, se requiere una construcción dogmática de los fines educativos que sea capaz de interpretar adecuadamente las facultades que los sistemas jurídicos atribuyen al Estado y a la sociedad en el ejercicio de la función educativa.

En un sistema democrático, la libertad, la igualdad y el pluralismo han de ser los fines a los que ha de orientarse la educación. Estos fines democráticos-educativos exigen que el Estado proyecte en la escuela toda la pluralidad y la heterogeneidad que la libertad, la igualdad y el pluralismo permiten en la sociedad. Es decir, que adopte una neutralidad multicultural. Sin embargo, dichos fines educativos no resultan incompatibles con que el Estado proyecte en la escuela las diferentes tradiciones religiosas o culturales. El dilema jurídico que ha planteado la jurisprudencia europea entre si educar para el pluralismo o en la tradición cultural occidental, en realidad, no existe. No hay incompatibilidad entre tales opciones.

La neutralidad multicultural no impone, en absoluto, el carácter axiológicamente neutral de la escuela. De otra manera, se llegaría a lo que propone el modelo de neutralidad radical —que los sistemas jurídicos europeos excluyen— que niega al Estado cualquier competencia para transmitir valores en la escuela, es decir, para poder educar, quedando supuestamente relegada su labor al ámbito de la enseñanza. La neutralidad multicultural impone más bien *relativización* de las tradiciones religiosas o culturales que el Estado incorpore a la escuela o, como ha reconocido el TEDH, que las trate de manera «objetiva, crítica y pluralista».

El Estado, a través del legislador democrático, tiene margen de libertad para lograr la neutralidad multicultural en la escuela. Entre otras cosas, porque el cumplimiento de dicha neutralidad multicultural depende precisamente del grado de heterogeneidad o de homogeneidad que exista fácticamente en una concreta sociedad. Mientras que en una sociedad fácticamente heterogénea la realización del modelo de neutralidad multicultural puede requerir, para garantizar la paz escolar, no ubicar el crucifijo en las aulas, mostrando el contenido de dicha tradición cultural o religiosa, por ejemplo, a través de una o varias asignaturas, al lado de otras tradiciones, en una sociedad más homogénea el legislador podría decidir autorizar la presencia el crucifijo, pero permitiendo su retirada cuando lo soliciten ciertos alumnos o sus padres. En definitiva, el modelo de neutralidad multicultural sólo exige que se eduque en que otras tradiciones culturales o religiosas existentes en la sociedad también son posibles. Cómo cumplir este objetivo, corresponde al legislador democrático.