

¿PUEDE UNA MAESTRA PORTAR DURANTE  
LAS CLASES EN UNA ESCUELA PÚBLICA  
UN PAÑUELO EN LA CABEZA  
POR MOTIVOS RELIGIOSOS?

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional  
Federal Alemán de 24 de septiembre  
de 2003, caso *Ludin*) (\*)

MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA  
SVEN MÜLLER-GRUNE

*SUMARIO:* 1. PRESENTACIÓN.—2. LOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL CASO *LUDIN*.—  
3. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—4. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA  
DEL CASO *LUDIN*.

1. PRESENTACIÓN

El día 24 de septiembre de 2003 dictó la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCFA) una sentencia muy esperada y que ha provocado una enorme discusión en el seno de la opinión pública alemana: la sentencia del caso *Ludin*, más conocida en Alemania como «sentencia del pañuelo en la cabeza» (*Kopftuch-Urteil*) (1). La sentencia, que incorpora

---

(\*) A lo largo de este trabajo, las traducciones literales del alemán al castellano de textos normativos, de fragmentos de sentencias y de artículos doctrinales y de opinión son en todo caso nuestras.

(1) En el número 43 de la *Neue Juristische Wochenschrift* de 2003 se recoge el texto completo de la sentencia en alemán (en adelante citada, a partir de esta publicación, como BVerfG, *NJW* 2003. Citamos las sentencias del TCFA siguiendo el modelo alemán, esto es, indicando en primer lugar, después de BVerfGE, el lugar o volumen (en el caso de la colección oficial de sentencias) de la publicación, seguido de la página en la que comienza el texto de la sentencia y, a continuación, entre paréntesis, la página (o páginas) concreta de la que se toma la cita). Comenta esta sentencia UTE SACKSOFSKY: «Die Kopftuch-Entscheidung - von der religiösen zur föderalen Vielfalt», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 46, 2003, págs. 3297 y sigs. Reflexiones al hilo de la misma también en el diálogo con RÜDIGER ZUCK: «“Das Gericht hat sich nicht gedrückt” - Der Kopftuch-Streit gehört vor die Landesparlamente», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 11, 2003, págs. 420 y sigs.

un voto particular de tres Magistrados, resuelve el recurso de amparo planteado por la señora Ludin contra las sentencias del Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) de 4 de julio de 2002, del Tribunal Administrativo Superior de Baden-Württemberg (*Verwaltungsgerichtshof*) de 26 de junio de 2001, confirmada por la anterior, y del Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Stuttgart de 24 de marzo de 2000 (2), confirmada por ambas, así como contra la resolución de la Oficina de Enseñanzas Medias (*Oberschulamt*) de Stuttgart, de 3 de febrero de 1999, denegatoria del recurso de alzada, y contra la decisión originaria de la propia Oficina de Enseñanzas Medias de 10 de julio de 1998, que consideró a la recurrente no apta para acceder a la función pública como maestra por negarse a dar clase sin el pañuelo en la cabeza (el llamado *hiyab*) que porta por motivos religiosos. El TCFA confirma en la sentencia de 24 de septiembre de 2003 que todas estas resoluciones administrativas y judiciales vulneran el derecho de la recurrente en amparo al igual acceso a la función pública, acceso condicionado sólo por criterios de aptitud, capacidad y competencia profesional (art. 33.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en adelante, GG), en relación con el derecho a la libertad religiosa (art. 4.1 y 2 GG) y con el derecho a no ser discriminado por razón de religión en el acceso a la función pública (art. 33.3 GG). Los argumentos en los que el Tribunal de Karlsruhe sustenta esta afirmación son los que se exponen más adelante. La pregunta clave a la que se trata de dar respuesta es si un determinado comportamiento de un funcionario, expresivo de sus tendencias religioso-ideológicas, llevado a cabo en el ejercicio de su función, constituye una expresión legítima en un Estado no laico del pluralismo religioso e ideológico dominante en un Estado democrático o si, en el caso de un maestro o de una maestra, constituye una influencia tendenciosa, subliminal y dominante no permitida (3).

---

(2) El texto completo de esta sentencia, en alemán, en «Tragen eines Kopftuchs im Unterricht durch Lehrerin», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 8, 2000, págs. 959 y sigs. La sentencia de segunda instancia que la confirma se reproduce en «Religiös motiviertes Tragen eines Kopftuchs als Eignungskriterium für Lehramtsbewerberin», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 39, 2001, págs. 2899 y sigs. La sentencia del Tribunal Administrativo Federal en «Verbot des Unterrichtens mit "islamischem Kopftuch"», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 45, 2002, págs. 3344 y sigs., y la comentan, entre otros, LOTHAR MICHAEL: «Tragen des islamischen Kopftuchs im Schuldienst», *Juristenzeitung*, Heft 5, 2003, págs. 256 y sigs.; KIRSTEN WIESE: «Ablehnung der Einstellung als Lehrerin - Kopftuchstreit», *Zeitschrift für Beamtenrecht*, Heft 1-2, 2003, págs. 39 y sigs., y JOHANNES RUX: «Der Kopftuchstreit und kein Ende», *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, vol. 10, 2002, págs. 366 y sigs.

(3) ANNE DEBUS: «Der Kopftuchstreit in Baden-Württemberg - Gedanken zu Neutralität, Toleranz und Glaubwürdigkeit», *Kritische Justiz*, vol. 32, 1999, pág. 435.

El tema está en cualquier caso de plena actualidad en Alemania desde hace unos años:

— con fecha 20 de agosto de 2003 inadmitió el TCFA un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) promovido por unos grandes almacenes que habían despedido a una empleada turca de religión musulmana por portar un *hiyab* durante su trabajo como vendedora, ante el temor de que ello pudiese provocar reacciones negativas entre su conservadora clientela y disminuir los beneficios empresariales. El Tribunal Social Federal, en sentencia de 10 de octubre de 2002, había casado las sentencias de instancia y considerado que el despido era ilegal (4); el TCFA inadmitió el recurso de amparo de los grandes almacenes, basado en una posible vulneración de la libertad de empresa, por considerar que no tenía visos de prosperar;

— otro caso en el ámbito laboral se planteó en 2002 en Bergkamen, donde una empleada en una guardería municipal fue despedida por insistir en trabajar portando el *hiyab*. El Juzgado Laboral (*Arbeitsgericht*) de Dortmund consideró ilegal el despido porque la trabajadora no desempeñaba una función jurídico-pública y no era, al no ser funcionaria, representante del Estado;

— un caso idéntico al de la señora Ludin hay planteado en Baja Sajonia. El asunto fue resuelto en primera instancia por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Lüneburg, con fecha 16 de octubre de 2000 (5), a favor de la recurrente. El recurso del gobierno comarcal (*Bezirksregierung*) contra esta sentencia fue estimado en segunda instancia el 13 de marzo de 2002 por el Tribunal Administrativo Superior (*Oberverwaltungsgericht*) de Baja Sajonia. La maestra recurrió en casación ante el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), donde el asunto se encontraba pendiente, a la espera de que el Tribunal Constitucional Federal resolviese el caso *Ludin*.

Casos como éstos se van a seguir planteando: hay que pensar que en Alemania viven actualmente unos dos millones y medio de musulmanes, que constituyen el colectivo religioso minoritario más numeroso del país (cuando se aprobó la Ley Fundamental sólo un 0,1 por 100 de la población alemana

---

(4) Comenta esta sentencia GREGOR THÜSING: «Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 6, 2003, págs. 405 y sigs.

(5) El texto completo de esta sentencia en alemán puede verse en «Tragen eines Kopftuchs im Unterricht durch Lehrerin», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 10, 2001, págs. 767 y sigs. La comenta ANNE DEBUS: «Machen Kleider wirklich Leute? - Warum der "Kopftuch-Streit" so "spannend" ist», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 12, 2001, págs. 1355 y sigs. Respecto a los argumentos empleados por el Tribunal en esta sentencia, véase en detalle el interesantísimo trabajo de ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «"Kopftuchstreit" auf dem richtigen Weg?», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 10, 2001, en especial págs. 724 y sigs.

profesaba una religión no cristiana). Según datos de Alam y Steuten, en 1999 habría en toda Alemania cerca de cien jóvenes musulmanas con *hiyab* estudiando Magisterio (6).

## 2. LOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL CASO *LUDIN*

Las sentencias recurridas ante el Tribunal Constitucional en el caso *Ludin* confirmaron todas la decisión de las autoridades escolares de prohibir el acceso a la función pública como maestra a una mujer de origen afgano, nacionalidad alemana y religión musulmana, Fereshta Ludin, que, después de haber concluido con éxito su formación teórica y práctica como docente, insistía en portar el *hiyab* durante las clases en una escuela pública primaria, con el compromiso expreso, eso sí, de no llevar a cabo ningún tipo de actividades de adoctrinamiento religioso en el ejercicio de sus funciones. Las autoridades escolares del *Land* Baden-Württemberg consideraron que esa insistencia en portar el pañuelo en la cabeza durante las clases determinaba que a la señora Ludin le faltase la aptitud personal exigida para acceder a la función pública según el § 11.1 de la Ley de Baden-Württemberg sobre la Función Pública, en su versión de 19 de marzo de 1996 (*Landesbeamtengesetz*) (7), y ello porque el *hiyab* que portan algunas mujeres musulmanas sería un símbolo no sólo religioso sino también político. Como tal símbolo político lo consideraron las autoridades escolares incompatible con el mandato de neutralidad estatal que ha de orientar la enseñanza en las escuelas públicas alemanas: los maestros y las maestras en escuelas públicas actúan como representantes del Estado y es por ello que han de ejercer sus funciones de forma no partidista, y siempre al servicio del bien común.

Las autoridades escolares y las sentencias que confirmaron su decisión habían

---

(6) ÖMER ALAN y ULRICH STEUTEN: «Kopf oder Tuch - Überlegungen zur Reichweite politischer und sozialer Akzeptanz - Wie mit Kleidern Politik gemacht wird», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 5, 1999, pág. 209. En opinión de Rux, pronto pueden empezar a plantearse también conflictos similares con miembros de la cada vez más numerosa comunidad Sikh en Alemania (JOHANNES RUX: «Religiös motiviertes Kopftuch im öffentlichen Schuldienst», *Deutsche Verwaltungsblätter*, vol. 116, 2001, pág. 1544). Véase también la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) de 1988 que confirmó la decisión de las autoridades escolares de prohibir a los maestros miembros de la comunidad Bhagwan Shree Rajneesh llevar durante las clases la vestimenta en tonos rosa, rojo, naranja y morado oscuro característica entonces de este grupo religioso (esta sentencia se reproduce en alemán en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1988, págs. 937 y sigs.).

(7) El § 11.1 de la citada ley dice que los nombramientos (en el ámbito de la función pública del *Land*) según criterios de aptitud, capacidad y competencia profesional han de hacerse sin consideración al sexo, la filiación, la raza, las creencias, las convicciones religiosas o políticas, el origen o los contactos.

admitido que el deseo de la maestra de llevar el *hiyab* también durante las clases entra dentro del ejercicio de su libertad religiosa, protegida por el artículo 4 GG. El derecho fundamental a la libertad religiosa está constitucionalmente reconocido y garantizado en Alemania sin reservas (*vorbehaltlos*), lo cual significa que sólo puede ser limitado por otros derechos, principios y valores de rango constitucional, en este caso, la obligación de neutralidad estatal en el ámbito de la enseñanza pública, y los derechos de los alumnos y las alumnas y de sus padres. En este supuesto concreto, y aunque en las sentencias se apeló al principio de concordanza práctica para solucionar el conflicto, no parecían existir para los Tribunales alternativas viables a la limitación del derecho para lograr el fin perseguido. Se consideró que la señora Ludin sería incapaz, por su intención de portar el *hiyab* durante las clases, de poner en práctica los objetivos educativos estatalmente establecidos al amparo del artículo 7.1 GG, y que, al no querer observar, por motivos religiosos, los límites constitucionalmente fijados, su exclusión del acceso a la función pública por falta de aptitud estaba plenamente justificada. El argumento se repite en lo esencial en las alegaciones presentadas por el Gobierno Federal y el Gobierno del *Land* Baden-Württemberg durante el proceso de amparo (8).

Entrarían también en conflicto con el ejercicio de la libertad religiosa de la

---

(8) El Tribunal Administrativo de Lüneburg, en el caso que planteado en Baja Sajonia al que se hacía referencia *supra*, interpretó el mandato de neutralidad de los poderes públicos (en concreto, dentro de las escuelas públicas) de manera diversa a como lo hicieron los Tribunales de Baden-Württemberg, en parte porque en Baja Sajonia no hay ninguna referencia constitucional a las «escuelas cristianas» como la que hay en Baden-Württemberg, a lo que más adelante nos referiremos. Para el Tribunal de Lüneburg, la escuela es un espacio vital en el que confluyen de manera directa diversos procedimientos pedagógicos, libertades, convencimientos, perspectivas y opiniones; en definitiva, la escuela se concibe como un gran marco de intercambio de distintas maneras de pensar. El mandato de neutralidad no ha de llevar a los maestros a ser absolutamente neutrales en todas las cuestiones y problemas que se les planteen y a no poder manifestar ningún tipo de toma de posición (ideológica o religiosa) dentro de la escuela, sino que a lo que ha de conducir más bien es a que los maestros fomenten en todo caso el equilibrio entre los distintos enfoques y valores y, con ello, la tolerancia y la aceptación mutua, así como el respeto a las opciones constitucionales. De este modo se prepara a los alumnos para que sean capaces de vivir con gentes de otros orígenes nacionales y culturales, se fomenta el entendimiento entre los pueblos, se entrena a los alumnos en el respeto a los derechos fundamentales propios y ajenos, y se les enseña a relacionarse con otros seres humanos a partir de los principios de solidaridad y tolerancia. La presencia del Islam, aunque sea todavía un elemento inhabitual (si bien cada vez menos, véanse los interesantes datos estadísticos sobre la presencia del Islam en Alemania que aporta CHRISTIAN HILLGRUBER: «Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport - Die Antwort des Grundgesetzes auf eine religiöse Herausforderung», *Juristenzeitung*, Heft 11, 1999, pág. 539. También los datos sobre evolución de la composición religiosa de la sociedad alemana de NORBERT JANZ y SONJA RADEMACHER: «Islam und Religionsfreiheit - Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates auf dem Prüfstand», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 7, 1999, págs. 706 y sigs.) en el contexto de una

maestra, según las sentencias recurridas, la libertad religiosa negativa de los alumnos y las alumnas (art. 4 GG) y el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones (art. 6.2 GG), derecho que se extiende hasta el momento en que los hijos tienen catorce años, a partir del cual son ellos los que toman sus propias decisiones en esta materia, según se establece en la Ley Alemana sobre Educación Religiosa de los Niños y Niñas, de 1921. Tal como lo expresó la sentencia de casación del Tribunal Administrativo Federal, los padres «tienen también el derecho a mantener a sus hijos alejados de aquellas creencias que ellos, los padres, consideran falsas o dañinas. Las influencias religiosas e ideológicas, que los padres rechazan en el ejercicio de su derecho fundamental del artículo 4.1 GG, no pueden ser promovidas o mantenidas por el Estado en el sistema escolar público», teniendo en cuenta sobre todo que no hay posibilidad en este tipo de casos de evitar la exposición a la influencia religiosa o ideológica en cuestión, puesto que la escolarización es obligatoria y ni los alumnos ni los padres pueden elegir a los maestros.

Otro de los argumentos que se manejaron de manera incidental, si bien no por ello menos relevante, en las sentencias recurridas fue la percepción del pañuelo en la cabeza como expresión de una comprensión tradicional del papel social y familiar de las mujeres, difícilmente compatible con el principio de igualdad de género constitucionalmente reconocido (9).

---

Europa tradicionalmente cristiana, resulta para el Tribunal Administrativo de Lüneburg, en el marco de la escuela, de particular importancia a la hora de educar a los niños en el respeto a los derechos fundamentales propios y ajenos y en la tolerancia hacia otras maneras de ver el mundo compartidas por otros seres humanos. La escuela no puede transmitir la idea de un mundo cerrado y exclusivo que ya no es tal. El hecho de que la maestra lleve el *hiyab* hará a los alumnos, y esto lo valora positivamente el Tribunal, tomar conciencia de que la persona que les da clase profesa una religión probablemente diferente a la suya o la de sus padres, y les hará ya desde la infancia tomar contacto con la realidad de una sociedad plural en la que, desde el respeto y la tolerancia, conviven personas que tienen distintas maneras de ver el mundo. Es esa idea de neutralidad «abierta», en la que la escuela no cierra la puerta a cuestiones de calado ideológico o religioso, aunque sin identificarse con ninguna opción en concreto y sin adoctrinar al alumnado en un sentido determinado, la que entiende el Tribunal de Lüneburg que ha de defender el principio constitucional de neutralidad, teniendo en cuenta que Alemania no es un Estado laico como puedan serlo Francia o Turquía. En Francia, por cierto, se están concretando actualmente los términos de un acuerdo político sobre el laicismo que se refiere, entre otras cosas, a la necesidad de elaborar un código sobre el laicismo en la esfera pública (función pública, hospitales, prisiones, tribunales) (información tomada de la edición digital de *El Mundo* de 28 de noviembre de 2003). Con fecha 10 de febrero de 2004 la Asamblea Nacional francesa ha aprobado un proyecto de ley que prohíbe el uso de signos religiosos ostensibles en las escuelas públicas. La Ley tiene prevista su entrada en vigor para el próximo curso escolar. El *hiyab* está entre los símbolos religiosos prohibidos.

(9) Aunque a su vez se pregunta Michael si con sentencias como éstas el Estado no está precisamente no colaborando con la particularmente difícil emancipación de las mujeres musulma-

La señora Ludin alegó que portaba el pañuelo en la cabeza como expresión de sus convicciones religiosas, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa del artículo 4.1 y 2 GG, que se vería vulnerado de prohibírsele. Alegó asimismo que el mandato de neutralidad estatal no implica que el Estado haya de renunciar por completo a cualquier referencia religiosa o filosófica, sino que ha de buscar un justo equilibrio entre todos los intereses que desde esas perspectivas pueden entrar en conflicto; que forma parte de la labor de la escuela la de preparar a los alumnos para la sociedad en la que tienen que vivir; y que no tiene sentido ocultarles los elementos de pluralidad que imperan en la realidad social. Alegó también la señora Ludin que en ningún momento se había planteado ningún conflicto concreto o queja concreta por parte de padres o alumnos que demostrase su ineptitud para el ejercicio de sus funciones o los peligros que presuntamente podían dimanar del hecho de que ella portase el *hiyab* durante las clases de inglés, alemán, educación cívica y economía en el período en que ejerció como maestra en prácticas.

El TCFA confirma en su sentencia de 24 de septiembre de 2003 que considerar el hecho de portar el *hiyab* durante las clases determinante de una falta de aptitud para el ejercicio de la función pública como maestra en la escuela primaria vulnera el derecho de la recurrente en amparo al igual acceso a la función pública del artículo 33.2 GG en conexión con el derecho fundamental a la libertad religiosa y de creencias del artículo 4.1 y 2 GG, pero no *per se*, sino *porque no hay actualmente base legal suficiente para justificar esa limitación de tales derechos*.

---

nas y, con ello, desoyendo el mandato de promoción de la igualdad real de las mujeres del artículo 3.2.2 GG (L. MICHAEL: *Op. cit.*, pág. 257). Se refiere igualmente a ello C. HILLGRUBER: *Op. cit.*, pág. 544. También U. SACKSOFSKY: *Op. cit.*, pág. 3299, que destaca el carácter emancipatorio del *hiyab*, que facilita a las mujeres musulmanas que lo portan una mayor movilidad social, a la vez que alude al cinismo occidental de referirse insistentemente al Islam como religión machista, ignorando que el cristianismo no es precisamente tampoco una religión igualitaria para las mujeres. Argumentos también en esta línea en A. DEBUS: «Der Kopftuchstreit...», *cit.*, pág. 444, quien considera que no es casualidad que sean precisamente en su mayoría niñas y mujeres quienes sobre todo tienen que enfrentarse a enormes obstáculos en la escuela y en el trabajo por motivo de su pertenencia a una determinada religión y por las costumbres a ella asociadas. Sobre la importancia de que las niñas musulmanas cuenten con modelos de roles representativos de la importancia de acceder a una formación académica y profesional y de cómo se puede compatibilizar la identidad musulmana con una carrera profesional, Ö. ALAN y U. STEUTEN: *Op. cit.*, pág. 210, aunque también aportan estos autores el argumento contrario, que apunta a la presión que precisamente las niñas y jóvenes musulmanas podrían sufrir para tener que seguir el ejemplo de quien se les muestra como modelo de «buena musulmana» y que limitaría su capacidad para rebelarse contra tradiciones con las que no se identifican (*ibidem*, pág. 211).

### 3. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El razonamiento del TCFA comienza confirmando que los derechos fundamentales constituyen un límite al poder del legislador a la hora de regular, dentro del amplio margen de maniobra de que disfruta, los criterios de aptitud que han de condicionar el acceso a los distintos puestos dentro de la función pública. Sin embargo, en el ámbito de la función pública como relación de sujeción especial, aunque los derechos fundamentales sigan teniendo vigencia, pueden precisamente los deberes de los funcionarios limitar el ejercicio de los mismos, y ello sobre la base de exigencias generales de la función pública o de exigencias particulares del puesto concreto de que se trate (10). Las autoridades, a la hora de decidir si una persona reúne las condiciones de aptitud exigidas para poder acceder a la función pública, lo que hacen es un pronóstico acerca de la capacidad de esa persona de cumplir, una vez convertido en funcionario, con las obligaciones derivadas del cargo. A la hora de hacer esa apreciación, las autoridades tienen un cierto margen de maniobra, pero en cualquier caso, y eso es susceptible de control posteriormente por parte de los órganos jurisdiccionales, han de basarse en elementos fácticos correctos, respetar el marco constitucional y la legislación en materia de función pública, utilizar parámetros válidos de valoración, no manejar consideraciones ajenas a los hechos, y llevar a cabo su valoración en función de las obligaciones que ese funcionario está llamado a cumplir.

El Tribunal de Karlsruhe confirma que la prohibición a maestros y maestras de hacer uso de vestimentas indicativas de la pertenencia a una determinada religión durante las clases, vestimentas que además esas personas consideran obligatorias según los mandatos de esa religión, entra dentro del ámbito protegido por el artículo 4.1 y 2 de la GG, que consagra el derecho fundamental a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia, y el derecho de cada uno a poder practicar en paz su religión. La Ley Fundamental protege no sólo la dimensión puramente interna del derecho (derecho a creer o a no creer), sino también su dimensión externa (derecho a manifestar o hacer visibles las creencias religiosas y a difundirlas), en la cual encajaría también el derecho de cada uno a adecuar su vida a sus creencias religiosas, y no sólo a los mandatos obligatorios de cada religión, sino también a aquellas convicciones que, incluso sin ser obligatorias, cada uno considere personalmente válidas para orientar su vida. Por otro lado, la Ley Fundamental de Bonn, dice el Tribunal Constitucional, garantiza «sin reservas» (*vorbehaltlos*) el derecho a la libertad religiosa, lo

---

(10) BVerfG, NJW 2003, pág. 3111 (3111 y siguiente).

cual implica que sólo puede ser limitado por otros derechos, valores o principios de rango constitucional (11) y, añade el Tribunal Constitucional, que la limitación precisa además de un «fundamento legal suficientemente determinado» [siguiendo lo dicho en su sentencia 83, 130 (142)] (12).

El otro derecho que se ve afectado por la prohibición de portar el *hiyab* durante las clases es el derecho del artículo 33.3 GG, según el cual el acceso a la función pública ha de ser independiente de las creencias religiosas, no pudiéndose derivar en este sentido ninguna desventaja para nadie por el hecho de pertenecer o no pertenecer a una determinada religión o de defender una determinada ideología. Esto, sin embargo, no excluye, en opinión del Tribunal Constitucional, que puedan establecerse obligaciones asociadas al ejercicio de la función pública que supongan una injerencia en la libertad religiosa del funcionario o aspirante o que hagan en la práctica más difícil el acceso a la función pública de los aspirantes que profesan ciertas creencias, pero sí que obliga a que tales limitaciones se motiven de manera muy estricta, y a que se respete en todo caso el mandato de estricta igualdad de tratamiento entre las distintas creencias religiosas en la configuración de tales obligaciones asociadas al cargo (13).

En el caso concreto del *hiyab*, considera el TCFA que la opción de la recu-

---

(11) Respecto a la garantía constitucional sin reservas del derecho fundamental a la libertad religiosa, véanse, entre otras, las sentencias del TCFA 28, 243 (260 y siguiente); 41, 29 (50 y siguiente); 41, 88 (107); 44, 37 (49 y siguiente, 53); 52, 223 (247); y 93, 1 (21). *Vid. también infra*.

(12) BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3111 (3112).

(13) BVerfG, *loc. cit.* En la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Stuttgart había dicho que, a la vista de los valores cristianos que inspiran la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución del *Land* Baden-Württemberg, manifestaciones religiosas en el ejercicio de sus funciones son posibles, en el caso de los maestros no cristianos, sólo bajo condiciones más estrictas que en el caso de los maestros que profesan alguna religión cristiana. Más ampliamente CHRISTINE LANGENFELD: «Darf eine muslimische Lehrerin in der Schule ein Kopftuch tragen? Anmerkung zum Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 24. März 2000», *Recht der Jugend und des Bildungswesens*, Heft 3, 2000, en especial págs. 309-310; y NORBERT JANZ y SONJA RADEMACHER: «Das Kopftuch als religiöses Symbol oder profaner Bekleidungsgegenstand? - BayVG, NVwZ 2000, 952 und VG Stuttgart, NVwZ 2000, 959», *Juristische Schulung*, Heft 5, 2001, pág. 443, que consideran que esta interpretación del Tribunal Administrativo de Stuttgart y las diferencias entre religiones que con ella se establecen vulneran claramente el artículo 4 GG. También en este sentido MATTHIAS TRIEBEL: «Kopftuch und staatliche Neutralität», *Bayerische Verwaltungsblätter*, Heft 20, 2002, pág. 627. En cualquier caso, el Ministro de Cultura bávaro, Hohlmeier, ha afirmado, después de emitida esta sentencia del TCFA, que se plantea como posible en este marco prohibir por ley en Baviera el uso del *hiyab* en la escuela por parte de las maestras, pero a la vez permitir que una monja dé clases llevando el hábito de su congregación (declaraciones recogidas por el *Süddeutsche Zeitung*, 4-5 de octubre de 2003, pág. 10, citado por U. SACKSOFSKY: *Op. cit.*, pág. 3300).

rente en favor de portar el pañuelo entra dentro de su libertad religiosa, protegida en el artículo 4.1 y 2 GG, en la medida en que ella lo considera una obligación derivada de su religión, y expresión de sus convicciones religiosas. Ciertamente, no cualquier convencimiento individual y puramente subjetivo acerca de lo que sea una obligación religiosa será en todo caso aceptable, sino que habrá que tener en cuenta también lo que la comunidad religiosa de pertenencia establece al respecto, pero el caso de las mujeres musulmanas que sienten que su religión las obliga a portar el *hiyab* entra sin duda dentro del ámbito de protección del artículo 4.1 y 2 GG, como los Tribunales de instancia en todo momento aceptaron.

Pasa el Tribunal de Karlsruhe a continuación a valorar qué otros derechos, principios y valores de rango constitucional entran en este caso en conflicto con el hecho de que la maestra insista, en el ejercicio de su libertad religiosa, en portar un pañuelo en la cabeza durante las clases, como expresión de su fe. Sólo la existencia de un conflicto con otros intereses de rango constitucional que deban prevalecer y la existencia de una base legal suficiente para limitar el derecho harían que la negativa a permitir a la maestra el acceso a la función pública por los motivos expuestos no suponga una violación inaceptable de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de creencias.

El mandato constitucional de neutralidad estatal viene consagrado en los artículos 4.1 GG (derecho fundamental a la libertad religiosa y de creencias), 3.3.1 GG (derecho fundamental a la no discriminación por razón, entre otros motivos, de las convicciones religiosas), 33.3 GG (derecho fundamental a la no discriminación por razón de religión en el ejercicio de los derechos civiles y políticos y en el acceso a la función pública), y en los artículos 136.1 y 4 (14) y 137.1 (15) de la Constitución de Weimar, artículos estos dos últimos que, según el artículo 140 GG, forman parte de la Ley Fundamental de Bonn. El mandato de neutralidad estatal obliga al Estado a respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las distintas comunidades religiosas e ideológicas, a no identificarse con una determinada religión o ideología (principio de no identificación), a no privilegiar a determinadas convicciones, y a no marginar a quienes no las profesen, porque todo ello pondría en peligro la paz religiosa dentro de la sociedad. Tampoco puede el Estado valorar oficialmente determinadas creencias o doctrinas de una comunidad religiosa.

---

(14) Artículo 136 Constitución de Weimar: «1. Los derechos y obligaciones civiles y políticos no se verán condicionados ni limitados como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad religiosa (...) 4. Nadie podrá ser obligado a participar en actos, celebraciones o ejercicios religiosos o a emplear una fórmula religiosa de juramento».

(15) Artículo 137.1 Constitución de Weimar: «No hay ninguna Iglesia oficial».

Puede entrar también en conflicto con el derecho a la libertad religiosa de la señora Ludin el derecho de los padres a cuidar y educar a sus hijos (art. 6.2.1 GG), que, puesto en conexión con el artículo 4.1 GG, implica también el derecho a educar en sus hijos en unas determinadas convicciones religiosas o ideológicas que ellos consideran correctas, y, paralelamente, el derecho a mantener a sus hijos alejados de convicciones religiosas que ellos consideran falsas o dañinas. El artículo 6.2 no implica, en cualquier caso, que los padres sean los únicos que tienen derecho a educar a sus hijos, porque también el Estado tiene atribuida una función educativa. Cómo se ha de desarrollar ésta y en qué medida ha de tener la dimensión religiosa cabida dentro del ámbito escolar es tarea que cae dentro del ámbito de regulación de los *Länder* (16), con los límites constitucionalmente establecidos (básicamente el artículo 4.1 y 2 GG).

El otro derecho fundamental que entra en conflicto con la libertad religiosa de la maestra es la libertad religiosa negativa del alumnado. Esta libertad negativa, protegida en la misma medida que la libertad positiva, supone el derecho a mantenerse alejado de actos de culto o de símbolos de una creencia religiosa que no se profesa. Obviamente ello no implica, en una sociedad en la que diversas convicciones religiosas tienen cabida, el derecho a no ser expuesto en absoluto a ningún símbolo religioso o a que todos ellos queden ocultos. Distinto es, sin embargo, el caso en el que el individuo se vea expuesto, por obra de una actuación del Estado, a determinados símbolos o prácticas religiosas, sin posibilidad de apartarse de ellos. Ahí es donde entra precisamente en juego la protección de la libertad religiosa negativa que dimana del artículo 4.1 y 2 GG, y del artículo 136.4 de la Constitución de Weimar (en relación con el artículo 140 GG) (17).

---

(16) *Vid. infra.*

(17) No está del todo claro, sin embargo, para la doctrina que el simple hecho de exponer pasivamente a una persona a símbolos religiosos y expresiones de fenómenos de esta naturaleza, sin esperar algún tipo de reacción obligatoria por su parte, suponga una injerencia en su libertad religiosa. Junto a esa exposición ineludible a un símbolo de carácter religioso habría que valorar otros factores, como el comportamiento concreto de la maestra durante las clases y, también, la edad de los niños, teniendo en cuenta, y a ello se refieren especialmente las sentencias recurridas, el papel que los maestros desempeñan, incluso inconscientemente, como modelo para sus alumnos, un papel particularmente importante cuando los alumnos son de corta edad y con ello fácilmente influenciados. Puede verse al respecto C. LANGENFELD: *Op. cit.*, en especial págs. 308-309. Se pronuncia claramente en contra de que eso constituya un ataque a la libertad religiosa negativa de los alumnos y justifica su postura extensamente MATTHIAS JESTÄDT: «Grundrechtsschutz vor staatlich aufgedrängter Ansicht. Das Kopftuch der Lehrerin als Exempel», en JOSEF ISENSEE, WILHELM REES y WOLFGANG RÜFNER (Hrsg.): *Dem Staate, was des Staates - der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 1999, en especial págs. 274 y sigs.

Según el TCFA (18), «la Ley Fundamental deja a los *Länder*, en el ámbito de la organización escolar, una amplia libertad de configuración; también en referencia a las expresiones ideológicas y religiosas en las escuelas públicas toma el artículo 7 GG en consideración la amplia independencia de los *Länder* y, en el marco de sus plenas competencias educativas, el en lo fundamental libre diseño de la escuela pública [cfr. BVerfGE 41, 29 (44 y siguiente); 52, 223 (242 y siguiente)]. La solución a la inevitable relación de tensión entre la libertad positiva de creencias de un maestro, de una parte, y la obligación estatal de neutralidad ideológico-religiosa, el derecho educativo de los padres así como la libertad negativa de creencias del alumnado, de otra, tomando en consideración el mandato de tolerancia, incumbe al legislador democrático a nivel de *Land*, que tiene que buscar en el proceso público de formación de la voluntad un compromiso razonable para todos. Tiene que guiarse en su regulación por el hecho de que, de un lado, en el ámbito de la organización escolar, el artículo 7 GG tolera las influencias ideológico-religiosas sin perjuicio del derecho educativo de los padres, y que, de otro, el artículo 4 GG ordena que, al decidir en favor de una determinada forma escolar, se excluyan en la mayor medida posible las presiones ideológico-religiosas. Estos preceptos han de ser vistos conjuntamente, y su interpretación y su ámbito de eficacia han de cotejarse mutuamente. Esto incluye que un *Land* concreto pueda llegar a regulaciones diferentes porque, en la vía intermedia que hay que encontrar, han de tomarse también en consideración las tradiciones escolares, la composición confesional de la población y su más o menos intenso arraigo religioso [BVerfGE 41, 29 (50 y siguiente); 93, 1 (22 y siguiente)]» (19).

(18) Literalmente, BVerfG, NJW 2003, pág. 3111 (3113 y siguiente).

(19) En cualquier caso, nos preguntamos con Sacksofsky si efectivamente esa referencia a la vía intermedia es realista, porque lo que van a hacer los legisladores de los *Länder* va a ser o permitir el uso de este símbolo religioso en la escuela o prohibirlo, y tampoco parece que haya más alternativas (U. SACKSOFSKY: *Op. cit.*, pág. 3300). El Tribunal de Lüneburg, en el caso planteado en Baja Sajonia al que nos referíamos *supra*, parecía encontrar ese camino intermedio apelando a la responsabilidad pedagógica individual de los maestros en aquellos casos concretos en que el hecho, por ejemplo, de portar el *hiyab*, pueda alterar la paz en la escuela o crear problemas con padres o alumnos. Si no hay ninguna otra vía para solucionar estos supuestos concretos que puedan resultar particularmente conflictivos, los maestros (las maestras) habrían de estar dispuestos a renunciar en determinadas circunstancias y con carácter temporal a portar el *hiyab* o el elemento religioso o ideológico de que se trate, esto es, a ver limitado en cierta medida su derecho individual si con ello se pueden conjurar otros peligros para hacer frente a los cuales pueda no haber otra solución. Hay que tener en cuenta que el mandato de tolerancia constitucionalmente recogido alcanza también a las comunidades religiosas, y no sólo hacia el exterior (esto es, en su relación con otras comunidades y con terceros) sino también hacia el interior (esto es, en su relación con sus propios miembros), de tal manera que ninguna persona ha de temer ningún tipo de san-

La cuestión de si un maestro o una maestra puede portar símbolos religiosos durante el desarrollo de su función en una escuela pública ha de resolverse, pues, por los *Länder* teniendo en cuenta esos principios. Según el Tribunal Constitucional, para poder afirmar que el posible peligro abstracto para otros principios y valores constitucionales que la simple presencia de la maestra, en ausencia de actividades de adoctrinamiento por su parte, supone una falta de aptitud que le impide el acceso a la función pública o el desempeño de sus funciones, se hace imprescindible una base legal suficiente y determinada, puesto que está en juego el derecho fundamental del artículo 4.1 y 2 GG. Esa base legal suficiente y determinada falta en este caso, tal como se analiza por el Tribunal de Karlsruhe en los puntos siguientes.

El primer punto al que se refiere el TCFA es el sentido del pañuelo en la cabeza como símbolo religioso. El *hiyab* no es, a diferencia del crucifijo, un símbolo religioso en sí mismo, sino que depende de la persona que lo lleve y de las motivaciones que la lleven a ello (20). Puede ser desde un símbolo político representativo de corrientes fundamentalistas islámicas que a través de él manifiestan su apartamiento de ciertos valores fundamentales de la sociedad occidental hasta un símbolo de protección personal y de pudor (21), a través del

---

ción «oficial» por parte de su comunidad si no cumple las exigencias de ésta en materia de vestimenta, por ejemplo. Lo destaca HELMUT GOERLICH: «Distanz und Neutralität im Lehrberuf - zum Kopftuch und anderen religiösen Symbolen», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 40, 1999, pág. 2932. Una falta absoluta de flexibilidad en este sentido podría ser indicativa de inidoneidad para acceder a la función de enseñante. Lo que no se puede hacer, según el Tribunal de Lüneburg, es limitar el derecho de las maestras de religión musulmana a llevar el pañuelo en la cabeza durante las clases con carácter preventivo, esto es, apelando a ciertos peligros para otros valores y derechos constitucionales o a alteraciones de la paz escolar que no se han concretado en absoluto, porque ésa sería una limitación del derecho fundamental claramente desproporcionada. La flexibilidad, por tanto, hay que demandarla a todas las partes en la relación. Véanse las reflexiones al respecto de E. W. BÖCKENFÖRDE: *Op. cit.*, pág. 728. Alan y Steuten señalan por su parte que, precisamente para hacer creíble la invitación a la integración que la sociedad alemana hace a las minorías, debe un Estado liberal como es el alemán no simplemente proclamar la tolerancia y demandarla de los grupos minoritarios, sino también mostrarles efectivamente comportamientos tolerantes en casos concretos como éste (Ö. ALAN y U. STEUTEN: *Op. cit.*, págs. 210 y siguiente).

(20) La diferencia fundamental entre este caso y el resuelto en la famosa «sentencia del crucifijo» del TCFA, de 16 de mayo de 1995 (BVerfGE 93,1), estriba, además, en que en el caso de los crucifijos su presencia en las aulas tenía su origen en una norma estatal, mientras que en el caso del *hiyab* estamos en presencia de una persona en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa. Se refiere a ello J. RUX: «Der Kopftuchstreit...», *cit.*, pág. 367. También M. TRIEBEL: *Op. cit.*, pág. 625. Sobre las dificultades de definición de qué sea un símbolo religioso BENITO ALÁEZ CORRAL: «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, en especial págs. 93 y sigs.

(21) Sobre la dimensión constitucional del sentimiento de pudor, véase L. MICHAEL: *Op. cit.*, pág. 257.

cual una mujer indica que no está disponible sexualmente. La señora Ludin confirmó durante el proceso que no eran precisamente fundamentalismos políticos de ningún tipo los que a ella la movían a portar el pañuelo en la cabeza, lo cual habría sido claramente contrario *per se* a la Ley Fundamental.

El segundo punto analizado por el Tribunal de Karlsruhe es el presunto efecto que sobre los alumnos y alumnas puede tener el hecho de que su maestra porte el *hiyab* durante las clases, que se utilizó como argumento por parte de las autoridades escolares para justificar la calificación de la señora Ludin como no apta para el ejercicio de sus funciones. Es decisiva en este sentido la circunstancia de que los niños se enfrentan a diario y durante todo el tiempo de sus clases a ese símbolo de naturaleza religiosa de manera muy directa, sin posibilidad de eludirlo (22). No ha quedado demostrado, sin embargo, que eso tenga por sí solo automáticamente, dice el Tribunal, una influencia sobre la orientación religiosa de los alumnos o sobre su rendimiento escolar, sino que es más bien el conflicto que por este motivo pueda surgir entre padres y escuela el que determinaría tales efectos, según los estudios realizados por psicólogos. De este modo, la referencia a la posible influencia, no demostrada, de la visión permanente del pañuelo de la maestra sobre los alumnos y las alumnas no justifica sin más la injerencia por parte de las autoridades en la libertad religiosa de la maestra.

El tercer punto se centra en la falta de cualquier tipo de fundamento legal que pueda justificar el que se rechace a la maestra por falta de aptitud por el simple hecho de que se niegue a quitarse durante las clases el pañuelo que porta en la cabeza por motivos religiosos. Dice literalmente el TCFA que «el punto de vista mantenido por las autoridades escolares y los tribunales de instancia de que la intención de la recurrente de querer llevar un pañuelo en la cabeza durante el ejercicio de sus funciones escolares supone una falta de aptitud porque así se impiden con carácter preventivo posibles influencias sobre los alumnos y las alumnas y porque los conflictos, que no se excluyen, entre profesorado y alumnos así como con sus padres deberían ser evitados, no justifica actualmente una injerencia en el derecho, de carácter fundamental, del artículo 33.2 GG, del que es titular la recurrente, y la consiguiente limitación de su libertad de creencias» (23). Según el Tribunal, no se ha demostrado en los

---

(22) No menciona el Tribunal ni tampoco lo hacían las sentencias de instancia, sin embargo, que la regla en la escuela primaria es precisamente que la docencia a un mismo grupo de alumnos se imparte entre varios maestros, con lo cual no es tan evidente que los niños vayan a estar permanentemente y cada día en presencia de una maestra que porta un *hiyab*. El contacto con maestros distintos suavizaría en todo caso el posible efecto que ese símbolo pudiese tener sobre los niños. Ésa es otra diferencia con el crucifijo en la pared de una clase, que permanece ahí en todo momento (*vid.* J. RUX: «Der Kopftuchstreit...», *cit.*, pág. 367).

(23) BVerfG, NJW 2003, pág. 3111 (3115).

procesos de instancia cómo la presencia de la maestra puede suponer un peligro automático para la paz escolar, teniendo en cuenta que los temidos conflictos con los padres no se han producido durante el tiempo en que la maestra, con *hiyab*, ha realizado sus prácticas en la escuela. Y el punto fundamental: para poder prohibir a las maestras dar clase portando el *hiyab*, justificando esa prohibición en la necesidad de defenderse frente a peligros abstractos, no basta con la legislación actualmente vigente sobre funcionariado y sobre escuelas en el *Land* de Baden-Württemberg. En palabras del Tribunal, «el simple hecho de que no se puedan excluir conflictos futuros no justifica, sin que exista base legal para ello, que se derive de la exigencia general de aptitud jurídicamente establecida para el funcionariado, una obligación según la cual la recurrente tendría que renunciar en la escuela y durante las clases a manifestar sus convicciones portando un pañuelo en la cabeza» (24).

Sobre ningún precepto de la legislación del *Land* de Baden-Württemberg en materia de funcionariado se puede fundamentar suficientemente, en aras de garantizar la neutralidad religiosa e ideológica del Estado y de prevenir posibles conflictos en el futuro, esa obligación para los maestros de no poner externamente de manifiesto, sin llegar al ejercicio de labores de adoctrinamiento, unas creencias religiosas o ideológicas determinadas. En concreto se refiere el Tribunal a los §§ 70.1 (que dice que los funcionarios están al servicio de todo el pueblo, han de llevar a cabo sus tareas de forma imparcial y justa, y han de tener en cuenta en el ejercicio de sus funciones el bien común), 70.2 (los funcionarios han de respetar en toda su actuación el orden democrático y de libertades establecido en la Ley Fundamental e implicarse en su cumplimiento), 72 (los funcionarios han de practicar en sus manifestaciones políticas la moderación y la discreción que se derivan de su posición frente a la comunidad y de la consideración a las obligaciones asociadas a su cargo), 73.1 (los funcionarios tienen la obligación de dedicarse a su trabajo con toda devoción), 73.2 (los funcionarios han de cumplir su cargo en conciencia de manera desinteresada) y 73.3 (los funcionarios tienen la obligación de orientar su comportamiento dentro y fuera del ejercicio de su cargo para cumplir con el respeto y la confianza que de éste derivan) de la Ley de Baden-Württemberg sobre la Función Pública. En ninguno de estos preceptos encuentra el TCFA base legal suficiente para fundamentar una limitación de la libertad religiosa de la maestra, consagrada en los artículos 4.1 y 4.2 GG, como la que aquí se plantea.

Esa base legal no existe aún, pero, según el Tribunal de Karlsruhe, el legislador a nivel de *Land* puede establecer esa base legal en el futuro, siempre den-

---

(24) BVerfG, *loc. cit.*

tro del respeto a los preceptos constitucionales. Es a los Parlamentos de los respectivos *Länder* y no a sus Ejecutivos a quienes corresponde regular en qué medida y con qué límites pueden los actores escolares expresar en el contexto de la escuela sus creencias religiosas. Sólo entonces podrán ser valorados como falta de aptitud en el aspirante a maestro ciertas actitudes, como su negativa a prescindir del empleo de ciertos símbolos religiosos en el ejercicio de sus funciones. Para el Tribunal, la creciente pluralidad religiosa en las escuelas alemanas es, por una parte, una buena oportunidad de estimular la tolerancia mutua y favorecer la integración; pero es, por otra, una fuente potencial de conflictos, lo cual habla en favor de reforzar legislativamente el mandato de neutralidad del Estado en el ámbito escolar y de prohibir ciertos comportamientos, manifestación externa del ejercicio de las creencias religiosas, que puedan favorecer tales conflictos (25). El TCFA indica sutilmente que la limitación de la libertad religiosa, fundamentalmente de los maestros, que de esa regulación pueda derivarse no sería en principio inconstitucional, del mismo modo que no contravendría el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (26).

---

(25) Muy crítico con la concepción dinámica del mandato de neutralidad estatal que se reflejaba en la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (y que también se refleja en la sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta), L. MICHAEL: *Op. cit.*, pág. 256.

(26) Véase en este sentido la decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dahlab v. Suiza*, de 15 de febrero de 2001. El Tribunal de Estrasburgo consideró en el caso *Dahlab* que, si bien la prohibición de las autoridades suizas a las maestras de que porten el *hiyab* durante el ejercicio de la actividad docente en una escuela pública, prohibición confirmada judicialmente, suponía una injerencia en la libertad religiosa de la señora Dahlab, dicha prohibición no vulneraba el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que tenía un fundamento legal suficiente en la Constitución Federal y en la Ley de Ginebra sobre la Enseñanza Pública (cuyo artículo 6 recoge la obligación de que, en el marco de la enseñanza pública, las creencias religiosas del alumnado y de los padres sean respetadas); perseguía un objetivo justificado (proteger el derecho de los alumnos y las alumnas a no ser influidos en sus creencias o ver éstas vulneradas, así como el interés general de garantizar la «paz confesional» en las escuelas); y resultaba necesaria y no desproporcionada en el contexto de una sociedad democrática. En definitiva, las autoridades suizas no habían rebasado los límites del «margen de apreciación» que les reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos al limitar la libertad religiosa en el contexto de una sociedad democrática. La obligación impuesta por determinadas interpretaciones del Corán a las mujeres de religión musulmana de cubrirse la cabeza en público se consideró por el Tribunal, en tanto que símbolo de un tan marcado carácter religioso, difícilmente compatible con el mensaje de tolerancia, respeto a los otros y, sobre todo, de igualdad entre los sexos y no discriminación de las mujeres que un maestro o una maestra, como representante del Estado, ha de transmitir a sus alumnos en el marco de una escuela pública, más cuando los alumnos tienen una edad (de cuatro a ocho años en este caso) en la que son tan fácilmente influenciados. Sobre este caso puede verse ampliamente el artículo de MICHAELA WITTINGER: «Kopftuchstreit auf europäisch»: Aspekte des europäischen Grund- und Menschenrechts Schutzes», *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, Heft 11, 2001, págs. 425 y sigs. También

En lo que insiste el Tribunal Constitucional es en la reserva de ley (reserva de Parlamento) para la regulación de estas cuestiones, al haber varios derechos fundamentales en juego y, sobre todo, por la limitación que tal regulación va a suponer (¿intuye o sugiere el Tribunal Constitucional?) del derecho a la libertad religiosa de los maestros obligados a renunciar a portar símbolos visibles de carácter religioso durante las clases.

Al faltar hoy por hoy ese fundamento legal suficiente en el ordenamiento jurídico del *Land* Baden-Württemberg que justifique que el hecho de portar un símbolo religioso visible durante las clases en una escuela pública pueda ser considerado falta de aptitud para el acceso a la función pública, estima el Tribunal Constitucional el recurso de amparo planteado por la señora Ludin y confirma la violación en este caso de los derechos de los artículos 33.2, en conexión con el artículo 4.1 y 2 GG, y 33.3 GG (27).

---

BURKHARD SCHÖBENER: «Die "Lehrerin mit dem Kopftuch" - europäisch gewendet!», *Jura*, Heft 3, 2002, págs. 186 y sigs., que analiza detalladamente las similitudes y diferencias entre los cánones de valoración de la libertad religiosa y sus límites que derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en el que la libertad no está garantizada «sin reservas», como en Alemania) y los que derivan de la Ley Fundamental de Bonn; HELMUT GOERLICH: «Religionspolitische Distanz und kulturelle Vielfalt unter dem Regime des Art. 9 EMRK», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 39, 2001, págs. 2862 y sigs., y JENS MEYER-LADEWIG y HERBERT PETZOLD: «Verbot des Unterrichtens mit islamischem Kopftuch», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 39, 2001, págs. 2871 y sigs. Diferencia básica con el caso que comentamos es que en la Constitución del Cantón de Ginebra, frente a lo que ocurre en Alemania, está establecida una separación estricta entre Estado e Iglesias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta limitaciones del derecho a la libertad religiosa que puedan derivar del carácter laico de un Estado, pero eso no significa que las mismas deriven directamente del Convenio de Roma (al respecto L. MICHAEL: *Op. cit.*, pág. 256).

(27) El voto particular de los Magistrados Jentsch, Di Fabio y Mellinghoff se centra por una parte en el carácter de relación de sujeción especial que tiene la condición de funcionario y que justificaría por sí sola limitaciones de derechos fundamentales como la que se analiza en la sentencia [apartado I del voto particular, BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3117 y siguiente)]; en el hecho de que la obligación de neutralidad de los funcionarios deriva directamente de la Constitución y no precisaría de la mediación de ninguna ley a nivel de *Land* [apartado II del voto particular, BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3118 y siguiente)]; en que el deseo de la maestra de portar el *hiyab* durante las clases en la escuela pública es efectivamente determinante de su ineptitud para acceder a ese puesto, aunque el peligro que ello puede conllevar para ciertos bienes jurídicos no se haya concretado; que quien mejor puede valorar esa falta de aptitud y todas las circunstancias que la rodean o que la explican son las propias autoridades escolares y no el Parlamento; y que el *hiyab*, como expresión de la sumisión de la mujer al varón y del diferente rol de ambos en la sociedad es incompatible con el principio constitucional de igualdad entre géneros [apartado III del voto particular, BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3119 y siguientes)]; en la falta de necesidad de una ley formal para regular estas cuestiones, que hará más difícil para la Administración apreciar las circunstancias peculiares concurrentes en cada caso concreto; en las enormes dificultades de

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL CASO *LUDIN*

En suma, el TCFA rechaza la posibilidad de que un «peligro abstracto» sea por sí solo justificación suficiente para una injerencia tan contundente en un derecho fundamental como es la prohibición de que una maestra porte el *hiyab* durante las clases o el negar a una mujer el acceso a la función pública por su intención de hacerlo. El Tribunal Constitucional exige para ello una suficiente base legal. En la sentencia que aquí se comenta toma prestada el Tribunal de Karlsruhe la noción de «peligro abstracto» de la terminología del Derecho de Policía alemán (28). Este «peligro abstracto» se correspondería en este caso con la injerencia que la decisión de la maestra supondría en la tarea educativa estatal, que ha de ser llevada a cabo de forma neutral, en el derecho de los padres a educar a sus hijos, y en la libertad religiosa negativa (29). En esta línea, parte el Tribunal Constitucional de la idea de que la prohibición de portar el *hiyab* durante las clases sirve en principio como mecanismo de defensa frente a ese «peligro abstracto» para otros bienes, derechos y valores constitucionales. Pero en la medida en que la negativa, sobre esta base, a que la señora Ludin acceda a la función pública supone en todo caso una injerencia en su derecho fundamental, precisa de una justificación suficiente (30).

Ya se ha indicado anteriormente que el derecho fundamental a la libertad religiosa que la recurrente considera vulnerado está garantizado en Alemania «sin reservas», según el tenor de la Ley Fundamental. La consecuencia básica

---

realización de esa tarea por parte del legislador, al que además no se le da un plazo para ello, del mismo modo que no se ofrece una solución que clarifique la situación durante el período transitorio en que esa ley aún no haya sido elaborada; y en que es al Tribunal Constitucional en última instancia y no al legislador al que corresponde determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental y cuáles son sus límites inmanentes, que dimanar directamente de la Constitución [apartado IV del voto particular, BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3121 y siguiente)].

(28) Con carácter general, la noción de «peligro abstracto» exige en dicha normativa que en un supuesto dado sea posible esperar, con un nivel suficiente de probabilidad, un daño inmediato para la seguridad y el orden públicos o para uno de ambos bienes jurídicos (véase la definición por ejemplo en FRANZ-LUDWIG KNEMEYER: *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., Munich, C. H. Beck, 1998, número marginal 65).

(29) BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3111 (3114). En sentido crítico véase el voto particular de los Magistrados Jentsch, di Fabio y Mellinshoff, BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3119). Estos Magistrados ignoran, sin embargo, a su vez, que no fue precisamente el Tribunal Constitucional el que sacó a la luz este concepto como imprescindible para solucionar la problemática que aquí subyace. En la sentencia del Tribunal Administrativo Federal sobre el caso *Ludin* recurrida en amparo utilizaba ya el citado Tribunal el argumento de que la existencia de un «peligro abstracto» para los mencionados bienes jurídicos era suficiente para limitar el derecho de la maestra.

(30) BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3111 (3114).

es que los límites que se impongan a un derecho constitucionalmente garantizado «sin reservas» sólo pueden derivarse de la propia Constitución (31). Si estos derechos fundamentales garantizados «sin reservas» entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales hay que buscar un equilibrio entre ellos, según la doctrina dominante hasta la fecha, a lo que en el pasado se le aplicó la noción de «concordancia práctica» (32). Los derechos fundamentales garantizados «sin reservas» sólo pueden, pues, sobre la base de esta doctrina, verse limitados por el propio Derecho Constitucional. El papel del legislador se ceñía en principio, por tanto, a fijar con carácter meramente declarativo los límites emanados directamente de la Constitución (33), porque no gozaba de libertad para asumir por sí mismo competencias que no vienen directamente establecidas en la propia Ley Fundamental. Si el Tribunal Constitucional hubiese seguido esta línea teórica, habría resuelto en este caso de forma definitiva sobre el fondo del asunto y, tras sopesar los intereses en conflicto, habría o estimado el recurso de amparo o aceptado la postura de las autoridades del *Land* recurridas, según cuál de los derechos y bienes implicados hubiese sido objeto de una mayor valoración en el contexto de ese proceso.

Sin embargo, de manera sorprendente para todos los implicados (34), se aparta el TCFA en la sentencia del caso *Ludin* de esta construcción dogmática seguida hasta la fecha. En lugar de ello, reclama una base legal suficiente para legitimar la prohibición de que las maestras porten el *hiyab* durante las clases o para justificar, en un momento previo, que ello pueda constituir un impedimento para acceder a la condición de maestro funcionario (de maestra funcionaria). Con ello entra argumentativamente en juego en este caso la llamada «doctrina de la esencialidad» (*Wesentlichkeitslehre*), según la cual el legislador tiene que «tomar por sí mismo todas las decisiones esenciales en los ámbitos

---

(31) BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3111 (3112), con referencias a la jurisprudencia sobre el tema hasta la fecha, *vid. supra*.

(32) Fundamentalmente KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1995, número marginal 72.

(33) *Ibidem*, número marginal 312.

(34) En el voto particular critican también los Magistrados disidentes de forma lógica que en este caso se ha llegado, por una vía constitucionalmente arriesgada, a una decisión sorprendente del TCFA [BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3121)]. Este tipo de decisiones sorprendentes no son, sin embargo, según la jurisprudencia existente hasta la fecha, admisibles, y están prohibidas si pasan por alto el mandato constitucionalmente garantizado de previa audiencia judicial según el artículo 103.1 GG. Este mandato engloba, entre otras cosas, el derecho de las partes en un proceso a no verse sorprendidas por la decisión recaída en el mismo, en sí misma considerada, o por sus fundamentos fácticos o jurídicos [BVerfG 34, 1 (7); 84, 188 (199 y siguiente); 86, 133 (144 y siguiente)].

normativos fundamentales, en especial en la esfera del ejercicio de los derechos fundamentales, en la medida en que esta regulación estatal sea (competencialmente) posible» (35). En definitiva, el legislador no puede delegar esas decisiones fundamentales en la Administración. Esto era aplicable hasta ahora en particular al ámbito de actuación de la llamada «Administración prestacional» (*Leistungsverwaltung*), que no necesita obligatoriamente en todo caso de una base legal previa para poder actuar (36). La Administración prestacional supone el principal campo de aplicación de la «doctrina de la esencialidad» porque precisamente en este ámbito existen injerencias en los derechos fundamentales (por ejemplo, denegación de la prestación a la que se aspira; discriminación frente a un competidor del solicitante) que no se pueden dejar exclusivamente en manos del juicio del Ejecutivo. En una decisión anterior (37) había extendido el TCFA, sin embargo, este mandato resultante de la «doctrina de la esencialidad» a conflictos entre libertades fundamentales en los casos en que sus respectivos límites sean difusos y difíciles de fijar con precisión (38): tanto el principio del Estado de Derecho como el principio democrático exigirían que el legislador establezca por sí mismo las normas necesarias para asegurar la realización de los derechos fundamentales en tales casos (39). En la sentencia del caso *Ludin* recurre el TCFA a esta fórmula en toda su amplitud, añadiendo que tiene que ser en particular también de aplicación en el ámbito escolar (40). Algunos críticos ven en esta base justificativa un abandono de la doctrina hasta ahora vigente de los límites constitucionales inmanentes y, con ello, cómo se difumina la diferencia entre los derechos fundamentales garantizados sin reservas y los derechos fundamentales garantizados con reserva de ley (41). Además, completa el TCFA de pasada la justificación de la necesidad

(35) BVerfG 61, 260 (275).

(36) En el ámbito de la Administración intervencionista (*Eingriffsverwaltung*), que hay que diferenciar de la anterior, este problema no se plantea por efecto del principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 20.3 GG).

(37) BVerfG 83, 130 (142), caso *Josefine Mutzenbacher*.

(38) *Ibidem*.

(39) *Ibidem*.

(40) BVerfG, NJW 2003, pág. 3111 (3116).

(41) U. SACKSOFSKY: *Op. cit.*, pág. 3301. Véase también el voto particular, según el cual de la propia Ley Fundamental pueden extraerse de manera suficientemente concreta cuáles son esos límites constitucionalmente inmanentes [BVerfG, NJW 2003, pág. 3117 (3121)]. En este contexto se plantea básicamente la pregunta de si se debería permitir a dieciséis legisladores a nivel de *Land* concretar de manera individual por sí solos cuáles son los límites constitucionales que se derivan directamente de la Constitución Federal. Esto conlleva en cualquier caso el peligro de que de aquí resulten dieciséis interpretaciones diferentes acerca de cuáles son esos límites y de cuál es el alcance de los mismos.

de una base legal con el argumento de que la obligación a la que se aspira de mantener hacia el exterior la neutralidad religiosa sólo puede ser acorde con la Constitución si se respeta el artículo 33.3 GG (y con ello también el 3.3 GG), en el sentido de que los miembros de grupos religiosos diversos sean tratados en este punto de manera igual. No sería éste, sin embargo, precisamente el caso si los órganos jurisdiccionales y las autoridades tienen que acabar decidiendo al respecto caso por caso (42).

A la luz de todos estos razonamientos, la pregunta que se plantea a continuación se refiere al reparto de competencias legislativas dentro del sistema federal, si en definitiva hay que implementar la sentencia en los términos pretendidos por el Tribunal Constitucional y si hay que establecer la oportuna base legal para ello. El TCFA remite en este punto al legislador a nivel de *Land* la tarea de fijar la base legal que desde su punto de vista falta. Se hace, por eso, necesario, en este punto, hacer una referencia más precisa al sistema de reparto de competencias establecido en la Ley Fundamental de Bonn.

Desde una perspectiva dogmática, la Ley Fundamental atribuye a los *Länder* la competencia legislativa fundamental (art. 70.1 GG), salvo respecto de aquellas materias concretas sobre las cuales la propia Ley Fundamental atribuya a la Federación la competencia legislativa. Estas últimas competencias son asignadas por la Ley Fundamental a la Federación en unos casos con carácter exclusivo (arts. 71 y 73 GG) y en otros con carácter concurrente con la competencia de los *Länder* (arts. 72 y 74 GG). Respecto a estas competencias concurrentes, puede la Federación regular la materia de que se trate, respetando las exigencias de los artículos 72 y 74 GG, y con ello desplegaría un efecto de bloqueo frente a eventuales proyectos de los *Länder* que pudieran entrar en conflicto con la regulación federal. Otra norma de atribución de competencias es la del artículo 75 GG: en los ámbitos que en él se enumeran, la Federación ostenta la llamada «competencia marco», es decir, la Federación está legitimada para dictar preceptos marco a los que tiene que sujetarse la legislación de los *Länder*. Los *Länder* pueden y deben entonces, por su parte, dictar

---

(42) BVerfG, NJW 2003, pág. 3111 (3116). Mediante esta argumentación el TCFA se posiciona expresamente en contra de la doctrina de los límites constitucionalmente inmanentes. Según esta doctrina, sería suficiente con que el legislador correspondiente pudiese establecer con carácter declarativo el ámbito de protección de los derechos fundamentales afectados. Eso no alcanzaría, sin embargo, al establecimiento de prohibiciones concretas. Es muy difícil imaginar también, en este punto, cómo va a elaborar el legislador de modo general y abstracto una regulación que, además, tiene que tomar adecuadamente en consideración el ámbito de actuación, difícil de delimitar y de definir, de los distintos grupos religiosos. Hay que tener en cuenta también que la propia definición de los grupos religiosos será de hecho posible sólo de manera extraordinariamente complicada.

normas que en todo caso habrán de respetar el marco normativo establecido por el legislador federal.

En la sentencia que aquí se comenta están en juego las materias relativas tanto a la enseñanza a nivel escolar como a la función pública. Según el artículo 7.1 GG, el conjunto de la enseñanza a nivel escolar está sujeta al control del Estado. Aunque este precepto está encuadrado en la parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales, no se trata precisamente aquí de un derecho fundamental, sino de una norma de carácter jurídico-organizativo. Destinatario de esta norma es en todo caso el «Estado» en general. De esta generalidad no se puede extraer ninguna conclusión acerca de una atribución competencial en favor de la Federación o de los *Länder*. Hay que acudir para ello, con carácter adicional, a las normas generales de reparto de competencias antes mencionadas. Como la enseñanza estatal a nivel escolar no entra en la enumeración ni del catálogo de materias sobre las cuales la Federación ostenta competencia exclusiva ni sobre el de las competencias concurrentes de los artículos 73 y 74 GG, esta materia sería, según el artículo 70 GG, competencia de los *Länder* (43).

Sobre esta base han dictado los *Länder* sus propias leyes escolares, de las cuales decisiva en este punto resulta en particular la Ley sobre Escuelas (*Schulgesetz*) del *Land* Baden-Württemberg. En la redacción de esta ley vigente hasta la fecha no se encuentra, sin embargo, ninguna norma que justifique la prohibición de que una maestra porte el *hiyab* durante las clases ni que establezca que ello supone un obstáculo para el acceso a la función pública en el ámbito escolar de quienes tengan la intención de portar el pañuelo en la cabeza durante el ejercicio de sus funciones docentes. En vista de lo dispuesto por el TCFA en la sentencia del caso *Ludin*, los *Länder* son ahora, sin embargo, libres para crear esas normas si es que quieren establecer tales limitaciones. Recomienda incluso el Tribunal que se fije nuevamente «la medida en que las manifestaciones religiosas son admisibles en la escuela, en el marco de lo constitucionalmente establecido» (44).

La otra posibilidad sería que los *Länder* incorporasen los preceptos corres-

---

(43) En la sentencia que se comenta llama expresamente el TCFA la atención sobre el hecho de que los *Länder* disfrutaran, respecto a las escuelas y respecto a las características ideológicas y religiosas de las escuelas públicas, de una amplia autonomía [BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3111 (3113)]. En todo caso esta atribución de competencias nos remite de manera inmediata aparentemente al artículo 7 GG, lo que dogmáticamente no se corresponde con lo dispuesto en la Ley Fundamental. En particular, la molestia de acudir al precepto del artículo 7 GG para esta atribución de competencias no es imprescindible, porque en la Ley Fundamental ya hay establecidos suficientes títulos competenciales para ello.

(44) BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3111 (3115).

pondientes a sus leyes sobre la función pública. La Federación es titular de una competencia legislativa marco respecto a la función pública (art. 75 GG). De esa competencia ya ha hecho uso, y ha elaborado la Ley Marco de la Función Pública (*Beamtenrechtsrahmengesetz*) (45). Ahí se contiene ya, en sus §§ 35.1 y 2 y 36, el llamado mandato de neutralidad y moderación, del cual se derivaría la prohibición de portar el *hiyab* dado su carácter marcadamente religioso (46). Este mandato se corresponde, por ejemplo, con el § 72 de la Ley sobre Función Pública del *Land* Baden-Württemberg, sobre el cual se sustentó originariamente en definitiva la prohibición de portar el *hiyab* durante las clases en este caso. El legislador correspondiente a nivel de *Land* tiene ahora eventualmente la posibilidad de trasponer las indicaciones del TCFA también por medio de sus leyes sobre la función pública.

\* \* \*

Independientemente de por cuál de estas posibilidades se decidan los correspondientes legisladores a nivel de *Land* (47), el resultado va a ser una topografía jurídica absolutamente falta de homogeneidad en relación a esta cuestión (48). Es de esperar que, cuando se aprueben estas normas, sean sometidas

---

(45) *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)*, de 27 de febrero de 1995, actualmente vigente en la versión de 31 de marzo de 1999.

(46) Como suficiente lo consideran también los Magistrados disidentes en su voto particular [BVerfG, *NJW* 2003, pág. 3117 (3118)].

(47) Puede haber incluso *Länder* que se decidan por no regular en absoluto este tema.

(48) La pluralidad de soluciones legislativas a que se pueda llegar, en términos que pueden ser absolutamente diversos, no la considera Zuck en absoluto distorsionadora para el sistema (R. ZUCK: *Op. cit.*, pág. 421). Tampoco U. SACKSOFSKY: *Op. cit.*, pág. 3301. Oncc *Länder* (entre ellos, Baviera, Berlín y Baja Sajonia) han manifestado ya su intención de elaborar leyes que prohíban la presencia en escuelas públicas de maestras que insistan en portar el *hiyab* durante las clases. El primero que ha elaborado un anteproyecto concreto de ley ha sido Baden-Württemberg, precisamente el *Land* en el que se originó el caso *Ludin*. Este *Land* pretende introducir tres nuevos apartados en el § 38 de la Ley de Escuelas (*Schulgesetz*), según los cuales los maestros y maestras en las escuelas públicas «deben abstenerse de cualquier manifestación externa de carácter político, religioso, ideológico o similar que pueda poner en peligro o perturbar la neutralidad del *Land* frente a alumnos y padres o la paz escolar política, religiosa o ideológica» (tomamos esta información de HEIKE SCHMOLL: «Das Kopftuch als politisches Zeichen», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31 de octubre de 2003, pág. 10). Ese anteproyecto pretende, sin embargo, dar una clara preferencia a las manifestaciones de tradiciones y valores culturales y formativos cristianos y occidentales, apelando a la referencia que la Constitución del *Land* Baden-Württemberg hace a tales valores y a las *Gemeinschaftsschulen* (escuelas conjuntas primarias y de iniciación profesional) como escuelas cristianas (arts. 1.1 —que apela a los hombres a «desarrollar sus talentos en la sociedad que les rodea en libertad y en el cumplimiento de la ley moral cristiana, en beneficio

sin tardanza de nuevo al enjuiciamiento del Tribunal de Karlsruhe, con lo que se puede decir que con la sentencia aquí comentada no se ha logrado todavía dar una solución constitucionalmente definitiva a la «cuestión del pañuelo en la cabeza».

De la decisión del Tribunal Constitucional Federal se pueden extraer, sin embargo, dos conclusiones dignas de mención, que serán probablemente muy valiosas para el futuro desarrollo del tema. Por un lado, se han aproximado considerablemente los derechos fundamentales con reserva de ley a los derechos fundamentales garantizados sin reservas. Está por ver si la doctrina de los «límites constitucionales inmanentes» se adaptará en el futuro a esta tendencia o si se trata de una decisión excepcional. Por otro, la impronta federalista de la República Alemana, que había sufrido un cierto parón durante un período de tiempo no insignificante de tendencias unitaristas, se ha reforzado notablemente. Esto se encuadra nítidamente en la discusión actual acerca de la reforma de la Ley Fundamental en general y del carácter federalista de la República germana en particular (49). Precisamente este resultado de la sentencia,

---

propio y de los demás»—; 12.1 —«la educación de la juventud habrá de llevarse a cabo en el marco de la veneración a Dios y del espíritu cristiano de amor al prójimo»—, y 16 de la Constitución de Baden-Württemberg —«en las *Gemeinschaftsschulen* cristianas se educará a los niños sobre la base del mundo cultural y formativo cristiano y occidental»—). Todas estas referencias han sido interpretadas de manera conforme con la Ley Fundamental de Bonn por el TCFA [BVerfGE 41, 29 (51 y sigs.); y BVerfGE 41, 65 (78)], siempre que las escuelas no sean escuelas confesionales cristianas, y esa referencia al cristianismo se entienda sólo como factor cultural y formativo particularmente relevante, pero no como creencia verdadera y privilegiada (*vid.* al respecto M. TRIEBEL: *Op. cit.*, pág. 627; también C. HILLGRUBER: *Op. cit.*, pág. 547). Sobre el cristianismo como creencia privilegiada dentro de la sociedad alemana y sobre el trasfondo discriminatorio de la discusión en torno al *hiyab*, contundente A. DEBUS: «Der Kopftuchstreit...», *cit.*, en especial pág. 442. También Alan y Steuten detectan en la discusión en torno al pañuelo en la cabeza los temores ocultos de una parte importante de la sociedad alemana que lo percibe como el primer hito en la carrera de los «extranjeros», en particular, de los musulmanes, por conquistar parcelas de poder cada vez más importantes dentro del país (Ö. ALAN y U. STEUTEN: *Op. cit.*, pág. 212). Igualmente JOHANN BADER: «Darf eine muslimische Lehrerin in der Schule ein Kopftuch tragen?», *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, Heft 10, 1998, pág. 361.

(49) Véanse también recientemente las declaraciones del Presidente en funciones del TCFA, Hans-Jürgen Papier, que critica la función entorpecedora del *Bundesrat* en la política federal y que querría degradarlo a la función de Cámara secundaria o de Senado por su papel fundamentalmente de oposición (en vez de ser, como debería, un representante activo de los intereses de los *Länder*) (HANS-JÜRGEN PAPIER: «Überholte Verfassung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 de noviembre de 2003, pág. 8). Con todo, la propuesta de Papier no se orienta precisamente hacia un refuerzo de las competencias de la Federación frente a las de los *Länder*, sino hacia un reforzamiento de la capacidad de maniobra de la Federación. Él considera, por el contrario, que los pensamientos federalistas quedarán fortalecidos mediante la posible reconfiguración del territorio federal que se plantea como precondition para poder llevar a cabo las necesari-

que ha sido mayoritariamente criticado con carácter negativo, ha encontrado por ello también y pese a todo una cierta resonancia positiva (50).

Queda, por tanto, esperar que el panorama jurídico-constitucional siga desarrollándose tras el caso *Ludin* a partir de estas premisas. Sobre la problemática concreta analizada y resuelta no nos parece en cualquier caso muy arriesgado el pronóstico de que una sentencia *Ludin II* será probablemente inevitable.

---

rias reformas (*ibídem*). Por otra parte, el antiguo Magistrado del TCFA, Dieter Grimm, hace suyas estas consideraciones y critica el gran número de leyes (dos tercios) que, del total de leyes de la Federación, necesitan con carácter imprescindible el consentimiento del *Bundesrat* para ser aprobadas (las llamadas *Zustimmungsgesetze*). Esto da a los *Länder* que están gobernados por la oposición la posibilidad de perseguir y defender en el *Bundesrat* intereses de partido más que los intereses de sus respectivos *Länder*. En ello tiene también gran parte de culpa el propio TCFA, porque es precisamente gracias a su jurisprudencia que el conjunto de una ley necesita el consentimiento del *Bundesrat* para ser aprobada, aunque sólo una parte de sus preceptos estén materialmente necesitados de ese consentimiento por el hecho de afectar a intereses de los *Länder* [BVerfG 55, 274 (319)] (sobre la categoría alemana de las *Zustimmungsgesetze*, véase MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA: «Las *Zustimmungsgesetze* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, págs. 331 y sigs.). En opinión de Grimm, el artículo 84 GG tendría que ser ante todo suprimido completamente (es este precepto constitucional el que desencadena, para la mayoría de las leyes afectadas, la necesidad del consentimiento del *Bundesrat*). Además, propone ampliar la Ley Fundamental mediante un precepto que corrija la citada jurisprudencia del TCFA (DIETER GRIMM: «Gib mir mein Recht zurück», *Die Zeit*, 27 noviembre 2003, pág. 13). Estas tendencias permiten, por tanto, esperar que la decisión del TCFA no frene o ponga un punto final a la discusión acerca de la necesidad de reformas en el ámbito del federalismo, sino que más bien la enriquezca con nuevas perspectivas.

(50) *Vid.* U. SACKSOFSKY: *Op. cit.*, pág. 3301.

