

# LA FÓRMULA DEL PESO DE ROBERT ALEXY Y SU APLICACIÓN A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 2015 SOBRE LA INTEGRACIÓN DE PROFESORAS FUNCIONARIAS MUSULMANAS

Alexy's Weight Formula and Its Application to the 2015' German Constitutional Decision on the Integration of Muslim Civil Servants Teachers\*

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO \*\*

Fecha de recepción: 05/11/2018  
Fecha de aceptación: 12/02/2019

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*  
ISSN: 0008-7750, núm. 54 (2020), 205-236  
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v54i0.8119>

**RESUMEN** Este artículo analiza la utilidad del test de proporcionalidad y la fórmula del peso del profesor Robert Alexy en la ponderación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y otros altos tribunales. Como material de análisis se toma la Decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre la compatibilidad del uso del velo por profesoras funcionarias que trabajan en la enseñanza pública con la neutralidad de los centros estatales. Se examinan los tres pasos de la proporcionalidad en sentido amplio: el principio de adecuación o idoneidad, el principio de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, concluyendo que esta decisión judicial aplica correctamente el principio de la proporcionalidad estricta. Primero porque establece adecuadamente que el grado de insatisfacción de la paz escolar o de los derechos de los padres debe medirse y calificarse a la vista de conflictos reales. Segundo porque al examinar la importancia de satisfacer el derecho de libertad religiosa de las profesoras y las consecuencias negativas de la ley prohibitiva del Land juzga que ello supone una lesión grave y que es una medida desproporcionada e innecesaria. Una ley prohibitiva general basada en un peligro abstracto es contraria a la LF y una injerencia desmedida en un DF porque no permite la ponderación del caso concreto. Por ello, en el tercer paso se concluye que la importancia de satisfacer los derechos de las

---

\* Para citar/citation: Elósegui Itxaso, M. (2020). La fórmula del peso de Robert Alexy y su aplicación a la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre la integración de profesoras funcionarias musulmanas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54, pp. 205-236.

\*\* Facultad de Derecho, Calle Pedro Cerbuna 12, 50009 Zaragoza, [maria.elosegui@echr.coe.int](mailto:maria.elosegui@echr.coe.int)

profesoras justifica que ceda la libertad negativa religiosa de los alumnos y que prevalezca la libertad religiosa positiva, admitiendo como excepción de casos en los que haya conflictos reales. En estos últimos, ponderadas las circunstancias cabrían ciertas prohibiciones temporales transitorias del uso del velo en lugares concretos, un extremo que por nuestra parte no hemos considerado adecuado.

**Palabras clave:** Fórmula del Peso, Alexy, Ponderación, Uso Velo, Derecho a la Libertad Religiosa, Neutralidad de Centros Educativos.

**ABSTRACT** This article analyses the proportionality test and the weight formula of Professor Robert Alexy in the balancing done by constitutional courts and other high courts. As material of analysis it is taken the decision of the German Constitutional Court of 2015 about the compatibility of the use of the veil by female civil servant teachers who work in public education with the neutrality of the State. The three steps of the proportionality in broad sense are examined: the principle of adequacy or suitability, the principle of necessity and proportionality in the strict sense, concluding that this judicial decision correctly applies the principle of strict proportionality. First, because it establishes adequately that the degree of dissatisfaction of the school peace or the rights of the parents must be measured and qualified in view of real conflicts. Second, in examining the importance of satisfying the teachers' right to religious freedom and the negative consequences of the Land's prohibitive law, it judges that this constitutes a serious injury and that it is a disproportionate and unnecessary measure. A general prohibitive law based on an abstract danger is contrary to the LF and an excessive interference in a DF because it does not allow the weighing of the specific case. Therefore, in the third step it is concluded that the importance of satisfying the rights of female teachers justifies the release of negative religious freedom of the students and that positive religious freedom prevails, with the exception of cases in which there are real conflicts. In these last, weighted the circumstances, there is room for certain transitory temporary prohibitions of the use of the veil in specific places, a measure that for our part we have not considered adequate.

**Keywords:** Weight Formula, Alexy, Balancing, Religions Freedom, Neutrality of Schools.

## 1. INTRODUCCIÓN. UNA APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 2015 SOBRE EL USO DEL VELO POR PROFESORAS

Este artículo se encuadra en una de mis líneas de investigación en la que trato de demostrar de un modo fáctico que el test de proporcionalidad y la fórmula del peso de Robert Alexy resultan útiles en la práctica de los

tribunales constitucionales y otros altos tribunales<sup>1</sup>. Además he ido mostrando en diversos artículos (Elssegui, 2016, Flores *et al* 2015) que el test de Alexy guarda similitudes con la ponderación realizada en la jurisprudencia del TEDH, si bien cabría enriquecer el examen de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos con el método de Alexy. Según Klatt y Meister: “Alexy’s analysis of the proportionality test is a neatly in accordance with the jurisprudence of the ECtHR as possible” (2012, p. 9). En el presente artículo se dará por válido el modelo de ponderación del mencionado autor, ya que no es nuestro objetivo en este momento discutir las diversas críticas que dicha teoría ha recibido (Borowski, 2007, Bernal Pulido, 2007, Atienza, 2016, Chávez-Fernández, 2017). Con el fin de poner en relieve su utilidad procederemos a aplicarlo a una concreta Decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre el uso del velo en funcionarias. La tesis que vamos a mantener es que entre la primera sentencia “... sentencia en el caso Ludin de 2003 y la decisión de 2015 referida a una profesora y una trabajadora social lo que ha cambiado ha sido el modo de hacer la ponderación de la segunda (Elósegui, 2015 y 2019)”. Parto de la premisa de que cabe encuadrar la teoría de Alexy en el modelo del triunfo débil de derechos fundamentales (Weak Trump Model), tesis que es compartida por numerosos autores (Greer, 2004; Klatt y Meister, 2012, p. 23; Cohen-Eliya y Porat, 2013; Bomhoff, 2015; Barak, 2012).

En nuestro examen sobre la argumentación elaborada por el BVerfG en la decisión del 27 de enero de 2015<sup>2</sup>, de una maestra y una trabajadora social musulmanas (Autor, 2019), vamos a confrontar cómo se lleva a cabo

- 
1. Agradezco al profesor Dr. Martin Borowski su cálida acogida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg durante los meses de abril, mayo y junio de 2017. Igualmente al Max Planck Institut de Heidelberg por permitirme participar en sus discusiones. Quiero dejar constancia de una especial gratitud al profesor y colega Robert Alexy por sus nuevas sugerencias en relación con la mencionada Resolución Del BVerfG de 2015. Del mismo modo debo hacer extensivo mi agradecimiento a la Asociación Alexander von Humboldt por su siempre generoso apoyo hacia todos los becarios de la Asociación, permitiéndonos hacer nuevas estancias de investigación en las universidades alemanas con su lema *Einmal Humboldtianer, immer Humboldtianer*. Debo hacer extensiva mi gratitud a los dos evaluadores anónimos por sus indicaciones que me han permitido enriquecer el texto.
  2. BVerfGE, Beschluss, 27.01.2015, disponible en [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/01/rs20150127\\_1bvr047110.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/01/rs20150127_1bvr047110.html). [Versión en inglés: BVerfG. Order of the First Senate of 27 January 2015-1 BvR 471/10-paras. (1-31). [http://www.bverfg.de/e/rs20150127\\_1bvr047110en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20150127_1bvr047110en.html)]. La mayoría está conformada por Gaier, Eichberger, Masing Paulus, Baer y Britz. Votan en disidencia Schluckebier y Hermanns.

La diferencia entre una Resolución o Decisión y una sentencia del BVerfG es que las Resoluciones o Decisiones (*Beschlüsse*) son adoptadas sin audiencia pública, a diferencia de las Sentencias (*Urteile*). La mayor parte de la jurisprudencia del BVerfG está compuesta por

la ponderación y si se respetan los pasos del test de proporcionalidad, con los tres subprincipios reconstruidos por Alexy a la luz de la jurisprudencia de ese tribunal. Según Alexy: “En el caso del tribunal constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio: el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad (Alexy, 2016b, pp. 1-17); el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización, esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible” (Alexy, 2005b, p. 61; Alexy, 1993, p. 47; Alexy, 2004, pp. 25-64)<sup>3</sup>.

El primer problema, antes de empezar la ponderación, es decidir cuáles son las normas aplicables al caso y su interpretación. Sólo los derechos fundamentales y los valores constitucionales tendrán un mismo valor como fines legítimos (Klatt y Meister, 2012, p. 23). Por tanto, si colisionan habrá que ponderarlos para ver cuál tiene una preferencia condicionada o cómo buscar una solución intermedia. Además habrá que decidir el contenido esencial de ese derecho constitucional. Muchas veces esa interpretación puede estar ya muy acuñada en la jurisprudencia anterior. Pero incluso en esas situaciones es frecuente la controversia entre los jueces que deciden un mismo caso. En la presente decisión, el voto mayoritario hará una interpretación de las normas constitucionales diferente a la realizada por instancias judiciales inferiores y también será distinta a la postura que sostienen los votos particulares. En mi opinión, y utilizando una terminología creada por Neil MacCormick, la selección de la justificación externa de la sentencia, es decir las normas a aplicar, terminan influyendo notablemente en la justificación interna de la sentencia (MacCormick, 1978).

Examinaremos a continuación los tres pasos de la ponderación aplicados a esta decisión del BVerfG. Según Alexy, “los principios de adecuación

---

Resoluciones o Decisiones. Benda/Klein, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, C.F. Müller, München, 2001 (2.<sup>a</sup> edición), 128.

3. Si bien Alexy ha presentado su teoría en muchos de sus escritos, nos vamos a centrar en las pautas que establecía el mismo en un seminario celebrado en Zaragoza con ocasión de su 70 cumpleaños, publicado en 2016 en español y en alemán (Alexy, 2016c, p. 31; Alexy, 2016a, pp. 39-50). Una versión en inglés semejante en lo sustancial se encuentra en “The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights”, publicado por *Oxford Journal of Legal Studies* (Alexy, 2016b).

y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las posibilidades fácticas o reales. Si un medio M, que es empleado para promover la satisfacción de un principio P1, no es idóneo para esto, pero sí restringe la satisfacción del principio P2, entonces existe la posibilidad fáctica o real de renunciar a M, sin que por ello se originen costes para P1 o P2. Así pues, la optimización de P1 y P2 *tomados conjuntamente* prohíbe el uso de M” (Alexy, 2016c).

## 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO EN LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 2015

Atribuiremos letras a los principios implicados en esta decisión del BVerfG. El orden de los temas que se van a seguir en la decisión para realizar un ejercicio de ponderación son los siguientes: en un lado de la balanza están los derechos de los funcionarios, que incluye el derecho de libertad religiosa (art. 4 LF<sup>4</sup>) y el derecho de acceso en igualdad al funcionariado (Art. 33 LF<sup>5</sup>) y a no ser discriminado por razón de sexo (art. 3 LF<sup>6</sup>). Además,

---

### 4. Artículo 4 de la Constitución alemana:

[Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]

(1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

(2) Se garantiza el libre ejercicio del culto.

(3) Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

### 5. Artículo 33 de la LF:

[Igualdad cívica de los alemanes, funcionarios públicos]

(1) Todos los alemanes tienen en todos los Länder los mismos derechos y deberes cívicos.

(2) Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su idoneidad, su capacidad y su rendimiento profesional.

(3) El goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión a los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie podrá ser discriminado a causa de su pertenencia o no pertenencia a una confesión o ideología.

(4) El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público.

(5) El estatuto legal del servicio público debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera.

### 6. Artículo 3 [Igualdad ante la ley] (1) Todas las personas son iguales ante la ley. (2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. (3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones

se discute en qué consiste la neutralidad exigida a los funcionarios. En el otro lado de la balanza se sitúan la libertad religiosa negativa de los niños, el derecho de los padres de educar a sus hijos según sus creencias. A ello se añade que todos estos derechos hay que compaginarlos con la misión educativa de la escuela que corresponde al Estado, todo ello encuadrado en el respeto a la neutralidad ideológico-religiosa positiva de la Constitución Alemana. Además el BVerfG, se centra en el control de constitucionalidad de la norma del Land sobre educación, art. 54 de la SchulG RNW, analizando detalladamente cada uno de los incisos el 1, el 2, el 3 y el 4<sup>7</sup>. El Tribunal Constitucional alemán considerará el tercero de ellos como discriminatorio para el acceso en igualdad a la función pública y será anulado. En los incisos 1 y 2 se debe hacer una interpretación restrictiva para que el texto sea conforme a la Constitución alemana.

Para todo ello, el Tribunal hará un análisis de algunos conceptos jurídicos indeterminados, así como del contenido sustantivo de los derechos fundamentales implicados en el caso, en el marco del principio de tolerancia, que ha sido elaborado con mucha profundidad en la dogmática constitucional alemana. Este mandato de tolerancia dirigido a los legisladores en una democracia presupone que el legislador debe de adoptar soluciones jurídicas que impliquen un compromiso razonable para con todos los ciudadanos<sup>8</sup>, también con las minorías, remitiendo a la sentencia Ludin<sup>9</sup>. No nos podemos detener ahora en el debate existente en la dogmática alemana

---

religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

7. Art. 57 *Landeschulgesetz* de Renania del Norte Westfalia:

1.º Las profesoras y profesores no deben mostrar en la escuela ninguna manifestación política, religiosa, ideológica u otras expresiones externas similares, las cuales sean susceptibles de alterar o de poner en peligro la neutralidad del Estado federado, frente a las alumnas y alumnos así como frente a los padres o la paz política, religiosa o ideológica en la escuela.

2.º En especial, se prohíbe cualquier conducta externa que pueda causar la impresión entre las alumnas y alumnos o ente los padres, de que una profesora o un profesor actúe en contra de la dignidad humana, la igualdad de derechos según el artículo 3 de la Ley Fundamental, el derecho fundamental de libertad o el régimen constitucional de libertad y democracia.

3.º El ejercicio de la misión educativa, de acuerdo con los artículos 7 y 12, apartado 6 de la Constitución del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia y de la correspondiente representación de valores educativos y culturales cristianos y occidentales y de sus tradiciones no entra en contradicción con las normas de comportamiento establecidas en el apartado 1.º.

4.º El deber de neutralidad contemplado en el inciso 1.º, no se aplicará a las clases de religión, ni a las escuelas confesionales e ideológicas.

8. Cf., BVerfGE, Decisión (Beschluss), 27.01.2015, 1 BvR 471/ 10 1 BvR 1181/10, § 98 a)

9. Cfr, BVerfGE 108, 282 <302 f>.

sobre la vinculación o no del Tribunal Constitucional alemán a su propia jurisprudencia. Remitimos para ello a la discusión elaborada por autores como Clérico<sup>10</sup>, Klein (2015, pp. 464-470), Möllers (2015, *passim*) y Hong (2015, pp. 409-434), entre otros (Alexy y Dreier, 1997, pp. 17-64).

En la sentencia segunda del velo, existe una parte de continuidad y algunas nuevas circunstancias, a raíz de la nueva legislación del Land de Renania del Norte-Westfalia. Todo ello requiere un plus de argumentación porque no hay prioridad *prima facie* cuando colisionan derechos fundamentales. Se puede discutir si al mandato de asegurar el derecho a la educación que corresponde al Estado, le corresponde un derecho fundamental de cada individuo y de sus padres a ser educado. Por otro lado, la paz escolar es un medio, un bien jurídico sin rango constitucional, para lograr un contexto en el que se pueda recibir educación. Su priorización o no frente a otros derechos fundamentales no es muy evidente. Por ejemplo, en el caso que examinamos, segunda sentencia, algunas instancias judiciales nacionales han otorgado una prioridad *prima facie* al mandato educativo de la escuela posponiendo algunos de los derechos fundamentales de los profesores.

### 3. EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN O IDONEIDAD

Para analizar la adecuación o idoneidad de la Ley prohibitiva del Land, situaremos en un lado de la balanza denominándolo de un modo genérico como P1 a todos los derechos relativos a la misión educativa de la escuela (paz escolar), los derechos de los alumnos, los de los padres y encuadraremos como P2 los diferentes derechos de las profesoras.

El Medio (M) o medida prevista por el Land para obtener la satisfacción del P1, que denominaremos la misión educativa de la escuela, se realiza a través de un inciso 3 en el art. 57. 4 de la Ley de educación del Land de Renania del Norte (a partir de ahora citada como SchulG de RNW), según la cual se prohíbe el uso de los símbolos religiosos a los profesores, excepto los símbolos de religiones de la cultura cristiana occidental y judía.

---

10. Clérico, 2009, p. 183, nota 74, donde remite a la distinción entre “distinguishing” y “overruling”, realizada por Robert Alexy en *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 340. Sobre las reglas-resultado de la ponderación véase Clérico, 2009, p. 183: “Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse”, donde cita a Robert Alexy, *Theorie der juristischen argumentation*, p. 339. Como contraste, la misma autora señala: “si el nuevo caso presenta característica que se pueden diferenciar con justificación de las circunstancias de la (aplicable) *regla-resultado* de la ponderación, entonces puede apartarse de esta última” (Clérico, 2009, p. 186).

La conclusión del BVerfG será que esa prohibición no es un medio idóneo para satisfacer el P1, la misión educativa de la escuela, por varias razones: una es que restringe de un modo absoluto la satisfacción del P2, el derecho positivo de libertad religiosa de las profesoras musulmanas para usar el velo (Clérico, 2009, p. 80)<sup>11</sup>, que luego analizaremos. Este segundo derecho queda totalmente anulado con una ley general prohibitiva y por tanto lesionado, si no existe una justificación suficiente. Otro argumento que se suma, a mi modo de ver, en ambos lados de la balanza es el modelo de neutralidad abierta de la relación del Estado con las confesiones. Incluso en este lado de la balanza, se examina si ocultar la diversidad religiosa de los profesores mediante leyes prohibitivas es adecuado e idóneo, o incluso constitucionalmente conforme, con el modelo de neutralidad abierta del Estado con respecto a las confesiones, que es el modelo defendido por la Constitución alemana. También a esta pregunta, el BVerfG responderá negativamente. Es decir, prohibir el uso de símbolos religiosos por los profesores no es conforme a una misión educativa de la escuela que debe realizarse en un marco de ejercicio de los derechos de libertad religiosa positiva no sólo de los alumnos, sino también de los profesores.

A continuación el BVerfG estudia si existiría la posibilidad fáctica o real de renunciar a M (la ley prohibitiva del velo) sin que se originen costes para el conjunto de derechos que hemos agrupado en P1 por un lado y P2 por otro. Para responder a esta cuestión, un elemento que el BVerfG analiza a fondo es que para realizar la ponderación debemos distinguir entre la existencia de un peligro abstracto o de un peligro real.

#### 4. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

El segundo paso será el estudio de la necesidad, muy relacionada con la adecuación. Según Alexy: “Si además del Medio M1 existe un Medio 2 que promueve P1 prácticamente de igual manera que P2, pero interviene con menos intensidad, entonces la optimización de P1 y P2 tomados conjuntamente prohíbe el uso del medio M1 que interviene con más intensidad en P2, pero que no es necesario para P1” (Alexy, 2016c, p. 31). Aplicado a nuestro caso, el Medio 2 sería una educación en el respeto a la diversidad religiosa y a los derechos de los profesores (además de los derechos de los

---

11. Clérico cita una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 90, 145 (185), según la cual: “De esto se sigue que bajo algunas circunstancias la protección legítima buscada debe ceder cuando el medio escogido conduce a una restricción irrazonable de los derechos de los afectados”.

otros alumnos), en definitiva educar en la tolerancia<sup>12</sup>. Es decir, la misión educativa incluye el aprendizaje activo del respeto a los derechos de los demás. Por lo que en lugar de medidas prohibitivas que restringen derechos fundamentales por parte de quienes observan el ejercicio de los mismos, el medio adecuado sería enseñar a los alumnos a respetar estos derechos. Esto no sólo contribuiría al respeto de los derechos de libertad religiosa, en este caso, de las profesoras musulmanas, sino que refuerza y es más conforme con el modelo de neutralidad positiva presente en la LF. También esa educación preventiva llevaría a evitar posibles conflictos originados en las diferencias culturales. En ese sentido, cabe afirmar que se lograría una optimización de ambos principios, P1 y P2. En suma, una medida menos lesiva de P2 sería la educación del alumnado en la tolerancia y en la no discriminación de personas de otras religiones o de otros modos de entender su propia religión. En la decisión se hace referencia a una sentencia del Tribunal Federal Administrativo alemán que refleja conflictos entre los propios escolares musulmanes en un instituto de Berlín, por lo que se restringieron no los derechos de los profesores, sino los derechos de los alumnos musulmanes, a los que el centro les había facilitado un lugar de oración y que fue cancelado por tensiones provocadas por desavenencias entre ellos mismos. Si a pesar de intentar evitar las tensiones, los medios habituales resultaran insuficientes, de modo excepcional el BVerfG entiende que sería posible poner en práctica otras medidas restrictivas cuya necesidad transitoria podría estar justificada, lo que analizaremos después.

En este análisis de la adecuación y la necesidad que permite utilizar otros medios y evitar el verdadero conflicto, en palabras de Alexy, “en el caso de la optimización relativa a las posibilidades reales hablamos de costes evitables” (Alexy, 2016c, p. 31). En realidad, en ese primer test el BVerfG demuestra que no ha habido una colisión real entre las profesoras y sus alumnos.

## 5. LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

En su obra *Teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 1993, p. 102 y Alexy, 2005b, p. 62) expone este tercer subprincipio de proporcionalidad

---

12. En este caso, el legislador y las autoridades educativas están obligadas por el mandato de tolerancia, con independencia de que sea discutible e incluso negable que exista un mandato constitucional de tolerancia a nivel horizontal de *drittwirkung*, entre ciudadanos, ya que para algunos eso entraría en una dimensión ética y no jurídica. En cualquier caso, el BVerfG en esta decisión utiliza el concepto jurídico de mandato de tolerancia dirigido al legislador y no lo aplica a los particulares.

en sentido estricto en el sentido de que si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es *necesaria una ponderación*<sup>13</sup> en el sentido de la ley de colisión (Alexy, 2005b, p. 112). Ello exigiría “valorar si los beneficios que se derivan de la consecución de dicho bien colectivo son mayores que los perjuicios inherentes al sacrificio del derecho fundamental” (Tomas de Domingo, 2011, p. 15; Clérico, 2009, p. 196)<sup>14</sup>.

Analicemos paso por paso la proporcionalidad en sentido estricto con sus tres subetapas, aplicándolos a la ponderación que hace el BVerfG. Saliendo al paso de las críticas que ha recibido su obra, Alexy ha desarrollado estos últimos años el principio de ponderación con lo que ha denominado “la ley del peso” (teniendo en cuenta que la palabra “peso” se usa de un modo simbólico (Clérico, 2009, 179, nota a pie 57) o “fórmula del peso” (Alexy, 2003, pp. 788-789): “La ley de ponderación, la proporcionalidad estricta, muestra que la ponderación puede ser dividida en tres etapas. En la primera se establecen los grados de insatisfacción o de detrimento del primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio contrario. Finalmente, en la tercera etapa, se establece si la importancia de satisfacer el último principio justifica el detrimento o la insatisfacción del principio opuesto” (Alexy, 2005b, p. 78; Alexy, 2002, pp. 9-26; Alexy, 2003, pp. 433-449; Alexy, 1985, p. 66; Alexy, 2005a, pp. 572-581).

Para ello hay que formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, los grados de importancia y tercero, sobre la relación entre ellos (Alexy, 2005 b, p. 78 y pp. 83-84; Alexy,

---

13. Sin embargo, “costs, however, are unavoidable when principles collide. Balancing then becomes necessary. Balancing is the subject of the third sub-principle of proportionality: the principle of proportionality in the narrower sense. This principle expresses what optimisation relative to the legal possibilities means. It is identical to a rule that can be called the ‘law of balancing’ (Alexy, 2002, p. 102). It states: ‘The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other’. The Law of balancing excludes, inter alia, an intensive interference with principle P1, that can only be justified by assigning a low level of importance to the satisfaction of the colliding principle P2. To allow the interference under these conditions would not be an optimisation of P1 together with P2” (Alexy, 2016b, p. 7).

14. Clérico 2009, p. 196, notas 96, 197, 219 (“Si bien estos criterios y su formulación y justificación implican valoraciones, eso implica para el modelo de la ponderación orientado por reglas, la adquisición de un mayor grado de racionalidad. Es decir, no se originan con posterioridad a la ponderación, no se podría predicar que son meras construcciones *ad hoc* de quien pondera”) y p. 238.

2016b, p. 7). Además el resultado de la ponderación no siempre consiste en que cedan los derechos de una parte, sino que puede llegarse a soluciones armonizadas, en las que cada parte ceda un poco o adapte sus derechos de algún modo a las exigencias requeridas por la otra parte (persona, Estado o bien colectivo)<sup>15</sup>. A la hora de demostrar si es posible realizar juicios racionales sobre los grados de importancia y la intensidad de la interferencia de manera que el resultado pueda ser establecido mediante la ponderación, el profesor de Kiel desarrolla una escala triádica con las etapas de ‘leve’, ‘moderado’ y ‘grave’ (Alexy, 2005b, pp. 83-84).

### 5.1. *El primer paso de la proporcionalidad en sentido estricto*

En la primera etapa se establecen los grados de insatisfacción o de detrimento del primer principio. En la segunda, se estudiarán los derechos P2 situados en el otro lado de la balanza, y en la tercera se hará la ponderación para ver cuál resulta priorizado. El BVerfG realiza en esta decisión incluso dos ponderaciones diferentes, según exista peligro abstracto o peligro real para la misión educativa de la escuela y los derechos de los alumnos<sup>16</sup>. En nuestra opinión hubiera sido deseable una tercera ponderación que hiciera posible una concordancia práctica.

Adentrándonos en los grados de insatisfacción del primer principio, de los hechos probados se deduce con claridad que la existencia de colisión de los derechos comienza con la promulgación de un cambio legislativo en la ley de educación del Land, el art. 57.4, introducido en el año 2006, y no a raíz de ningún conflicto real. Se aporta los datos de que tanto la maestra como la trabajadora social llevaban bastantes años trabajando en la enseñanza pública sin que ningún alumno, ni ningún padre, ni las

---

15. Como apunta Garzón Valdés, en “El sentido actual de la tolerancia”, en Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (2005b, p. 38), ante un conflicto caben dos tipos de estrategias en búsqueda de solución: “Recurrir a la ponderación de la relevancia de los principios para el caso en cuestión o restringir mediante una regla el alcance de uno de ellos. Si se adopta la primera posibilidad, uno de los principios cede; si se sigue la segunda vía, la ponderación queda excluida en los casos regulados”.

16. Clérico, 2009, p. 260, es decir cuando las condiciones C no se dan (hay sólo un peligro abstracto) o cuando la condición C se da (es decir, existe un peligro real). El BVerfG examina si en las instancias judiciales anteriores se ha realizado una correcta ponderación. Al considerar la inexistencia de ponderación en el caso concreto procede a anularlas. Considera que no dieron el peso suficiente al derecho de libertad de religión de las profesoras y no midieron el grado de lesión que se producía con una prohibición, no valoraron tampoco las consecuencias de discriminación laboral o la posible interferencia en su derecho al acceso al funcionariado en pie de igualdad con el resto de ciudadanos.

autoridades educativas hubieran elevado ninguna queja por la conducta de estas profesoras en el ejercicio de su trabajo y que durante todos esos años ambas habían utilizado el velo. La colisión se produce en realidad con la desobediencia de las dos profesoras a la nueva Ley del Land y su persistencia, una en usar el velo y la otra por reemplazarlo por una boina, por lo que la dirección del centro le llama la atención, por considerar que usar una boina otorgándole un significado religioso es similar al uso del velo y, por tanto, también le prohíbe usar esa prenda. El resultado en ambos casos es el despido profesional. Lo que alega el legislador del Land es que el uso del velo atenta contra la Constitución alemana porque en los trabajos prelegislativos se recoge la argumentación del parlamento de Renania del Norte Westfalia según la cual las mujeres que usan el velo atentan contra el Estado de derecho y defienden una teocracia<sup>17</sup>. Siguiendo con los argumentos del Land, el hecho de llevar esa prenda implica un atentado contra los derechos de libertad religiosa negativa de los alumnos, y tiene un efecto de adoctrinamiento. Se lesionarían por ello los derechos de los alumnos y los derechos de los padres a que sus hijos no reciban una influencia religiosa por parte de los profesores. Por otro lado, la legislación del Land había privilegiado los símbolos cristianos o judíos de los profesores, a los que no afectaba la prohibición. Esta cláusula de privilegio se justificaba en que esos eran los valores tradicionales del Land y en que en realidad eran los valores que fundamentaban la Constitución alemana y la Constitución del Land de Renania del Norte-Westfalia. En la práctica, el Land justificaba una visión confesional del Estado, privilegiando los valores cristianos frente a los de otras confesiones.

En respuesta a estos juicios de valor, la argumentación del BVerfG es muy distinta. Al hacer una nueva ponderación, el Tribunal Constitucional tiene que tener en cuenta que una decisión parlamentaria, reflejada en una ley decidida en esa sede mayoritariamente por los parlamentarios elegidos democráticamente, en abstracto, posee, en principio, un alto peso porque es fruto de un procedimiento institucionalizado (Clérico, 2009, p. 226). De manera que, para anularla debe haber fuertes razones de un peso mayor. Una de las pruebas en las que se apoyará será el propio texto de los trabajos prelegislativos del parlamento de Renania del Norte-Westfalia, en el que

---

17. LT-Vorlage 14/463, 2 and LTDrucks 14/5619, 8: “Vor diesem Hintergrund ist das Tragen eines muslimischen Kopftuchs im Unterricht künftig gemäß §57 Abs.4. SchulG unstatthaft, weil zumindest ein nicht unerheblicher Teil seiner Befürworter damit eine mindere Stellung der Frau in Gesellschaft Staat und Familie oder eine fundamentalistische Stellungen für ein theokratischer Staatswesen in Widerspruch zu den Verfassungswetem in der Bundesrepublik Deutschland und in Nordrhein-Westfalen verbindet”.

se explicita que las razones de la introducción de esa norma se basan en prejuicios hacia las mujeres musulmanas. Considera primero que el uso del velo en sí no implica un adoctrinamiento. Luego destruye la primera identificación, de manera que el velo no lesiona P1. Es decir, no hay una lesión de los derechos de los alumnos, ni de los padres, ni de la misión educativa de la escuela, a no ser que se demuestre con hechos que las profesoras se han extralimitado en su conducta y han realizado conductas verbales de adoctrinamiento. Cosa que no ha sucedido. Segundo, en cuanto a la Ley del Land, el BVerfG considera que una cláusula de privilegio a favor del uso de los símbolos cristianos por parte de los profesores en detrimento de otros es discriminatorio y contrario al principio del trato paritario de las religiones. El BVerfG remarca que en sí, el uso de símbolos religiosos por los profesores no sería tampoco atentatorio del principio de neutralidad del Estado, a diferencia de si esos signos presidieran las aulas por mandato del Estado.

### *5.2. La segunda etapa del principio de proporcionalidad en sentido estricto*

En la segunda etapa, se establece la importancia de satisfacer el principio contrario P2. Es en esta parte de la balanza donde el tribunal desglosa los derechos fundamentales lesionados de las profesoras musulmanas, admitiendo la lesión grave de su derecho fundamental de libertad religiosa (art. 4 LF), del derecho de igualdad (art. 3 LF) y del derecho de acceso sin discriminación a la función pública (art. 33. LF). Todo ello también en el contexto de un modelo de neutralidad abierta del Estado.

### *5.3. Tercera etapa: la atribución de pesos a los derechos implicados*

En la tercera etapa, se establece si la importancia de satisfacer el último principio, P2, los derechos de las profesoras, justifica el detrimento o insatisfacción del principio opuesto, P1, es decir, el derecho de libertad religiosa negativa de los alumnos. Es en este momento en el que hay que aplicar la fórmula del peso, para ver cuál tiene más peso P1 o P2, cuál debe ceder, pero también si caben soluciones alternativas que permitan el ejercicio de ambos grupos de derechos, aunque sea con pequeñas cesiones, pero que no signifiquen el sacrificio completo de uno de los dos principios en tensión. Ya hemos señalado que según Alexy: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

A mi juicio, el BVerfG hace dos ponderaciones distintas, dependiendo la primera de que no exista ningún peligro real y la segunda, en los casos excepcionales en que pueda haber tensiones o conflictos reales en un centro escolar, provocados por los alumnos (o por los padres)<sup>18</sup>.

En el primero de esos supuestos, el del peligro abstracto, si no existe un peligro real, se concluiría que no hay una lesión de la misión educativa de la escuela, ni de los derechos de los alumnos o de los padres, cuando no exista prueba empírica de ello. De manera que en este caso, una medida prohibitiva preventiva no es de ningún modo aceptable. No sería adecuada, ni idónea, y sería desproporcionada para evitar una posibilidad de peligro, todavía no real, de la paz escolar, frente a una lesión real demostrada y probada de los derechos de las profesoras. La ponderación será distinta en el caso de un peligro real, lo que analizaremos después, pero tampoco justificaría una ley prohibitiva general. Por tanto, una primera conclusión será la declaración de nulidad del inciso 3 de la SchuldG de RNW, y una interpretación restrictiva de los incisos 1 y 2, para que sean conformes a la LF.

Comencemos por aplicar la fórmula al primer escenario, que es el más habitual.

La fórmula del peso de Alexy es<sup>19</sup>:

$$Gi.j = \frac{Ii .Gi.Si}{Ij.Gj.Sj}$$

18. BVerfGE §1174 c.

19. Laura Clérico, *ibid.*, 210, nota 136: “Y, últimamente, véase R. Alexy, con la <<fórmula del peso>> (Gewichtsformel), en la que se reconstruye la manera de encontrar el peso concreto de un principio que colisiona con otro en el marco de una ponderación. Según esta fórmula, el peso concreto de un principio (x) en relación con el principio colisionante (y) en una ponderación que se realiza teniendo en cuenta las circunstancias del caso C, depende de la importancia del principio (x) en las circunstancias C, multiplicado por el peso abstracto del principio (x) en el sistema constitucional y por el grado de seguridad de las premisas que con la afectación de este principio pueda determinarse. Todo esto se divide por la importancia concreta del principio colisionante (y) bajo las circunstancias del caso concreto, multiplicada por el peso abstracto del principio (y) en el sistema constitucional y por el grado de seguridad de las premisas que con la afectación de este principio (y) pueda determinarse. Según Alexy, a estas variables se les puede atribuir un valor, que no es ajeno al vocabulario que utiliza, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, cuando determina la intensidad de no satisfacción de un derecho fundamental: leve, media e intensa. Véase Robert Alexy, Die Abwägung in der Rechtsanwendung, in: *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität* 17 (2002), 69-83 (76 ss)”.

En realidad, más que una división, cada una de las partes indica un lado de la balanza, con lo cual ganará la parte que tenga más peso. En caso de empate, habrá que buscar una solución concordada.

A efectos prácticos, como hace Lindhal (2009, pp. 173-193; Lindhal y Reidhav, 2017a, pp. 49-95; Lindhal y Reidhav, 2017b, pp.158-185), nos parece más sencillo usar los subíndices 1 y 2, como lo hemos venido haciendo contrastando P1 y P2 (en lugar de utilizar i, j). En esta primera ponderación en ausencia de peligro real, el BVerfG dará más peso a los derechos de libertad religiosa positiva de las profesoras P2, que al derecho de libertad religiosa negativa de los alumnos.

$G_{i,j}$  representa el peso (Gewicht) del principio P1 en relación con el Principio 2 en colisión. Ambos en nuestro caso suman a su vez un conjunto de DF. El análisis del contenido de la fórmula del peso es consecuencia de lo analizado en el subprincipio 1 (examen de idoneidad) y subprincipio 2 (examen de necesidad) del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Los tres factores serían: la intensidad de la interferencia en los DF, la atribución de los pesos a los derechos en juego y por último la tercera magnitud es la seguridad de las premisas empíricas y normativas.

Comencemos por la primera magnitud que es la intensidad en la interferencia de los DF. En P1, la  $I_1$  (siendo  $I$ =Intensidad) es la posible influencia en los alumnos por la situación de autoridad que ocupa un profesor. Peligro de adoctrinamiento, por un lado. Según el Land, la maestra ya sólo por llevar el velo produce un efecto adoctrinador. El BVerfG no está de acuerdo con esta identidad. La intensidad de la injerencia  $I_2$  en los derechos de las profesoras P2, se mide por la importancia de la satisfacción del principio de derecho de libertad religiosa de las profesoras, con una mayor intensidad en  $I_2$  por las consecuencias muy negativas de una ley prohibitiva que ha conducido de hecho a la expulsión del mercado de trabajo de estas profesoras. El BVerfG mide los efectos de una ley prohibitiva, demostrando que se da una discriminación indirecta de las mujeres musulmanas con esta prohibición de usar símbolos religiosos, que no afecta a los hombres y a ninguna otra minoría religiosa en Alemania. Es decir, que en este caso, no nos movemos en una hipótesis futurible de una posible lesión de un derecho, sino en unas consecuencias *de facto*, reales. Si no existiera ley prohibitiva, la intensidad de la intervención en P2 sería inexistente. Es decir, con la anulación de la ley se respetarían los derechos de las profesoras, tanto los amparados por el derecho de libertad religiosa, como el acceso al funcionario y a ser tratados en igualdad con el resto de sus colegas a los que se les permite el uso de símbolos religiosos, por lo que el agravio comparativo es mayor. Una prohibición sólo del uso del velo tiene repercusión sólo en

las mujeres de religión islámica y es contraria al principio constitucional de paridad de trato de todas las confesiones. Una visión de una neutralidad abierta, sin prohibiciones de uso de símbolos religiosos en funcionarios, llevaría a una igualdad de trato de las diferentes confesiones y sería inclusiva con las religiones minoritarias, en lugar de una ley que privilegia a los profesores que usen símbolos cristiano o judíos o de la cultura occidental. La aplicación del artículo 3 de la LF justificaría tratamientos diferenciados si la protección de determinados bienes jurídicos lo exigiera<sup>20</sup>.

Veamos ahora, por otra parte, la medición de la posible intensidad de lesión en los derechos de los alumnos caso de que no existiera una ley prohibitiva. Es decir, que también hay una hipotética posibilidad de lesionar ese P1. Pero en esta fase, sin peligro real, es mayor la intensidad de la lesión del derecho fundamental de libertad religiosa de las profesoras.

#### 6. LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL CASO PARA ATRIBUIR LOS PESOS A LOS DERECHOS EN JUEGO

Pasamos a la segunda magnitud, el análisis del peso G1 y G2. Se trata de medir el peso en abstracto de los principios en colisión. En este caso, nos encontramos con que cuando son colisiones entre DF, muchas veces, los pesos en abstracto son idénticos entre sí. En otras ocasiones, un DF fundamental podría tener más peso que otro DF. Por ejemplo, cuando esté en juego la dignidad humana o el derecho a la vida o el derecho a no ser esclavizado o torturado. En nuestro caso, puede tener un especial peso el derecho a no ser discriminado por razón de religión o de género. Se podría entender que esta prohibición basada en una asunción previa del parlamento lesiona la dignidad de las mujeres musulmanas que usen velo en el ejercicio de sus derechos como ciudadanas alemanas en pie de igualdad con otros ciudadanos.

En nuestro caso, el BVerfG ha dado el mismo peso a los DF de los dos lados de la balanza: el derecho de libertad religiosa por un lado y el derecho a la educación por el otro (mandato educativo). Sería diferente, por ejemplo, si la colisión hubiera sido entre el derecho fundamental de libertad religiosa de un empleado, frente a la imagen corporativa de una empresa que exigiera un código de vestimenta, como en el caso de la sentencia del

---

20. Ya en la sentencia *Ludin*, el segundo senado del BVerfG había apuntado que una prohibición del velo tendría más repercusión negativa en determinadas religiones y no en todas por igual (BVerfGE 108, 282, 6 bb).

TEDH de *Eweida c. Reino Unido*<sup>21</sup>. La imagen corporativa no es un derecho fundamental. También ocurre algo similar cuando se contraponen un DF con la opinión de los usuarios. Los gustos de los clientes no constituyen un derecho fundamental, aunque sean importantes para que un negocio tenga más clientes o atraiga a los usuarios. Entraría en acción el derecho de libertad de la empresa. Tampoco sería lo mismo, si estamos en un contexto de empresa privada o en un servicio público organizado por el Estado.

Pero incluso para otorgar el peso en este caso en que se encuentran DF en ambos lados de la balanza, el peso que el BVerfG otorga a estos DF no es el mismo cuando se está ante un supuesto de una hipótesis futura de posible lesión de un derecho por un peligro abstracto, de si nos situáramos ante una lesión real presente de lesiones de los derechos de los escolares, P1. Como afirma Clérico: “Un principio puede ganar en peso en determinada circunstancia frente a otro. Sin embargo, un cambio de las circunstancias puede implicar otra relación de prioridad condicionada. El peso del principio depende de las circunstancias del caso. En este sentido, se interpreta que la máxima de la proporcionalidad (...) (obliga) a una ponderación de todas las circunstancias del caso individual. Así, se excluye la aceptación de un orden de valores (constitucionales) definitivo, cerrado y *a priori*. De esta forma, una primacía, preferencia, puede ser incondicionada o condicionada” (Clérico, 2009, p. 177).

La tercera magnitud es la seguridad de las premisas empíricas y normativas (siendo S seguridad) S1 y S2: “Representan dos factores que han adquirido una importancia cada vez mayor en los debates recientes sobre derechos fundamentales; guardan relación con la seguridad de las asunciones empíricas y normativas, en el sentido de cuál es la intensidad de la intervención en  $P_i$  (P1) y con cuánta intensidad intervendría en  $P_j$  (P2) si la intervención en  $P_i$  (P1) se omitiera. No se trata de un factor óntico, sino de una magnitud relacionada con el conocimiento, esto es, una magnitud epistémica” (Alexy, 2016c, p. 32).

Para valorar la seguridad de las asunciones empíricas tenemos que tener pruebas de que si se omitiera la ley prohibitiva eso va a repercutir de hecho en una promoción real del acceso de las profesoras a esos puestos laborales y en la permanencia en los mismos, mientras que habrá que demostrar que la ley prohibitiva ha llevado a despidos, ha causado perjuicios reales cuantificables, por ejemplo en pérdidas económicas al dejar de recibir el salario. También podrían aportarse los costes económicos derivados de los procesos

---

21. ECtHR (GC), *Eweida and others v. United Kingdom*, 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

judiciales emprendidos contra esos despidos en unos casos o la negación del acceso al mercado en otros casos (Frings, 2010 y 2012). Como una prueba en este sentido deberíamos, por ejemplo, adjuntar jurisprudencia de discriminación de mujeres musulmanas en el acceso al trabajo, que existe de hecho en abundancia. Si queremos demostrar que sin ley prohibitiva, ha existido una lesión real de los derechos de los alumnos, deberemos aportar pruebas empíricas de denuncias reales de padres o alumnos contra las profesoras, bien en el caso concreto, bien en otros casos que hayan llegado a los tribunales por denuncias de los padres, de los alumnos o de la administración ante incumplimientos de las obligaciones de los funcionarios. Mientras que existe jurisprudencia abundante de despidos de profesoras en aplicación de las leyes prohibitivas creadas a partir de 2003, no contamos con jurisprudencia de protestas de los padres por el uso del velo por profesoras musulmanas, que hayan implicado adoctrinamiento, y que hayan llegado a los tribunales. La jurisprudencia existente hace relación a otros muchos supuestos, pero no a éste. De lo contrario, deberíamos demostrar que suprimir la ley prohibitiva del Land, es decir si se omitiera la intervención de la prohibición, perjudicaría seriamente a los alumnos, aunque sin ley prohibitiva se asegurara el acceso de las profesoras. Cabría valorar que es mayor el derecho de los alumnos que el derecho de las profesoras. Sobre todo, si como en los votos en disidencia del juez Schluckebier y la jueza Hermanns o en instancias judiciales anteriores se afirma que no existiría un derecho de acceder al funcionariado si no se está dispuesto a cumplir con las presuntas obligaciones de neutralidad estricta, que incluyen el no ejercer los DF en el tiempo de trabajo y una absoluta sujeción al Estado. En ese caso, la valoración de la lesión real de unos u otros derechos será muy distinta porque también hay una interpretación previa del derecho aplicable (o del contenido esencial de los derechos fundamentales) diferente.

A continuación Alexy afirma: “una fórmula como la del peso, que es la expresión de un cociente de los productos, sólo tiene sentido si todos los factores se pueden representar mediante cifras. Aquí estriba el problema de establecer gradaciones o escalas” (Alexy, 2016c, p. 32).

## 7. LA INTENSIDAD DE LA INTERFERENCIA EN LOS DISTINTOS DERECHOS EN JUEGO

Por ello, en cuanto a la importancia de las gradaciones o escalas, lo aplicaremos a esta decisión del BVerfG. Primero en cuanto a la intensidad de la intervención, Alexy atribuye los valores, que son simbólicos, de leve (2 elevado a cero), medio (2 elevado a uno), grave (dos elevado a 2). ¿Qué

peso da el tribunal a la intensidad de la intervención en los P1 y P2? Si se permite el velo, sólo hay un peligro abstracto de influir en los alumnos o de causar tensiones en la paz escolar (dado que en la mayoría de los contextos de los colegios los alumnos están acostumbrados a ver mujeres con velo en la sociedad alemana y no les choca), entonces el peso atribuido al derecho de libertad religiosa negativa de los alumnos es leve, para el voto mayoritario. Como contraste, para el voto en disidencia del juez Schluckebier y la jueza Hermanns sería grave<sup>22</sup>. Por eso harán distintas ponderaciones. El peso atribuido a la lesión del derecho de libertad religiosa positiva de las profesoras es grave (para el voto mayoritario)<sup>23</sup>. También es grave la discriminación laboral<sup>24</sup>. Una prohibición del uso del velo lesiona gravemente los derechos de las profesoras. Una discriminación en el acceso al funcionario también. Como contraste, la valoración del voto en disidencia es otra vez distinta porque, según estos dos jueces (lo cual se deriva de una elección previa en las normas aplicables y en la interpretación de su contenido), los funcionarios no tienen derecho a un ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa durante su trabajo en el centro escolar. Luego si no tienen derecho, la intervención en ese presunto derecho no sería leve, sino nula.

Si analizamos el tercer factor, el lado epistémico, las valoraciones dependerían de si la lesión es segura (2 a la cero), nosotros le hemos dado el peso de 1, o si es sólo plausible (2 elevado a la 1), lo valoramos como  $\frac{1}{2}$ , es decir la mitad que el anterior. Una tercera posibilidad, es que la prueba empírica de las lesiones no sea evidentemente incorrecta (2 elevado a dos), igual a 4. Aplicado a nuestro caso, la prueba empírica de la repercusión negativa en las profesoras es segura, sin embargo la repercusión en los alumnos es plausible en el caso de peligro hipotético. Si hay peligro real demostrado podría probarse también una lesión segura en los derechos de libertad religiosa de los alumnos (que podría llegar a ser no sólo en su libertad negativa, sino incluso en la libertad positiva, por ejemplo cuando hay discusión entre las propias alumnas musulmanas porque las que usan velo presionan a las que no quieren usarlo).

---

22. BVerfGE, 1 BvR 471/10, BvR 1181/10, §18. Abweichende Meinung des Richters Schluckebier und der Richterin Hermanns.

23. BVerfGE, 1 BvR 471/10, §128

24. Idem., § 96

## 8. APLICACIÓN DE LOS DISTINTOS PESOS Y COLISIONES AL CASO CONCRETO. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DEL PESO

Si aplicamos ahora todos los pesos que se han ido atribuyendo a los derechos en juego y a sus colisiones, según la argumentación que el BVerfG ha hecho en su sentencia, el resultado será dos ponderaciones diferentes, dependiendo de que tengamos en cuenta el supuesto del peligro abstracto o por el contrario el del peligro concreto.

Si nos situamos en el supuesto de peligro abstracto, la ponderación se inclina a favor de priorizar los derechos de las profesoras a usar velo y a la anulación del inciso de 3 del art. 57.4 de la SchulG de RNW.

La fórmula quedaría del siguiente modo:

$G = I1=1 \cdot G1 \cdot S1=1/2$ , la multiplicación sería 0,5  
 Dividido por  $I2=4 \cdot G2 \cdot S2=1$ , cuya multiplicación es 4<sup>25</sup>.

Incluso en esta valoración cabe discutir el hecho de que haya una hipotética influencia plausible del velo en los alumnos como peligro abstracto de futuro. Podría hacerse una valoración de una influencia positiva del velo en el P1 de la educación de los alumnos en la tolerancia y en el respeto de los derechos de los demás. En este caso, la influencia negativa podría ser tasada como cero. Es cierto, que esas situaciones idílicas de respeto no siempre existen y el tribunal da un cierto peso como hipótesis a la posible influencia negativa en los alumnos, por su inmadurez. De todos modos en todos estos presupuestos a mi modo de ver, se le otorga al velo casi siempre un valor negativo o de sospecha.

El BVerfG hace una valoración de los pesos distinta, dependiendo de si estamos ante un supuesto de peligro abstracto o ante un peligro concreto, y,

---

25. Es evidente que estas ponderaciones no son matemáticas. Se basan en el conocimiento de hechos, en la aplicación de las normas, y en valoraciones de las circunstancias que exigen una valoración por parte del juez en todos los pasos que va dando a lo largo de la deliberación. En cada uno de ellos, va utilizando su discreción. Sin embargo, la discrecionalidad no significa arbitrariedad. Por tanto, no veo oposición entre la discreción judicial y el análisis epistémico que va realizando el juez. Contrariamente a lo que señala Matthias Klatt, *Ibid.*, 13, cuando concluye que: “The combination of the weight formula with the triadic scale enables us to define the following rules of decision, determining the outcome of the balancing: in all cases in which the value of  $W_{i,j}$  is greater than 1,  $P_i$  takes precedence over  $P_j$ . In all cases in which the value of  $W_{i,j}$  goes below 1,  $P_j$  takes precedence over  $P_i$ . And in all cases in which the value of  $W_{i,j}$  is 1, there is a stalemate. In the latter case, balancing determines no result and, thus, there is a discretion in balancing”. La discrecionalidad se reduce en el caso concreto por el deber de justificación que pesa sobre los jueces y las juezas.

por tanto, también el resultado de la ponderación será diferente en ambos casos, como ya adelantamos en varias partes de este trabajo. Lo que hace el Tribunal es ante conflictos reales dar más peso a la misión educativa de la escuela (la identificamos con los derechos de los alumnos I), haciendo que ceda el derecho de la profesora, justificando reglamentos de prohibición en centros escolares concretos. Esta primera ponderación resultaría así:

$G=I1=4$ .  $G1 \cdot S1=1$ , la multiplicación sería 4.

En el otro lado de la balanza,  $I1=4 \cdot G2 \cdot S1=1/2$ , la multiplicación sería 2.

De manera que la balanza se inclina a favor del derecho de los alumnos, aunque para ello se requiere una cierta falta de lógica, ya que durante toda la sentencia se había valorado como grave y muy lesiva la injerencia en el derecho de libertad religiosa de las profesoras con una ley general prohibitiva del uso del velo, y ahora parece que con un reglamento local ante peligro real se lesionaría menos el derecho de libertad religiosa de la profesora. En realidad este último razonamiento no está justificado en la sentencia. Si la sentencia fuera coherente, tendría que seguir otorgando un peso de 1 a la seguridad de la lesión de la profesora con un reglamento prohibitivo y eso llevaría a un empate, cuya valoración más lógica sería:

$G=I1=4$ .  $G1.S1=1$ , la multiplicación sería 4

En el otro lado de la balanza,  $I1=4.G2.S1=1$ , la multiplicación sería también 4.

Estaríamos ante un empate. En este caso, se puede intentar una concordancia práctica, sin injerir con ningún tipo de prohibición en el derecho de la profesora, vía que aparece insinuada en la sentencia, pero que no se desarrolla, y que se deja apuntada en las conclusiones de este artículo para una posible futura publicación.

Por supuesto que la ponderación que hace el voto en disidencia en caso de peligro abstracto es distinta a la opinión mayoritaria. Para estos dos jueces, un posible peligro abstracto con la suposición de que el velo pueda influir negativamente en los alumnos justifica la ley prohibitiva del Land de RNW. Para estos dos jueces, las profesoras en la escuela pública tendrían prácticamente restringidos sus derechos de libertad religiosa. Esta postura responde a una larga tradición doctrinal en Alemania según la cual la neutralidad del Estado en las instituciones públicas implica que los funcionarios se funden con el Estado y por tanto sus derechos fundamentales estarían muy restringidos y concretamente no podrían manifestar su derecho de

libertad religiosa de ningún modo en ese espacio público. Si se parte de la premisa que en este caso el valor o el peso del derecho de libertad religiosa de un funcionario público es inexistente, lógicamente si se le niega el ejercicio de ese presunto derecho no se produce ninguna lesión porque ningún funcionario tendría derecho al ejercicio de esa libertad durante su tiempo de trabajo porque está subordinado a la neutralidad estricta del Estado. Por ello para estos jueces, la ponderación del voto en disidencia sería:

$G = I1 = 4 \cdot G1 \cdot S = 1$ . Resultado 4.

En el otro lado de la balanza,  $G = I1 = 0 \cdot G2 \cdot S2 = 0$ . Resultado 0.

En este caso, si se considera que las profesoras tienen prácticamente restringidos sus derechos de libertad religiosa durante su trabajo, no se demuestra ninguna lesión, dado que si no existe el derecho, no se lesiona lo que no existe. Sin embargo, los derechos de los alumnos y de la neutralidad del Estado prevalecerían

#### 9. UN BUEN USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 2015 SOBRE EL USO DEL VELO EN FUNCIONARIAS

Esta decisión pone los medios para finalizar con una clara discriminación contra las mujeres musulmanas, especialmente de nacionalidad alemana, que desean acceder a la enseñanza pública como maestras y desean a su vez usar velo por considerarlo parte de una obligación religiosa subjetivamente ineludible.

En relación con los pasos que exige la ponderación, el BVerfG realiza adecuadamente la mayoría de ellas. Comenzando por el paso previo a la proporcionalidad, califica los derechos como protegidos constitucionalmente. También se esfuerza por aportar pruebas empíricas. Para ello comienza con una adecuada elección de las normas aplicables al caso, especialmente los DF constitucionales, colocando en un lado de la balanza los derechos de libertad religiosa negativa de los alumnos, el derecho de los padres, la misión educativa de la escuela y la neutralidad positiva del Estado en relación con las diversas confesiones. En el otro lado de la balanza sitúa los derechos de las profesoras, lo que incluye el derecho de libertad religiosa positiva, el acceso en igualdad a la función pública y el derecho a no ser discriminado por motivo de religión, sexo o raza, todo ello en el contexto de una neutralidad positiva del Estado. Se hace una interpretación del contenido esencial de cada uno de esos derechos y de sus límites. Su interpreta-

ción de la neutralidad del Estado como una neutralidad abierta condiciona la ponderación de los derechos en juego, en los dos lados de la balanza. En cuanto a la interpretación dogmática de estos derechos, este segundo senado del BVerfG sigue bastante de cerca la dogmática constitucional sin separarse de ella. Su interpretación de la neutralidad del Estado como abierta está en consonancia con la dogmática anterior, con excepción de lo afirmado en la sentencia del caso Ludin. Luego realiza el examen de la adecuación o idoneidad. También se esfuerza por aportar pruebas empíricas.

### *9.1. La adecuación*

El BVerfG respeta las reglas de la argumentación racional y evita dar saltos lógicos. Pone en evidencia los saltos lógicos o inferencias indebidas tanto del art. 57. 4 de la SchulG de RNW, como de la interpretación inadecuada del art. 4.2 de la LF realizada por las instancias judiciales anteriores. Si llevar símbolos religiosos por parte de funcionarios está amparado en el art.4.2 de la LF, la existencia de una ley prohibitiva (sólo del uso del velo islámico por parte de las profesoras) basada en el peligro abstracto no convierte la decisión del legislador en constitucional, porque se sentaría una ley prohibitiva discriminatoria, basada sólo en prejuicios previos no demostrados empíricamente, ya que no hay pruebas científicas de una influencia negativa del uso del velo por parte de las profesoras en los alumnos en general, y tampoco en este caso en concreto. En cuanto a la interpretación del principio de neutralidad del Estado, que es clave a lo largo de toda la decisión y en su fallo, realiza una adecuada interpretación de la misma conforme a la Ley Fundamental de Bonn, cuyo modelo de relación entre el Estado y las confesiones es de una neutralidad abierta y positiva, de cooperación y acuerdos con las diversas confesiones, de un secularismo abierto y no laicista porque un modelo de neutralidad distanciada de las religiones no sería el defendido por la LF.

### *9.2. El principio de necesidad*

En relación con el segundo paso del principio de proporcionalidad, a saber el juicio de necesidad de leyes prohibitivas no lo traslada ni al legislador federal, ni a los legisladores autonómicos, declarando que una restricción del derecho fundamental de libertad religiosa positiva de las profesoras ante un hipotético peligro abstracto y no real es contrario a la LF. Por tanto, como conclusión de esta parte del test una ley prohibitiva

general no es necesaria. En el caso de conflictos reales hay que examinar la situación concreta. Caben dos posibilidades: si el profesor se extralimita en sus derechos, adocina y no respeta la libertad religiosa negativa de sus alumnos, se aplicarán las medidas disciplinarias previstas por el derecho administrativo. En el supuesto de que la situación no la cree esa persona, sino que existan conflictos causados por los alumnos en ese centro escolar, se pueden establecer medidas transitorias y restringir el uso de ese símbolo en lugares concretos por parte de la autoridad escolar, en ocasiones por medio de reglamentos. En cuanto a esta solución que propone el BVerfG, no nos parece adecuada tampoco en estos casos la restricción, ya que se deberían buscar medidas de mediación con los alumnos, aunque entendemos que en casos muy extremos, como alguno de los descritos en algún instituto de Berlín (Ennuschat, 2012, p. 95)<sup>26</sup>, serían aceptables. En cuanto a posibles medidas alternativas, el BVerfG parece sugerir la posibilidad del traslado de la profesora a otro lugar (en el que pueda usar el velo). Esta solución es un tanto utópica y tampoco resulta justa. Medidas alternativas, a modo de acomodamientos razonables, hubieran sido la de usar prendas con la misma función de cobertura, como la boina. Pero eso no ha resuelto el problema porque la administración educativa tampoco lo ha tolerado y el problema ha persistido, finalizando con el despido de la profesora. Por tanto, a nuestro juicio, en este punto el BVerfG debería haber sido más rotundo para no permitir tampoco reglamentos prohibitivos en estos casos. La única solución factible sería una negociación con la profesora de manera que ésta no usara el velo en ese centro, como una posible medida prudencial, renunciando a su derecho de modo voluntario, pero no de un modo impositivo.

### 9.3. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto*

En relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, el BVerfG lo examina de un modo adecuado. Atiende a la posibilidad de buscar medidas menos lesivas del derecho de libertad religiosa de las profesoras musulmanas, eliminando la prohibición del Land. Indica los beneficios que supondría ejercer la tolerancia en la escuela permitiendo la visibilidad de la diversidad religiosa también en el profesorado. Estudia las consecuencias

---

26. OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2010, 1310. BVerfGE 141, 223, NVwZ 2012, 162, LKV 2012, 27.

de la ley prohibitiva del Land y la discriminación que ello produce en las mujeres musulmanas alemanas con origen en la inmigración.

La ponderación se debe hacer cuando existen conflictos entre DF. Para hablar de situación de colisión, primero hay que probar si tal colisión es real en un caso concreto. El BVerfG prueba que no ha habido ninguna colisión real en los dos casos presentados, ni con los padres, ni con los alumnos. De hecho, no ha habido ninguna queja por parte de ambos cuando ambas, profesora y trabajadora social, llevaban años trabajando en sus respectivos centros. Tampoco existe una justificación empírica de influencia negativa del velo en los escolares de esos centros. Lo que hubiera sido necesario para proceder al examen del principio de proporcionalidad en sentido estricto. En realidad, el conflicto se crea cuando el legislador del Land de RNW realiza la reforma del art. 57. 4 de la SchuldG con una ley general abstracta prohibitiva del uso del velo por parte de las profesoras. En cuanto a los tres pasos de examen de la proporcionalidad en sentido estricto, el BVerfG los analiza adecuadamente.

### 9.3.1. El primer paso de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto

En el primer paso, se establecen los grados de insatisfacción o de detrimento de los DF o principios que hemos colocado en un lado de la balanza. Concretamente, hemos llamado P1 a la misión educativa del Estado, los derechos de los alumnos y de los padres. En este caso se examina si ha habido adoctrinamiento por parte de las profesoras. Se discute si el hecho de usar velo es en sí hacer proselitismo y se concluye que no. Se examina si ha habido alguna conducta verbal. Se concluye que no. En cuanto a la misión educativa y la paz escolar no ha sido alterada en el caso concreto. En la hipótesis de que en otros casos concretos existiera un conflicto real, se daría igual peso a la paz escolar que a los derechos de las profesoras, pero el desempate será a favor de la paz escolar, aunque suponga una restricción del derecho de libertad de la profesora. ¿Una ley prohibitiva del uso del velo sería proporcional para proteger los derechos de los alumnos? Concluye que no. Será más beneficioso una educación en el ejercicio de la neutralidad positiva también en la escuela, que llevaría a ejercer la tolerancia también en el centro educativo, permitiendo la visibilidad de la diversidad religiosa también en el profesorado. Este derecho se priorizaría si hay adoctrinamiento, pero para sancionar estas conductas no se necesita ninguna legislación especial, sino que es suficiente con la que ya existe, que sanciona conductas reales, pero no justifica un derecho sancionador preventivo.

### 9.3.2. El segundo paso de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto

En el segundo paso, se examina la importancia de la satisfacción del segundo grupo de derechos, los relativos a las profesoras, P2 y las consecuencias negativas de una ley prohibitiva. Las consecuencias negativas son especialmente dos. La primera, una injerencia grave en el derecho de libertad religiosa positiva de las profesoras, debido a que otorga una gran importancia al elemento subjetivo de la religión también en los funcionarios, que tendrá más peso que la libertad negativa de los estudiantes, ante un peligro hipotético. Además examinará la discriminación de las minorías religiosas o practicantes de nuevas religiones importadas como consecuencia de la inmigración. La segunda, mostrará que existe una discriminación laboral. Las consecuencias negativas de una ley prohibitiva producen un resultado demostrado de discriminación indirecta de las mujeres musulmanas en el acceso al funcionariado. Una tercera consecuencia negativa es el privilegio en la ley de RNW de los símbolos cristianos y judíos, en detrimento de otras religiones. ¿Acaso la paz social debe consistir en la visibilidad en la esfera pública (y en los centros escolares) de unas religiones y en el ocultamiento de otras? Por ello, anula el inciso 3 del art. 57.4 por ser contrario a la Constitución alemana. Una consecuencia de la neutralidad abierta es el trato paritario de las religiones. Lo contrario es una grave injerencia en el art. 4. de la LF.

Dentro de este segundo paso de las consecuencias negativas de la ley del Land se podría encuadrar el examen exhaustivo de la conformidad constitucional o no de los diversos incisos de la Ley del Land. El BVerfG entiende que los juicios de valor que subyacen en el inciso 3 y 2 del art. 57. 4 de esa ley por parte del legislador del Land (y de las instancias judiciales laborales inferiores, así como en los votos particulares) se basan en una discriminación religiosa y racial que parte de estereotipos generales sobre las personas portadoras del velo atribuyéndoles la defensa de un fundamentalismo teocrático contrario a la LF, al Estado de derecho y a los DF. El BVerfG no acepta este juicio de valor y, por tanto, restringe la libertad religiosa de los funcionarios sólo en caso de adoctrinamiento verbal. No acepta leyes generales prohibitivas de símbolos religiosos en los profesores y menos leyes dirigidas sólo a prohibir el velo en las profesoras.

En los dos casos que se presentan ante el BVerfG, ambas mujeres musulmanas que poseen la nacionalidad alemana, se han educado en Alemania, están trabajando y son autónomas económicamente. Con todo ello ya están demostrando de un modo empírico y fáctico que conciben la igualdad entre mujeres y hombres conforme a la sociedad de acogida (o conforme al

art. 3 de la LF) y que no aceptan una posición de inferioridad o ciertos roles tradicionales que el Legislador del Land atribuye de modo global a todas las mujeres de cultura islámica, lo cual es un error en la premisa inicial del razonamiento, que conduce a un sofisma.

El BVerfG realiza un buen examen de las normas aplicables y rompe con la identidad entre el hecho de que una persona use velo y su calificación como antidemocrática. En suma, se puede ser un buen funcionario aunque se use velo. El funcionario debe cumplir con sus deberes, lo que incluye el respeto a los valores constitucionales. Ambas cosas son compatibles y no tienen por qué entrar en conflicto. Esto incide en una asunción, ya resuelta en el caso Ludin y que no fue alegada de un modo directo en estos dos nuevos casos, pero se escondía en la normativa del Land, según la cual estas personas no son idóneas o no poseen aptitud para ocupar un puesto de funcionarias. El BVerfG considera ésta una inferencia ilógica y no asume esta presunta incompatibilidad. Es el intérprete desde fuera (el observador) el que introduce un conflicto donde no lo hay, mientras no se demuestre con hechos lo contrario. El BVerfG admite cuatro tipos de criterios para definir el significado del uso de un símbolo religioso: el de la persona que lo usa, el de la confesión religiosa, el del Estado o juez y el del observador externo. Este último no es ignorado por el legislador. El significado religioso que se atribuye en este caso a la boina utilizada por una de las demandantes coincide en su significado religioso, combinando los cuatro criterios señalados. Pero lo que evita el BVerfG es un salto ilógico entre el hecho de portarlo y la asunción de que esa persona rechaza los valores constitucionales de la LF. El BVerfG para afianzar el peso elevado que atribuirá al derecho de manifestar la religión (art. 4 LF) insistirá en la importancia de la religión y de las convicciones como parte de la identidad de la persona (cuestión ya señalada en jurisprudencia anterior del BVerfG).

### 9.3.3. El tercer paso de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Constitucional ha realizado dos ponderaciones diferentes. El resultado de la ponderación

El tercer paso, se pregunta si la importancia de satisfacer el último principio, es decir todos los relativos a los DF de las profesoras (P2), justifica el detrimento o la insatisfacción del principio opuesto, el de los alumnos, paz escolar en abstracto etc. Este tercer paso del principio de proporcionalidad en sentido estricto, le lleva al Tribunal a concluir que una ley prohibitiva por un posible peligro abstracto no es proporcional. La paz escolar no se puede alcanzar, en principio, a base de sacrificar los DF de una minoritaria.

Aquí el principio de concordancia práctica juega a favor de la presencia de todos los símbolos religiosos de los profesores en la escuela (y de los alumnos, esto último se da por supuesto). Todo ello en el marco fundamental de un modelo de neutralidad positiva que se aplica a los profesores. Si bien el Estado no puede, el mismo como tal, poner símbolos religiosos en las aulas, sí debe respetar el ejercicio positivo de los Derechos de libertad religiosa del profesorado y del alumnado, dentro de un marco de organización práctica (que no es tema de la sentencia).

Pero dentro de esta ponderación final hemos distinguido dos modos diferentes de hacer la ponderación, que son los siguientes:

En el primer escenario de una situación normal, en ningún caso se justifica una ley general, pero además si no hay un conflicto real y el profesor no adoctrina, la balanza se inclina a favor de los derechos de los profesores. Concluye que una ley de prohibición por un posible peligro abstracto es contraria a la dogmática constitucional y no está legitimada si restringe el ejercicio de DF en su contenido esencial. Una vez realizada la ponderación del caso concreto, utilizando el principio de proporcionalidad y el principio de concordancia práctica, esa es la primera conclusión que establece que se puede otorgar una prioridad condicionada a uno de los derechos implicados, pero tras un procedimiento de *balancing*, que es omitido en una ley general prohibitiva.

Una segunda situación sería aquella en la que existiera un peligro real o tensiones en el centro escolar, provocado por los alumnos, en la que haya surgido una colisión o conflicto real entre DF, tras una experiencia negativa reiterada. En este caso, la ponderación sobre la opción de otorgar una prioridad condicionada o la cesión o limitación del ejercicio de un derecho fundamental por ambas partes sería distinta. En suma, prevalecerá la paz escolar para hacer posible la misión educativa de la escuela, y la profesora deberá sacrificar su derecho y no usar el velo. Se justificarían reglamentos prohibitivos por centros concretos o zonas conflictivas.

En definitiva, esta nueva decisión del primer senado del BVerfG aplica correctamente el principio de la proporcionalidad estricta. Primero porque establece adecuadamente que el grado de insatisfacción de la paz escolar o de los derechos de los padres debe medirse y calificarse a la vista de conflictos reales. En caso de no existir peligro real para la paz escolar que impida ejercer la tarea educativa del Estado, no se daría una lesión de los derechos de los alumnos, ni de los padres. La sola presencia del velo no colisiona automáticamente con los derechos de libertad religiosa de los alumnos. Segundo porque al examinar la importancia de satisfacer el derecho de libertad religiosa de las profesoras y las consecuencias negativas de la ley prohibitiva del Land juzga que ello supone una lesión grave y que es una

medida desproporcionada e innecesaria. En principio, la importancia de satisfacer el derecho de libertad religiosa, no justifica que la protección de la paz escolar exija la prohibición del uso del velo por parte de las profesoras. El BVerfG formula un juicio racional suficiente sobre la intensidad de la interferencia en la restricción de la libertad religiosa positiva si se legisla una norma prohibitiva, calificándola de ‘grave’, y no otorga a la paz escolar suficiente peso o grado de importancia como para promulgar una ley prohibitiva por la voluntad del legislador del *Land*. Además, formula un juicio racional suficiente sobre la intensidad de la interferencia en la restricción de la libertad positiva religiosa de las profesoras, en el caso de la formulación prohibitiva del art. 57. Inciso 3 de la SchulG de RNW, calificando este inciso de la norma como una injerencia grave en ese DF y anulándola por contraria a la LF. Una Ley prohibitiva general basada en un peligro abstracto es contraria a la LF y una injerencia desmedida en un DF porque no permite la ponderación del caso concreto.

Por ello, en el tercer paso se concluye que la importancia de satisfacer los derechos de las profesoras justifica que ceda la libertad negativa religiosa de los alumnos y que prevalezca la libertad religiosa positiva. Con la excepción de casos en los que haya conflictos reales y en los que otros medios alternativos de resolución de conflictos no hayan resultado de momento eficaces a corto plazo, siendo deseable la búsqueda de soluciones armonizadas o de concordancia práctica, en suma de cualquier acomodamiento razonable. En estos casos, ponderadas las circunstancias cabrían ciertas prohibiciones temporales transitorias del uso del velo en lugares concretos, extremo que no hemos considerado por nuestra parte adecuado.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Edición con nueva traducción del español realizada por Carlos Bernal Pulido, editada también por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2007.
- Alexy, R. (1985 y 2002). *A Theory of Constitutional Rights*. First published 1985, Julian Rivers translation. Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, R. y Dreier, R. (1997) Precedent in the Federal Republic of Germany. En Neil MacCormick/ Robert Summers (eds.). *Interpreting Precedents: a comparative study* (pp. 17-64). Ashgate, Dartmouth Applied Legal Philosophy Series: Aldershot.
- Alexy, R. (2001). Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik. *World Constitutional Law Review*, 6, 9-26.

- Alexy, A. (2002). Die Abwägung in der Rechtsanwendung. *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität*, 17, 69-83.
- Alexy, R. (2003a). Die Gewichtsformel. En J. Jickeli, P. Kreuzt y D. Reuter (eds.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlín: De Gruyter.
- Alexy, R. (2003b). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio Juris*, 10, 433-449.
- Alexy, R. (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de C. Bernal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 25-64.
- Alexy, R. (2005a). Balancing, Constitutional Review and Representation, *Institutional Journal of Constitutional Law*, 3, 572-581.
- Alexy, R. (2005b). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Méjico: Fontamara.
- Alexy, R. (2016a). *La dimensión real e ideal del Derecho*. Zaragoza: Prensas Universidad de Zaragoza, Colección Paraninfo Honoris Causa (pp. 39-50). Versión en Inglés: "The real and the Ideal Dimension of Law", pp. 51-61.
- Alexy, R. (2016b). The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1-17.
- Alexy, R. (2016c). Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral. En Elósegui (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario* (pp. 27-45). Zaragoza: Marcial Pons, Fundación Giménez Abad y Alexander von Humboldt Stiftung. Versión en alemán Ein nichtpositivistischer Grundrechtsbegriff. Zum Verhältnis von Prinzipientheorie, Grundrechten und Moral.
- Atienza, M. (2016). *Curso de Argumentación jurídica* (4.ª edición). Madrid: Trotta.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press. Versión en español, traducción de Gonzalo Villa Rosas: *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores, 2017.
- Benda/Klein (2001). *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr-und Handbuch*. Múnich: C.F. Müller (2.ª edición).
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3.ª edición). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bomhoff, J. (2015). *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Menaning of Postwar Legal Discourse* (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge: Cambridge University Press.
- Borowski, M (2007). *Grundrechte als Prinzipien*, 2nd edition. Baden-Baden: Nomos.
- Chávez-Fernández, J. (2017). *Luis Recaséns y la teoría est´nadar de la argumentación jurídica. Una revalorización del logos de lo razonable*. Pamplona: Cizur Menor. Cívitas-Aranzadi.

- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Eudeba: Buenos Aires. Versión en alemán Clérico, L. (2001). *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos.
- Cohen-Eliya, M y Porat, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press.
- De Domingo, T. (2011). La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo. En Tomás de Domingo/Antonio-Luis Martínez-Pujalte (eds.). *Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad*. Granada: Comares.
- Elósegui, M. (2015). La argumentación jurídica del tribunal constitucional alemán sobre el uso del velo. Un análisis desde la teoría de la ponderación de Alexy. En *Libro homenaje al profesor Andrés Ollero*. Madrid: Editorial Congreso de los Diputados.
- Elósegui, M. (2016). El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros c. Reino Unido*/ Das Verhältnismässigen anpassungen in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall Eweida und Andere gegen das Vereinigte Königreich. En M. Elósegui (coord.). *Los principios y la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza: Marcial Pons, Fundación Giménez Abad y Alexander von Humboldt Stiftung.
- Elósegui, M. (2019). La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional Alemán de 2015 sobre el uso del velo en profesoras. *Revista de Derecho político*, n.º 104, en prensa.
- Ennuschat, J. (2012). La cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades. En M. Elósegui (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la vida pública en Alemania*. Zaragoza: Marcial Pons, Fundación Giménez Abad y Fundación Alexander von Humboldt. Versión en alemán: "Die Kooperation von Staat und Kirche im Bereich von Schule und Hochschule", 303-350.
- Flores, A., Elósegui, M. y Uribe, E. (editores). (2015). *El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Homenaje en su 70 Aniversario*. México: Editorial Porrúa y Universidad Autónoma del Estado de México.
- Frings, D. (2010). *Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben-Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen. Diskriminierung von Musliminnen und Muslimen im Arbeitsleben und das AGG, Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Berlín, Der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.
- Frings, D. (2012). *Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, 9. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland*.

- Greer, S. (2004). Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate. *Cambridge Law Journal*, 63, 412-434.
- Hong, M. (2015). Ein Gericht oder Zwei Gerichte. Der Kopftuch-beschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz 'stare decisis'. *Der Staat*, 54, 409-434.
- Klatt, M. y Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press.
- Klein, T. (2015). Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?, *DÖV*, 464-470.
- Lindahl, L. (2009). On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing. En A. Silva Dias (Eds.). *Liber Amicorum de José Sousa e Brito*. Vol. 1. (pp. 173-193). Coimbra: Edições Almedina. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/283703488>.
- Lindahl L. y Reidhav, D. (2017a). Conflict of Legal Norms: definition and varieties. En M. Araszkievicz and K. Pleszka (eds.). *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*. Springer, 49-95.
- Lindahl, L. y Reidhav, D. (2017b). The Basic Definition, *Ratio Juris*, 30, 2, 158-185. LT-Vorlage 14/463, 2 and LTDrucks 14/5619, 8: "Vor diesem Hintergrund ist das Tragen eines muslimischen Kopftuchs im Unterricht künftig gemäß §57 Abs.4. SchulG
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Möllers, C. (2015). A Tale of Two Courts, Verfassungsblog. On matters Constitutional, 14 marzo 2015, <http://Verfassungsblog.de/a-tale-of-two-courts> (consultado 10 de junio de 2018).
- Valdés, G. (2004). El sentido actual de la tolerancia, en Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Méjico: Fontamara.

## JURISPRUDENCIA

- BVerfG, Decisión (Beschuß), 27.01.2015, 1 BvR 471/ 10 1 BvR 1181/10.  
BVerfGE 108, 282 <302 f>.  
BVerfGE 90, 145 (185).  
BVerfGE, Beschluss, 27.01.2015, disponible en [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/01/rs20150127\\_1bvr047110.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/01/rs20150127_1bvr047110.html). Versión en inglés: BVerfG. Order of the First Senate of 27 January 2015-1 BvR 471/10-paras. (1-31). [http://www.bverfg.de/e/rs20150127\\_1bvr047110en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20150127_1bvr047110en.html).
- BVerfGE 141, 223, *NVwZ* 2012, 162, *LKV* 2012, 27.
- ECtHR (GC), *Eweida and others v. United Kingdom*, 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.
- OVG Berlin-Brandenburg, *NVwZ* 2010, 1310.