

EL VELO ISLÁMICO ¿UNA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN? ESPECIAL REFERENCIA A SU USO EN LA ESCUELA, EN LA DOCUMENTACIÓN DE IDENTIFICACIÓN Y EN EL ÁMBITO JUDICIAL¹

MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ DEL MORAL
Universitat de Girona

Resumen: El velo islámico es una prenda que la mujer musulmana puede usar por motivos religiosos. Su uso puede suponer algunos conflictos, en el espacio público, en el ejercicio de la función pública... Estas situaciones muestran que a la mujer musulmana no siempre le es fácil manifestar sus convicciones religiosas. ¿Se puede hablar de discriminación por motivos religiosos y de discriminación por cuestión de género? Este trabajo analiza el uso del *hiyab* en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial.

Palabras clave: Libertad religiosa, espacio público, velo islámico, discriminación.

Abstract: The Islamic veil is a garment that Muslim women can wear for religious reasons. Its use can cause some conflicts, in the public space, in the exercise of the public service... These situations show that it is not always easy for Muslim women to express their religious convictions. Can we talk about religious discrimination and gender discrimination? This work discusses the use of the *hiyab* in school, in identification documentation and in the judicial sphere.

Keywords: Religious freedom, public space, Islamic veil, discrimination.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La protección jurídica de la víctima en los delitos de odio por razón de religión o creencias (STOPHATE)». (Der2017-86138-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por la Dra. Francisca Pérez Madrid; y en el Proyecto de investigación «Evaluación del proceso normativo en la Unión Europea y en España ante los Nuevos retos sociales del Estado de Derecho» (DER2016-76325-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por la Dra. Dolors Canals Ametller.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El velo islámico. 3. Libertad religiosa y velo islámico. 4. El velo islámico en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. El uso del velo islámico en la escuela. 6. El uso del velo islámico en la documentación administrativa. 7. El uso del velo islámico en el ámbito judicial. 8. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El tema del uso del velo islámico sigue estando de actualidad, sin duda alguna, y siguen llegando casos a los tribunales que deben manifestarse sobre si su uso en el espacio público se ajusta a derecho en todo caso. La prohibición ilegítima de su uso, en su caso, nos hace plantearnos una posible lesión del derecho fundamental de libertad religiosa, pero también una discriminación por motivos religiosos, e incluso una posible discriminación por cuestión de género, en tanto que son las mujeres las que se verían obligadas a prescindir de él.

Como es sabido, todas las religiones recomiendan o imponen el cumplimiento de normas de carácter social y religioso a sus fieles, y estos se pueden ver obligados a cumplirlas. Puede ser el caso de la obligatoriedad del uso de una simbología religiosa determinada, ya sea vestimenta u otros objetos que se apreciarán externamente, conocidos como simbología religiosa dinámica. Esto puede suponer, como consecuencia, un conflicto entre dichas normas religiosas y cualquier otra norma impuesta por el ordenamiento jurídico, o con compromisos adquiridos por el ciudadano en el ámbito laboral, por ejemplo.

Estas situaciones conflictivas, en la mayoría de los casos, no están reguladas por el derecho positivo, por lo que deberán ser abordadas desde el reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de la Constitución y también en los textos internacionales².

Pero en algún caso, no será la libertad religiosa el único derecho implicado. Tal como ya he apuntado, si nos centramos en el uso del velo islámico, es obvio que es una cuestión relativa a la mujer, que nos hace pensar en la igualdad y la no discriminación por razón de género, pues solo le afecta a ella. Y a pesar de que el Islam no es la única doctrina religiosa que recomienda o impone una determinada vestimenta religiosa, no es menos cierto que socialmente, al menos en España, e incluso en nuestro entorno europeo más próximo, el pañuelo

² Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966 y artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de 1950.

islámico supone una conflictividad que no presenta el turbante sij, o la kipá judía, al menos en volumen de supuestos problemáticos conocidos. Y esta realidad, además nos hace pensar si la situación del varón sij o judío³, cuya religión les obliga a cubrirse la cabeza, sería analizada de forma parecida a como lo hace el pañuelo islámico. En mi opinión, el resultado del análisis sería diferente, sencillamente porque el velo afecta a la mujer, y un sector de opinión, no solo jurídica, estima que su uso, aunque sea libre y voluntario, supone una discriminación de género en todo caso⁴. Yo no comparto esta interpretación, y por otra parte creo que su prohibición puede ser motivo de discriminación en algunos casos, como intentaré demostrar.

Al no existir en España una normativa sobre simbología dinámica o vestimenta religiosa y su uso en el espacio público, solo podemos acudir a la libertad religiosa como derecho fundamental y a la jurisprudencia, pero también al derecho a no ser discriminado por motivos religiosos y de género.

La negativa de la mujer a prescindir del pañuelo islámico provocará normalmente el planteamiento de su objeción de conciencia y los casos se habrán de analizar y dar solución desde esa perspectiva.

No trataré en este trabajo del velo integral, que creo que plantea otra problemática que puede hacer pensar en problemas de seguridad pública, sino del pañuelo que deja ver e identificar a la mujer sin problemas. En particular voy a analizar el uso del *hiyab* en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial. De forma previa, haré un análisis de esta prenda de vestir desde la doctrina religiosa islámica y también como manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Dejo también para otra ocasión el análisis en otros ámbitos del espacio público, como el penitenciario o el sanitario, o el espacio público abierto, igualmente interesantes, pero que desbordarían en extensión este trabajo. Asimismo, dejo para otro momento el estudio del uso del velo en el ámbito labo-

³ Algún caso de conflicto con la kipá judía encontramos en nuestra jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia de Baleares en sentencia de 9 de septiembre de 2002. No ha llegado a nuestros tribunales ningún caso que tratara el turbante sij, pero sí en otros Estados de nuestro entorno, por ejemplo Alemania; como puede verse en LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. «Indumentaria religiosa versus medidas de seguridad en el Tráfico. Comentario a la sentencia del Tribunal Administrativo Federal Alemán de 4 de julio de 2019 (BVerwG 3 C 24.17)», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 51 (2019), 1-7.

⁴ Véase, por ejemplo, MACÍAS JARA, M. «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid 2011, 133-155; CARMONA CUENCA, E. «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género», *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, 2011, 157-163.

ral, donde empieza a existir una doctrina muy interesante, tanto europea como de nuestros tribunales⁵.

2. EL VELO ISLÁMICO

Creo que merece la pena hacer un breve repaso sobre los diferentes tipos de velos islámicos, de los que habla la doctrina religiosa islámica, y también de los distintos tipos de motivaciones para su uso⁶.

«El *hiyab* es el pañuelo que oculta el cabello. El *chador* es típico de Irán y oculta el cabello y el óvalo de la cara, incluso todo el cuerpo. El *jimar* oculta el cabello, el óvalo de la cara, el cuello y cubre hasta el pecho. El *niqab* solo deja mostrar, a través de una línea muy fina, los ojos, cubriendo a la mujer por entero. El *burka*, propio de Afganistán, cubre a la mujer por entero, incluso la zona de los ojos aparece oculta por una rejilla que es la que permite a la mujer ver»⁷.

En cuanto a los motivos que llevan a la mujer a usar el velo pueden ser muy variados, religiosos, culturales, ideológicos o políticos, o incluso por rebeldía. Se puede decir que hay tantas razones como mujeres⁸. Recordemos, además, que no es exclusivo de la cultura musulmana, y también aparece mencionado en el Antiguo y en el Nuevo Testamento⁹.

⁵ Al respecto se puede consultar, por ejemplo, CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Religión y relaciones laborales en las entidades públicas y privadas en España», *Ius Canonicum*, 59, 118 (2019), 627-662; CAÑAMARES ARRIBAS, S. *Igualdad religiosa en las relaciones laborales*, Cizur Menor, 2018, 57-112; PALOMINO LOZANO, R. «Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos Achbita y Bougnaoui», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 2, 2 (2016), 1-34; GONZÁLEZ BOTIJA, F. *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, Barcelona, 2018, 105-125; MOTILLA DE LA CALLE, A. «Vestimenta y símbolos religiosos en el derecho laboral español», *Derecho y Religión*, 11 (2016), 243-270; CANO RUIZ, I. «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Granada, 2016, 41-70.

⁶ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. «A propósito del velo islámico ¿es posible una solución multicultural o intercultural?», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24 (2010), 8-10.

⁷ FRANCÉS BRUNO, E. *La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español. Alternativas a legislar* (Documento de trabajo 32/2008, Fundación Alternativas), Madrid, 2008, 51. Véase también CATALÁ, S. «Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo», *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid-Barcelona-Bueno Aires, 2009, 45-47.

⁸ FRANCÉS BRUNO, E. *La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español. Alternativas a legislar*, 12.

⁹ TORRES CALZADA, K. «Los fundamentos», en: *Disquisiciones sobre el velo islámico*, Sevilla, 2008, 40; ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005), 4.

Si bien es cierto que el Corán no impone el uso del velo, sí recomienda hacerlo (Corán XXXIII, 59), «como instrumento para el mantenimiento de la moral y las buenas costumbres sociales»¹⁰. Pero en el Islam no hay una interpretación única de las normas religiosas. Existen diversas corrientes, y a su vez diferentes escuelas jurídicas, que podemos relacionar e identificar en diferentes Estados islámicos. Por tanto, dependiendo de si en un país se da una interpretación más literal o rígida de la ley islámica, o más flexible y abierta, existirán consecuencias directas en la imposición del uso del velo para la mujer. Pero, además, el Islam difícilmente lo podemos separar de la política. El Islam además de ser una religión, también es una forma de ver y de vivir la vida, y no entiende la separación entre el poder religioso y el poder político. Eso hace que ciertas costumbres sean difíciles de calificar como religiosas o simplemente culturales, fruto de la tradición¹¹.

Parece que ha sido la elaboración doctrinal la que ha ido más allá del texto sagrado del Corán, exigiendo el uso del velo: «Todas las escuelas jurídicas analizadas –con escasas diferencias entre sí– mantienen la obligación de usar el velo, aunque no se precisa ni el tipo de prenda a utilizar ni las zonas del cuerpo de la mujer que deben ser tapadas. Hoy en día, sin embargo, son las legislaciones de los Estados musulmanes las que marcan la diferencia, oscilando desde aquellos regímenes que dan libertad a la mujer para llevar el velo a aquellos otros en que la obligan en todo lugar público, existiendo situaciones intermedias de todo tipo que quedan al albur de las decisiones políticas puntuales de cada Gobierno»¹².

En este contexto se ha llegado a decir que, de hecho, el debate sobre «el pañuelo no es más que la punta del iceberg de una cuestión que encierra otras realidades. Por un lado, el supuesto enfrentamiento entre Oriente y Occidente, que se desplegaría en varios ámbitos, debido a la distinta concepción que uno y otro tienen respecto a los derechos humanos, el papel que debe desempeñar la religión en los ámbitos político, social o económico, o la consideración que merecen los individuos, manteniendo como telón de fondo la separación entre la religión y el Estado. Por otro lado, el hecho de que los países islámicos se debatan entre la tradición y la modernidad, pues el Islam está integrado por un

¹⁰ TORRES CALZADA, K. «Los fundamentos», 39-45, 59-61; CATALÁ, S. «Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo», 47-49; VÁZQUEZ GÓMEZ, R. «Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo», *Ius Canonicum*, XLVII, 94 (2007), 609-611.

¹¹ Al respecto puede verse FRANCÉS BRUNO, E. *La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español. Alternativas a legislar*, 16-21, 37-39.

¹² CATALÁ, S. «Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo», 54.

entramado de interpretaciones que ha desembocado en sistemas más o menos aperturistas en las prácticas sociales y religiosas»¹³.

Es por ello que se insiste en que los motivos por los que la mujer decide llevar el velo pueden ser múltiples, bien como signo distintivo reafirmando su propia identidad cultural, o bien como forma de confirmar sus valores frente a Occidente, o bien como mera ornamentación, o incluso por imposición o presión de su entorno¹⁴. No obstante, creo que no puede decirse de manera categórica que su uso no puede obedecer a motivos religiosos.

3. LIBERTAD RELIGIOSA Y VELO ISLÁMICO

La libertad religiosa es el derecho fundamental a profesar una religión, privada y públicamente, del que son titular tanto el individuo como las colectividades. Un derecho matriz que puede desglosarse en otros derechos, como, por ejemplo, usar simbología religiosa, que es conocida como dinámica.

El artículo 16 de la Constitución de 1978 reconoce y garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Lo que se ve reforzado por el artículo 14 que prohíbe cualquier forma de discriminación, entre otros motivos, por razón de la religión. Ambos artículos son desarrollados por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, que no habla expresamente del derecho a usar simbología religiosa, aunque ello no debe suponer un problema para entender comprendido este derecho en el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa.

Como es sabido, los derechos fundamentales habrán de ser interpretados de conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y a los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución). Será necesario, por tanto, atender a la Declaración Universal, y en entre otros, específicamente por razón de la materia, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, a la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones de 1981, a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y al Convenio

¹³ FRANCÉS BRUNO, E. *La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español. Alternativas a legislar*, 9.

¹⁴ *Ibidem*. Véase también VÁZQUEZ GÓMEZ, R. «Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo», 611-613.

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Y al respecto, destacaremos la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en aplicación del Convenio Europeo, ha dado lugar a una importante jurisprudencia sobre la libertad religiosa.

Con casi total seguridad, es la Declaración Universal la que hace un reconocimiento más amplio y flexible de la libertad religiosa, admitiendo que este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (artículo 18). Pues bien, el uso de simbología religiosa puede considerarse una forma de manifestación de la libertad religiosa. Asimismo, el artículo 7 de la Declaración declara que todos son iguales ante la ley y todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja la Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

También merece ser destacada la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 14 reconoce expresamente el derecho del menor a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; y el artículo 2 prohíbe cualquier forma de discriminación y requiere a los Estados para que tomen las medidas adecuadas para asegurar que los menores sean protegidos en este sentido. Evidentemente los menores de edad también son titulares del derecho de libertad religiosa, aunque no podrán ejercerlo en su máxima amplitud hasta tener suficiente madurez intelectual y psicológica¹⁵. En algunos casos solo se les exigirá una madurez mínima, como podría ser en el caso del uso de simbología religiosa dinámica. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, sigue los dictados de la Convención de 1989: «El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral» (artículo 6). Por otra parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica dispone que, a la hora de aplicar esta Ley, «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», y «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva»¹⁶.

¹⁵ MANTECÓN, J. «La libertad religiosa como derecho humano», en *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona, 1994, 123.

¹⁶ En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia constitucional que insiste en que el disfrute de los derechos a la libertad de creencias y su integridad moral por parte del menor se modulará en función de su madurez (Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, F.J. 5). Sobre este tema véase CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Libertad religiosa del menor y

Centrándonos en el uso de simbología religiosa dinámica, está ampliamente aceptado, doctrinal y jurisprudencialmente, que el uso del pañuelo o velo islámico, por motivos religiosos, queda amparado por el derecho de libertad religiosa como una manifestación externa de religiosidad.

Sirva de ejemplo el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que declara que la libertad religiosa reconocida en el artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ampara el uso de vestimenta de carácter religioso¹⁷; la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1927 (2010), de 23 junio, sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, que recomienda que no se prohíba de manera general el uso de vestimenta religiosa islámica, ni siquiera el velo integral, a no ser que se justifique por motivos de seguridad y de orden público; o también la sentencia del Tribunal Supremo 693/2013, de 14 de febrero (FJ 7 y 8).

Es más, la doctrina defiende que la prohibición del uso del velo islámico puede ser considerado un ejemplo de discriminación por motivos religiosos previsto en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre. Solo cabría su prohibición en el ámbito laboral, y siempre que su uso contravenga normas de seguridad e higiene del trabajo a desarrollar, o cuando el trabajador debe usar equipos de protección individual¹⁸.

Así, la decisión plenamente libre y voluntaria de una mujer de hacer uso del *hiyab* no debe ser considerada discriminatoria, sino en ejercicio de ese derecho fundamental. También la menor puede tomar la misma decisión de acuerdo a su libertad religiosa, aunque parece cuestionarse más la auténtica voluntariedad de sus actos, si tiene poca edad¹⁹. Si el velo o pañuelo no impide la comunicación visual, ni la identificación de la mujer, no parece que suponga un peligro para los derechos fundamentales de los demás, ni para el orden público o para cualquiera de los elementos que lo constituyen, único límite de la libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución y artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa). Por tanto, difícilmente se puede justificar la prohibición de su uso, tanto en espacios públicos como privados.

simbología religiosa en la escuela», *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Madrid 2009, 332-337.

¹⁷ Comunicación número 931/2000. Documento CCPR/C82/D931/2000, de 18 de enero de 2005. ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 19-20.

¹⁸ ROSSELL, J. *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Madrid, 2008, 135.

¹⁹ Puesto que el velo en el Islam está relacionado con la protección de la moral y las buenas costumbres, lo normal es que la mujer comience a utilizarlo a partir de la pubertad, aunque hay Estados, como Irán, en los que se establece obligatoriamente su uso incluso antes. CATALÁ, S. «Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo», 44-45.

El conflicto puede surgir, por tanto, cuando el uso del *hiyab* entra en contradicción con la normativa laboral o los compromisos adquiridos por parte de la mujer trabajadora, o con el orden público, concretamente por problemas con la seguridad, la salud o la moralidad pública, o incluso por entrar en contradicción con el derecho de otros. No parece posible que se dé el conflicto fuera de estos casos. En definitiva, mientras no sea probada la lesión efectiva del orden público, único límite de la libertad religiosa, no debería ser prohibido el uso del velo islámico²⁰.

Tal como expone el Tribunal Constitucional, el límite del orden público no debe ser interpretado como cláusula abierta y de posible utilización preventiva ante posibles riesgos, de tal manera que permita restringir o eliminar el ejercicio del derecho de libertad religiosa²¹. Se debe partir del principio general aplicable a todo derecho fundamental: máxima protección posible y mínima restricción necesaria. La restricción del derecho de libertad religiosa se debe fundamentar en un daño real y objetivo, y no en un posible riesgo, no probado, del orden público o del derecho de un tercero.

Ante el choque de bienes jurídicos similares, la doctrina defiende la aplicación de la regla de la proporcionalidad para «determinar si efectivamente el bien afectado por el uso de simbología religiosa –ejercicio del derecho de libertad religiosa– resulta verdaderamente amenazado»²². Así, «la labor jurisdiccional se debe orientar a asegurar que la restricción del derecho de libertad religiosa en que se puede traducir la limitación de los símbolos religiosos no vaya más allá de las posibilidades de realización del derecho preponderante. Esto es, que el derecho de libertad religiosa no padezca más allá de lo necesario para la necesaria salvaguarda del otro bien jurídico constitucional que demanda su restricción»²³.

Tal como ya se ha apuntado, la restricción ilegítima del uso del *hiyab* puede suponer una discriminación por motivos religiosos. El artículo 14 de la Constitución, siguiendo los textos internacionales mencionados, expone que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, entre otras. Asimismo, podemos recordar el artículo 9.2 de la Constitución que dispone que corresponde a

²⁰ De la misma opinión es ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 24.

²¹ Véase STC 46/2001, de 15 de febrero, F. J. 11.

²² CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009), 6.

²³ *Ibíd.* 26. Véase también CAÑAMARES ARRIBAS, S. «La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público», *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, 2012, 99-120 y 117-118.

los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Discriminar tiene sentido negativo, e implica un trato desigual ante circunstancias semejantes. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es dar un trato de inferioridad a una persona por alguna causa. Todo ciudadano tiene derecho a no ser discriminado. No existen ni se aceptan diferentes categorías del derecho de libertad religiosa, ni de sus titulares que puedan justificar ese trato diferenciado ante circunstancias similares²⁴.

La mujer tiene derecho a elegir libremente cómo manifestar su religión, siempre dentro del orden público establecido por la ley, y no puede ser discriminada ni por motivos religiosos ni por motivo de género.

El uso de velo es una manifestación religiosa, y no debe suponer un perjuicio de ningún tipo para la mujer, y cualquier limitación de su derecho debe estar justificada, prevista en la normativa y ser necesaria en una sociedad democrática, tal como dispone el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, como comprobaremos en el siguiente epígrafe.

4. EL VELO ISLÁMICO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 9 del Convenio de Roma de 1950, ha tenido multitud de ocasiones de pronunciarse sobre el uso del *hiyab* y su prohibición, así como de otras prendas u objetos de simbología religiosa dinámica.

No es el momento de hacer un estudio detallado de todas estas resoluciones, pero si destacaré las que creo más interesantes.

Una de las primeras resoluciones de la Corte europea que debe ser destacada es el caso Dahlab contra Suiza²⁵, de 15 de febrero de 2001²⁶. El Tribunal

²⁴ Sobre este tema puede consultarse MANTECÓN SANCHO, J. *El derecho fundamental de libertad religiosa*, Pamplona, 1996, 69-75.

²⁵ Decisión de admisibilidad número 42393/1998. Sobre este caso véase MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y Religión*, 4 (2009), 93-94. El Tribunal ha reiterado sus tesis en otros casos posteriores en los que igualmente no se admitió la demanda. Sobre este supuesto, y otros, véase también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Cizur Menor, 2007, 65-69.

²⁶ Con anterioridad la Comisión Europea de Derechos Humanos había inadmitido la demanda en los casos Karaduman y Bulut contra Turquía, ambos de 3 de mayo de 1993 (n. 16278/90; y

declaró inadmisibile la demanda de una profesora de una escuela pública que tras convertirse al Islam comenzó a utilizar el velo islámico y, tras 5 años, una normativa se lo prohibió, sin que hubiera mediado ninguna queja ni conflicto. El Tribunal reconoció que dicha prohibición suponía una limitación de su libertad religiosa pero que estaba justificada, a causa de la neutralidad y laicidad estatal que obliga a los centros públicos de enseñanza en Suiza. Se le exige un comportamiento que se ajuste a dicha laicidad, en el ejercicio de su función pública. Se estimó que podría suponer una influencia inadecuada para los menores. Ciertamente los menores pueden ser fáciles de manipular e influir, pero parece excesivo considerar que el uso del *hiyab* por una profesora pueda traducirse en una actividad proselitista y adoctrinadora que pueda vulnerar el derecho de los menores²⁷.

En la sentencia Leyla Sahin contra Turquía, de 29 de junio de 2004²⁸, confirmada por la Gran Sala el 10 de noviembre de 2005, se admite que se pueda limitar el uso del velo islámico, si dicha restricción está prevista en la ley, obedece al fin legítimo de proteger el orden público y el derecho de los demás, y todo ello justificado al amparo de los principios de igualdad y laicidad, necesarios para el mantenimiento de la democracia, en este caso en Turquía. Leyla era una universitaria que usaba el velo islámico en contra de la prohibición prevista en la normativa turca y fue sancionada, de forma que finalmente tuvo que trasladarse a Viena para seguir sus estudios. El Tribunal no argumenta de modo claro que la presencia del *hiyab* en la Universidad pueda suponer un problema de orden público y un peligro para la democracia turca. El voto particular del juez Tulkens destacó que no se estaba teniendo en cuenta el derecho de libertad religiosa de Leyla, al que no se atendió. La doctrina ha destacado

n. 18783/91), en los que se estima legítima la prohibición del velo islámico atendiendo a la laicidad turca, un argumento reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», 91-93.

²⁷ Véase MOTILLA, A. «La libertad de vestimenta: el velo islámico», *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid, 2004, 123-124.

²⁸ Demanda n. 44774/1998. Al respecto véase el comentario de MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», 95-98; BRIONES MARTÍNEZ, I. «El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 10 (2009) 78-80; RELANO PASTOR, E. - GARAY, A. «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 12 (2006), 1-32; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Cizur Menor, 2007, 69-79; GARCÍA-PARDO, D. «El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso turco», *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, 71-81.

que en la justificación de la limitación del uso del velo parece que había más bien criterios políticos que estrictamente jurídicos²⁹.

El Tribunal sigue utilizando las mismas tesis en las sentencias Kervanci contra Francia³⁰, y Dogru contra Francia³¹, ambas de 4 de diciembre de 2008³². En estos casos, las demandantes eran dos adolescentes, expulsadas de su centro escolar por llevar el pañuelo islámico a clase, en contra de la Ley francesa de 2004³³, e incluso habían planteado la posibilidad de usar un gorro en clase de gimnasia por motivos de seguridad. El Tribunal, como ya he adelantado, estima legítima la restricción de la libertad religiosa de las menores y, por tanto, ajustada a derecho, e igualmente alude a la necesaria protección de los derechos y libertades fundamentales de los demás y la protección del orden público. Y entiende que en este supuesto es la laicidad, como principio constitucional y fundador de la República francesa, la que debe ser protegida de forma preferente: «El Tribunal, asimismo, ha considerado que los principios de laicidad, de neutralidad en la escuela y el principio de pluralismo son motivos claros y perfectamente legítimos para justificar la prohibición de acceso a las aulas de alumnas con velo que han rechazado quitárselo, a pesar de la reglamentación existente» (§ 67). No se aprecia en este caso la aplicación del principio de proporcionalidad, que sería lo adecuado.

No me parece acertado argumentar que la igualdad y la laicidad justifican la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa. La igualdad y la laicidad no deben ser interpretadas como un límite de la libertad religiosa, aunque podamos entender que ambos determinen el contenido del orden público. Igualdad y neutralidad deben conformar el marco más adecuado para el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos. La laicidad entendida como limitativa de las manifestaciones de religiosidad en el espacio público no es

²⁹ Las mismas tesis son utilizadas por la Corte para desestimar las demandas en los casos Köse contra Turquía y Kurtulmus contra Turquía, ambas de 24 de enero de 2006 (n. 26625/02; y n. 65500/01). MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», 97-101.

³⁰ Demanda n. 31645/04.

³¹ Demanda n. 27058/05.

³² Véase el comentario de MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», 103-107. El autor además ofrece una serie de casos inadmitidos por la Corte que sigue las mismas tesis. Al respecto también puede consultarse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. «Los atuendos de significado religioso según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 13 (2010), 18-19; CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela», 344-347.

³³ Francia: Ley n. 2004-228, 15 de marzo de 2004, en aplicación del principio de laicidad, sobre el uso de signos o atuendos que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos.

neutralidad. Igualdad y laicidad (entendida como auténtica neutralidad) son dos principios informadores fundamentales del ordenamiento jurídico, merecedores de garantía y protección, pero la libertad religiosa es un derecho fundamental que también merece todas las protecciones. El Tribunal debería haber utilizado el principio de proporcionalidad y admitir el uso del *hiyab* en las aulas en ejercicio de la libertad religiosa, pues el mero hecho de usarlo no prueba ni la existencia de una actuación proselitista ilegítima o que lesione el derecho de los demás, ni un peligro de seguridad pública o de orden público. La laicidad es un principio que obliga a los poderes públicos pero los ciudadanos son libres de elegir sus convicciones y de actuar conforme a ellas si no ponen en riesgo el derecho de los demás.

Fuera del ámbito escolar, la Corte Europea sigue la misma línea interpretativa en el caso *Ebrahimian* contra Francia, de 26 noviembre de 2015³⁴. En esta ocasión la demandante es despedida de su trabajo por negarse a quitarse el pañuelo islámico. Trabajaba en el servicio público de la sanidad francesa y se alegan motivos de laicidad y neutralidad para la prohibición. Se interpreta que los funcionarios no deben hacer ostentación de sus creencias religiosas. No existe normativa al respecto, pero la laicidad es un principio constitucional en Francia, de forma que se interpreta que efectivamente estamos ante una restricción del derecho fundamental de libertad religiosa, pero «está prevista en la ley» y obedece a un objetivo legítimo, necesario en una sociedad democrática, la laicidad o neutralidad de los servicios públicos.

También, en un espacio totalmente ajeno al escolar, debemos destacar el caso *Ahmet Arslan* y otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010³⁵. Está protagonizado por un grupo de personas de religión islámica pertenecientes a una secta que usa una indumentaria religiosa muy específica con turbante en la cabeza. Los demandantes fueron sancionados por la vestimenta que llevaban en lugares públicos abiertos a todos, tales como vías o plazas públicas. Por tanto, no era aplicable la reglamentación turca del uso de símbolos religiosos en establecimientos públicos, en los que el respeto de la neutralidad absoluta respecto a las creencias prima sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar su religión. La Corte declara que no es aplicable en este caso la jurisprudencia del Tribunal que trata la prohibición del uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza pública, pues las situaciones no son equiparables.

³⁴ Demanda n. 64846/11.

³⁵ Demanda n. 41135/1998. Puede consultarse el comentario de BOUZZA ARIÑO, O. «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 183 (2010), 275-277.

Por otra parte, respecto a la simbología dinámica no podemos dejar de comentar el caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013³⁶, que reconoce el derecho a utilizar dicha simbología religiosa en el ámbito laboral. La Sra. Eweida era azafata de British Airways y al cambiar la compañía el uniforme fue requerida para que no se le viera una cruz que llevaba al cuello por motivos religiosos. Al negarse a ocultar o quitarse la cruz incumplía el código del uniforme por lo que fue enviada a casa sin sueldo. Poco más de un mes más tarde le ofrecieron un puesto administrativo que no requería llevar uniforme. Sin embargo, ella decidió no aceptar esta oferta y en su lugar permaneció en casa sin sueldo durante una temporada hasta que British Airways modificó sus reglas respecto al uniforme y le permitió mostrar la cruz. Antes de esta fecha otros trabajadores que habían solicitado llevar un símbolo religioso habían obtenido una autorización expresa por parte de la empresa. Los hombres sij habían sido autorizados para llevar un turbante blanco o azul oscuro y mostrar la pulsera sij en verano, si eran autorizados, a su vez, para usar una camisa de manga corta. Las mujeres musulmanas del personal de tierra fueron autorizadas a llevar el *hiyab* en colores aprobados por British Airways. En estos casos no se consideró que estos empleados causaran consecuencias negativas para la imagen o marca de la empresa. Asimismo, la cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. Por ello el Tribunal consideró que las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho de la demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de los poderes públicos de garantizar los derechos contenidos en el artículo 9. Declara así que ha habido violación de dicho artículo y que no es necesario examinar de manera separada su alegación respecto al artículo 14, que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

El deber de neutralidad e imparcialidad estatal es incompatible con cualquier actuación por parte del Estado de valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de esas creencias, que conforman el contenido de la libertad de conciencia y de religión del artículo 9 del Convenio de

³⁶ Demanda n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10. Un comentario sobre este caso puede consultarse entre otros en PALOMINO, R. «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª), de 15 de enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido», *Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (2013), 241-244; L. MARTÍN-RETORTILLO, «Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013)», *Revista de Administración Pública*, 195 (2014), 171-195; MARK HILL, QC. «Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 32 (2013), 1-15; CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Religión y relaciones laborales en las entidades públicas y privadas en España», *Ius Canonium*, 59 (2019), 3-4.

Roma. El Estado no puede juzgar la veracidad, o no veracidad, de las creencias, y tampoco valorar sus manifestaciones.

En el asunto Eweida vemos como el Tribunal se manifiesta más abierto a la aceptación del uso de simbología dinámica y aplica correctamente, en mi opinión, el principio de proporcionalidad. No había intereses de terceros en peligro. En este caso el conflicto no venía provocado por el uso del *hiyab*, sino por el uso de una pequeña cruz cristiana, en cualquier caso, simbología dinámica que es manifestación de la libertad religiosa, y que, por tanto, refuerza la protección del derecho fundamental.

También se discutía el uso de una cruz cristiana en el caso de la Sra. Chaplin, otra de las demandas resueltas en la sentencia Eweida. La Sra. Chaplin era enfermera que siempre había llevado una cruz al cuello, pero el cambio de uniforme, con cuello en forma de V, la dejó al descubierto. Fue entonces cuando solicitó poder seguir usando su cruz, lo que no se le permitió por entender que suponía un problema para la salud y la seguridad en la realización de su trabajo. En este caso quedó probado, además, «que, por motivos de salud y seguridad, se había solicitado a otra enfermera cristiana que se quitara la cruz y la cadena y dos enfermeras sijs habían sido informadas que no podían usar un brazalete o kirpan, y que habían cumplido estas instrucciones. Dos mujeres médicas musulmanas recibieron permiso para usar un *hiyab* ajustado de «deporte», parecido a un pasamontañas» (§ 19), pues no se permitían que fueran holgados. El Tribunal estima que la prohibición del uso de la cruz es una injerencia en el derecho de libertad religiosa de la Sra. Chaplin, pero necesaria en una sociedad democrática, por cuestión de salud y seguridad, y que no existe discriminación por motivos religiosos. La medida se considera proporcionada y ajustada al artículo 9 y 14 del Convenio de Roma.

Es evidente que, ante un riesgo real y objetivo del orden público, o de los elementos que lo integran, la seguridad pública, la salud pública y la moralidad pública, o el derecho de los demás, se justificará la restricción de la libertad religiosa.

Otro caso digno de mención es el de Hamidović contra Bosnia Herzegovina, de 5 de diciembre de 2017³⁷, en el que la Corte defiende que el ciudadano de a pie no se debe a la laicidad y neutralidad estatal. Sería diferente con el funcionario público que debe adecuar su actuación, en la prestación de sus servicios, a dicha neutralidad. El demandante, musulmán, había sido condenado por des-

³⁷ Demanda n. 57792/15. Puede consultarse el comentario de BOUZZA ARIÑO, O. «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 205 (2018), 272-274.

acato ante un tribunal penal, ante el que actuaba como testigo por no querer desprenderse de la prenda religiosa que cubría su cabeza por motivos religiosos.

También en el ámbito judicial, en el caso Lachiri contra Bélgica, de 18 de septiembre de 2018³⁸, el Tribunal Europeo vuelve a reconocer el derecho de la mujer musulmana a usar el pañuelo islámico atendiendo a su libertad religiosa, en esta ocasión en una sala de vistas, cuando acude como una ciudadana más, sin representar a una institución pública. Como en el caso anterior se hace la distinción entre un ciudadano común y quien ejerce una función pública que está obligado por la neutralidad y la laicidad. En ambos casos se reconoce que el ciudadano había actuado respetuosamente y no había supuesto una amenaza para el adecuado funcionamiento de la sala, por lo que no se podía justificar la limitación del derecho a manifestar libremente la religión de estos ciudadanos. Sería diferente si se tratara de un empleado público que debe ser discreto con sus creencias religiosas y se debe a la laicidad, según el Tribunal.

Tal como ya he indicado, la laicidad es un principio que obliga a los poderes públicos pero los ciudadanos son libres de elegir sus convicciones y de actuar conforme a ellas si no ponen en riesgo el derecho de los demás. En este sentido, considero restrictivo de la libertad religiosa interpretar que las personas deban actuar de manera neutral y uniforme, como si no tuvieran convicciones, en el espacio público. Exigir esa radical neutralidad y uniformidad en las personas, aunque sean funcionarias públicas o ejerzan una función pública, me parece discriminatorio. Más si cabe si afectan en concreto a la mujer de una forma notable y mayoritaria, pues puede suponer una forma de discriminación por razón de género.

5. EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN LA ESCUELA

Los primeros casos conflictivos relativos al uso del velo islámico en centros escolares los conocemos por la prensa. Quizás el primero sea el de Fátima Elidrissi, de 13 años. En 2002, fue escolarizada en un colegio concertado católico, y su *hiyab* no se adecuaba al uniforme obligatorio. A petición de sus padres fue trasladada a un colegio público, donde finalmente se le permitió usarlo³⁹.

³⁸ Demanda n. 3413/2009. Puede consultarse el comentario de BOUZZA ARIÑO, O. «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 208 (2019), 292-294.

³⁹ Un comentario sobre estos hechos puede verse en CAÑAMARES ARRIBAS, S. *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Cizur Menor, 2005, 43-45; ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 22-23.

En 2007, en Girona, Shaima Saidani, de 9 años, fue expulsada de su colegio por usar el pañuelo islámico. Finalmente fue reincorporada en pocos días, después de que la Consejería de Educación de la Generalitat obligase al centro a escolarizarla de manera inmediata, dando prioridad al derecho a la educación.

Los últimos casos más conocidos se han dado en Valencia y en el País Vasco⁴⁰, en 2016, en los que finalmente también se priorizó el derecho de libertad religiosa de la menor y su derecho a la educación, permitiendo que utilizara el *hiyab* en el centro escolar⁴¹.

En Catalunya, no parece que existan conflictos, a pesar de la presencia de importantes comunidades musulmanas. Si bien es cierto que desde la Generalitat se ha fomentado el respeto de la diversidad de creencias en el espacio público, y en particular la «Guia per al respecte a la diversitat de creences als centres educatius de Catalunya» de 2015 de la Generalitat de Catalunya, que sustituyó una versión anterior de 2010, defiende la enseñanza en la interculturalidad, la tolerancia y el entendimiento entre culturas y religiones, garantizando la libertad religiosa de los alumnos. Expresamente la Guía se refiere al uso de simbología religiosa dinámica como manifestación de aquel derecho y su compatibilidad con el ejercicio del derecho a la educación.

A pesar de que son muchos los casos que se conocen por la prensa, solo dos de ellos han llegado a los tribunales, resueltos respectivamente por la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo número 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012⁴², y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de noviembre de 2014⁴³. En ambos supuestos se estimó legítima la prohibición del uso del velo islámico a una adolescente, en un instituto de educación secundaria, por contrariar el reglamento interno del centro. No se entendió que dicha prohibición suponía una limitación del derecho fundamental de libertad religiosa de la menor, reconocido tanto en la Ley Orgáni-

⁴⁰ Algún otro caso es explicado por GONZÁLEZ BOTIJA, F. *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, 97-98.

⁴¹ Una descripción con más detalle se puede consultar en GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. «Impacto de género en el ámbito escolar: velo islámico y libertad religiosa de la menor», *La evaluación de impacto normativo por razón de género*, Madrid, 2019, 370-373.

⁴² Sentencia 35/2012, de 25 de enero. Sobre esta sentencia puede consultarse GONZÁLEZ BOTIJA, F. *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, 91-97.

⁴³ Sentencia 277/2014. La sentencia confirma la sentencia de 17 de junio de 2014, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Burgos. Un comentario sobre esta sentencia puede verse en RODRÍGUEZ CALERO, J. M. *La prohibición del velo en el espacio escolar, entre comunitarismo y libertad religiosa*, Valencia, 2018, 79-92.

ca 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁴⁴, como en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación⁴⁵ (artículo 6.3.e). Se procedió a la sanción de la menor y fue trasladada a otro centro. Por tanto, no se tuvo en consideración ni su derecho de libertad religiosa y ni su derecho a la educación⁴⁶.

En mi opinión, la función educativa debe respetar también la libertad religiosa de los alumnos y el derecho a la igualdad y no discriminación por motivos religiosos o de género. Y los reglamentos internos de los centros deben tener presentes estos derechos, y respetarlos y protegerlos.

No olvidemos que la sentencia 693/2013, de 14 de febrero, del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7, expone de modo claro la necesaria existencia de una ley para limitar un derecho fundamental como es la libertad religiosa (FJ 6), no un mero reglamento interno de un centro escolar.

Efectivamente en estos casos se tenía que haber atendido a la libertad religiosa de la menor, puesto que su opción se basa en su derecho fundamental y no en una moda o capricho. No me parece asimilable un *hiyab* a una gorra, aunque así lo disponga el reglamento interno.

Realmente plantea muchas dudas que un reglamento interno de un centro escolar pueda limitar la libertad religiosa, un tema sobre el que no voy a entrar en detalle, pues me remito a un trabajo recientemente publicado que analiza esta cuestión de forma particular⁴⁷. Debemos insistir en la idea de que si no hay peligro real para el orden público, no debería limitarse el derecho fundamental⁴⁸.

Como ya ha sido expuesto, ante la existencia de un conflicto de este tipo, se debería atender, en todo caso, al principio de proporcionalidad para determinar si existe un bien jurídicamente protegido amenazado efectivamente por el uso de simbología religiosa.

En los centros escolares, la alumna debería poder ejercer su libertad religiosa usando el velo, si así lo desea, mientras no suponga un riesgo para su

⁴⁴ Uno de los fines del sistema educativo es «la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres...» (artículo 2.1.b).

⁴⁵ Asimismo, su artículo 2 dispone que «La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución, tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente Ley, los siguientes fines: [...] b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia».

⁴⁶ Para un estudio detallado de estas dos sentencias, véase GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. «Impacto de género en el ámbito escolar: velo islámico y libertad religiosa de la menor», 368-370.

⁴⁷ *Ibíd.* 373-376.

⁴⁸ De la misma opinión es ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 24.

salud o para su seguridad, o la del resto de miembros de la comunidad educativa, o no suponga la lesión de cualquier derecho fundamental. El centro público de enseñanza debe ser neutral, de acuerdo con la laicidad estatal, pero las personas tienen libertad religiosa, y no se deben a esa neutralidad. No obstante, es lógico que se limite su uso para la realización de ciertas actividades, como gimnasia o natación, pues puede suponer un peligro real para la menor o sus compañeros⁴⁹. En cualquier otro caso no debería haber limitación del derecho fundamental de libertad religiosa⁵⁰.

La presencia de vestimenta religiosa en los centros escolares hace evidente la pluralidad de la sociedad, y creo que puede facilitar la enseñanza intercultural. Tal como expone la doctrina, la prohibición del uso de símbolos religiosos, sin que existan razones de seguridad o salud que lo aconsejen, lanzan un mensaje de rechazo al que los niños no son inmunes⁵¹.

El supuesto parece diferente cuando en los centros escolares quien usa el pañuelo es una profesora. Hasta ahora no ha llegado ningún caso a nuestros tribunales. Si el centro es público, debe cumplir con la neutralidad y la laicidad estatal, y esto puede ser interpretado de forma que la profesora debería dar ejemplo de neutralidad y no podría usar vestimenta religiosa⁵². El lugar que ocupa la profesora respecto a sus alumnos, menores de edad, puede implicar una mayor influencia y presión sobre ellos, y cualquier manifestación de carácter religioso se podría interpretar como proselitista, lo que iría en contra de la neutralidad a la que se debe el centro y sus profesores⁵³, y además podría implicar un conflicto con la libertad religiosa de los menores. Así lo entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001, ya mencionado.

En cualquier caso y aunque es cierto que es fácil influir en alumnos de corta edad, parece excesivo otorgar al hecho de llevar el pañuelo islámico un efecto de adoctrinamiento, sin prestar atención a otras circunstancias, como pueden ser sus acciones, la manera de dar clase, o el trato con los alumnos⁵⁴.

⁴⁹ Así está contemplado en el Derecho comparado tal como expone MOTILLA, A. «La libertad de vestimenta: el velo islámico», 117.

⁵⁰ En el mismo sentido CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley Orgánica de libertad religiosa», 9.

⁵¹ GARCIMARTÍN MONTERO, M. C. *La religión en el espacio público*, Cizur Menor, 2016, 163.

⁵² En este sentido ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 25.

⁵³ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9, sobre la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos, en los que se prohíbe a los profesores cualquier forma de adoctrinamiento ideológico.

⁵⁴ MOTILLA, A. «La libertad de vestimenta: el velo islámico», 123-124.

En España, además, la laicidad positiva⁵⁵, que proclama nuestra jurisprudencia constitucional, debería permitir la compatibilidad entre la neutralidad de los centros públicos escolares y ciertas manifestaciones de carácter religioso de los profesores que no supongan un adoctrinamiento ideológico de los alumnos⁵⁶.

De nuevo hablamos de la mujer que es quien usa el *hiyab*. Esto, claramente, le va a suponer una limitación para acceder a la vida laboral en este ámbito. En un momento en el que se está hablando de la oferta de la enseñanza de la religión islámica en los colegios públicos en algunas Comunidades Autónomas, tal como exige el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España de 1992, no sabemos cómo podrá afectar el uso del pañuelo para las potenciales profesoras de religión islámica, aunque quizás en clase de religión no se considere un problema. No debemos olvidar, tampoco, que la mujer musulmana que usa el velo es una más en las aulas de la Universidad española y puede acceder a la profesión docente como cualquier otra mujer o varón con diferentes convicciones religiosas o ideológicas ¿Podrá acceder la mujer musulmana que usa el *hiyab* como docente en la enseñanza pública? ¿Se le obligará a prescindir del pañuelo? Si fuera así, ¿podríamos hablar de discriminación de la mujer por usar el velo islámico?

6. EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN LA DOCUMENTACIÓN DE IDENTIFICACIÓN

También se han planteado ciertos conflictos con el velo en el ámbito administrativo, a la hora de cumplir con los requisitos para la expedición o renovación de los documentos oficiales de identificación, ya sea el Documento Nacional de Identidad, el Pasaporte o el Carnet de conducir⁵⁷.

El Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, exige para el Pasaporte «una fotografía reciente en color del rostro del solicitante..., tomada de frente y sin

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

⁵⁶ De la misma opinión: PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Cizur Menor, 2014, 199; GARCIMARTÍN MONTERO, M. C. *La religión en el espacio público*, 161; ROSSELL, J. *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Madrid, 2008, 138-139.

⁵⁷ Al respecto puede consultarse también MOTILLA, A. «La libertad de vestimenta: el velo islámico», 134-135; Los antiguos Real Decreto 2002/1979, de 20 de julio, y el Real Decreto 1064/1988, de 16 de septiembre, requerían igualmente que la cabeza estuviera destapada, y aun así se admitía que las mujeres pudieran hacerse la foto con el pañuelo para el Documento Nacional de Identidad y para el Pasaporte, respectivamente. Ver también CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa», 14-15; ROSSELL, J. *La no discriminación por motivos religiosos en España*, 139.

gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir la identificación de la persona» (artículo 4.c). No se especifica nada sobre si la cabeza debe estar descubierta o no.

El Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, exige para el Documento Nacional de Identidad «una fotografía reciente en color del rostro del solicitante..., tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona» (artículo 5.b). La regulación es muy similar a la anterior, aunque sorprende que en este caso se requiera la cabeza totalmente descubierta. Es evidente que aquí el límite lo encontramos en la seguridad jurídica, pero considero que, en aplicación del principio de proporcionalidad, mientras la persona sea identificada sin problema, podría cubrirse la cabeza en ejercicio de su libertad religiosa. Parece excesiva la exigencia del Real Decreto 1553/2005 en este sentido⁵⁸.

En el caso de permisos y licencias de conducción también se solicita igualmente «una fotografía reciente del rostro del solicitante..., tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta, y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona». Así se dispone en el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, Anexo III⁵⁹.

La «Guía de trámites de 2019 del Ministerio del Interior», para el Documento Nacional de Identidad reproduce lo dispuesto en el Real Decreto 1553/2005, también reproduce lo dispuesto en el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, para el pasaporte, pero se añade en este caso una aclaración «la fotografía deberá mostrar claramente el óvalo de la cara y deberá ser de alta resolución y en papel fotográfico de buena calidad», y ello es compatible con el uso del pañuelo islámico, por lo que no debería presentar problemas.

Por otra parte, la Guía, para el caso del permiso de conducir, en todas sus modalidades, especifica que «cuando se trate de solicitantes que por su religión lleven el cabello cubierto, se admitirán las fotografías con velo, siendo la única limitación para su admisión que el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierto desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona»⁶⁰.

⁵⁸ ROSSELL, J. *La no discriminación por motivos religiosos en España*, 139: «no parece que, con las técnicas actuales de identificación personal, afecte el hecho de llevar pañuelo, y sí es una muestra de tolerancia y de querer evitar problemas con las minorías religiosas».

⁵⁹ «Documentación para obtener las distintas autorizaciones para conducir. A) Obtención del permiso o licencia de conducción», artículo 1.b.

⁶⁰ Páginas 234, 236, 238, 240, 243, 244, 245, 247, 250, 251, 252, 255, 256, 258, 259, y 262. http://www.interior.gob.es/documents/642012/10540955/guia_tramites_2019_accessible.pdf/8535f05a-1678-4605-801f-efa513cdfb1f (3/12/2019).

Aunque en esta guía no se hace una aclaración similar respecto al Documento Nacional de Identidad, parece ser que en este supuesto también es la práctica habitual, o así debería ser. Tanto religiosas católicas con velo, como mujeres musulmanas pueden presentar una foto para el Documento Nacional de Identidad con la cabeza cubierta, siempre que se vea perfectamente el óvalo de la cara y no dé lugar a ningún tipo de confusión en la identificación. No obstante, no he podido comprobar si es así de manera generalizada, pues no he encontrado ningún documento del Ministerio del Interior que lo confirme.

El avance de las nuevas tecnologías y la normalización del uso del certificado digital quizás suponga, sin embargo, el desuso o desaparición de estos documentos de identidad que contienen fotos de los ciudadanos. De esta forma acabaría el problema del que hablamos.

7. EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

En el ámbito judicial también se ha planteado algún problema por el uso del *hiyab*. Lo hemos visto en el caso Lachiri contra Bélgica, de 2018, aunque en aquel caso era una ciudadana común que asistía a un juicio. La Corte considera que prohibirle el uso del velo es una restricción de su derecho de libertad religiosa, injustificada en una sociedad democrática, pues no supone una amenaza para el buen funcionamiento de la audiencia, ni un ataque al buen orden en la sala. La demandante no es una representante del Estado en el ejercicio de una función pública y, por lo tanto, no se ve obligada por la laicidad estatal y a ser discreta en la expresión pública de sus creencias religiosas (Ahmet Arslan y otros contra Turquía, y Hamidović contra Bosnia Herzegovina)⁶¹.

Si tenemos en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los funcionarios públicos en una sala de vistas deben ser discretos con sus creencias y no podrían manifestarlas, debido a la laicidad o neutralidad del Estado que determina su función pública. Por tanto, una juez, una fiscal o una letrada del Tribunal se entiende que no podrían hacer uso del pañuelo islámico, y tampoco podría ser utilizada la kipá judía en el caso de los varones.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, en su artículo 187 dispone que «1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su

⁶¹ § 44.

rango». La toga negra viene a ser el uniforme de los miembros de la carrera judicial, Magistrados, Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados y Procuradores... El Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre, de Honores, Tratamiento y Protocolo en los Actos Judiciales Solemnes, establece que «la regulación del uso de la toga, insignias y condecoraciones tiene por objeto velar por el cumplimiento de este deber, en el entendido de que la dignidad y solemnidad de los actos judiciales compromete, en buena medida, el debido respeto a los ciudadanos y a la función que ejercen Jueces y Magistrados». Según su artículo 33, párrafo segundo, los jueces y magistrados deben usar toga y «traje o vestimenta acorde con la dignidad de la función judicial y la solemnidad del acto». Asimismo, el artículo 34 regula el uso de toga, insignias y condecoraciones por los miembros de la Carrera Judicial⁶². En ningún caso se requiere que se lleve la cabeza descubierta o que se les deba exigir estricta neutralidad personal, aunque este sea el argumento de la Corte Europea. ¿Se puede interpretar que el uso del *hiyab* no es acorde a la dignidad de la función judicial? ¿Si una juez o una fiscal llevan velo en la Sala de Vistas no podrán ejercer su función de acuerdo a lo que exige la ley? ¿Se pierde la neutralidad en su actuación como funcionario público? En mi opinión, no veo en el uso del pañuelo islámico un claro problema de orden público, de manera que corran peligro los derechos de los demás o el ejercicio de la función pública. En caso contrario estamos provocando que la mujer musulmana tenga

⁶² «1. Los miembros de la Carrera Judicial, como distintivo del cargo, llevarán sobre la toga una placa situada en el lado izquierdo y, en su caso, usarán medalla. Ambos atributos del cargo serán dorados si se trata de Magistrados del Tribunal Supremo y Magistrados y plateadas si son Jueces.

2. Los miembros de la Carrera Judicial que pertenezcan a la primera y segunda categorías, llevarán en las mangas de la toga vuelillos blancos sobre fondo negro.

3. El diseño de la medalla y placa será el que figura en la Orden Ministerial de 16 de octubre de 1939, a la que se remite en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 29 de mayo de 1985, con las modificaciones en él previstas, y que figura en el Anexo I de este Reglamento.

4. Los/las Vocales del Consejo General del Poder Judicial, en actos protocolarios solemnes que se celebren en estrados, usarán toga con vuelillos sobre fondo negro, con la medalla e insignias del Consejo General del Poder Judicial y condecoraciones. El diseño de la placa y medalla será el aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en Acuerdo de 15 de diciembre de 1982 y que se describe en el Anexo II. En la placa figurará el diseño del escudo aprobado por el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 10 de diciembre de 2002.

5. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo usará de ordinario el collar pequeño y, en los actos protocolarios solemnes, el gran collar de la Justicia.

6. Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores podrán usar condecoraciones en los actos protocolarios; de llevarlas en la toga, se colocarán en su lado derecho.

7. Forma parte de las potestades de ordenación de estrados de Jueces y Tribunales velar por la observancia de las normas hasta aquí expuestas.»

que renunciar, en todo caso, a la Carrera Judicial o la Carrera Fiscal. No sé si ello se ajusta a las exigencias de una auténtica sociedad democrática basada en los derechos humanos, y en la que se debe proteger a los ciudadanos de cualquier forma de discriminación, basada en la religión o en el género, entre otros motivos.

Pero ¿qué ocurre si es una abogada la que hace uso del *hiyab*? En octubre de 2009, una abogada fue expulsada de la sala de vistas de la Audiencia Nacional por llevar un pañuelo que le ocultaba el cabello. Zoubida Barik, española de origen marroquí, había asistido como público a la Audiencia Nacional, sin problema, en ocasiones anteriores, pero el 20 de octubre se sentó en la Sala en la zona reservada a las partes, no como abogada titular sino dando apoyo al abogado de una de las partes en un juicio sobre terrorismo islamista. Llevaba la toga y el velo y entonces no hubo objeción por parte del Tribunal. Pero el 22 de octubre, el Presidente del Tribunal le ordenó el abandono del estrado de los abogados por llevar un pañuelo en la cabeza. A continuación, esta presentó una queja ante el Consejo General del Poder Judicial por posible abuso de la autoridad y discriminación por parte del magistrado. También interpuso recurso de alzada ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, el 11 de noviembre. La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de 8 de febrero de 2010 acordó el archivo de la queja formulada contra la decisión del Presidente del Tribunal⁶³. El acuerdo de la Comisión Disciplinaria susceptible de recurso contencioso-administrativo no fue impugnado. La Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional remitió al Consejo General de Poder Judicial el recurso de alzada al estimarlo competente, pero este no se pronunció por falta de competencia, de forma que la Sr. Barik interpretó que se le desestimaba el recurso por silencio negativo. Ante esta situación recurrió ante el Tribunal Supremo, por violación de los artículos 14, 16 y 18 de la Constitución, recurso que fue desestimado en sentencia de 2 de noviembre de 2010, Sala de los Contencioso-Administrativo (Sección Octava).

El Tribunal es muy claro al respecto: «No tiene duda la Sala de que se trata de una decisión adoptada por quien presidía el juicio en el ejercicio de las funciones de policía de estrados que le confiere el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, según explica con acierto el Ministerio Fiscal,

⁶³ Según el Consejo General del Poder Judicial: «*Como puede observarse, no existe, por tanto, en nuestra legislación un pronunciamiento expreso de prohibición o de permisividad, en cuanto a si los Letrados situados en estrados pueden o no llevar prenda alguna en la cabeza, por lo que, entendemos, deberá ser cada Juez o Magistrado, que presida la vista, el que ejerza la facultad de decidir si la vestimenta del letrado reúne esos requisitos que precisa la Ley, permitiendo o rechazando aquella prenda que, a su juicio, no se ajuste a la "dignidad y prestigio de la toga que visten al respeto a la Justicia"*». En Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010, FJ 2.

constituye una corrección especial de las contempladas en el artículo 557 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, el régimen de su impugnación es el previsto en el artículo 556 de este último texto legal: recurso de audiencia en justicia ante el propio Tribunal que juzgaba el proceso penal y, de no prosperar, ulterior alzada ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional cuya decisión cierra la vía judicial. El Consejo General del Poder Judicial no está llamado, por tanto, a revisar esas decisiones cuya naturaleza es jurisdiccional y no gubernativa, según viene declarando la jurisprudencia, tal como ha recordado el Ministerio Fiscal. De ahí que la resolución expresa que hubiera debido dictar habría sido de inadmisión ya que, además de que el camino para impugnar estos acuerdos tomados en el ejercicio de la policía de estrados, como se ha visto, está trazado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no le incluye, no corresponde al órgano de gobierno del Poder Judicial revisar las decisiones jurisdiccionales de los juzgados y tribunales ni en el seno del procedimiento disciplinario ni en ningún otro. [...] Solución que no puede ser otra que la desestimación del recurso sin que sea necesario entrar en las cuestiones de fondo que suscita, ya que no cabe reprochar al Consejo General del Poder Judicial no haber hecho lo que legalmente no puede hacer» (FJ 7).

La demandante también formuló recurso de nulidad de las actuaciones ante el Tribunal Supremo, pero su recurso fue desestimado mediante auto de 31 de enero de 2011, y se le condenó en costas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de septiembre de 2012 declaró la inadmisión de recurso de amparo presentado por la Sra. Barik, por considerar que no había violación de derechos fundamentales⁶⁴.

Es evidente que el caso se resuelve sin entrar en el fondo, como una decisión de policía de estrados, competencia exclusiva del Presidente del Tribunal. No sería necesario hacer notar que estamos ante el uso de una prenda de vestir que está amparada por la libertad religiosa y que como tal solo puede ser limitado por poner en peligro el orden público o el derecho de terceros, lo que no parece darse en este caso. Por tanto, no debería darse ninguna restricción. Además, el Estatuto General de la Abogacía de 22 de junio 2001, Real Decreto 658/2001, en su artículo 37 solo obliga a los abogados que vistan «toga y, potestativamente, birrete», y añade que «adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de la toga que visten y al respeto a la justicia. Los abogados no estarán obligados a descubrirse más que a la entrada y a la salida de las Salas a que concurren para las vistas y en el momento de solicitar la venia para infor-

⁶⁴ Al respecto véase BOUZZA ARIÑO, O. «Crónica de jurisprudència recinte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad religiosa», *Revista General de Derecho Administrativo*, 43 (2016), 2.

mar». Ello debe ser apreciado por el Presidente del Tribunal que puede solicitar que se descubran, si no lo han hecho en el momento indicado en la norma. Pero, como es sabido, las normas de protocolo para el varón y la mujer son diferentes en cuanto a uso de prendas que cubran la cabeza, tanto en lugares cerrados como al aire libre, por lo cual no es de extrañar esta previsión legal, que creo más pensada para el varón. No veo claro que deba aplicarse por igual a la mujer, tampoco fuera del caso del *hiyab*. El Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre, de Honores, Tratamiento y Protocolo en los Actos Judiciales Solemnes, artículo 33, párrafo tercero, indica que los abogados deben usar toga y «traje o vestimenta acorde con la solemnidad del acto», y no hace referencia a si la cabeza debe estar descubierta o no.

Zoubida Barik recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el 26 de abril de 2016 rechazó su demanda por no haberse agotado la vía de recursos internos. En realidad, no se había presentado el recurso de alzada en plazo contra la primera decisión del Presidente del Tribunal, ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, que cierra la vía judicial. El plazo es de cinco días.

En definitiva, hay que preguntarse si una mujer musulmana que usa el pañuelo islámico no puede ejercer como abogada. Creo que si se le prohíbe asistir con el velo estaríamos ante una clara discriminación, no solo religiosa, sino también de género. ¿Realmente una prenda de vestir es un daño real para el orden público? ¿Se actuaría igual ante la kipá, utilizada por el varón judío, o el turbante sij?

Una vez más nos encontramos con un conflicto de conciencia frente a un deber jurídico (de dudoso fundamento, pues no hay ninguna norma que prohíba de forma expresa el uso del pañuelo islámico por una abogada en el estrado), que finalmente se soluciona con la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa, sin existir un peligro efectivo de orden público, y en cualquier caso sin buscar el acomodo o el equilibrio de intereses y la aplicación del principio de proporcionalidad.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

El uso del velo islámico podemos considerarlo una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa. Si no hay peligro real y objetivo para el orden público o el derecho de un tercero no debería limitarse dicho derecho fundamental. Como ha dejado dicho el Tribunal Constitucional, el límite del orden público no debe ser interpretado como cláusula abierta y de posible uti-

lización preventiva ante posibles riesgos, de tal manera que permita restringir o eliminar el ejercicio del derecho fundamental⁶⁵. Ante la existencia de un conflicto entre bienes similares jurídicamente protegidos, se debería atender en todo caso al principio de proporcionalidad para determinar si uno de esos bienes se haya amenazado efectivamente por el uso de simbología religiosa.

Las limitaciones del derecho fundamental de libertad religiosa, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deben estar justificadas y ser proporcionadas al fin perseguido, deben estar previstas en la ley, y obedecer a las necesidades de una sociedad democrática.

En esta línea, la Corte Europea ha diferenciado entre el uso del *hiyab* por ciudadanos comunes, y por funcionarios públicos. Asimismo, también ha distinguido entre el uso del velo en establecimientos públicos con una reglamentación o normativa de prohibición expresa y el uso en el espacio público abierto, donde no cabe una prohibición generalizada. Si la mujer es una funcionaria pública o su trabajo está relacionada con la prestación de un servicio público u ostenta la representación de una institución pública estaría justificado que la neutralidad o la laicidad estatal restrinja su derecho de libertad religiosa y no pueda utilizar el pañuelo islámico en el ejercicio de sus funciones, únicamente podrá hacerlo fuera de ese espacio público.

No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina, «lo que se espera de un empleado público es que respete la igualdad, que no trate de manera diferente –mejor o peor– a los usuarios que pertenecen a una determinada confesión o a quienes no pertenecen a ninguna; en definitiva, que actúe con neutralidad en el ejercicio de sus funciones»⁶⁶. Y el uso del velo islámico no creo que pueda entenderse un obstáculo en este sentido, ni tiene por qué dar lugar a una confusión de funciones entre una confesión y el Estado, de modo que ponga en peligro la neutralidad o laicidad de este.

La limitación de su uso de modo injustificado, sin que se ponga en peligro el orden público podría considerarse una forma de discriminación de la mujer, no solo por motivos religiosos, sino también por razón de género, si es la mujer la única que se ve afectada por dichas restricciones.

Por otra parte, si se prohíbe el *hiyab* teniendo en cuenta el principio de igualdad, por ser entendido aquel como un signo que promociona la cultura que discrimina a la mujer, estaríamos ante una aplicación preventiva del orden público, pues se define su uso como situación de riesgo y se haría una interpreta-

⁶⁵ Véase sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11.

⁶⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, M. C. *La religión en el espacio público*, 161.

ción negativa del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa⁶⁷, lo que no se ajustaría a la doctrina del Tribunal Constitucional. La mujer tiene derecho a decidir si quiere usarlo.

En los centros escolares, la alumna también debería poder ejercer su libertad religiosa usando el *hiyab*, si así lo desea, mientras no suponga un riesgo para su salud o para su seguridad, o la del resto de miembros de la comunidad educativa, o no suponga una lesión de cualquier derecho fundamental de otro alumno. El centro público de enseñanza debe ser neutral, de acuerdo con la laicidad estatal, pero las personas tienen libertad religiosa, y no se deben a esa neutralidad. Además, prohibir el uso del velo a las alumnas, puede implicar una limitación de su derecho a la educación, y no se protegería el interés superior de las menores, ni se estaría ayudando a su integración social⁶⁸. Creo que podríamos hablar de una discriminación de las menores por motivos religiosos y también de género. La presencia de simbología religiosa en los centros escolares facilita y beneficia una educación intercultural que puede ser muy enriquecedora para todos. La función educativa debe respetar la libertad religiosa de todos los alumnos.

En cuanto a la existencia de una ley sobre el uso del *hiyab*, no me parece adecuado regular su prohibición con carácter general, ni siquiera del *burka* o *niqab*. Si bien, una regulación sobre su uso en el espacio público evitaría inseguridad jurídica y favorecería una interpretación uniforme para todos los casos, que evitara la discrecionalidad. Así, por ejemplo, se evitaría la discusión respecto a las funcionarias públicas de confesión islámica, en los centros escolares, pudiendo dar prioridad al derecho a la educación; también respecto a la regulación sobre documentos oficiales de identidad, donde la normativa vigente y las recomendaciones no siguen la misma línea interpretativa en todos los supuestos, incluso en el ámbito judicial se evitarían prácticas que parecen discriminatorias para la mujer musulmana, sin una base legal o jurídica clara. La manifestación de la libertad religiosa debería estar protegida en todo caso, fuera del límite del orden público entendido como peligro real y objetivo. Por seguridad jurídica, las limitaciones de los derechos siempre deberían estar establecidos expresamente en una ley, para evitar interpretaciones discrecionales y/o discriminatorias.

⁶⁷ En el mismo sentido RUIZ RUIZ, J. J. «La prohibición del velo islámico e centros públicos de enseñanza y el orden público constitucional español y europeo», *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid 2011, 109 y 113.

⁶⁸ Es sabido que en algunos casos otras menores, que no utilizaban el velo, comienzan a hacerlo en apoyo de aquella alumna que es obligada a prescindir de él.

Por otra parte, la normativa que regulara el uso de simbología religiosa dinámica debería ser sometida a una evaluación para comprobar el impacto o la incidencia sobre la libertad religiosa, y también sobre la perspectiva de género⁶⁹. Cualquier normativa, ya sean los reglamentos internos de los colegios, la reglamentación que obligue a los funcionarios públicos en su actuación, o un real decreto, o una ley, debe ser sometida a una evaluación previa de impacto en los derechos fundamentales⁷⁰, de tal modo que cualquier norma de desarrollo cumpla con la protección y la garantía debida de dichos derechos. También se debería facilitar y procurar la intervención de las minorías religiosas en los procesos de toma de decisiones normativas, para procurar que no se dé un impacto indebido en sus derechos, como podría ser una discriminación indirecta⁷¹.

Las minorías religiosas siempre lo tienen más difícil para el ejercicio de sus derechos, da igual el lugar del mundo en el que nos encontremos. Pero en un mundo regido por los derechos fundamentales se debería tener especial sensibilidad hacia los derechos del otro, aunque sea miembro de una minoría y no se identifique con la religión o cultura originaria o mayoritaria del lugar. La comunidad internacional debería tener claras las políticas necesarias para luchar contra la restricción de derechos de las minorías. Más si cabe en Europa donde nos orgullecemos de ser una sociedad democrática que garantiza y protege los derechos y libertades fundamentales. El límite de los derechos fundamentales debe responder a un peligro grave y cierto del orden público, de seguridad pública, de salud pública o de moralidad pública, o de los derechos de un tercero. Ir más allá con los límites rompe con el sistema de derechos que nos hemos otorgado.

La prohibición injustificada o no ajustada a derecho del uso del velo por la mujer musulmana puede conllevar la estigmatización de este colectivo, impidiendo no solo su adecuada formación, sino también a participar de forma ac-

⁶⁹ Al respecto puede verse, AAVV. *La evaluación de impacto normativo por razón de género*, Madrid 2019; y en particular el capítulo de CANALS AMETLLER, D. «La evaluación de impacto de género en los procesos normativos de competencia estatal», 69-119.

⁷⁰ Vendría a ser lo que la doctrina llama análisis social del Derecho, al respecto puede verse CANALS AMETLLER, D. «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», *Crisis, vivienda y vulnerabilidad social*, 2020, en prensa.

⁷¹ Sobre la evaluación de impacto y la participación ciudadana en el proceso normativo para la mejora regulatoria puede consultarse GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. «Transparencia normativa y confesiones religiosas. Una primera aproximación», *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital. Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Madrid, 5 al 7 de junio de 2019*, Granada 2019, 325-337. También CANALS AMETLLER, D. «Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo», monográfico *La mejora de la regulación*, *Revista ICE*, 907 (marzo-abril 2019), 93-104.

tiva en la vida pública, a acceder a la carrera funcionarial, o al mercado laboral. En definitiva, se estaría dando lugar a una discriminación por motivos religiosos y motivos de género. Creo que debemos irnos acostumbrando y facilitando que la mujer musulmana y su pañuelo estén presentes en todos los ámbitos sociales, si ella lo decide así.