

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO / GRADU AMIERAKO LANA

**CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y MULTICULTURALIDAD:
LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS
SÍMBOLOS RELIGIOSOS ISLÁMICOS FEMENINOS EN ESPAÑA**

Inés Molina Álvarez

**DIRECTOR / ZUZENDARIA
Alejandro Torres Gutiérrez**

**Pamplona / Iruñea
4 de junio de 2014**

RESUMEN: Como consecuencia de la inmigración que se ha dado en Europa desde hace unos años, estamos asistiendo en nuestras sociedades a un hecho social multicultural, que en ocasiones tiene como resultado el choque entre las distintas culturas que conviven. Uno de los debates más intensos en ese aspecto es el que suscitan los símbolos religiosos islámicos femeninos, por lo que en este trabajo se analizará la problemática que éstos plantean desde el punto de vista de los límites que pueden establecerse al derecho fundamental a la libertad religiosa que recoge el art. 16 de la Constitución Española.

PALABRAS CLAVE: libertad religiosa, Islam, simbología religiosa, velo integral, pañuelo islámico.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
LBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO	7
1.	El art. 16 de la CE	7
2.	Los límites de la libertad religiosa en el Derecho español	8
	<i>2.1. La seguridad pública</i>	9
	<i>2.2. La salud pública</i>	10
	<i>2.3. La moral pública</i>	10
	<i>2.4. El ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los demás individuos</i>	10
III.	LA SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL ISLAM, ESPECIAL REFERENCIA A LAS VESTIMENTAS FEMENINAS Y A SU PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL	10
1.	El concepto de velo, tipos y su consideración como simbología religiosa	11
2.	El velo islámico	13
3.	El velo integral	19
	<i>3.1. ¿Están justificadas jurídicamente estas prohibiciones?</i>	21
	3.1.1. La dignidad de la mujer.....	21
	3.1.2. El orden público	22
	<i>3.2. La reciente jurisprudencia del TS en cuanto a las prohibiciones generales del velo integral en el ámbito municipal español.</i>	23
	3.2.1. Antecedentes	23
	3.2.2. La jurisprudencia del TS	25
IV.	REFLEXIONES FINALES	33
	BIBLIOGRAFÍA	35
	TABLA DE JURISPRUDENCIA	38

I. INTRODUCCIÓN

Los países occidentales vienen experimentando desde hace años una creciente inmigración, que tiene como consecuencia directa que las personas inmigrantes traigan con ellas sus respectivas culturas, costumbres y modos de vida, por lo que estamos asistiendo en Europa y en España a un hecho social *multicultural*, es decir, a la convivencia dentro de un mismo espacio social de grupos de individuos de culturas diferentes¹.

Uno de los puntos más conflictivos de este *multiculturalismo* es la posición de las religiones, de su convivencia, y del respeto de unas y otras y entre unas y otras. En España, históricamente la religión católica ha sido la que ha acaparado los sentimientos religiosos de los españoles; pero no solo eso, pues una de las claves de la Historia constitucional de España ha sido la confesionalidad del Estado (a excepción del periodo de vigencia de la Constitución Republicana de 1931). Promulgada la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), se puso fin a esta confesionalidad del Estado con la introducción del art. 16, en el que también se reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto de todos los individuos y comunidades. Lo dicho no solo supone que la Iglesia Católica ya no tiene que tener un *status* superior al de las demás confesiones religiosas, sino que el Estado debe respetar y amparar la esfera de libertad en la religión que la CE proporciona a todas las personas que vivan en España.

En este trabajo, vamos a referirnos a una de las minorías religiosas más importantes en España, la representada por las personas que profesan la religión musulmana, que, según un estudio realizado por la Unión de Comunidades Islámicas de España, asciende en 2013 a 1.732.191 personas (siendo 1.163.839 extranjeras y 558.352 españolas)².

Partiendo de esto, no debemos mantenernos al margen del hecho de que las personas musulmanas están asistiendo en Europa y también en España a una profunda discriminación por razones religiosas, fenómeno que se ha conocido como *islamofobia*. Según un estudio de 2008 de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, el 40% de los musulmanes que vivían en España fue objeto de discriminación ese mismo año

¹ ANCHÚSTEGUI IGARTUA, E. “Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural”, en: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 26, Segundo semestre de 2011, pág. 47.

² “Estudio demográfico de la población musulmana” realizado por el Observatorio Andaluz de la Unión de Comunidades Islámicas de España, publicado en febrero de 2014. Puede consultarse la versión completa en: <http://ucide.org/sites/default/files/revistas/estademograf13.pdf>

(la media europea se situaba en el 30%)³, y en el Informe del Consejo de Europa sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa de 2010⁴ se ha destacado que en muchos de los Estados miembros del Consejo de Europa los musulmanes se sienten socialmente excluidos, estigmatizados y discriminados, y que se han convertido en víctimas de los estereotipos, de la marginación social y del extremismo político, debido a sus diferentes tradiciones religiosas y culturales.

Datos tan preocupantes deben hacernos reflexionar para que orientemos nuestras acciones diarias hacia una convivencia más tolerante, pero lo que es más importante, esta situación debe servir para que el Estado tome decisiones efectivas para erradicar esta discriminación, lo que solo podrá conseguirse mediante el posicionamiento de todas las culturas en un plano formal de igualdad. Y es que nos parecen lejanas las decisiones de otros Estados de prohibir, por ejemplo, el erigir minaretes (Suiza) o las de portar ciertos símbolos religiosos en el espacio público (Francia o Bélgica); pero debemos ser conscientes de que en España también se están intentando iniciativas similares y que, precisamente son los poderes públicos, los que se suponen garantes de los derechos y libertades de la CE, los que las impulsan.

El tema de la discriminación por estas razones tendría muchos aspectos que analizar, sin embargo, uno de los problemas más importantes que se plantea en nuestro país es el referido a las mujeres musulmanas y los símbolos religiosos que portan a través de sus vestimentas islámicas. Nos parece importante centrarnos en este tema pues muchos de los casos de discriminación a personas musulmanas se concretan en las mujeres. Se han dado en nuestro país casos relacionados con el uso del pañuelo islámico (sobre todo en las escuelas) que merecen un análisis, así como las decisiones de algunos Ayuntamientos de prohibir el velo integral en espacios públicos y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) al respecto.

Pero antes de comenzar con el punto central del trabajo, es decir, los símbolos religiosos islámicos femeninos y su problemática desde el punto de vista constitucional, debemos hacer unas precisiones sobre lo que implica el derecho a la libertad religiosa en Derecho español, y, sobre todo, los límites que pueden establecerse a esta libertad.

³ Una información más detallada del estudio sobre la discriminación en España se puede ver en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/28/espana/1243531302.html> (Consultado el 02/06/2014).

⁴ Informe sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa del Comité de Cultura, Ciencia y Educación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 25/05/2010. La versión completa en inglés del texto puede verse en: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=12479&Language=EN> (Consultado el 02/06/2014).

II. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO

1. El art. 16 de la CE

Como se ha señalado en las líneas anteriores, el art. 16 de nuestra CE, en lo que se refiere al reconocimiento de un derecho fundamental a los individuos, trata la libertad ideológica, religiosa y de culto. “La libertad ideológica, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano”⁵. Así, la libertad ideológica incluye la libertad de ideas y creencias, tanto religiosas como no religiosas⁶, por lo que podríamos decir que la libertad religiosa es uno de los ámbitos que el concepto (más amplio) de libertad ideológica entraña. En cuanto a la libertad de culto que también menciona el precepto constitucional, la doctrina se ha planteado el porqué de esta referencia singular a una libertad que es, esencialmente, una parte de la libertad religiosa⁷. Podemos decir que la mención expresa obedece a la importancia del culto dentro del derecho a la libertad religiosa, pues es una de las manifestaciones más importantes en el ámbito de su dimensión externa.

Según ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), “la libertad religiosa se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo. [...] El principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia”⁸.

En relación con lo anterior, ha aclarado el máximo intérprete de la CE que “el derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a

⁵ STC 292/1993, de 18/10/1993 (RTC 1993\292).

⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la libertad de conciencia I*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 304.

⁷ GONZÁLEZ MORENO, B. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 318 y 319.

⁸ STC 24/1982, de 13/05/1982 (RTC 1982/24).

terceros”⁹. Por tanto, podemos distinguir la existencia de dos dimensiones de la libertad religiosa, una interna y otra externa, siendo esta última la única que tiene relevancia jurídica, ya que el Derecho no puede llevar a cabo intromisiones respecto de lo que cada individuo considera como religión en su fuero interno.

También se fija en este art. 16.1 CE el límite al ejercicio de la libertad religiosa, que será el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Dada la importancia de los límites de este derecho fundamental para este trabajo serán tratados en otro punto más detenidamente.

Después del reconocimiento del derecho fundamental, el art. 16.2 se refiere a la garantía de privacidad de las creencias, pues establece que nadie será obligado a declarar sobre su ideología, creencia o religión.

En lo que se refiere a la posición del Estado, el art. 16.3 CE declara que ninguna confesión tendrá carácter estatal, si bien impone la obligación a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y de mantener las consiguientes relaciones de cooperación con las confesiones religiosas.

Todo derecho fundamental solo puede estar desarrollado por Ley (art. 53 CE), lo que se llevó a cabo respecto de la libertad religiosa en la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR).

2. Los límites de la libertad religiosa en el Derecho español

Como sabemos, nuestra CE adopta una posición contraria al reconocimiento ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, pues éstos deben encontrar sus límites en los derechos de los demás y en la protección de otros bienes constitucionales. Ahora bien, según ha señalado el TC, “cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista en la Ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman”¹⁰, y que “toda limitación de derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido, y que ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial”¹¹.

⁹ Entre otras, SSTC 19/1985, de 13/02/1985 (RTC 1985\19), 120/1990, de 27/06/1990 (RTC 1990\120) y 177/1996, de 11/11/1996 (RTC 1996\177).

¹⁰ STC 177/1998, de 14/09/1998 (RTC 1998\177).

¹¹ STC 57/1994, de 28/02/1994 (RTC 1994\57).

En cuanto al derecho fundamental que tratamos, el art. 16.1 CE establece que “no tendrá más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”. Asimismo, el art. 3.1 de la LOLR expone cuáles son los elementos constitutivos de este orden público, a saber: la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

A estos mismos límites llegaríamos también por la regla hermenéutica que impone el art. 10.2 de la CE, ya que las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España en la materia¹². En consonancia con estos acuerdos internacionales, las limitaciones de esos derechos deberán, en todo caso, cumplir dos condiciones: 1) deben hacerse por Ley; 2) deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger y defender: *a*) los valores superiores del ordenamiento democrático, y, en especial, los derechos y libertades fundamentales de los demás, y por tanto, ser democráticas ellas mismas; *b*) la seguridad, la salud y la moral públicas¹³.

Según la opinión de la mayoría de la doctrina, el concepto de orden público con el que trabajamos ha de ser interpretado como orden público referido a la sociedad, y no como orden público del Estado.

De acuerdo con el TC, “los elementos integrantes del orden público [...] no pueden ser interpretados en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso, ella se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad”¹⁴.

Explicaremos por separado cada elemento constitutivo del orden público.

2.1. *La seguridad pública*

El TC se ha referido a ella como “la actividad dirigida a la protección de las personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano”¹⁵.

¹² Así, por ejemplo: art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 18.3 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (1966) o art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000).

¹³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la libertad de conciencia I*, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 325 y 326.

¹⁴ STC 46/2001, de 15/02/2001 (RTC 2001\46).

¹⁵ STC 33/1982, de 8/06/1982 (RTC 1982\33).

2.2. *La salud pública*

La condición de límite de la libertad religiosa de la salud pública puede ser considerada desde una doble perspectiva: bien como integrada dentro de la cláusula de orden público o bien como derivada del conflicto entre libertad religiosa y derecho a la vida¹⁶ y a la integridad física (art. 15 CE).

2.3. *La moral pública*

A la luz de lo que ha interpretado el TC esta previsión no ha de ser entendida como el concepto que de ella tenga una concreta confesión religiosa, sino como el “mínimo ético acogido por el Derecho”¹⁷.

2.4. *El ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los demás individuos*

La libertad religiosa encuentra su límite también en el ejercicio de los derechos de las demás personas, límite al que no solo llegaríamos por la enunciación expresa del mismo en el art. 3.1 LOLR, sino también por lo establecido en el art. 10.1 CE, ya que en él se reconoce que “la dignidad de la persona y el respeto a los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento del orden político y la paz social”.

III. LA SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL ISLAM, ESPECIAL REFERENCIA A LAS VESTIMENTAS FEMENINAS Y A SU PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL.

Después de haber expuesto estas consideraciones generales sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa y sus límites, nos adentramos ya en el núcleo a tratar en el trabajo: la simbología religiosa islámica y sus posibles conflictos con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Como se ha expuesto en la introducción, la simbología religiosa relacionada con el Islam se presenta cada día más como centro de debate en las sociedades occidentales. Es cierto que en otros países vecinos como Francia, Bélgica o Suiza la controversia ha sido más notoria, sin embargo hay que señalar que desde hace algunos años en España

¹⁶ GARCÍA COSTA, F. M. “Los límites de la libertad religiosa en el Derecho español” en *Dikaion*, núm. 16, 2007, pág. 204.

¹⁷ STC 62/1982, de 15/10/1982 (RTC 1982\62).

también se han suscitado conflictos importantes en la materia. Además de los casos sobre el velo islámico en las escuelas, debemos destacar la reciente STS de 14 de febrero de 2013, que ha supuesto el primer pronunciamiento judicial en lo referido a la prohibición del velo integral (*burqa* o *niqab*), ya que ni siquiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tenido ocasión de tratar la prohibición general de este tipo de vestimenta islámica integral.

1. El concepto de velo, tipos, y su consideración como simbología religiosa.

Podemos encontrar muchos tipos de vestimentas islámicas femeninas, ya que en cada país de mayoría musulmana o incluso dentro de un mismo país se pueden distinguir numerosas variantes. Aquí, solo nos referiremos a las más extendidas¹⁸:

-El *hiyab*: se trata del pañuelo que únicamente cubre la cabeza, dejando el rostro al descubierto.

-El *chador*: es una vestimenta típica de Irán y es aquella prenda negra que tapa la cabeza y cubre el resto del cuerpo hasta los pies, dejando al descubierto la cara y las manos de la mujer.

-El *niqab*: se trata de una prenda que cubre la cabeza y el rostro y se extiende hasta la rodilla, dejando únicamente los ojos de la mujer al descubierto.

-El *burqa*: prenda proveniente de Afganistán que cubre totalmente el cuerpo de la mujer, desde la cabeza a los pies. Tiene una rejilla de tela a la altura de los ojos que permite a la mujer ver pero no ser vista.

La *obligación* de llevar velo es algo que trasciende las fronteras musulmanas y hunde sus raíces en períodos anteriores, de hecho, en la Arabia preislámica el uso del pañuelo era un signo de distinción para las mujeres. Hoy en día, el uso del velo puede deberse a diversos factores de muy distinta etiología que van desde los sentimientos religiosos individuales a un signo de reivindicación cultural, un gesto de feminismo, o, simplemente, una moda¹⁹. En cuanto a si se trata de un imperativo religioso, el Corán

¹⁸ Además de las prendas más extendidas, a las que se hace referencia en el texto, podemos distinguir muchos otros tipos de vestimentas relacionadas con el Islam, como podrían ser: el *himar* o *himara*, que esconde pelo y cuello, dejando a la vista únicamente el rostro; el *litam*, que es una prenda que cubre parte del rostro, dejando los ojos y la frente al descubierto; o la *shayla*, que se trata de un pañuelo rectangular y largo utilizado en la zona del Golfo Pérsico que se coloca alrededor de la cabeza dejando descubiertos rostro y cuello.

¹⁹ CATALÁ, S. “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, en MOTILLA DE LA CALLE, A. (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 41.

hace referencia al velo en algunos de sus preceptos²⁰, sin embargo de ellos no se puede inferir la obligatoriedad de esta prenda. Dada la flexibilidad de estos preceptos coránicos, se han sucedido un gran número de interpretaciones de los mismos por las diferentes escuelas islámicas y por los gobiernos de algunos países musulmanes, que son en realidad los que han concluido en ocasiones la preceptividad de este símbolo.

En relación con esto, es significativo lo que sostiene MOUAHLI, que cuando en Occidente se habla de la supuesta discriminación de las mujeres –magrebíes– se da por sentado que su religión es el origen de sus males, en vez de buscar las causas en la política de los Estados correspondientes y la herencia sociocultural patriarcal de sus sociedades²¹. Por lo tanto, es importante que antes de concluir que el Islam es una religión discriminatoria contra la mujer en la que ésta queda oprimida, pensemos en que quizá lo que es discriminatorio son las lecturas e interpretaciones posteriores que se han hecho de sus textos sagrados. Y es que, el profundo desconocimiento del Islam que tenemos en general la sociedad occidental, hace que caigamos en la estereotipación de las mujeres musulmanas, lo que sin lugar a dudas es contraproducente, pues si lo que se pretende es ayudar a la liberación de la mujer musulmana, las miradas de rechazo solo producirán el recogimiento de estas mujeres²².

De todos modos, sea o no el velo un imperativo religioso, o su utilización pertenezca más a costumbres étnicas, la obligatoriedad moral de su uso para el creyente es la misma. En realidad no es fácil separar los elementos religiosos y étnicos en el Islam, pues estamos ante una religión que cubre una vasta área social y política; y cultura, religión, moral... son, para el creyente musulmán, la misma cosa²³. Por lo tanto, no es fácil distinguir en qué casos la mujer porta el velo por razones religiosas o de otro

²⁰ En primer lugar, podemos señalar la *aleyá* 53 de la *sura* 33 del Corán: *Creyentes, no entréis en las habitaciones del Profeta a menos que os autorice a ello para una comida. No entréis hasta que sea la hora [...] Cuando le pidáis un objeto hacedlo desde detrás de unas cortinas. Es más decoroso para nosotros y para ellas. No debéis molestar al Enviado de Alá, ni casaros jamás con las que hayan sido sus esposas. Esto, para Alá, sería grave.*

En segundo lugar, la *aleyá* 59 de la *sura* 33 que dice: *¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a las mujeres de los creyentes que se cubran con el manto. Es lo mejor para que se las distinga y no sean molestadas. Alá es indulgente, misericordioso.*

²¹ MOUALHI, D. “Mujeres musulmanas: estereotipos occidentales versus realidad social” en *Papers: Revista de Sociología*, núm. 60, 2000, pág. 292.

²² Para contrastar opiniones reales por parte de mujeres no musulmanas y mujeres musulmanas sobre los estereotipos ver: GARCÍA, A., VIVES, A., EXPÓSITO, C., PÉREZ-RINCÓN, S., LÓPEZ, L., TORRES, G. Y LOSCOS, E. “Velos, burkas... moros: estereotipos y exclusión de la comunidad musulmana desde una perspectiva de género”, en *Investigaciones Feministas: papeles de estudios de mujeres, feministas y de género*, núm. 2, 2011, págs. 283-298.

²³ MOTILLA DE LA CALLE, A. *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 108.

tipo; lo que por otro lado no debería ser un problema, pues no es el Estado el que objetivamente debe valorar si una manifestación es o no de carácter religioso, ya que, si la libertad religiosa tiene una dimensión interna que faculta al sujeto a crear ese claustro íntimo de creencias, y el sujeto entiende que su conducta va acorde con esos mandatos religiosos internos, la clasificación llevada a cabo por parte del Estado estaría entrometiéndose en esa dimensión interna del art. 16.1 CE. Sin embargo esta última consideración no es compartida por todos, habiendo autores que la rechazan²⁴, así como algún pronunciamiento judicial español que también lo hace (al que me referiré con detenimiento más tarde)²⁵.

De todos modos, aunque la mujer no porte el velo por razones religiosas, su conducta quedará amparada constitucionalmente de igual forma, ya que estarían ejercitando su derecho a la libertad ideológica.

2. El velo islámico

El velo o pañuelo islámico no plantea tantos problemas teóricos como el velo integral desde el punto de vista de nuestro ordenamiento constitucional, por lo que en este punto vamos a analizar casos concretos relativos a esta prenda que se han producido en España. Las situaciones más problemáticas se han dado en la esfera educativa, sin embargo no ha sido este el único ámbito en el que se han planteado controversias.

Analicemos los casos más relevantes que se han suscitado en nuestro país, su resolución y las posibles conexiones que con la jurisprudencia del TEDH puedan darse:

- Uno de los supuestos más sonados, es el tratado por la Sentencia 35/2012 de 25 de enero de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid. Los hechos tuvieron lugar en 2010 en la Comunidad de Madrid (concretamente en Pozuelo de Alarcón), cuando en un centro educativo público se prohibió a una de sus alumnas acudir a las aulas haciendo uso del velo.

En el reglamento interno del instituto en cuestión, se estipulaba la prohibición de acudir al mismo con cualquier prenda que cubriera la cabeza, y el Consejo Escolar

²⁴ En este sentido, por ejemplo, ARECES PIÑOL sostiene que: “no parece que pueda afirmarse sin más, que el velo integral islámico en sus diversas formas, sea un símbolo religioso islámico. Por lo tanto, tampoco puede entenderse que su prohibición pueda vulnerar el ejercicio legítimo del derecho fundamental de la libertad religiosa de quienes lo llevan. Como consecuencia de ello, debe insertarse en un contexto distinto, pero no en el ámbito religioso”. Esta opinión puede consultarse en: ARECES PIÑOL, T. “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2013, pág. 8.

²⁵ STSJ de Cataluña 489/2011 de 07/06/2011 (JUR 2011\291592).

decidió no hacer excepciones con la alumna musulmana que portaba el velo islámico. Esta resolución fue recurrida ante la Comunidad de Madrid, decidiendo ésta el traslado de la alumna a otro instituto. No obstante, este segundo centro decidió modificar su reglamento interno para prohibir el uso de prendas que cubrieran la cabeza. Conocida esta modificación, las autoridades educativas dispusieron el traslado de la alumna a un tercer centro educativo en el que sí se le permitiera el uso del *hiyab*.

A la alumna se le impuso una sanción catalogada como leve por emplear velo islámico en el centro docente, y es precisamente la confirmación de esta sanción (efectuada por una resolución del Viceconsejero de la Organización Educativa de la Comunidad de Madrid) lo que se impugna ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, alegando la vulneración de los arts. 10.1 y 16.1 de la CE.

En cuanto a la vulneración del art. 10.1 CE, sostiene el Juzgado que no cabe hablar de quiebra del principio de dignidad de la persona únicamente por prohibir a una alumna acudir a clase con velo, puesto que se trata de una medida de convivencia en cuanto a la indumentaria a utilizar por todos los alumnos. No solo resulta sorprendente que el Juzgado haga esta afirmación sin justificación alguna, si no que seguidamente expone lo “incomprensible” y “curioso” de que la alumna vistiera con normalidad desde el primer curso de ESO (septiembre de 2005) y que en febrero de 2010 decidiera acudir al centro empleando el velo. Lo que choca de esta última afirmación es el reproche que hace el órgano judicial a la alumna, olvidando que el derecho a la libertad de religión precisamente ampara los cambios de religión o los cambios en la actitud religiosa (como en este supuesto)²⁶. En este sentido se ha pronunciado el TEDH, por ejemplo, en el caso *Manoussakis y otros contra Grecia*²⁷, sosteniendo que “el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier tipo de iniciativa por parte del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que esas creencias se expresan”.

En cuanto a la vulneración del art. 16.1 CE, el Juzgado argumenta que no se ha producido acudiendo a la jurisprudencia del TEDH y a las decisiones legislativas en cuanto a simbología religiosa que se han tomado en países como Francia²⁸, viniendo a

²⁶ Dejando aparte la cuestión de hecho que está detrás de la justificación jurídica que se ha expuesto, y es que el uso del velo se asocia al crecimiento de la mujer (entrada en la pubertad), siendo esta la razón por la que las niñas no lo portan.

²⁷ STEDH de 26/09/1996 (TEDH 1996\44).

²⁸ Dada la llamada “laicidad pasiva” del Estado francés, que denota una indiferencia total por parte de los poderes públicos hacia la religión, dejándola exclusivamente al ámbito privado de los ciudadanos, se aprobó en 2004 la Ley 2004-228 de 15 de marzo, por la que se prohibía el uso de símbolos religiosos

decir que la laicidad y neutralidad en el ámbito educativo deben primar frente a la libertad religiosa. Sin embargo, a mi juicio en este punto el Juzgado debe diferenciar entre símbolos dinámicos y estáticos, y también debe tener en cuenta que quien porta el velo es una persona individual. A continuación, la Sentencia se refiere a que la decisión del centro es una medida necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y el orden público, sin embargo no motiva esta afirmación, y parece que más bien la justificación de la limitación del derecho fundamental de la alumna viene por el principio de laicidad que por el mantenimiento del orden público (que, junto con el respeto de los derechos fundamentales de los demás individuos, recordemos es el único límite que puede hacer mermar el derecho a la libertad religiosa). En este sentido, CAÑAMARES ARRIBAS señala acertadamente que el mecanismo jurídico para la protección del individuo en materia religiosa es la libertad religiosa y no la laicidad, ya que ésta solo constituye un principio informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa que se traduce en que éstos no pueden identificarse o respaldar determinadas opciones religiosas por encima de las demás²⁹.

La decisión del Juzgado de instancia fue recurrida en apelación por el padre de la joven, resolviendo dicho recurso el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, TSJ de Madrid) en la Sentencia 129/2013, de 8 de febrero.

El recurrente expresa su desacuerdo en cuanto a la interpretación y la aplicación hecha en la Sentencia de instancia de la normativa y de la jurisprudencia en relación a la libertad religiosa. La Comunidad de Madrid, por su parte, expresa que la Sentencia es irrecurrible en tanto que la sanción de apercibimiento que se impuso a la joven, al constituir una sanción de carácter simbólico o de advertencia, carece de contenido económico, por lo que nunca superará la cuantía de 30.000€ fijada en el art. 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que sean admitidos los recursos de apelación.

ostensibles en las escuelas públicas (no así en colegios privados o en Universidades) a alumnos y personal no docente (ya que los docentes se encuentran de por sí sometidos a un estricto deber de neutralidad y laicidad que les prohíbe cualquier símbolo que demuestre la pertenencia a una confesión religiosa, ya sea ostensible o discreto). A raíz de esto, señala el profesor CUERZA RIEZU que solo un año después de la entrada en vigor de esta norma, el 30% de las alumnas afectadas han abandonado la escuela pública presencial para acudir a centros donde sí se les permitiera el uso del pañuelo, por lo que podemos concluir la absoluta ineficacia de este tipo de prohibiciones.

²⁹ CAÑAMARES ARRIBAS, S. “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, ed. Comares, Granada, 2012, pág. 105.

El TSJ de Madrid por su parte, sostiene que en el presente caso “el ‘apercibimiento’ carece de contenido económico y por su naturaleza tan siquiera podría considerarse privativo de derechos conforme a la doctrina jurisprudencial. [...] Entender que este tipo de sanciones leves [...] puedan incardinarse en procedimientos de ‘doble instancia’ [...] no encuentra soporte alguno desde el punto de vista procedimental”. Dice el Tribunal que no es que la sanción no sea susceptible de valoración económica, es que carece de ella, por lo que inadmite el recurso por esta causa y no entra a valorar el fondo de la controversia.

Discrepa de la decisión mayoritaria del Tribunal la Magistrada Francisca Rosas Carrión y formula voto particular, en el que expresa de forma correcta la improcedencia de la inadmisión del recurso. Según su voto, el demandante pretendía la defensa de la libertad religiosa de su hija menor de edad y no la simple revocación de una sanción académica, por lo que de ninguna manera puede equipararse el portar el velo a otro tipo de conducta como podría ser llevar una gorra dentro del centro, pues en el primer caso se está manifestando la libertad religiosa de la alumna, y la sanción impuesta ha comprometido su conciencia. En conclusión, lo que sostiene la Magistrada es que no cabe inadmitir el recurso fijándose simplemente en la sanción de la que fue víctima la alumna, sino que en lo que debía haberse fijado el Tribunal es en la vulneración de la libertad religiosa que se produjo con ella.

- Podemos señalar en segundo lugar el caso acaecido en la Comunidad de Madrid (en San Lorenzo del Escorial) en 2002, en el que una familia musulmana se negó a escolarizar a su hija menor porque las normas del centro (concertado católico) le impedían acudir a clase cubierta con *hiyab*. La autoridad correspondiente de la Comunidad de Madrid, decidió la escolarización provisional de la joven en un centro público que sí le permitiera acudir cubierta con pañuelo islámico.

No obstante, cabe señalar que dos años después, el Consejo Escolar del centro decidió prohibir a las alumnas que portaban velo acudir con él a las clases de educación física, justificando esta decisión en el peligro para la integridad física que supone realizar la actividad con este tipo de prenda, ya que normalmente se sujeta con alfileres.

Esta decisión podría verse respaldada actualmente por la doctrina emanada del TEDH en los casos *Dogru contra Francia* y *Kervanci contra Francia*³⁰ en los que se debatió la vulneración o no del derecho de libertad religiosa del art. 9 del Convenio

³⁰ Ambas SSTEDH de 4/12/2008 (TEDH 2008\9 y JUR 2008\373821).

Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Es estos casos, dos niñas musulmanas de 12 y 11 años, fueron expulsadas de su colegio por la ausencia de participación activa en las clases de educación física, ya que se negaban a acatar las órdenes del profesor que exigían la retirada del velo durante sus clases.

El TEDH analiza los tres requisitos que deben concurrir para que una limitación de derechos fundamentales sea admisible, a saber: que la medida esté adoptada por Ley, que persiga una finalidad legítima y que sea necesaria en una sociedad democrática. Finalmente, concluye que la limitación está suficientemente basada en Derecho francés³¹, y que “la conclusión a la que llegaron las autoridades francesas según la cual el uso de un velo como el islámico, no es compatible con la práctica de deporte tanto por razones de seguridad como de higiene y salud pública, es razonable”. Sin embargo, entremezcla estas consideraciones con la laicidad del Estado francés³², lo que, como hemos señalado anteriormente, no debería ser motivo para la limitación del derecho fundamental a la libertad religiosa de una persona que no tiene un deber de neutralidad.

Por otro lado, es importante señalar también que el TEDH cataloga la sanción de expulsión definitiva de las alumnas como proporcionada, con lo que en ningún caso podemos estar de acuerdo, pues la regla de la proporcionalidad exige analizar si hay otras alternativas para atender los intereses legítimos que lesionen en menor medida el derecho de libertad religiosa; y asegurar la lesión mínima del derecho fundamental de las niñas hubiera llevado a las autoridades francesas buscar una manera de acomodar a las alumnas en sus creencias (llama la atención que en el caso Kervanci la menor solicitó sustituir el velo por un gorro durante las clases de educación física)³³.

Aunque el TEDH haya decidido interpretar de esta forma, en otros países sí se ha logrado minimizar los riesgos que para la salud pueden presentar los alfileres con los que se sujeta el *hiyab* mediante sistemas alternativos de protección. Así, por ejemplo, la sede de IKEA en Canadá ha diseñado sus propios *hiyabs*, que se sujetan con clips y se ajustan al cuerpo, por lo que no suponen riesgos para la integridad física de sus

³¹ Hace referencia a la evolución que en Francia ha tenido el empleo de la simbología religiosa a la luz del principio de laicidad, tomando como punto de partida el Dictamen del Conseil de l'Etat de 1989, y siguiendo por la jurisprudencia emana de ese órgano y terminando en la Ley de 2004 por la que se prohíbe el empleo de símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos.

³² PRIETO ÁLVAREZ, T. *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Pamplona, 2010, pág. 107.

³³ CAÑAMARES ARRIBAS, S. “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, págs. 113, 117 y 118.

empleadas. También resulta interesante el caso estadounidense Moshe Menora³⁴, relativo al problema que suponía que jugadores de baloncesto judíos vistieran durante los partidos el *Yarmulke* (gorro sujeto con alfileres). Aquí se entendió que debía llegarse a una solución en la que se les permitiese llevar dicho atuendo, pero mediante una sujeción segura y estable, que no pusiera en peligro la integridad física de los jugadores³⁵. Como observamos, existen alternativas plausibles y en ocasiones puede ser fácil llegar a soluciones que no limiten o que limiten lo menos posible el derecho a la libertad religiosa; y son precisamente los poderes públicos los que deben buscar estas alternativas y no mirar para otro lado en los casos sucesivos que puedan plantearse.

- Otro sonado caso es el que se produjo en Gerona en 2007, pues a una alumna de tercero de primaria se le prohibió acudir a clase con el velo islámico y estuvo una semana sin acudir al centro. Las autoridades educativas impusieron al colegio la escolarización de la menor sin condicionante alguno, sin embargo este caso abrió el debate en Cataluña³⁶ sobre el velo islámico parcial e integral, que años después (en 2010) derivaría en las decisiones adoptadas por algunos Ayuntamientos catalanes por las que se prohibía el acceso a espacios públicos a las mujeres ataviadas con velo integral.

- En 2009, se dio un caso relacionado con velo parcial fuera de las escuelas, cuando un Magistrado de la Audiencia Nacional (en adelante, AN) instó a la abogada Barik Edidi (que acompañaba a un abogado que estaba actuando en la sala) a abandonar el estrado por llevar la cabeza cubierta con un *hiyab*³⁷. La abogada interpuso un recurso de alzada ante la Sala de Gobierno de la AN por esta resolución verbal del Magistrado, alegando la infracción de los arts. 14, 16 y 18.1 de la CE. Este órgano decidió remitir el recurso al Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), sin embargo el recurso se entendió desestimado por silencio administrativo del CGPJ. Interpuso entonces Barik Edidi un recurso contencioso-administrativo especial para la tutela de los derechos fundamentales que fue resuelto por el TS³⁸, si bien sin entrar en el

³⁴ Caso Moshe Menora v. Illinois High School Association, resuelto por la Corte Federal de Apelación del Séptimo Circuito de los Estados Unidos.

³⁵ BENEDÍ LAHUERTA, S. “La regulación del velo integral. ¿Qué modelo adoptar en España?”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, pág. 20.

³⁶ Cfr. “Pugna política por el caso de la niña del velo de Girona”, en *Diario La Vanguardia*, 3/10/2007 <http://www.lavanguardia.com/vida/2007/10/03/53398780360/pugna-politica-por-el-caso-de-la-nina-del-velo-de-girona.html> (Consultado el 02/06/2014).

³⁷ Cfr. “Expulsada del estrado una abogada musulmana por llevar pañuelo” en *Diario El País*, 11/11/2009: http://elpais.com/diario/2009/11/11/sociedad/1257894002_850215.html (Consultado el 02/06/2014).

³⁸ STS 5910/2010, de 2/11/2010 (RJ 2010\7787).

fondo del asunto por considerar que no correspondía al CGPJ la revisión (por lo que tendría que haber dictado éste un acto de inadmisión). La abogada promovió en último lugar un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia, para que fueran remitidas las actuaciones a la Sala de Gobierno de la AN (que era el órgano que debía haber resuelto desde el principio), no obstante fue desestimado con condena en costas³⁹.

3. El velo integral

Como hemos señalado más arriba, el debate en torno a los símbolos religiosos musulmanes está en auge desde hace unos años en las sociedades occidentales.

Sin embargo, la presentación del uso del velo integral como un problema social no deja de estar vinculada en parte a la *psicosis* que el terrorismo islamista ha desatado tras los atentados del 11S, 11M y 7J, y en parte también a la reciente percepción social de choque cultural, especialmente con la cultura islámica, como consecuencia del espectacular incremento de la población inmigrante⁴⁰.

En países como Francia o Bélgica, la prohibición del velo integral en los espacios públicos ya se ha concretado desde hace algunos años⁴¹, aunque las normas que las regulan no hacen referencia expresa al *burqao* al *niqab*, sino que prohíben el empleo de cualquier prenda que oculte el rostro en lugares públicos. Sin embargo, es manifiesto que lo que se pretendió directamente con su aprobación fue la prohibición de estos símbolos religiosos en el espacio público⁴². Países Bajos, Italia y Suiza también han impulsado en los últimos años medidas para restringir el uso del velo integral, sin embargo todavía no han sido aprobadas.

En España, no han faltado tampoco los intentos para prohibir este símbolo en lugares públicos, llegándose a conseguir en algunos municipios mediante normas reglamentarias.

³⁹ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2010, pág. 17.

⁴⁰ ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pág. 121.

⁴¹ En Francia, mediante la Ley nº 2010-1192, de 11 de octubre de 2010 y en Bélgica a través de la Ley de 1 de junio de 2011.

⁴² Así, por ejemplo, Nicolas Sarkozy, expresidente de la República Francesa, en un discurso que pronunció ante el Congreso el 22 de junio de 2009 afirmó que: “el problema del *burqa* no es un problema religioso; es un problema de libertad de la mujer, es un problema de dignidad de la mujer. El *burqa* no es un signo religioso, es un signo de servidumbre, un símbolo de sometimiento de las mujeres” y que el *burqa* “no será bienvenido en el territorio de la República Francesa”.

El 23 de junio de 2010, el Senado aprobó una moción (por 131 votos a favor y 129 en contra) en la que se instaba al Gobierno a establecer una prohibición general del velo integral en espacios públicos. El 20 de julio de 2010, el Congreso rechazó por 183 votos en contra, 162 a favor y 2 abstenciones una iniciativa similar del mismo partido (Grupo Popular).

También en 2010, el Partido Popular de Cataluña presentó ante el Parlamento de esa Comunidad una moción con la misma finalidad que las que se habían presentado a nivel estatal, si bien también fue rechazada por el legislativo catalán.

En el ámbito municipal, podemos encontrar un elevado número de Ayuntamientos que sí han aprobado normativa para prohibir el empleo del velo integral en espacios públicos, como por ejemplo: en Cataluña, Tarragona, Barcelona, Lleida, El Vendrell, Manresa, L' Hospitalet de Llobregat, Mollet del Vallès y Martorell; y fuera de Cataluña, Galapagar en la Comunidad de Madrid y Coín en la provincia de Málaga⁴³. Llama la atención esta oleada de regulaciones municipales prohibitivas del velo integral en espacios públicos, teniendo en cuenta que el uso de esta vestimenta en nuestro país es muy minoritario. Trataremos con detenimiento este tipo de normativas municipales y su constitucionalidad a través de la doctrina emanada del TS en la materia al suspender la aplicación de esta normativa en el municipio catalán de Lleida.

En relación con las normas en la materia que se han aprobado en otros países europeos y en nuestro ámbito municipal, es importante destacar la Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa⁴⁴, que aunque se trata de un instrumento no vinculante jurídicamente (pues estamos ante una Recomendación), sí tiene un valor político y moral muy importante, y al emanar del Consejo de Europa, organización internacional que se ocupa –entre otras cosas– de la promoción de los derechos humanos, debería ser tomada en cuenta por todos sus países miembros. En este documento, el Consejo de Europa requiere a los Estados miembros para que no establezcan prohibiciones generales del velo integral o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica; y también les exhorta a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa y para que impulsen

⁴³ CAÑAMARES ARRIBAS, S. “Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, 2010, pág. 5.

⁴⁴ Recommendation 1927 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Islam, Islamism and Islamophobia in Europe, versión completa en inglés en: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1927.htm> (Consultado el 02/06/2014).

políticas de igualdad con la finalidad de que las mujeres musulmanas puedan participar en la vida pública y puedan tener una educación y una vida profesional.

3.1. ¿Están justificadas jurídicamente estas prohibiciones?

Expuestas las propuestas normativas que se han intentado impulsar en nuestro país, así como las prohibiciones que se han concretado ya en algunos municipios, es necesario adentrarse ya en los argumentos en los que se apoyan estas restricciones de derechos fundamentales para colegir si de verdad son suficientes para admitir la prohibición. Podemos agruparlos, esencialmente, en dos:

3.1.1. La dignidad de la mujer

Los defensores de la prohibición del *burqa* y el *niqab* en los espacios públicos sostienen que es una forma de discriminación hacia la mujer y que atenta contra su dignidad.

Hay que comenzar diciendo que aunque el empleo del *burqa* o del *niqab* nos pueda parecer discriminatorio desde nuestra forma occidental de pensar, esto no justifica que jurídicamente podamos limitar su uso. Y es que debemos centrarnos en aquellas mujeres que resuelven libremente utilizar el velo integral, decidiendo ellas mismas por tanto cómo ejercitar el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa, y no en las mujeres a las que se les obliga a portar esta prenda, pues en ese caso, por supuesto, estaremos ante una discriminación y una conculcación de su libertad (y ante un delito de coacciones⁴⁵).

Por otro lado, aunque reconozcamos la libertad de la mujer para portar el velo integral en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, no se puede negar que el porte de esta vestimenta reduce al mínimo las posibilidades de relación de la mujer con los demás. Y al hilo de esto, parece que lo que pretenden las prohibiciones generales del velo integral es acabar con esta situación de aislamiento de estas mujeres, sin embargo, en mi opinión pueden conseguir el efecto contrario, pues la mujer que quiere llevar el velo acabará por no salir a la calle, anulando así del todo sus relaciones con los demás.

⁴⁵ El art. 172 del Código Penal establece que “el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia -física, psíquica y material- hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”. Pero además de esto, podríamos estar ante el tipo cualificado del delito, que señala que “se impondrán las penas en su mitad superior... cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental”.

Por tanto, el cambio de este tipo de conducta no debe venir dado por una prohibición, sino a través de un diálogo y de una educación fundamentada en la igualdad, a través de la cual las mujeres que viven en nuestro país y utilizan esta prenda puedan conocer otras alternativas y elegir con mayor libertad (pues hay que reconocer que en ocasiones, aunque la mujer esté convencida de que lleva el velo integral libremente, lo hace así porque su educación o su entorno no le ha dejado elegir entre varias posibilidades y por tanto no conoce otro modo de vida).

Como bien sostiene ALÁEZ CORRAL, se observa en la opinión pública una cierta inclinación social a ignorar las condiciones democráticas que los textos constitucionales imponen al poder limitativo de los derechos fundamentales, y a identificar la democracia con la regla de la mayoría, y no con el gobierno de la mayoría dentro del respeto a la minoría. Así, se daría la paradoja de que se imputa al velo islámico integral el ser la expresión de una cultura o religión intolerante e irrespetuosa con la libertad e igualdad de la mujer, pero al mismo tiempo se corre un tupido velo de la ignorancia precisamente sobre la libertad de las mujeres que usan el velo integral para ejercer sus derechos fundamentales⁴⁶.

3.1.2. El orden público

El argumento del orden público parece *a priori* el más sólido para vedar el uso del velo integral⁴⁷.

Como hemos señalado anteriormente, el concepto de orden público al que se refiere el art. 16.1 CE está integrado por varios elementos, sin embargo nos centraremos solo en el de la seguridad pública, por entender que es el que más problemas puede plantear.

En cuanto a la seguridad pública, se entiende que la identificación de la persona es una actividad que va indisolublemente unida a ella en su vertiente preventiva, y, como es notorio, el empleo de un *burqa* o de un *niqab* puede colisionar con esta consideración.

Sin embargo, choca que se alegue la necesidad de normativa específica al respecto cuando ya existe una general aplicable, pues es claro que la policía puede

⁴⁶ ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pág. 145.

⁴⁷ “El ‘burka’, la sanción y la persuasión”, artículo de JUAN FERREIRO GALGUERA publicado en el Diario El País, el 18/06/2010.

exigir la identificación de cualquier persona en la vía pública⁴⁸, y también puede solicitarse esta identificación al entrar a un establecimiento o a un transporte público. Por tanto, entiendo que no existe una necesidad de dictar nuevas normas al respecto, pues las que existen son efectivas, y, por otro lado, estamos ante un fenómeno tan minoritario y la colisión con la seguridad pública está tan poco contrastada que no merece una regulación específica.

Otro de los temas que han suscitado problemas en el ámbito de la seguridad es la expedición y renovación del Documento Nacional de Identidad (DNI) de las mujeres que portan no solo velo integral sino también velo parcial, dado que se exigía que se presentasen fotografías con la cara y el pelo descubiertos. A este respecto, el Defensor del Pueblo emitió en 1994 una recomendación dirigida al Ministerio de Justicia e Interior para que se procediera a la modificación de las normas que regulaban la expedición del DNI, de forma que se contemplasen excepciones fundadas en motivos religiosos. Años más tarde, en 2006, el Ministerio del Interior emitió una instrucción para que las comisarías permitiesen a las musulmanas presentar fotografías con el cabello cubierto “en aquellos casos en que determinadas prácticas, creencias u órdenes religiosas obligan a la ocultación del pelo y los lóbulos de las orejas”, con la condición de que quedasen al descubierto “los rasgos fisonómicos que permitiesen la identificación de su titular, considerando suficiente a tal efecto la frente, las cejas, los ojos, la nariz, los labios y el mentón”. Por tanto el uso del *hiyab* sería admisible, pero no el velo integral, pues si en este supuesto se permitiera, el objeto del DNI, que precisamente es identificación de la persona, se perdería por completo, por lo que la restricción de la libertad religiosa en este punto debe entenderse justificada.

3.2. *La reciente jurisprudencia del TS en cuanto a las prohibiciones generales del velo integral en el ámbito municipal español.*

3.2.1. Antecedentes

⁴⁸ Art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana: “los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

La Asociación Watani para la Libertad y la Justicia, interpuso un recurso de especial protección de los derechos fundamentales contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010, por el que se aprobaba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civisme i Convivència, y la modificación de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales; acuerdo que introducía la prohibición de acceso a establecimientos públicos a aquellas personas que portaran velo integral, pasamontañas, cascos u otras vestimentas o accesorios que impidieran o dificultaran la identificación y la comunicación visual de las personas. La decisión sobre este recurso se plasmó en la Sentencia 489/2011 del TSJ de Cataluña.

En primer lugar, lo que hace el Tribunal es plantearse si la prohibición puede incidir en el derecho fundamental a la libertad religiosa, en la medida en que la modificación reglamentaria incluye una vestimenta, la del velo integral, que según afirma el recurrente, es “propia de las personas que profesan la religión musulmana”.

Acude el TSJ a la jurisprudencia del TEDH sobre el velo no integral para concluir que se puede considerar que su porte es un acto motivado o inspirado por una religión o convicción. No se pronuncia sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, pero sí reconoce que es o que puede tratarse de una manifestación religiosa. Esta consideración es la única a la que me adhiero de todas las que expresa el Tribunal, ya que con ella no valora objetivamente si el velo integral es un símbolo religioso o no lo es, sino que reconoce que puede serlo analizando cada caso concreto.

A continuación, expresa el TSJ de Cataluña lo relativo a la competencia del Ayuntamiento para dictar normas en materia de derechos fundamentales. Para ello, comienza viendo si puede admitirse la competencia del Ayuntamiento invocando los arts. 139 y 140 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) tras su modificación de 2003⁴⁹. El TSJ valora la ocultación del rostro desde el punto de vista de nuestra cultura occidental, y considera que esta práctica produce un efecto perturbador en la vida social, por la falta de visión para el resto de personas “de

⁴⁹ El art. 139 dispone que: “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes”.

un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que la oculta”, sin perjuicio de que se prevean excepciones para determinadas profesiones o festividades religiosas. Por ello, en consecuencia, “teniendo encaje la infracción en uno de los criterios de antijuridicidad contemplados en la LBRL, la perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o del espacio público municipal, el Ayuntamiento ostenta plenas competencias para, de forma limitada a esos espacios municipales, establecer la prohibición de acceder a los mismos o permanecer en su interior con vestimentas o accesorios tales como velo integral, pasamontañas... y tipificar como infracción leve su incumplimiento”. Y ello se afirma aunque la prohibición pueda incidir en un derecho fundamental, pues, según ha interpretado reiteradamente aquel Tribunal, una ordenanza “puede regular materias accesorias de estos derechos fundamentales, y sobre todo los concernientes a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige”.

En relación con la supuesta vulneración del art. 16 CE y del art. 9 CEDH, el TSJ recuerda las sentencias dictadas por el TEDH en relación con el velo islámico (no integral), y a la luz de ellas sostiene que en el caso examinado se verifican todas y cada una de las exigencias que debe cumplir una restricción de este tipo para considerar que no ha existido una vulneración de derechos fundamentales. Dichas exigencias, que ya han sido expuestas anteriormente, son tres: 1. Que la restricción estuviera prevista por la ley: aunque sería suficiente con el reglamento, pues el TEDH no exige una “ley” en su acepción formal sino material. 2. Que su finalidad sea legítima: sostiene el TSJ que esta prohibición tiene como finalidad la de proteger los derechos y el orden público. 3. Que sea necesaria en una sociedad democrática: aquí el TSJ afirma que el velo “resulta difícilmente conciliable con [...] la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no”.

Por todo ello, desestima el TSJ de Cataluña el recurso especial de protección de los derechos fundamentales interpuesto por la Asociación Watani para la Libertad y la Justicia, decisión que recurrirá la misma Asociación ante el TS.

3.2.2. La jurisprudencia del TS

Comienza el Tribunal en su STS de 14 de febrero de 2013 haciendo unas reflexiones previas, dada la complejidad de lo que se le plantea, al ser un asunto de intenso debate y actualidad.

Primeramente expone la necesidad de, limitándose al problema del velo islámico, referirse a la jurisprudencia del TEDH como posible marco de convergencia en el tratamiento jurídico de la cuestión, poniendo de manifiesto que la citada jurisprudencia se ha pronunciado en relación con el pañuelo, sin que se hayan encontrado decisiones relativas al velo integral; señalando también que las distintas sentencias tratan problemas suscitados en concretos ámbitos (enseñanza primordialmente), y no casos de prohibiciones generalizadas. Cita el TS diversos casos resueltos en Estrasburgo (como Leyla Sahin contra Turquía⁵⁰, Dahlab contra Suiza⁵¹ o Kervanci y Dogru contra Francia), de los que extraen varios datos a considerar: la inexistencia de un consenso jurídico entre los distintos ordenamientos jurídicos internos de los países miembros; la marcada primacía reconocida en las sentencias a las distintas regulaciones nacionales, en función de sus distintos marcos jurídicos y constitucionales; y el especial énfasis marcado respecto de los casos de Turquía y Francia, sobre la consagración del laicismo en sus respectivas Constituciones, lo que relativiza en grado sumo el valor jurisprudencial de la solución de dichos casos en el marco de otros modelos constitucionales en los que el laicismo no sea objetivo constitucional y en concreto en España, dado lo dispuesto en el art. 16.3 de nuestra CE y en especial en su inciso segundo. Por todo ello, dice el TS que no cabe así encontrar en la jurisprudencia del TEDH una pauta segura e inequívoca para el tratamiento jurisdiccional del problema.

En segundo lugar, se refiere el TS a lo que en el ámbito de Naciones Unidas, en concreto a través del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en

⁵⁰ En la STEDH Leyla Sahin contra Turquía, de 10/11/2005, se resolvió el conflicto sobre el uso del velo islámico en la universidad turca. Una estudiante musulmana, Leyla Sahin, portaba el velo en la Universidad de Estambul, hasta que el Vicerrector publicó una circular en la que se prohibía el acceso al recinto universitario portando velo las mujeres y barba los hombres, por lo que la alumna no pudo ni siquiera realizar los exámenes. Agotado los recursos internos, acudió al TEDH por vulneración del art. 9 del CEDH. Sus demandas fueron desestimadas, al dar más importancia el Tribunal a la interpretación del principio de laicidad que rige en Turquía: “es el principio de laicidad, tal como lo interpreta el Tribunal Constitucional turco la consideración primordial que ha motivado la prohibición del uso de distintivos religiosos en las Universidades. En tal contexto, en el que se enseñan y se aplican en la práctica los valores del pluralismo, del resto a los derechos de los demás, y, en particular, a la igualdad de los hombres y mujeres, se puede comprender que las autoridades competentes hayan querido preservar el carácter laico de su establecimiento y así considerar como contrario a sus valores aceptar el uso de prendas religiosas”.

⁵¹ La STEDH Dahlab contra Suiza, de 15/02/2001, enjuicia la prohibición dictada por la autoridad educativa del Cantón de Ginebra del uso del velo islámico por parte de una maestra de escuela por considerar al pañuelo “un modelo ostensible de identificación impuesto por el enseñante a sus alumnos”, incompatible con un “sistema escolar público y laico”. Cuando el asunto llega al TEDH, éste se limita prácticamente a reproducir lo argumentado por las partes, y concluye que se dan los tres requisitos necesarios para la restricción de este derecho.

adelante, PIDCP) pueda haberse dictaminado al respecto. Cita el Tribunal el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 del Comité de los Derechos Humanos respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, país donde el 15 de mayo de 1998 entró en vigor una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanes uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos. La estudiante, que usaba *hiyab*, fue expulsada de su Universidad por no atender la referida prohibición, y después de agotar sin éxito la vía interna impugnando su expulsión, acudió al Comité de Derechos Humanos, que en el referido Dictamen acogió su reclamación, razonando que “el Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación del art. 18.2 del PIDCP, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión [...] y que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás (art. 18.3 del PIDCP)”. En el Dictamen se acaba afirmando que no se invocó en el caso ninguno de los motivos específicos para justificar la restricción y declara que se produjo la violación del art. 18.2.

Después, el TS destaca que en nuestro entorno occidental no existe en general la prohibición del velo integral, pese a que en distintos países (España entre ellos) han surgido propuestas de posible prohibición, que, sin embargo, los respectivos Parlamentos no han llevado a cabo. Las únicas excepciones son, por el momento, los casos de Francia y de Bélgica. Para terminar estas consideraciones previas sobre el velo integral, el TS hace referencia a la Recomendación 1927 (2010) del Consejo de Europa, de la que ya hemos explicado su contenido en líneas anteriores.

En lo relativo a la delimitación del sentido propio de la Sentencia, advierte el TS que la decisión no tiene en modo alguno el sentido de respuesta del Tribunal a si en España y en el marco de nuestra CE cabe o no una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos al estilo de las leyes francesa y belga, sino que la Sentencia se mueve en el limitado espacio lógico acotado, primero, por la especialidad del proceso en que se formuló el recurso y, dentro de él, por los motivos de casación, no teniendo

así otro sentido que el de respuesta a la impugnación de una concreta Ordenanza Municipal.

En cuanto a la incompetencia del Ayuntamiento para dictar normas relativas a derechos fundamentales, afirma el TS que en definitiva la competencia la tendrá o no según se aprecie la alegada vulneración de la libertad religiosa que la recurrente mantiene. Pero antes de entrar en la vulneración o no del art. 16 CE, el TS aprovecha para rebatir una afirmación que realiza la Sentencia del TSJ de Cataluña, por considerarla “constitucionalmente inaceptable”, en tanto que sostenía, en alusión a lo que un reglamento puede regular, que “el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, sobre todo en lo concerniente a las manifestaciones de convivencia o de la vida colectiva, dentro del término municipal a las que se dirige, donde la esfera protectora de los derechos fundamentales no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales”. Según el TS, la pretendida atribución de competencias resulta contraria al art. 53 CE, pues en dicho artículo se establece que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”.

La tesis de la sentencia defendida por el Ayuntamiento recurrido parte de que la potestad normativa del Ayuntamiento está constitucionalmente fundada en el principio de autonomía local consagrado en el art. 140 CE, y sobre la base de la consideración democrática de los poderes del Ayuntamiento, de cuyos principios deriva sólo una vinculación negativa a la ley, y no una vinculación positiva. Y esto no se cuestiona por el TS, pero señala que de ahí no puede extraerse la consecuencia de que el Ayuntamiento, pese a la inexistencia de ley, pueda por sí mismo establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental en los espacios municipales, siendo ahí donde deben entrar en juego el análisis del derecho de libertad religiosa y el de los límites de su ejercicio.

En todo caso, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, no puede olvidarse que el art. 139 LBRL se refiere a “las relaciones de convivencia de interés local”, lo que de por sí obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos del Estado, puede considerarse como concerniente al interés local, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras.

Después de hacer esta precisión, pasa ya el TS a analizar la vulneración del art. 16 CE. Junto con la vulneración de la libertad religiosa, la Asociación recurrente invocaba también la del derecho a la igualdad (art. 14 CE), sin embargo el TS determina que solo debe entrar a valorar lo referente al art. 16 CE, ya que si resuelve que se ha vulnerado este derecho y restablece su ejercicio, también habrá restablecido el derecho a la igualdad.

El TS parte de la consideración de que el velo integral sí puede tener carácter religioso (no le compete a él entrar en debates de carácter estrictamente dogmático o de moral religiosa) y que por tanto su uso está amparado por el derecho fundamental del art. 16 de la CE.

Pasa entonces el TS a examinar si se cumplen los requisitos fijados por el TEDH para que una restricción de derechos fundamentales esté justificada:

a. Exigencia de “Ley”

Según el TS, existe una exigencia indeclinable de que haya una Ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa que la prohibición del velo integral supone. Visto que en este caso tal Ley no existe, basta solo con ello para afirmar que la prohibición establecida al respecto en la Ordenanza así como en los Reglamentos provisionalmente aprobados en ese punto por el Acuerdo recurrido (salvo el de transporte urbano, que lo analiza el Tribunal separadamente) vulneran el citado derecho fundamental.

Debe rechazarse la argumentación de la Sentencia recurrida, en la que, partiendo de la cita del asunto Leyla Sahin contra Turquía y del asunto Kervanci y Dogru contra Francia, al enfrentarse al requisito del art. 9.2 del CEDH respecto de la exigencia de que la limitación esté "prevista por la Ley", se intenta justificar dicho requisito a la luz de la doctrina de Estrasburgo expresada en aquellos asuntos, en vez de, como es obligado, acudir a las exigencias que se prevén en nuestro ordenamiento constitucional. Tal modo de proceder, aparte de resultar contrario a lo dispuesto en el art. 53.1 CE, ni tan siquiera se ajusta a la propia sentencia del caso Sahin, que antepone a la apreciación del Tribunal la que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales. A partir de ahí, y puesto que en nuestra CE no queda la más mínima duda de la exigencia de una Ley (desde el punto de vista formal) al respecto, no cabe sustituir la inequívoca exigencia constitucional por la apelación a la jurisprudencia del TEDH, para desde ella eludir dicha exigencia. Además, el propio CEDH, en su art. 53 dice que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o

perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las Leyes de cualquier parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

En este momento hace el TS una precisión, y señala que al razonar como lo hace, no se está pronunciando respecto a lo que el legislador pueda, en su caso, hacer sobre el uso de la prenda religiosa que tratamos, pues si lo hiciera, ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional, por lo que simplemente se limita a afirmar la inexistencia de una Ley en su sentido formal.

b. Finalidad legítima

Según el TSJ de Cataluña, esta finalidad legítima viene dada por la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas. Tal alegada perturbación se rechaza por la recurrente, calificando tal apreciación de juicio de valor subjetivo o de prejuicios personales, sin base probada. A su vez, el Ministerio Fiscal, hace objeto de especial censura esa misma apreciación. Comparte el TS estas críticas, pues la realidad de esa perturbación de la tranquilidad carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica, con lo que la base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece.

Hace aquí el TS alusión a un fragmento de la Sentencia Sahin, relativa al papel del Estado para “conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas las creencias”. También señala el TEDH en esta sentencia “el papel del Estado como organizador neutral o imparcial del ejercicio de las distintas religiones, credos y creencias”, afirmando que “este papel contribuye a garantizar el orden público, la paz, y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática...” y considera que “la obligación del Estado es asegurar la tolerancia que los grupos que compiten entre sí” (asunto Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía⁵²). Por tanto, “el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos de oposición se toleren mutuamente” (asunto Serif contra Grecia⁵³).

c. Que la medida sea necesaria en una sociedad democrática

En primer lugar, expone el TS que por grande que sea el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable

⁵² STEDH de 30/01/1998 (TEDH 1998\1).

⁵³ STEDH de 14/12/1999 (TEDH 1999\70).

prescindir de que ese uso sea voluntario o no como determina la sentencia del TSJ. Partiendo de que la medida en cuestión se establece en un ámbito de libertad, como es el de nuestra sociedad en el marco de nuestra CE, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección del poder público. No considera adecuado que, para justificar la prohibición, pueda partirse del presupuesto, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer. Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción por parte del Estado.

Por último, hay que señalar que el TS accede a todas las pretensiones de la recurrente menos a la referida a la modificación del art. 21 del Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos de Viajeros de Lleida, pues entiende que es indudable que el sentido de esa modificación se diferencia con claridad de las demás analizadas, pues no impiden el uso del velo integral, y por tanto no puede equipararse en su valoración jurídica respecto a la vulneración del art. 16.1 CE. La exigencia de identificación que en dicho Reglamento se establece, como control del uso de un beneficio al que la portadora del velo integral se acoge libremente, no supone limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de ésta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene la cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca.

Hay que señalar la importancia de este fallo no solo a nivel nacional, sino también a nivel europeo, ya que esta ha sido la primera decisión de un Tribunal de primer orden en materia de velo integral, pues, como sabemos, ni siquiera el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse, ya que todos los asuntos que se le han planteado tenían como punto de conflicto el pañuelo islámico en ciertos ámbitos (sobre todo el escolar) y nunca se trataba de prohibiciones generalizadas.

En cuanto a un aspecto general, es importante señalar la importancia que destaca el TS a que se interprete por parte del TEDH el derecho a la libertad religiosa del CEDH, pues su jurisprudencia es todo lo contrario menos homogénea en este sentido. Está claro que es necesario tener en cuenta las especialidades del país donde se suceden los hechos que el TEDH debe enjuiciar y que se debe tener en cuenta su derecho

interno, pero lo que no es admisible es, que en un derecho tan importante como este, el TEDH esté únicamente a lo que el Estado recurrido interpreta. Por tanto, sería imperioso que el Tribunal de Estasburgo construyera una interpretación propia para este derecho, aunque sea de mínimos, pero que al menos sirva para unificar su doctrina.

Aunque como bien señala el TS que la Sentencia no constituye una respuesta a si es posible o no en España desde el punto de vista constitucional hacer una prohibición general del *burqa* o del *niqab*, pues esta decisión no le corresponde a él, sí que podemos desprender de su decisión algunas pautas a tener en cuenta, como que la realidad de la perturbación de la tranquilidad que se argumenta por parte de los que están a favor de la prohibición carece de una demostración convincente ya que solo estamos ante una constatación sociológica, que las prohibiciones generales solo tienen como consecuencia el recogimiento absoluto de las mujeres que lo portan y que su uso en España es muy minoritario.

En mi opinión vemos en esta sentencia a un TS garantizador de los derechos fundamentales, que ha sabido mantenerse frío ante un tema de debate tan controvertido como es el de la simbología islámica dinámica, y, dentro de ella, el espacio más conflictivo desde el punto de vista jurídico de todos, el velo integral. Precisamente, lo que requiere un tema tan difícil de tratar es un detenimiento estricto y un análisis exhaustivo de todos los elementos que en él intervienen para llegar a una solución que se ajuste al ordenamiento jurídico; y da la sensación de que el TSJ de Cataluña parecía querer desprenderse rápidamente del asunto tan peliagudo que tenía entre manos, haciendo interpretaciones enrevesadas (en ningún caso acordes con el art. 53 CE), sin pararse a analizar el verdadero trasfondo de la vulneración de derechos fundamentales que se estaba produciendo con estas normas reglamentarias. Por ello, la decisión del TS a mi juicio no podría ser más acertada y más acorde con su papel como garantizador de los derechos fundamentales, dejando claro de forma contundente que las restricciones de estos derechos solo corresponden al poder legislativo, pues no podemos admitir que se lleven a cabo limitaciones por los ejecutivos de los municipios, pues al hacerlo, no solo estarían vulnerando el art. 53 de la CE y los propios derechos fundamentales que sus normas limiten, sino que también estarían conculcando el principio de igualdad, ya que no podemos admitir la limitación de un derecho solo en una parte del territorio.

IV. REFLEXIONES FINALES

Mostrábamos en la introducción los datos alarmantes sobre la discriminación que sufre la minoría musulmana en España y en Europa, que parece tener sus raíces en el choque que produce esta cultura en nuestras sociedades occidentales. Sin embargo, es el profundo desconocimiento que de la religión islámica tenemos en general lo que nos hace propensos al rechazo. Como señala MOTILLA DE LA CALLE, es extraordinariamente simplista, cuando no falso, pensar que los más de mil millones de personas que comparten la fe musulmana actúan como un bloque homogéneo. [...] Se trata de una religión dividida en multitud de doctrinas, corrientes y escuelas⁵⁴. Y es que hay una cierta tendencia en Europa a creer que todos los países de mayoría musulmana tienen las mismas características, sin tener en cuenta las grandes diferencias que podemos encontrar de un extremo a otro de Oriente o de África.

Una solución a la *multiculturalidad*, como propone RODRÍGUEZ GARCÍA, es el *interculturalismo*, entendido como el diálogo entre culturas que se encuentran en pie de igualdad (desde el punto de vista formal); sobre la base del respeto mutuo y de la vivencia del vínculo de solidaridad y la aceptación de la diferencia como un valor positivo, enriqueciéndose mutuamente y superando así tanto la situación de conflicto como la de la mera coexistencia⁵⁵. Es claro que esto no puede conseguirse a corto plazo, sino que debe ser un proceso que se vaya sucediendo. Para ello, deben los poderes públicos impulsar medidas para la consideración de todas las culturas como iguales, lo que derivará finalmente en una convivencia tolerante por parte de todos los miembros de la sociedad. Por supuesto, hay prácticas que ciertas culturas o religiones llevan a cabo que no son admisibles desde el punto de vista de los derechos humanos, y, aunque éstas sí podríamos censurarlas, todo lo demás debe ser respetado aunque nos cueste aceptar la diferencia.

Esta teoría general que hemos expuesto debe ser aplicada al asunto específico que hemos tratado en nuestro trabajo, la vestimenta islámica femenina.

Como se ha explicado, la llevanza del pañuelo islámico, aunque produzca un impacto desde nuestra mentalidad, no plantea problemas constitucionales desde el punto

⁵⁴ MOTILLA DE LA CALLE, A. “Problemas y retos de la inmigración islámica de Europa: la posición de la Unión Europea”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 9, 2011, pág. 11.

⁵⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. *La inmigración islámica en España. Su problemática jurídica*, Dilex, Madrid, 2007, pág. 26.

de vista de los límites de la libertad religiosa, pues, mientras la mujer lo porte libremente, su acción queda cubierta por el derecho fundamental.

Cosa distinta debemos decir del velo integral, pues en ese supuesto sí podemos encontrar un choque entre su porte y otros bienes constitucionalmente protegidos. Se ha demostrado cómo las prohibiciones generales tienen un efecto contrario al que pretenden, pues si (además de la protección de la seguridad pública) se intenta que las mujeres que llevan *burqa* o *niqab* tengan una vida en sociedad más plena despojándose del mismo al entrar a los lugares públicos, lo que se está consiguiendo es que estas mujeres no salgan de casa (por miedo al rechazo y a las sanciones). Y esta es una consecuencia totalmente entendible, pues no se puede intentar cambiar las ideas fuertemente arraigadas de un grupo de personas prohibiéndoles hacer lo que hacen, pues eso únicamente podrá lograrse mediante la educación y la muestra de diferentes alternativas de vida.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, págs. 121-162.

ANCHÚSTEGUI IGARTUA, E. “Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural”, en: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 26, Segundo semestre de 2011, págs. 46-67.

ARECES PIÑOL, T. “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2013, págs. 1-57.

BENEDÍ LAHUERTA, S. “La regulación del velo integral. ¿Qué modelo adoptar en España?”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, págs. 1-31.

CAMARERO SUÁREZ, V. “Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: STS de 14 de febrero de 2013, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm 32, 2013, págs. 1-26.

CAÑAMARES ARRIBAS, S. “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Y PRESNO LINERA, M. Á. (Coords.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, págs. 99-120.

CAÑAMARES ARRIBAS, S. “Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, 2010, págs. 1-19.

CATALÁ S. “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, en MOTILLA DE LA CALLE A. (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 19-61.

GARCÍA A., VIVES A., EXPÓSITO C., PÉREZ-RINCÓN S., LÓPEZ L., TORRES, G. Y LOSCOS, E. “Velos, burkas... moros: estereotipos y exclusión de la comunidad musulmana desde una perspectiva de género”, en *Investigaciones Feministas: papeles de estudios de mujeres, feministas y de género*, núm. 2, 2011, págs. 283-298.

GARCÍA COSTA, F. M. “Los límites de la libertad religiosa en el Derecho español” en *Dikaion*, núm. 16, 2007, págs. 195-210.

GONZÁLEZ MORENO, B. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 316-331.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. Y CAÑIVANO SALVADOR, M. A. *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2003.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la libertad de conciencia I*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

LÓPEZ-SIDRO, LÓPEZ, Á. “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2010, págs. 1-47.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. Y NAVARRO-VALLS, R. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 297-358.

MOTILLA DE LA CALLE, A. *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004.

MOTILLA DE LA CALLE, A. “Problemas y retos de la inmigración islámica de Europa: la posición de la Unión Europea”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 9, 2011, págs. 7-26.

MOUALHI, D. “Mujeres musulmanas: estereotipos occidentales versus realidad social” en *Papers: Revista de Sociología*, núm. 60, 2000, págs. 291-304.

PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, en *Foro, Nueva época*, núm. 13, 2011, págs. 139-187.

PRIETO ÁLVAREZ, T. *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Pamplona, 2010.

RODRÍGUEZ BENOT, A. *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. *La inmigración islámica en España. Su problemática jurídica*, Dilex, Madrid, 2007.

SOUTO PAZ, J. A. “Relevancia jurídica de las minorías religiosas” en: DE LUCAS MARTÍN, J. *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, publicaciones del Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 121-139.

TORRES GUTIÉRREZ, A. “Tratamiento de la diversidad religiosa en Cataluña”, en CASTRO JOVER, A. (Dir.) *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico y modelos de intervención en España e Italia*, Aranzadi, Pamplona, 2013, 119-151.

TABLA DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL	RESOLUCIÓN/ ASUNTO	FECHA	REP. ARANZADI
T. Constitucional	24/1982	13/05/1982	RTC 1982\24
T. Constitucional	33/1982	08/06/1982	RTC 1982\33
T. Constitucional	62/1982	15/10/1982	RTC 1982\62
T. Constitucional	19/1985	13/02/1985	RTC 1985\19
T. Constitucional	120/1990	27/06/1990	RTC 1990\120
T. Constitucional	292/1993	18/10/1993	RTC 1993\292
T. Constitucional	57/1994	28/02/1994	RTC 1994\57
T. Constitucional	177/1996	11/11/1996	RTC 177\1996
T. Constitucional	177/1998	14/09/1998	RTC 177\1998
T. Constitucional	46/2001	15/02/2001	RTC 2001\46
T. Supremo	5910/2010	02/11/2010	RJ 2010\7787
T. Supremo		14/02/2013	RJ 2013\2613
T. Superior de Justicia de Cataluña	489/2011	07/06/2011	JUR 2011\291592
T. Superior de Justicia de Madrid	129/2013	08/02/2013	RJCA 2013\162
Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 32 de Madrid	35/2012	25/01/2012	RJCA 2012\78
TEDH	Manoussakis y otros contra Grecia	26/09/1996	TEDH 1996\44
TEDH	Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía	30/01/1998	TEDH 1998\1
TEDH	Serif contra Grecia	14/12/1999	TEDH 1999\70
TEDH	Dahlab contra Suiza	15/02/2001	
TEDH	LeylaSahin contra Turquía	29/06/2004 y 10/11/2005	TEDH 2004\46 y JUR 2005\250659
TEDH	Kervanci contra Francia	04/12/2008	TEDH 2008\98
TEDH	Dogru contra Francia	04/12/2008	JUR 2008\373821