

ARTÍCULOS E INFORMES

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL*

Fernando Amérigo

Profesor Titular de la Universidad Complutense

Sumario:

I. Introducción. II. El velo islámico como contenido del derecho de libertad religiosa. III. Límites al uso del velo islámico. III.1. Prohibición de carácter general. III.2. Limitaciones atendiendo al ámbito en el que se porta. 1º. Ámbito público general. 2º. Ámbito laboral. 3º. Ámbito sanitario. 4º. Ámbito educativo. 5º. Personal de las Administraciones Públicas. IV. Conclusiones.

Resumen:

El uso del velo islámico por algunas mujeres musulmanas ha desatado una cierta polémica en nuestra sociedad. Lo que se pretende en el presente artículo es analizar las respuestas que desde el Derecho español se han ido produciendo, atendiendo a la legislación existente, a las decisiones jurisprudenciales sobre la materia, así como a las diferentes propuestas doctrinales. Se trata de una manifestación del derecho individual de libertad religiosa, cuya limitación en nuestro ordenamiento jurídico está marcada por el concepto de orden público. Ello implica que toda limitación del derecho deba realizarse por ley y con el fin de defender y respetar el derecho de los demás y la salvaguarda de la salud, la seguridad y la moralidad públicas. Por tanto, se analizan las diferentes limitaciones legislativas existentes atendiendo al ámbito específico en que se porta el velo. Por último, se realizan propuestas concretas de regulación de la materia.

Abstract:

The use of the Islamic veil by some Muslim women has unleashed a certain controversy in our society. The aim of this article is to analyse the answers that have been given from the Spanish Law, according to the existing legislation, to the case law decisions, as well as to the different doctrinal proposals. It deals with an expression of the individual right to freedom of religion, whose limitation in our legal system is marked by the concept of public policy. This implies that all limitation to the right shall be implemented by law, and aiming to defend and respect the right of others, and the safeguarding of public health, public security and public morality. Therefore, the diverse existing legal constraints shall be

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Presente y futuro de la diversidad ideológica y religiosa en España. Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de Libertad religiosa”. (Referencia: DER2010-18748. Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación).

analysed according to the specific context in which the veil is worn. Finally, several concrete proposals shall be made concerning the regulation of the matter.

Palabras clave:

Símbolos religiosos, velo islámico, libertad religiosa, orden público, principio de reserva de ley, igualdad de género, pluralismo y tolerancia.

Keywords:

Religious identity, religious symbols, Islamic veil, freedom of religion, public policy, principle of legal reserve, gender equality, pluralism and tolerance.

I. Introducción.

El artículo 10.1 de la Constitución española de 1978 establece la dignidad de la persona como fundamento de nuestro ordenamiento jurídico. En tanto que valor espiritual y moral, la dignidad de la persona, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, se manifiesta en “la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto de los demás.”¹

Con el fin de dar adecuado cauce a esa declaración, el artículo 16 de nuestra Constitución, reconoce la libertad de conciencia, en sus concretas manifestaciones de libertad ideológica, religiosa y de culto. Por conciencia, entendemos siguiendo a Llamazares, “la percepción de la propia identidad, de la singularidad personal, de las similitudes y diferencias con los demás, determinantes de las relaciones de las personas con el entorno, con los otros y con lo otro; así como de la capacidad para la elección entre distintas alternativas y de la referencia a la misma instancia de decisión de cuanto hace, le hacen o simplemente le acontece.”²

La regla de oro reguladora de las conductas de la persona es la fidelidad a sí misma, a la imagen que le devuelve el espejo de su conciencia, al conjunto de convicciones acerca de sí misma, de los

¹ STC 53/1995, de 11 de abril.

² Llamazares Fernández, D. *Derecho de la libertad de conciencia II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*. 4ª Ed. Civitas, Thomson Reuters, Navarra 2011, pág. 17

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

otros, de lo otro y de las relaciones entre ellos, así como del ideal de persona percibida como posibilidad y llamada; es decir la total coherencia de su comportamiento, exteriorizado o no, con sus convicciones internas y, en definitiva, con la percepción que cada uno tiene de su propia identidad.³

Lo primero, por tanto, que el Derecho debe proteger es esa identidad y su libre percepción por la persona, así como su libre formación y desarrollo interno, defendiendo esa libertad frente a cualquier posible agresión.⁴

La defensa de la dignidad del ser humano, de la libre formación de su personalidad, de la conformación de su identidad propia, es la razón de que nuestro texto constitucional consagre a la libertad de conciencia como el más básico de los derechos fundamentales, como fundamento lógico y ontológico de todos ellos, en expresión de nuestro Tribunal Constitucional.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, un símbolo es “un elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc.”⁵

Bajo esa definición, es evidente que el velo islámico constituiría un símbolo de pertenencia al Islam. Y ello tanto desde una perspectiva subjetiva e interna, la mujer que lo porta lo hace con el fin de mostrar su identificación con una determinada religión. Sería un medio de mostrar a los otros sus convicciones religiosas determinadas, su identidad religiosa, o si se quiere su visión personal de entender la propia religión. Cuanto desde una perspectiva objetiva y externa, porque existe la convención de entender que la mujer que porta el velo pertenece al Islam. Es decir, se produce una asociación comúnmente aceptada de que la mujer que porta un determinado tipo de velo es musulmana.

³ *Ibidem*. Pág. 20

⁴ *Ibidem*.

⁵ Voz, símbolo. DRAE, vigésimo tercera edición

Al concebir así el velo islámico, lo que pretendemos es situar su ámbito de protección en un determinado derecho: el derecho de libertad religiosa.

II. El velo islámico como contenido del derecho de libertad religiosa.

Que se trate de un símbolo religioso ha generado cierta polémica doctrinal. Hay que empezar diciendo que, aún cuando no fuera un símbolo religioso, estaría amparado su uso por otros derechos, como el de libertad de expresión⁶; por el derecho a la propia imagen y a la identidad personal⁷; o por el derecho al respeto de la identidad cultural de la persona⁸.

Es cierto que no son pocos los autores que defienden que estamos ante un símbolo meramente cultural, insistiendo en que su uso no tiene un carácter obligatorio. A modo de ejemplo, podemos decir que de los debates establecidos por el Informe de la Asamblea Nacional Francesa de 26 de enero de 2010⁹, previo a la Ley de 11 de octubre de 2010¹⁰, que prohíbe el uso del velo integral en el espacio público, se desprende que el uso del velo integral no es el resultado de una

⁶ Souto Paz, J. A. *El derecho a la libertad de ideas y creencias*. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 266

⁷ Cfr. Llamazares Fernández, D. *Derecho de la libertad de Conciencia II*. 4ª Ed. Civitas Thomson-Reuters, Navarra 2011, pág. 43; Aláez Corral, B. “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la prohibición del velo islámico en Europa.” En: Gutiérrez, I. y Presno, M. A. (Eds.) *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*. Comares, Granada, 2012, pág. 147; Cuerda Riezu, A. “El velo islámico y el derecho a la propia imagen” En *Parlamento y Constitución 11* (2008), pp. 247-256

⁸ Castro Jover, A. “Inmigración, pluralismo religioso y cultural y educación” En *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*. Nº. 2 (2002), pág. 111.

⁹ Sobre el informe de la asamblea nacional, así como sobre el posterior informe del Consejo de Estado francés, véase: Camarero Suárez, V. *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012

¹⁰ Sobre la ley francesa de prohibición, así como sobre la regulación existente en otros países europeos pueden verse: Amérigo, F. y Pelayo D. *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*. Fundación Alternativas, Madrid, 2013; Camarero Suárez, V. *El velo integral y...* Ob. Cit. Pérez Álvarez, S. “Behind the islamic full veil and headscarf in the frameowkr of the Council of Europe.” En *Revue Eropéenne du droit social*. Volume XVI, Issue 13, (2012).

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

prescripción del Islam, sino una práctica cultural para algunos y militante para otros.¹¹

En este sentido, resulta ilustrativo el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, que declaró nulos determinados preceptos de las ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Lleida, y que reza lo que sigue:

“Aunque no sea estrictamente necesario, no está de más observar para reforzar el planteamiento de la sentencia recurrida, que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural.

Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse *“sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso”*.

En primer lugar, continua el Supremo, dada la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión, no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa (...)

Y en segundo lugar, porque desde el punto de vista del art. 16 CE, la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.”¹²

Así las cosas, entiendo que la polémica resulta un tanto estéril. Dicho de otro modo, las construcciones realizadas por juristas invocando determinadas aleyas del Corán sobre la obligatoriedad o no de su uso, o estudiando el origen histórico del *burka* o el *niqab*, pueden ser más o menos eruditas, pero resultan, desde el punto de

¹¹ Camarero Suárez, V. *El velo integral y...* Ob. Cit. pág. 35.

¹² STS de 14 de febrero de 2013

vista jurídico, absolutamente irrelevantes y carentes de cualquier eficacia.

Para concluir con estas consideraciones previas quisiera hacer mención a la cuestión de la voluntariedad. Es decir al hecho de que si la mujer que lo porta lo hace por una decisión libremente aceptada por ella misma o si ello es consecuencia de presiones externas. Respecto de esta cuestión hay que decir lo siguiente:

1º. El bien jurídico protegido por el derecho de libertad religiosa es la convicción libremente aceptada. Como se ha puesto de manifiesto, que el velo pueda ser un foco de imposiciones por parte del entorno familiar o social no puede negarse, pero en este punto debe hacerse notar que el bien jurídico de la libertad se encuentra ya protegido por los ilícitos penales cuando median coacciones o amenazas en la imposición de una conducta¹³ Si bien es necesario tener en cuenta dos cosas: se trata de delitos no perseguibles de oficio, sino a instancia de parte, es decir se requiere la denuncia. Y segundo, la comisión de dichos delitos deberá ser probada, como resulta obvio, en sede judicial.

Respecto de los menores la situación es compleja. Toda vez que es a los padres, como consecuencia de la patria potestad, a quienes corresponde decidir sobre la vestimenta de sus hijos, y sobre los símbolos que portan, hasta la mayoría de edad. Este principio queda matizado, por una parte, por el concepto de “madurez suficiente” al que se refieren los artículos 162 y 163 del Código Civil. Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación de sus hijos menores no emancipados salvo en “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*” y “*aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo*”.

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad y a la propia imagen y la libertad de expresión, lo que se

¹³ Ruiz Ruiz, J. J. “La prohibición del velo islámico en centros públicos de enseñanza y el orden público constitucional español y europeo.” En Revenga Sánchez, M., Ruiz-Rico, G., Ruiz Ruiz, J. (Dir.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2011, pág. 85)

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

traduce en la imposibilidad, en casos de madurez suficiente, de imponer o prohibir el uso de símbolos religiosos. También aquí nos encontramos ante las mismas limitaciones ante la ausencia de denuncia.

2º. Las presiones no provienen del entorno cercano si no que son consecuencia de la “identidad del grupo”. Ello ocurre cuando el grupo pretende imponer como obligatorio para sus integrantes algún elemento propio de la identidad colectiva¹⁴ y reclama para sí la salvaguardia de su propia identidad religiosa. Pues bien, conviene recordar el carácter derivado de los derechos reconocidos a los grupos respecto del individuo, por lo que, en caso de colisión, como señala Walzer, deben primar los derechos de la persona individual sobre los del grupo.¹⁵

Hechas estas consideraciones generales, vamos a intentar entrar de lleno en la cuestión. Cuando hablamos de velo islámico nos referimos a un conjunto distinto de prendas que utilizan algunas mujeres de confesión musulmana y que varía atendiendo al origen geográfico de las mismas¹⁶. Aún cuando resultan bien conocidas, nos referimos al *hijab*, al *chador*, al *niqab* y al *burka*. Los dos últimos son velos de carácter integral, el *niqab* solo permite ver los ojos de la mujer cubriendo el resto del cuerpo, mientras que el *burka* cubre completamente tanto el rostro como el cuerpo. El *hijab* es un pañuelo que cubre únicamente el cabello de las mujeres, permitiendo ver el rostro, en tanto que el *chador* es una túnica que permite ver el óvalo de la cara y que difumina las formas del cuerpo de la mujer.

Entendemos que se trata de un símbolo personal¹⁷ que queda amparado por el derecho fundamental de libertad religiosa, regulado en el artículo 16.1 de la Constitución y en la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio. El ejercicio de la libertad religiosa en esta materia queda reforzado, además, por otros derechos fundamentales, como son el respeto a la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad

¹⁴ Llamazares Fernández, D. *Derecho de la libertad...* Ob. Cit. pág. 21.

¹⁵ Walzer, M. *Tratado sobre la tolerancia*. Paidós, Barcelona, 1988, págs. 72-79.

¹⁶ Mouhali, D. “Mujeres musulmanas: estereotipos occidentales versus realidad social. *Papers* 60 (2000) pág. 298.

¹⁷ Sobre la distinción entre símbolos personales e institucionales, véase Amérigo, F.; Pelayo D. *El uso de...* Ob. Cit. Pág. 10-13.

(Art. 10.1 CE), la libertad de expresión (Art. 20.1 CE) y el derecho a la intimidad y a la propia imagen (Art. 18 CE). *“Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18 CE se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, que deriva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el reconocimiento de los demás (...)”*¹⁸ Dentro del derecho a la intimidad hay que incluir el derecho a la intimidad corporal¹⁹, quedando protegido por el Ordenamiento jurídico el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad.²⁰

Nos encontraríamos en uno de los supuestos previstos en el artículo 2. a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 que garantiza el derecho de toda persona, con la consiguiente inmunidad de coacción, a manifestar libremente sus creencias religiosas o la ausencia de las mismas.

Estamos, por tanto, en la dimensión externa del contenido del derecho de libertad religiosa, sobre el que existe una amplísima doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que afirma como contenido del derecho *“una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros.”*²¹ *“Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de” agere licere “lo es con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales.”*²²

III. Límites al uso del velo islámico.

Como todos ustedes conocen no existe ningún derecho de carácter absoluto, tampoco los derechos fundamentales, que quedan sometidos a límites.

¹⁸ STC 156/2001, de 2 de julio

¹⁹ SSTC 37/1989 de 15 de febrero; 57/1994, de 28 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre; 234/1997, de 18 de diciembre; 204/2000 de 24 de julio

²⁰ STC 57/1994, de 28 de febrero

²¹ SSTC 19/1985 de 13 de febrero; 120/1990 de 27 de junio; y 137/1990 de 19 de julio.

²² SSTC 46/2001 de 15 de febrero; 24/1982, de 13 de mayo y 166/1996 de 28 de octubre.

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En este sentido, conviene recordar que a tenor del texto constitucional, el derecho de libertad de conciencia (ideológica, religiosa y de culto) no tiene “*más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley*” (artículo 16.1 CE). Y, por su parte el artículo 3.1 de la LOLR establece que: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite 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 públicas, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.*”

Asimismo conviene tener en cuenta que dada la redacción del artículo 53.1, la Constitución ha querido que la Ley y solo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental.²³

Por tanto, las limitaciones deben cumplir dos condiciones:

- 1ª. Deben hacerse por Ley.
- 2ª. Deben ser necesarias para proteger y defender:
 - a) La protección de los derechos y libertades de los demás.
 - b) La salvaguardia de la seguridad, la salud y la moralidad públicas.

Esos elementos constitutivos del orden público: protección del derecho de los demás, y salvaguardia de la seguridad, salud y moralidad públicas, habrán de interpretarse en el ámbito de una sociedad democrática.

Una precisión importante respecto de la primera condición. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo, la noción de «Ley» debe ser entendida en su acepción «material» y no «formal». En consecuencia, incluye el conjunto formado por el derecho escrito, incluidos los textos de rango infralegislativo.²⁴ Pero

²³ SSTC 57/1994 de 28 de febrero; 18/1999, de 22 de febrero y 292/2000 de 30 de noviembre.

²⁴ De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica [TEDH 1971, 1], 18 junio 1971, ap. 93, serie A núm. 12

si atendemos a lo establecido por el artículo 53.1 de nuestra Constitución, como ha señalado De Otto, solo el legislador está legitimado para establecer por sí mismo tal regulación, vetando tal posibilidad a quien no sea el legislador mismo²⁵. De ahí que la flexible interpretación del TEDH respecto al concepto “Ley” limitativa de la libre manifestación de las creencias, que incluiría tanto las normas aprobadas por el Parlamento como las disposiciones reglamentarias de los Gobiernos de los Estados, sea un estándar común convencional que no alcanza el mínimo de garantía formal previsto por la Constitución, siendo de aplicación por tanto este último²⁶.

Por ello, entendemos que cualquier limitación al uso de símbolos religiosos deberá estar amparada por la ley. La cuestión no es baladí, tengan en cuenta que ese argumento, la ausencia de ley, es el pilar central de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 que anulo las Ordenanzas Municipales que prohibían el uso del velo integral en el espacio público en la ciudad de Lleida.²⁷

Para concluir la cuestión de los límites conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional establece que: *“Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo... o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de o dispuesto en el artículo 53.1 CE.”*²⁸

III.1. Prohibición de carácter general.

Atendiendo a este esquema intelectual, analizaremos ahora las restricciones al uso del velo islámico. Refiriéndonos, en primer lugar, a la posibilidad de establecer una prohibición general de su uso. Y, en

²⁵ Otto, I. de. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 5ª reimpression, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 151-152)

²⁶ Aláez Corral, B. “Reflexiones...” Op. Cit. Pág. 150.

²⁷ Cfr. STS de 14 de febrero de 2013.

²⁸ SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 18/1999, de 22 de febrero.

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

segundo lugar, al establecimiento de restricciones concretas en función del ámbito en el que se porta el velo islámico.

Respecto de la primera cuestión, la restricción general del uso del velo islámico, se ha planteado fundamentalmente respecto del uso del velo integral (*burka y niqab*). Dicha restricción, supondría, como se ha dicho, una limitación al modo de ejercicio del derecho, por lo que sería necesario establecer tal limitación mediante Ley, no con carácter Orgánico, pues el desarrollo del derecho fundamental ya se encuentra en la Ley Orgánica de Libertad religiosa, pero sí Ley aprobada por la Cortes Generales o por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Fijadas estas cuestiones formales, vamos a analizar los argumentos en que podría fundamentarse tal prohibición.

Tres son los argumentos que encontramos a favor de una prohibición general del uso del velo integral:

1º) El que denominamos el principio o criterio de reciprocidad. Parte el argumento de la idea de que no deben permitirse en suelo patrio aquellas actitudes o comportamientos foráneos, reflejos de culturas extrañas, cuando a nuestros nacionales no se les permite un comportamiento o conducta paralela en el país de origen de tales personas²⁹. El argumento es, de una parte xenófobo, y de otra, patéticamente perverso. Es xenófobo toda vez que su aplicación solo afectaría a las mujeres inmigrantes que portan el velo, no a las nacionales, lo que contradice plenamente tanto nuestros valores constitucionales como su desarrollo legislativo, como señala el artículo 3 de la Ley Orgánica de Extranjería el ejercicio de los derechos fundamentales no está sometido a condición alguna en nuestro acervo jurídico.³⁰

Es patéticamente perverso, pues permite mantener la represión de los derechos fundamentales más allá de los límites del poder territorial ejercido por el sátrapa o dictadorzuelo de turno. Lo que

²⁹ Alenda Salinas, M. "La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico." En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 9 (2005) pág. 8

³⁰ *Ibidem*. pág. 9

redunda en un reforzamiento de su poder absoluto y, seguramente, alimenta la autoestima de un ego ya de por sí desmesurado.

2º) El que vamos a denominar como argumento del “Choque de civilizaciones”.

Aquí se exponen muy diferentes razones que van desde la vinculación entre Islam y terrorismo, la incompatibilidad entre democracia e Islam, entre derechos humanos e Islam, la preservación de valores culturales de raíz cristiana frente a la expansión musulmana, la alteración de la paz social en la vida cotidiana, la laicidad del Estado concebida como un guardafronteras, etc. Un concreto elenco de estas argumentaciones las encontramos en el ya citado Informe de la Asamblea Nacional Francesa de 26 de enero de 2010, en el que para huir de una posible acusación de islamofobia, acaba por distinguir entre un Islam bueno y un Islam malo, el bueno sería aquel que respeta los principios republicanos y las esencias de la cultura francesa. De la lectura de dicho informe, a mi modo de ver, se deduce el respeto a la tradición francesa en materia de relación Iglesia-Estado, pues se mantienen principios tanto del *galicanismo*, hay que someter la religión al Estado, cuanto del laicismo republicano más radical, es necesario defender a la República de la religión, ahora no de la católica, sino de la musulmana.

No voy a detenerme, por razones de espacio, en rebatir cada uno de estos argumentos. Solo quiero recordar dos cosas. En primer lugar, que la limitación de un derecho fundamental requiere, en los ordenamientos jurídicos democráticos, de una argumentación muy precisa y concreta sobre la defensa y preservación de determinados bienes jurídicos, “derecho de los demás, seguridad, salud y moralidad públicas”, que dicha limitación debe ser además proporcionada e interpretada siempre restrictivamente.

En segundo, lugar coincido plenamente con el contenido de la *Resolución del Consejo de Europa 1743 sobre: Islam, islamismo e islamofobia*”, adoptada el 23 de junio de 2010, en ella se rechazan de plano los argumentos islamóforos, entendiendo que los estereotipos, malentendidos y temores, son síntomas de una falta generalizada de conocimiento adecuado del Islam en Europa. Del mismo modo, entiende que muchos musulmanes desconocen el Islam y otras religiones, haciéndoles vulnerables al radicalismo.

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por ello, como ya hiciera en la *Recomendación 1720 (2005) sobre educación y religión*, solicita a los Estados miembros que aseguren el conocimiento del Islam, del judaísmo y del cristianismo en la escuela y/o a través de la educación permanente³¹. De ese modo, los ciudadanos podrán conocer su origen común y el impacto de sus valores en el humanismo europeo moderno. Así como, posibilitar la creación de instituciones educativas que permitan conocer y distinguir a los estudiantes, alumnos y líderes religiosos el Islam y el islamismo. Porque, en este sentido, la Asamblea está convencida de que en lugar de producirse un “choque de valores”, muchos musulmanes europeos aceptan, y llevan mucho tiempo haciéndolo, un enfoque común que reconcilia el Islam con los valores democráticos, los derechos humanos y el imperio de la Ley³².

En fin, habría sido bueno que algún responsable educativo hubiese leído esta Resolución antes de eliminar “Educación para la ciudadanía”

3º) El argumento de la discriminación por razón de género. Me parece el argumento más serio complejo y polémico. Y, probablemente, el único con el suficiente peso para justificar una prohibición general de determinados tipos de velo: *burka* y *niqab*. Mucho más dudoso en el caso del *chador* y el *hijab*. Recordemos que en la pasada Legislatura se planteó en el Senado una moción instando al Gobierno “a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y las mujeres.”³³ La moción fue aprobada, si bien nuestro legislador no ha acometido tal regulación.³⁴

³¹ Resolución 1743/2010, pág. 20

³² Resolución del Consejo de Europa 1743/2010, pág. 20-21

³³ BOCG. Senado Serie 8 núm. 484 de 21 de junio de 2010.

³⁴ En similar sentido se pronunció el Parlamento de Cataluña. Diario de Sesiones de 5 de abril de 2011, si bien, hasta el momento no se ha producido regulación alguna por el citado Parlamento.

Se trata de poner de relieve que existe una discriminación por razón de género en la que a la mujer musulmana le imponen unas vestimentas que no se imponen al hombre musulmán y que evidencia su posición de subordinación desde la sumisión y el sometimiento. Hay quien considera que el velo esconde una exhibición simbólica de la opresión de la mujer o de una supuesta naturaleza pecaminosa o nociva contraria a su dignidad y a la igualdad³⁵.

Teresa Maldonado afirma que “no se discute el derecho a llevar *hijab* (o tacones de aguja), sino el hecho de que se quiera y decida llevar. Por lo tanto, la elección de portar un velo (o lo que sea) será un exponente de la libertad humana el día que sea elegido indistintamente por hombres o por mujeres, es decir el día en el que la construcción del deseo no distinga entre unos y otras”³⁶. Para afirmar más adelante que buscar en las costumbres, en las tradiciones culturales o en las religiones a ellas asociadas las claves de la liberación de las mujeres, es pedir peras al olmo que solo lleva a contrasentidos circulares y paralizantes, como el de quien afirma haber elegido las cadenas que después le impedirán elegir moverse. Quizás no se pueda prohibir a una mujer musulmana que use el velo pero que, sin duda, podremos denunciar que ese hecho es de génesis y origen patriarcal³⁷.

Irene Khan, musulmana y Secretaria General de Amnistía Internacional, considera que el velo es una manifestación de la libertad religiosa y de expresión. La mujer ha de ser libre, eso sí, para portarlo o no. La responsabilidad del Estado es asegurar que se pueda elegir libremente. Además el velo posee muchos y contradictorios significados. Es un error atribuirle, en todo caso, un valor discriminatorio y contrario a la dignidad de la mujer³⁸.

Para otros muchos autores, resulta difícil afirmar que en todos los casos en que se porta el velo y, sobre todo algún tipo de velo como

³⁵ Holgado González, M. “Alcance y límites del derecho a la simbología religiosa” En *Los símbolos religiosos en...* Ob. Cit. Pág. 274.

³⁶ Maldonado, T. “Feminismo y multiculturalismo: paradojas de un debate” En Aramayo, R. R. y Ausín, T. (Eds.) *Valores e historia en la Europa del siglo XXI*. Plaza y Valdes Madrid, 2006, pág. 442.

³⁷ *Ibidem*. Pág. 446.

³⁸ Holgado González, M. “Alcance y límites...” Ob. Cit. Pp. 274-275

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

el *hijab*, estemos ante una discriminación por razón de género³⁹. La razón de portar el velo puede deberse al orden patriarcal, puede ser resultado de una costumbre o tradición, puede obedecer a un simple mecanismo de la diferencia, puede ser reivindicado por un discurso militante o extremista. Pero, desde luego, puede ser elegido o escogido⁴⁰. Se trataría además de rechazar una cierta pretensión paternalista por parte del Estado, que como señala Díez Picazo cree saber mejor que las personas lo que conviene a estas y lo que deben hacer con sus vidas⁴¹.

Personalmente, encuentro que tanto el *burka* como el *niqab* persiguen un efecto de invisibilidad de las mujeres que conduce a una cosificación de las mismas, por lo que me parecen prendas discriminatorias. Sin embargo no me manifiesto favorable a una prohibición general de su uso.

En primer lugar, coincido con la recomendación realizada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que requiere a los Estados miembros para que no establezcan prohibiciones generales sobre el uso del velo integral, sino que protejan a las mujeres de cualquier coacción física o psíquica y tutelen su libertad para elegir libremente su vestimenta religiosa y asegurar la igualdad de la mujer musulmana para participar en la vida pública y la consecución de sus actividades educacionales y profesionales⁴².

En segundo lugar, comparto la afirmación contenida en el Fundamento Jurídico 10^a de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013, en el que se recuerda que “en los estudios doctrinales de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo de efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras sus convicciones religiosas; lo que a la postre

³⁹ Rey Martínez, F. “El problema constitucional del *hijab*” En *Los símbolos religiosos en...* Ob. Cit. Pág. 74.

⁴⁰ Salguero, M. “El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia. En Lagasabaster, D. *Multiculturalidad y laicidad*. Pamplona, Pamplona, 2003, pág. 43

⁴¹ Díez Picazo, L. *Sistema de derechos fundamentales*. 3ª Ed., Civitas, Pamplona 2008, pág. 71.

⁴² Recomendación 1743 (2010) de 23 de junio.

resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios.”⁴³

Entiendo, así, que resultarían más eficaces acciones realizadas a través de los distintos servicios sociales, el establecimiento de políticas concretas de igualdad, la negociación y el diálogo con los líderes de las comunidades islámicas y, por último, acciones a través del ámbito educativo (otra vez la rechazada Educación para la Ciudadanía), que tienen, además, un efecto generador de confianza hacia las Administraciones Públicas, todo lo contrario que provocan las normas prohibitivas y sancionadoras. Me genera, además, cierta perplejidad, si no indignación, escuchar a algunos responsables políticos enarbolar la bandera de la igualdad de género en esta materia, cuando su posición en otros supuestos, como la diferencia de salarios entre hombres y mujeres, ha sido, por decirlo de forma amable, tibia, o, simplemente, inexistente.

III.2. Limitaciones atendiendo al ámbito en el que se porta.

Analizado el supuesto de una prohibición general, vamos a ver ahora las limitaciones concretas relacionadas con el lugar en el que se porta el velo islámico.

1º. Ámbito público general.

En principio, partimos de la permisividad del uso del velo islámico en los espacios públicos. Respecto del espacio público general, la vía pública, calles, plazas, avenidas, etc., la principal limitación deriva de la seguridad pública en aquellos casos en los que, el uso del velo, no permita una adecuada identificación de la persona que lo porta, al no permitir ver el óvalo de la cara. En tal sentido, el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana establece: *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 hubiera hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la*

⁴³ *Fundamento Jurídico 10º STS de 14 de febrero de 2013.*

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

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.

Es decir, los agentes de la Policía Nacional, de la Guardia Civil, de la Policía de la Comunidad Autónoma, allí donde existiera en el ámbito de la Comunidad Autónoma y de la Policía Local, en el ámbito de su respectivo municipio (según la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), tienen competencia para solicitar a una mujer que porte *burka* o *niqab* su identificación, cuando entiendan que existe un riesgo para la seguridad. Dicha identificación podrá realizarse *in situ* o en las dependencias propias del concreto cuerpo de seguridad, si la mujer así lo requiere.

La limitación de la seguridad pública también opera respecto al acceso a edificios públicos. Si es necesaria la identificación de la persona, bien para acceder a un recinto de concurrencia pública (un servicio administrativo, un espectáculo para el que se requiere una determinada edad, etc.) o para el ejercicio de un derecho o el uso de un beneficio (obtener el permiso de conducir, comprar tabaco, participar en un concurso u oposición pública, acceder a un transporte público con tarjeta de abono, pagar con tarjetas de crédito, etc.) se deberá proceder a la identificación y si la persona decide no identificarse, se deducirán las consecuencias que en cada caso procedan. En estos últimos casos no estamos ante limitaciones al derecho fundamental de libertad religiosa, pues la portadora del velo integral se acoge voluntariamente a estos derechos o beneficios.⁴⁴

2º. Ámbito laboral.

En lo que se refiere al ámbito laboral, las convicciones religiosas no son materia de las relaciones laborales, pero sí de los derechos que dimanan de dichas convicciones, por lo que es deber del empresario y de los representantes legales la protección de estos derechos. Las limitaciones al uso de símbolos religiosos derivarían del contrato de trabajo, bien porque la naturaleza del trabajo exigiera el cumplimiento de normas sobre higiene y seguridad en el trabajo

⁴⁴ Fundamento Jurídico Undécimo de la STS de 14 de febrero de 2013

incompatibles con el uso de determinados símbolos, bien por la existencia de una uniformidad obligatoria.⁴⁵

En el primer caso, los elementos normativos en juego son tanto el estatuto de los Trabajadores como la Ley 35/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

No se podrá usar el velo en los siguientes casos:

- a) Cuando el símbolo no permite la adecuada identificación de la persona, tanto por motivos de seguridad pública como por lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto de los trabajadores y que afecta a la relación empresario-trabajador.
- b) Cuando se contravienen las disposiciones derivadas de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de forma que sea imposible adaptar el puesto de trabajo a las “condiciones individuales”.

En el segundo caso, uniformidad obligatoria, el uso de uniforme responde a un criterio de imagen corporativa, que se encuentra dentro de las facultades organizativas del empresario, así como por razones de seguridad e higiene. Respecto de seguridad e higiene es aplicable lo indicado anteriormente, en tanto que como facultad organizativa la solución debe partir de alcanzar acomodos razonables en los convenios. Hay que decir que parece necesario llegar a un acuerdo con el empresario, ya sea individualmente o mediante negociación colectiva, porque los Tribunales españoles se han venido mostrando reacios a admitir excepciones a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo por razones de conciencia.

3º. Ámbito sanitario.

A) Respecto del *burka* y el *niqab*.

Quien porta el símbolo es un paciente: en este caso sería necesaria la identificación de la persona, por lo que sin estar prohibido su uso, sí que estaría limitado a la necesidad de identificar. Por supuesto, médicos y ayudantes técnicos sanitarios pueden requerir, también, que se retire el símbolo con el fin de practicarle las exploraciones médicas necesarias, ciertamente en la privacidad de la

⁴⁵ Amérigo, F. y Pelayo, D. *El uso de...* Ob. Cit. pág. 48

consulta, pero si la persona se niega, renuncia a su derecho a ser atendido.⁴⁶

Cabe, también, que el facultativo decida reconocer al paciente, retirando el símbolo que porta sin su consentimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9.2 c) de la Ley de Autonomía del Paciente que tiene por objeto la protección de la salud pública. Pensemos en un supuesto de una enfermedad contagiosa.

Quien porta el símbolo religioso es miembro del personal sanitario. Aquí, además del límite común a todos estos supuestos, la seguridad pública, también operan como límites los derechos de los pacientes, las normas de seguridad e higiene en el trabajo y Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Es evidente que el paciente tiene derecho a identificar al personal sanitario que le trata. Junto a ello, no parece que el uso de estos símbolos se adecue a las condiciones singulares del puesto de trabajo del personal sanitario.

B) Respecto del *hijab* y el *chador*.

Uso por pacientes. El uso estaría permitido siempre que no obstaculizase la necesaria labor del personal sanitario.

Uso por personal sanitario. Al igual que en el caso anterior, su uso estará siempre permitido, salvo que lo impidan las normas de seguridad e higiene en el puesto de trabajo y lo que disponga sobre esta materia la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

4º. **Ámbito educativo.**

Puesto que son varios los problemas a enfrentar, intentaremos sistematizar las soluciones, distinguiendo, cuando sea necesario, entre centros públicos y centros privados.

A) Respecto del *burka* y el *niqab*.

La solución a aplicar es la misma en centros públicos y privados y respecto de alumnas y profesoras. Se puede prohibir el uso de dichos símbolos invocando el derecho a la educación que primaria sobre el derecho a la libertad religiosa.

⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 50.

Hay que tener en cuenta que el proceso educativo precisa de la constante interacción entre los profesores y los alumnos, que se vería alterada por el uso de estos símbolos. Junto a ello, existen aspectos formativos en la educación no formal que tienen que ver con la creación de la propia identidad del sujeto (habilidades sociales, empatía, pertenencia al grupo, socialización, etc) que se verían alterados por el uso de dichos símbolos. Todo ello afectaría a los fines hacia los que se orienta el sistema educativo español, reflejados en la Ley Orgánica 2/2006 de Educación. A ello, además, debemos sumar el límite de la seguridad ciudadana, que entraría en juego ante la imposibilidad de identificar a la persona. Siendo de aplicación lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que obliga a la colaboración de los funcionarios públicos y autoridades, en el ámbito de sus competencias, para cumplir las finalidades preventivas expresadas en la Ley. Para concretar, se podría exigir la identificación de una madre que portara *burka* o *niqab* y quisiera recoger a sus hijos del centro educativo.

B) Respeto del *hijab* y el *chador*.

1º. En lo que respecta a los alumnos.

a) Centros privados: se produce un conflicto entre el uso del símbolo religioso y el ideario del centro educativo. En el caso de los alumnos se enfrentaría el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la educación con el derecho del titular del centro a dotar de ideario o carácter propio al centro educativo.

Los alumnos están obligados a respetar el carácter propio del centro y el titular el derecho a la libertad religiosa de los alumnos y sus padres. La cuestión evidentemente es compleja. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre conflictos entre libertad de cátedra y carácter propio del centro. En concreto la STC 47/1985 afirma: “*La simple disconformidad de un profesor respecto del ideario del centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado y puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro.*” De forma que para que el despido sea lícito habrá que demostrar que hubo no solo disconformidad, sino “*fricciones entre los*

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

*critérios del centro consistentes en actos concretos del profesor y en una actividad contraria o al menos no ajustada al ideario*⁴⁷.

Si, aplicando la analogía, trasponemos esta doctrina a un conflicto entre derecho a la libertad religiosa y carácter propio, entendemos que existen argumentos tanto para prohibir el uso de símbolos religiosos no ajustados al ideario como para permitirlos. Depende de que consideremos el uso de dichos símbolos como actos concretos dirigidos contra el ideario o no ajustados al mismo, en cuyo caso se podrían prohibir. Si por el contrario, entendemos que el uso de dichos símbolos no es más que una simple manifestación del derecho de libertad religiosa, que no supone un ataque concreto al ideario y que propicia, además, valores constitucionales de respeto a los derechos de los demás, de libertad, de pluralismo, tolerancia y respeto al diferente, concluiríamos en permitir su uso. En todo caso, deberán ser los Tribunales de Justicia los que diriman este conflicto.

b) Centros públicos. Los centros docentes públicos carecen de ideario o carácter propio, por lo que no se puede aplicar el mismo límite que preveíamos para los centros docentes privados. Por ello, su uso debe estar permitido. Cabe, no obstante, una excepción, singular del ámbito educativo. El uso de símbolos religiosos en clase de educación física. Lo primero que debemos decir es que no cabe la objeción de conciencia a cursar la materia de educación física, al contemplarse como materia obligatoria del currículo escolar por las leyes educativas. La práctica de ejercicio físico requiere del uso de una determinada vestimenta adecuada a la misma.

Por ello, invocando una razón de salud pública, se pueden establecer determinadas restricciones respecto del uso de símbolos religiosos, cuando estos puedan poner en peligro la salud o la integridad física del alumnado. No obstante, nada impide que los alumnos, invocando su derecho de libertad religiosa, puedan cubrir sus cabellos con prendas que no pongan en peligro su integridad física al realizar actividades deportivas, como un gorro de baño.

Conviene hacer una breve mención a la restricción al uso de estos símbolos por el reglamento de organización interna del centro.

⁴⁷ STC 47/1985 de 27 de marzo.

Restricción avalada por la Sentencia del año 2012 del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid.⁴⁸ Según las leyes educativas corresponde al Consejo Escolar del centro la redacción de un reglamento interno del mismo, en el que, entre otras cosas, se regule las normas de convivencia del centro educativo. Formalmente dicha posibilidad contaría con la cobertura legal prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación^{49, 50}.

Pero tampoco parece adecuado que un simple reglamento interno de un centro educativo de titularidad pública sea el instrumento más idóneo para limitar un derecho fundamental⁵¹. A nuestro juicio, una interpretación material del artículo 53.1 de nuestro texto constitucional, no permitiría semejante potestad a un órgano administrativo como el citado. No parece lo más adecuado, por otra parte, dejar en manos de la comunidad escolar la resolución de un conflicto tan complejo como es el de la limitación de un derecho fundamental.

La cuestión, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, parece que gira en el sentido de desautorizar la decisión del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Madrid. El tema se centra en el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales solo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior. Como se ha puesto de manifiesto⁵² el Tribunal Constitucional se pronuncia con llamativa claridad y energía sobre las relaciones entre la Ley y el Reglamento cuando se trata de trazar los límites a los derechos fundamentales. A la vez que advierte, “aviso para navegantes”, que e el campo de fijación de los límites de un derecho fundamental no es el más idóneo para buscar la colaboración entre la Ley y el Reglamento, señala que

⁴⁸ Sentencia 35/2012 de 25 de enero.

⁴⁹ Artículo 6.4 b),f) y g) de la LODE.

⁵⁰ Aláez Corral, B. “Reflexiones...” pág. 152).

⁵¹ Carballo Armas, P. “Libertad religiosa, objeción de conciencia y Estado aconfesional (una reflexión a propósito del hijab de Najwa) En *Los símbolos religiosos en...* Ob. Cit. Pág. 127-128.

⁵² Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución” En *El médico interactivo. Diario electrónico de la sanidad*. Nº 892 Enero 2003, pág. 4-5

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

la ley llamada a regular los límites de los derechos fundamentales habrá vulnerado la Constitución cuando se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que puedan imponerse a los derechos fundamentales “cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime conveniente y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional.”⁵³ Si trasladamos esta doctrina al derecho de libertad religiosa, parece claro la imposibilidad de prohibir el uso del velo no integral en los colegios públicos, sin previa ley que permita expresamente dicha prohibición.

2º. En lo que respecta a las profesoras (*hijab* y *chador*).

a) Centros privados. El conflicto se plantea en una doble vertiente. Derecho a la libertad religiosa y libertad de cátedra del profesor frente al carácter propio del centro, de una parte. Y de otra, derecho a la libertad religiosa y libertad de cátedra del profesor y derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos. La libertad de cátedra permite al profesor expresar las ideas y convicciones que asume como propias en relación con las materias objeto de enseñanza. Su contenido se ve necesariamente modulado por las características del puesto docente que detente, y sus características dependen de la naturaleza pública o privada del centro y del nivel o grado educativo del centro docente⁵⁴. Si recordamos la doctrina citada de la STC 47/1985, nos situamos en una posición similar a la que indicábamos para los alumnos.

Concorre aquí, además, el conflicto con el contenido del artículo 27.3 CE, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos. El elemento a tener en cuenta en este caso es la capacidad de adoctrinamiento que provocaría el uso del símbolo religioso en los alumnos. Mientras que la posición iusfundamental de los profesores es de superioridad y de neutralidad, la de los alumnos reviste caracteres distintos, ya que en el ámbito

⁵³ Cfr. SSTC 290/2000 y 292/2000 de 30 de noviembre.

⁵⁴ STC 5/1981 de 13 de febrero.

educativo sus creencias y la libertad de profesar una religión es una esfera que ha de quedar inmune a quien ostenta esa posición de superioridad.⁵⁵

Dicha capacidad se relaciona, también, con el nivel educativo en el que nos encontremos, puesto que no es lo mismo la percepción de las cosas que se produce en educación infantil que en educación primaria o secundaria. De ahí que la libertad de cátedra de los profesores sea más limitada en la medida en que descendemos en la pirámide educativa, puesto que la capacidad de provocar un cierto adoctrinamiento es mayor. Sobre la base de este argumento entendemos que se podría prohibir el uso de símbolos religiosos en educación infantil y en educación primaria, con la excepción del uso de símbolos religiosos por parte de los profesores de religión, por razones evidentes y dado el carácter voluntario de la asignatura.

b) Centros públicos. Al carecer de ideario los centros públicos por ser neutrales, las limitaciones surgen del conflicto entre derecho a la libertad religiosa y a la libertad de cátedra del profesor y derecho a la educación de los alumnos. La cuestión se plantea en los mismos términos, respecto de adoctrinamiento, que vimos en el ámbito de los colegios privados. Se trataría, por tanto, de determinar tanto la capacidad del símbolo para adoctrinar a los alumnos, cuanto a la posibilidad de los niños, en función de sus capacidades, para ser adoctrinados.

Más complejo resulta determinar qué símbolos religiosos personales pueden provocar adoctrinamiento. A nuestro juicio solo los más expresos, aquellos que tienen mayor notoriedad, tales como uniformes de ministros del culto, hábitos de órdenes religiosas, túnicas, pañuelos que cubran la cabeza, etc. Es decir, si se prohíbe el uso del pañuelo que cubre el cabello de una profesora musulmana de educación infantil, también hay que prohibir el uso de hábito o de toca de una monja católica, profesora de educación infantil o primaria.

5º. Personal de las Administraciones Públicas

Para concluir, restaría hacer alusión al uso del velo por personas ligadas, en razón de su puesto de trabajo, a las

⁵⁵ Ruiz Ruiz, J. J. “La prohibición del velo...” Ob. Cit. Pág. 79

EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

administraciones públicas: es decir, funcionarios y contratados de las administraciones públicas. La condición de funcionario o de contratado por la administración no implica la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, por tanto el principio general sería el de permitir su uso. No obstante, caben algunas excepciones:

- 1ª. Uso de un velo que no permite una adecuada identificación del sujeto. Las limitaciones ya conocidas e impuestas por la salvaguardia de la seguridad pública, respecto de acceso a los edificios públicos, así como las que se derivan de la singularidad del puesto de trabajo. No resulta compatible el uso de tales símbolos cuando se trabaja de cara al público, tanto por respeto al principio de laicidad del Estado cuanto por respeto a los derechos de los administrados.
- 2ª Restricciones al uso de otros velos. Las derivadas de las normas de seguridad e higiene en el trabajo y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Y, las derivadas del principio de laicidad. Para Llamazares es evidente que si la neutralidad es una obligación del Estado y de todos los poderes públicos, es contrario a la Constitución y al principio de laicidad que realicen su función pública portando símbolos de identificación religiosa⁵⁶. Nuestra posición es menos tajante. Entendemos que depende de la función que se realice y del puesto de trabajo concreto. Hay supuestos muy claros, no cabe permitir el uso de símbolos religiosos a aquellas personas que están obligadas a vestir uniforme (miembros de las Fuerzas Armadas, miembros de otros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, magistrados y jueces, etc.). En este supuesto, el uso de símbolos religiosos provocaría una confusión entre la función y el fin estatal que representa el uniforme y la función o fin religioso que representa el símbolo, confusión prohibida por la aplicación del principio de laicidad del Estado. También se pueden prohibir en algunos puestos de trabajo de cara al público general, pero prohibirlo en todos los casos puede resultar excesivo.⁵⁷

⁵⁶ Llamazares Fernández, D. *Derecho de la... I.* pág. 371

⁵⁷ Américo, F y Pelayo, D. *El uso de...* Ob. Cit. pág. 55

IV. Conclusiones.

- 1ª. El uso del velo islámico constituye una manifestación del derecho de libertad religiosa, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución española y desarrollado por la Ley orgánica de Libertad religiosa de 5 julio de 1980.
- 2ª. Las limitaciones al uso del velo islámico solo pueden establecerse por ley, de acuerdo a lo establecido por el artículo 53.1 de la Constitución española.
- 3ª. Además de por ley, las limitaciones deberán fundamentarse en los elementos que constituyen el orden público: derecho de los demás y salvaguarda de la seguridad, salud y moralidad públicas.
- 4ª. Al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una ley que limite específicamente el uso del velo islámico, el principio general es el de permitir su uso. No siendo suficiente la habilitación general contenida en una ley, para limitar su uso por vía reglamentaria.
- 5ª. Caben limitaciones parciales atendiendo al ámbito en el que se porta el velo islámico. Dichas limitaciones tienen por objeto la defensa del orden público constitucional y aparecen en diferentes leyes de forma clara, precisa y concreta.
- 6ª. No pueden considerarse como limitaciones al derecho fundamental de libertad religiosa la renuncia al ejercicio de un derecho o al disfrute de determinados beneficios, cuando para ello fuese necesaria la identificación de la persona.
- 7ª. La defensa de la igualdad de género, es, a nuestro parecer, el argumento más relevante para establecer una ley que prohibiera el uso de determinados velos islámicos.
- 8ª. No obstante lo anterior, no nos mostramos partidarios de una ley prohibitiva. Entendiendo que es mejor recurrir a otros mecanismos de orden jurídico-político que pueden contribuir de mejor manera a lograr el objetivo de la igualdad real entre hombres y mujeres.
- 9ª. En el ámbito educativo, de acuerdo a las leyes que rigen la materia, solo podría portarse el velo no integral.

EL USO DEL VELO ISLÁMICO
EN EL DERECHO ESPAÑOL

- 10^a. Es necesario diferenciar el uso del velo no integral por parte de profesoras y alumnas en los centros docentes públicos y en los centros docentes que tienen carácter propio.
- 11^a. De la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, se desprende que la habilitación contenida en el Artículo 6.4 b),f) y g) de la LODE, por la que se interpretaba que los Consejos Escolares de los centros educativos públicos pudieran prohibir el uso del velo islámico no integral en los citados centros, debe ser desechada. Toda vez que, al no existir una prohibición legal expresa previa, los órganos administrativos concretos, los Consejos Escolares, no tienen potestad para limitar un derecho fundamental.
- 12^a. El uso del velo islámico no integral por parte de las profesoras en el ejercicio de sus funciones quedará limitado atendiendo al nivel educativo en el que impartan docencia. De manera que podría prohibirse su uso en educación infantil y primaria.
- 13^a. Las limitaciones al uso del velo islámico por parte de quienes trabajan para las Administraciones Públicas, deberían realizarse atendiendo al puesto de trabajo concreto que se desempeñe.

