



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA PROBLEMÁTICA DEL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Autor:

Germán Melús Julve

Director:

Profesor D. Carlos Garrido López

Facultad de Derecho

Año 2016

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
I. Introducción.	4
II. Significado del velo islámico.....	7
III. El uso del velo islámico en el ámbito educativo y la ponderación de los derechos, bienes y valores constitucional y convencionalmente implicados.....	10
1. Velo islámico y sociedades democráticas: los derechos, bienes y valores en conflicto	10
2. Caso Sahin vs Turquía y los argumentos del TEDH para validar la prohibición del uso del velo islámico en el ámbito educativo.....	13
3. La ley francesa de símbolos religiosos ostensibles y la doctrina del TEDH al respecto.....	16
4. Cuestionamientos doctrinales de la jurisprudencia del TEDH sobre el uso del velo islámico.....	18
5. El tratamiento del uso del velo islámico en otros países europeos: Alemania y Reino Unido.	21
IV. En especial, la problemática de la tensión entre el uso del velo islámico y la igualdad de género en el ámbito educativo.....	24
V. El uso del velo islámico frente a la libertad negativa del resto del alumnado.....	28
VI. Problemática del velo islámico en las escuelas en el marco constitucional español.....	30
1. Los conflictos más significativos suscitados y el casuismo de sus soluciones.....	30
2. Las limitaciones del marco jurídico español: el artículo 16 CE y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa	32
3. Propuestas de <i>lege ferenda</i> en España.....	35
VII. Reflexiones finales.	36
BIBLIOGRAFÍA	39

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE.....	Constitución española vigente
CEDH.....	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
GG.....	Ley Fundamental para la República Federal de Alemania
LODE.....	Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación
LOLR.....	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC.....	Tribunal Constitucional
TCF.....	Tribunal Constitucional Federal alemán
TS.....	Tribunal Supremo
TSJM.....	Tribunal Superior de Justicia de Madrid

I. Introducción.

El presente Trabajo de Final de Grado tendrá como objetivo exponer la problemática constitucional en torno al uso del velo islámico en los centros de enseñanza de los países europeos, con atención al marco jurídico español, y las soluciones dadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos así como las propuestas por la doctrina.

La cuestión del velo islámico en el espacio público y, más concretamente, en los centros de enseñanza, está planteando una serie de controversias jurídico-constitucionales de gran interés. La llegada de inmigrantes a Europa provenientes de países de religión mayoritaria islámica con unos hábitos culturales distintos a los establecidos en el Viejo Continente pone en cuestión la relativa *paz* entre derechos fundamentales y valores constitucionales en los países de acogida. Pero no solo han sido causados por los movimientos migratorios, pues en el marco del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), la situación de un país como Turquía, europeo y con mayoría social musulmana, ha suscitado gran debate académico dentro de la doctrina tras diversos fallos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo (en adelante TEDH). De repente nos encontramos con que el derecho a la libertad religiosa deja de ser un derecho fundamental *pacificado* para convertirse en uno de los más controvertidos.

En este trabajo se analizarán las posiciones doctrinales sobre esta cuestión tras hacer una introducción del significado que tiene esta vestimenta. En concreto, se centrará el estudio en el espacio público de la enseñanza, tanto universitaria como no universitaria y en las posiciones de profesora y alumna, por ser el ámbito público más rico para el debate por la diversidad de elementos controvertidos y las diferencias existentes dentro de la doctrina. Se estudiarán por tanto los bienes, valores y derechos fundamentales implicados en el uso del velo islámico en la enseñanza, como son la libertad religiosa, consagrada en el art. 9 CEDH, y sus límites, la laicidad más o menos fuerte del Estado, el derecho a la educación y el derecho de los padres y madres a educar a sus hijas de acuerdo a sus convicciones ideológicas y religiosas y, por último, el principio de igualdad y no discriminación por razón de género. Especial atención tendrá este último principio por las características del uso del velo y el significado que

puede tener. Todo ello en el marco del CEDH y de los países europeos, en especial Francia y Turquía por su especial contexto.

Para comprender mejor la ponderación de derechos fundamentales y valores constitucionales y convencionales se analizará en detalle la jurisprudencia del TEDH. Aquí cabe destacar el caso de *Leyla Sahin vs. Turquía* en el que el Tribunal falló a favor de la decisión del Estado turco de no permitir el acceso a las clases universitarias a la alumna Leyla Sahin portando el velo. Sentencia que fue confirmada por la Gran Sala en 2005, y que no ha estado exenta de polémica y críticas a la decisión del Tribunal, que se produjo con el voto particular de la jueza Tuskens. También supuso un gran paso a la hora de confirmar la doctrina del Tribunal los fallos en relación a la ley francesa de símbolos religiosos ostensibles de 2004, que prohibía la presencia de, entre otros, el velo para las menores en el marco de la enseñanza pública francesa. Como en el caso turco, el TEDH validó la prohibición francesa aduciendo varios argumentos que han sido más o menos discutidos por la doctrina. A su vez, se verá cuales han sido las distintas respuestas de los países europeos a esta problemática, poniendo el foco en dos países con tradiciones bien diversas a las del *republicanismo laico* francés como son Alemania y Reino Unido.

Como ya se ha dicho, la cuestión del uso de velo islámico en relación con el principio de no discriminación por razón de género será especialmente tratada en el trabajo por ser de gran interés para la doctrina y la teoría de los derechos fundamentales, toda vez que en las mismas sentencias del TEDH se alude a esta cuestión para, en definitiva, justificar la limitación del derecho a la libertad religiosa. El debate excede en este punto más que en cualquier otro lo puramente jurídico pues los argumentos en liza que se pueden esgrimir van desde la sociología, la política o la ética. Sin embargo este trabajo se limitará a exponer cuestiones y argumentos jurídicos para apoyar o refutar una determinada opinión doctrinal. Asimismo, se analizará otro de los argumentos del TEDH en sus fallos, la lesión del derecho de los demás que se consume al usar esta prenda en el ámbito educativo.

En el sexto epígrafe del trabajo se hará mención al marco constitucional español para exponer los casos que se han producido en nuestro país. Se analizarán las limitaciones que el ordenamiento tiene en relación con este tema por la escasa regulación (limitada al artículo 16 CE y a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa) y la ausencia de jurisprudencia, así como las posiciones doctrinales sobre el tema y la

posibilidad o no que tendría una prohibición tal en el ordenamiento constitucional español tras las propuestas de *lege ferenda* que ha habido.

Por último, se expondrán unas reflexiones finales sobre la cuestión y la solución normativa, en su caso, que se proponga para el contexto español.

II. Significado del velo islámico.

El uso social del velo por parte de las mujeres de las culturas mediterráneas es antiquísimo, muy anterior al inicio del Islam. Fue introducido por los antiguos asirios como una forma de etiquetar a las mujeres de alta posición social, y durante el Imperio Bizantino reflejaba estatus y prestigio social para distinguirlas de las esclavas y prostitutas, que no lo portaban e incluso iban desnudas. Sin embargo, durante los primeros años del Islam las mujeres de la Península Arábiga prescindieron totalmente del uso del velo, situación que cambió poco después al instaurarse un liderazgo religioso totalmente patriarcal¹.

No existe consenso dentro del Islam a la hora de determinar si estamos ante una prenda religiosa cuyo uso emana de las fuentes principales islámicas². En principio parece claro que las fuentes primigenias de la Shari'a o Derecho islámico, esto es, los textos del Corán y la Sunna, no establecen como preceptivo el uso del velo en sus distintas variantes. El Corán sí hace referencia al término *hiyab*, que utilizaremos para distinguir una determinada variedad de velo islámico, en alusión a la cortina que utilizó el Profeta Mahoma para deshacerse de uno de sus discípulos que conversaban con él en frente de su alcoba nupcial. Asimismo, el Corán obliga a representar modestia y sumisión a las mujeres, sin duda en la tónica de todas las religiones de la época pues no difiere con los postulados del cristianismo o el judaísmo, pero no aparece literalmente como obligatorio el uso de la prenda.

Junto a las fuentes primigenias está la eficacia normativa directa de la doctrina o *Fatwa* emanada de las Escuelas Jurídicas Islámicas. Tanto las escuelas sunnitas como las chiítas consideran que las creyentes musulmanas deben utilizar estas vestimentas en los distintos ámbitos de su vida privada a partir del momento en que ha tenido lugar su primera menstruación. Posiblemente el origen de esta interpretación de la Shari'a tiene lugar en Medina en el siglo XI, cuando ante las agresiones sexuales que sufrían las creyentes se decretaron estas vestimentas para ocultar la imagen de la mujer³.

¹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 17, 2013, págs. 371-408, p. 377.

² CARBALLO ARMAS, P., «La libertad religiosa, objeción de conciencia y Estado aconfesional (una reflexión a propósito del *hiyab* de Najwa)», en *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Revenga Sánchez *et al.* (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

³ MACÍAS JARA, M., «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», en *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Revenga Sánchez *et al.* (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

Es decir, se trata de una interpretación de las fuentes del Islam de una antigüedad prácticamente coetánea a las propias fuentes primigenias islámicas. Esta imposición tiene un origen político, cuya instauración pretendía obligar a las creyentes islámicas a ocultar en público las partes de su fisionomía que son expresión de su sexualidad con un velo. Sin duda el carácter patriarcal es evidente, toda vez que la sociedad en la que se origina estaba caracterizada por un liderazgo religioso absolutamente hegemonizado por lo masculino (como en el resto de religiones). Y también parece claro su contenido religioso, pues que no se trate de un precepto directamente emanado del Corán o la Sunna no obsta para que la interpretación que ofrece la doctrina de una determinada religión o corriente religiosa sea igualmente considerada como parte del *corpus* dogmático de esta, dependiendo ya del grado de participación y práctica de cada creyente la elección personal de seguir o no el precepto.

Así pues, el velo islámico en sus distintas variantes tiene un significado religioso más o menos acentuado que viene de una práctica sociocultural anterior. Su uso se debe enmarcar en el contexto de una sociedad patriarcal que lo impone en un primer momento para representar modestia y sumisión, para “esconder” a la mujer de una parte o de toda la vida pública por considerarla vulnerable. No es más que un elemento adicional de las sociedades patriarcales de la época, tanto islámicas como cristianas, para apartar y reducir el espacio de la mujer en la sociedad, en consonancia con los roles que estas mismas sociedades le han impuesto.

Dentro del concepto de velo islámico se incluyen diversos atuendos y vestimentas usadas por las mujeres en el mundo musulmán. Comúnmente se hace referencia con este término al *hiyab*, un velo característico de las mujeres árabes que deja completamente visible la zona de la cara. Pero existen otros tipos que varían dependiendo de las características culturales del extenso mundo musulmán. La *shayla* es un pañuelo muy largo y rectangular que se pone alrededor de la cabeza y cuyo uso es muy habitual en el Golfo Pérsico. El *niqab* cubre todo el cuerpo hasta la rodilla y solo deja libre a través de una pequeña apertura horizontal la zona de los ojos. El *chador* es común en Irán y se trata de un manto negro que cubre la totalidad del cuerpo femenino y se suele combinar con un pañuelo para tapar el pelo. Por último, el *burka* es utilizado en Afganistán y

oculta totalmente el cuerpo de la mujer permitiéndole “ver” a través de una rejilla tupida que le impide ser vista por el resto⁴.

Cada una de las variedades es utilizada dentro de los contextos geográficos de la religión musulmana respondiendo a las exigencias culturales y dogmáticas de las doctrinas, existiendo diferencias significativas. Así, no es lo mismo el simbolismo y significado del *hiyab* al del *burka*, que aísla completamente a la mujer de la vida pública no permitiéndole ni siquiera ser vista y tener una apariencia. Se encuentra recluida al espacio privado de la familia. No en vano, el *burka* o el *niqab* surgen en sociedades y regímenes completamente patriarcales y atentatorios contra los derechos de la mujer mientras que el *hiyab*, por poner el ejemplo de la vestimenta más común y con más problemática jurídica en Europa, consiste en cubrir el cabello de la mujer y su simbolismo no tiene una carga discriminatoria equiparable a la de estas otras dos prendas.

Como último apunte resaltar que ni el uso del *hiyab* o velo es exclusivo de la religión musulmana ni todas las creyentes musulmanas tienen por costumbre usarlo. Se puede comprobar cómo en otras culturas, con religiones mayoritarias como el cristianismo, el uso del velo es común, ya sea en la región balcánica o entre la etnia gitana. O, por ejemplo, en países de tradición musulmana como Pakistán tampoco es común el uso del velo. Todo ello explica el carácter controvertido de la prenda que sobrepasa lo meramente religioso.

⁴ 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*, nº 11, 2011, págs. 139-187, p. 147.

III. El uso del velo islámico en el ámbito educativo y la ponderación de los derechos, bienes y valores constitucional y convencionalmente implicados.

1. Velo islámico y sociedades democráticas: los derechos, bienes y valores en conflicto.

La problemática del uso del velo islámico por alumnas y profesoras de centros de enseñanza pone en confrontación una serie de principios y derechos reconocidos en los ordenamientos constitucionales europeos sobre los que es necesario poner el foco. Además, dichos valores se hallan protegidos por instrumentos convencionales asumidos y ratificados por los Estados europeos como son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A modo de enumeración sobre la que posteriormente explayarnos, el uso del velo en este contexto pone en liza los principios constitucionales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la libertad de conciencia y religiosa (art. 16.1 CE y reconocido implícitamente en el art. 1.1 CE), el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE), el principio de igualdad y no discriminación por razón de género o religión (arts. 9.2 y 14 CE y reconocido implícitamente en el art. 1.1 CE), el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho a la educación (art. 27 CE) y el derecho de los padres a educar a sus hijas menores de edad con arreglo a sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Todos estos principios y derechos reconocidos constitucionalmente en nuestro país y en el Derecho comparado se hallan implicados directa o indirectamente ante la situación en estudio. Sin embargo no todos, o no en las mismas condiciones, lo están en caso de que el elemento personal sea una alumna menor de edad o mayor de edad (el caso de Leyla Sahin es esclarecedor por ser universitaria y por tanto mayor de edad); o en el caso de que la protagonista sea alumna o profesora. Como ha señalado tanto el TEDH como la doctrina el profesorado detenta una posición de superioridad y está obligado a una actitud de neutralidad que debe ser ponderada.

Como base de la que partir está el principio del debido respeto a la dignidad de la persona consagrado en el art. 10.1 CE. Este constituye el germen del que emanan todos los derechos fundamentales. La dignidad humana se configura alrededor del principio del personalismo, cuyo fin esencial consiste en «garantizar la realización efectiva del

derecho al reconocimiento y a la realización de la propia personalidad»⁵. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al afirmar que «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...] constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar»⁶.

El derecho a la libertad de conciencia y religiosa aparece reconocido como valor superior del ordenamiento jurídico de forma implícita en el art. 1.1 CE y como derecho fundamental en el art. 16.1 CE, y tiene por objeto, como afirma Llamazares Fernández, el derecho «a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho; a la libre formación de la conciencia; a mantener unas u otras convicciones o creencias, así como a expresarlas o a silenciarlas; a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»⁷. Así, como reconocen los textos internacionales, como el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, y la propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa, no solo se garantiza una opción exterior sino también su manifestación.

Este derecho singular del género de la libertad ideológica tiene como objeto material las denominadas por la doctrina como «auténticas convicciones»⁸, y como declara el Tribunal Constitucional, se trata de opciones vitales que deben ser garantizadas dentro de un sistema pluralista. Estas opciones vitales incluyen las tradiciones y costumbres que conforman la identidad cultural del individuo entre las que se encuentra la utilización de prendas o vestimentas que sean expresión de la identidad cultural, entendida la idea de cultura como la realidad social en la que se incluye la religión. Pese a las divergencias dentro del mundo islámico, parece claro que el uso del velo responde a imperativos de la *Shari'a* por lo que entraría dentro del concepto de auténticas convicciones y amparado por el contenido de la libertad religiosa y de conciencia. Así lo entiende también el TEDH al considerar que la prohibición del *hiyab* en el ámbito educativo afecta a un derecho fundamental y, por lo tanto, el fallo se dirime en relación a las limitaciones de los derechos fundamentales.

Al tratarse, como opina parte de la doctrina, de una manifestación del derecho a la libertad religiosa se asume que entra dentro del contenido del derecho de los padres a

⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Marco constitucional del uso del velo...», *cit.* 153.

⁶ SSTC 120/1990, de 27 de junio, (fundamento jurídico 4) y 57/1994, de 28 de febrero (fundamento jurídico 3 A).

⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Marco constitucional del uso del velo...», *cit.* p. 155.

⁸ *Ibid.*

educar a sus hijas menores de edad con arreglo a sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

Frente a estos argumentos se presenta un elemento esencial en la teoría de los derechos fundamentales: los límites de estos. El contenido de los derechos fundamentales no es ilimitado sino que se encuentra restringido por límites explícitos e implícitos. Un derecho fundamental puede ser válidamente restringido si existe una justificación para ello. Dicha medida restrictiva deberá superar un juicio de proporcionalidad en el que se presente como idónea, necesaria y proporcionada para el fin que se propone. Se exige una proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que haya más ventajas que perjuicios con la restricción.

Entre los límites implícitos están los principios vertebradores del sistema democrático así como el resto de derechos fundamentales, que se limitan unos a otros recíprocamente. El marco constitucional español, que desarrollaremos en el quinto epígrafe del trabajo, establece como límite explícito al derecho de libertad religiosa el mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16.1 CE). Es en los límites implícitos donde encontramos el conflicto suscitado entre principios y derechos fundamentales que el TEDH y la doctrina han desarrollado. Considerar el velo islámico como una prenda discriminatoria vulneraría el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, por lo que encontraría en este punto un primer límite en el que profundizaremos en el cuarto epígrafe. Y este límite a su vez comportaría que los padres o tutores legales no podrían obligar a sus hijas a portar el velo islámico al amparo del derecho reconocido en el art. 27.3 CE por repercutir negativamente sobre el libre desarrollo de la personalidad de la menor de edad.

A su vez, la neutralidad del Estado o principio de laicidad se encontraría dentro de los límites implícitos al derecho de libertad religiosa en lo relativo a las manifestaciones públicas del contenido de este derecho. No todos los países tienen el mismo modelo de laicidad en el contexto europeo (en algunos, simplemente, el modelo es la confesionalidad del Estado). Francia se caracteriza por un modelo de laicidad «fuerte» en el que las manifestaciones públicas del fenómeno religioso son muy limitadas al entender este como un derecho de contenido puramente personal y limitado a la esfera privada del individuo. En España contamos con un modelo de laicidad «débil» en el que, como el TC ha confirmado, se entiende que el derecho a la libertad religiosa tiene una doble vertiente, interna y externa, y que su manifestación en el espacio público forma parte del contenido esencial, con el límite explícito mencionado del orden

constitucional. Ninguna religión goza de oficialidad y se respeta el principio de cooperación con las confesiones religiosas. Sin embargo, la realidad en ocasiones cuestiona la laicidad en España algo que, de todas formas, no es el contenido de este trabajo. El grado de laicidad del ordenamiento constitucional de cada sistema supone, en fin, un límite al uso del velo islámico en el ámbito educativo.

Asimismo, una posible prohibición del velo islámico que supusiera la exclusión de la alumna de los centros de enseñanza podría suponer una vulneración del derecho a la educación (art. 27 CE). En este aspecto, tanto el TEDH (como luego se analizará en el estudio de la jurisprudencia) como parte de la doctrina han concluido que mientras exista la posibilidad de continuar los estudios ya sea en otro centro que sí permita el uso de estas prendas (centros privados) o mediante la educación a distancia, en estos casos, no se estaría vulnerando el derecho a la educación de la alumna.

Por último, parte de la doctrina⁹ entiende que determinados tipos de velo islámico como el *burka* o el *niqab* dado su carácter marcadamente discriminatorio contra la mujer no pueden enmarcarse dentro del contenido de la libertad ideológica y religiosa y que, en todo caso, aquellas mujeres que decidieran voluntariamente portarlo estarían ejercitando su derecho a la propia apariencia externa (art. 18.1 CE) tratándose de «expresiones no ideológicas». Estas ideas no gozan de la misma protección que las «auténticas convicciones» pues, como ha afirmado el TC, no todas las formas de expresar las propias ideas u opiniones constituyen una proyección de la libertad ideológica. La imposición por parte de los padres de estas prendas a sus hijas menores de edad que se presuponga que tienen capacidad de obrar iusfundamental suficiente tampoco estaría amparada por el contenido del derecho por su carácter discriminatorio.

2. Caso *Sahin* vs Turquía y los argumentos del TEDH para validar la prohibición del uso del velo islámico en el ámbito educativo.

En el contexto turco se produjo uno de los más importantes pronunciamientos del TEDH sobre la cuestión del velo islámico en el ámbito educativo. La situación sociocultural y política turca es muy característica, como país europeo o, al menos, a caballo entre Europa y Oriente Próximo, de mayoría musulmana pero con un sistema constitucional laico. Desde 1980 se prohíbe el acceso a los edificios públicos (escuelas,

⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Marco constitucional del uso del velo...», *cit.* p. 162.

bibliotecas, universidades,...) con velo siguiendo el principio de laicidad consagrado en su Constitución.

El caso *Sahin vs. Turquía* es resuelto por la Sala del TEDH el 29 de junio de 2004, y confirmado el fallo el 10 de noviembre de 2005 por la sentencia de la Gran Sala. *Leyla Sahin* era una estudiante de medicina de la Universidad de Estambul procedente de una familia tradicional y de fuertes convicciones musulmanas, que se negó a despojarse del *hiyab* para acceder a las clases universitarias. En cumplimiento de la ley turca y de las circulares de régimen interno la propia Universidad no le permitió el acceso a las lecciones y exámenes. El caso, tras pasar por los niveles jurisdiccionales turcos llegó al TEDH. El Tribunal Constitucional turco dictaminó en relación al caso que el uso del *hiyab* en estos espacios públicos era subversivo de la garantía constitucional del secularismo.

El fallo del TEDH, tanto de la Sala como posteriormente de la Gran Sala, validan la prohibición turca del uso del velo islámico en estos espacios y niegan el amparo a la estudiante *Sahin* en base a varios argumentos. En primer lugar la sentencia declara que nos encontramos ante una situación que afecta al derecho de libertad religiosa, por tanto, cualquier limitación de este debe ajustarse estrictamente al principio de proporcionalidad. Como consecuencia dicha limitación debe establecerse por ley, tener una finalidad legítima y ser una medida necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal admite que el uso del velo en alumnas está amparado por el artículo 9 del Convenio que reconoce la libertad religiosa y pone como únicos límites el orden o seguridad públicos o ser causa de una lesión en el derecho de los demás o en otros bienes y valores protegidos por el Convenio. Además existía una cobertura legal y una finalidad legítima, que era la protección del derecho de los demás. Es la necesidad de la medida el punto clave para satisfacer por completo el juicio de proporcionalidad. Y este se cumple, según los magistrados, en la necesidad del Estado de asegurar el pluralismo y la tolerancia entre grupos.

El principio de laicidad turco impone al Estado un deber de neutralidad e imparcialidad en la cuestión religiosa, sin embargo, no es en sí mismo incompatible con el uso del velo islámico en el ámbito escolar como el TEDH ha reconocido en otros pronunciamientos.

El Tribunal aporta otros argumentos para justificar su decisión y así satisfacer el juicio de proporcionalidad antes mencionado. Es la protección de los derechos de los demás el postulado principal que aduce el Tribunal aunque, para ello, se limita a una

mera ponderación entre principios en abstracto y renuncia a examinar si el uso del *hiyab* produjo una efectiva lesión en los derechos de los demás alumnos. Valora solo el riesgo de dicha lesión llevando a cabo una aplicación preventiva de la lesividad. Manifestó en la sentencia que las creencias personales y religiosas pertenecen al *forum internum* de la persona, pero esto no significa que el derecho de manifestación religiosa no pueda estar sujeto a limitaciones. El impacto de la expresión pública de una convicción de tipo religioso difiere de acuerdo al tiempo y al contexto y cuando un código de vestimenta particular se impone a los individuos por referencia a una religión, esta es percibida como un conjunto de valores que son incompatibles con los de la sociedad moderna: los derechos y libertades de todos aquellos que eligen no conformarse con lo que algunos musulmanes perciben y presentan como un deber; y el derecho a ser libres de toda forma de intimidación o presión¹⁰. Así, la medida quedaría legitimada y se presentaría como necesaria en una sociedad democrática, a los ojos del Tribunal, para impedir ciertos movimientos religiosos fundamentalistas y la presión que pueden ejercer sobre los estudiantes. El objetivo, sustentado por el art. 9.2 del Convenio, sería la coexistencia pacífica entre estudiantes en una sociedad como la turca de mayoría musulmana. Trata el Tribunal de defender el estilo de vida europeo en un país islamizado¹¹, voluntad que no ha estado exenta de críticas.

Sin embargo, diversos sectores de la doctrina¹² no consideran que el Tribunal pretenda fundamentar exclusivamente su fallo en la existencia de una lesión al derecho de los demás ya que aporta otros argumentos. Estos tienen más que ver con el carácter objetivo que tienen los derechos en el ordenamiento y no con la efectiva o potencial lesión. Así se cuestiona la compatibilidad de determinadas obligaciones religiosas con el carácter instrumental del derecho a la educación. El Tribunal justifica pues su fallo no exclusivamente en la producción efectiva de una lesión a los derechos de los demás sino en estimar que el *hijab* resulta contrario a los valores democráticos y al principio de igualdad entre hombres y mujeres. Este argumento es remarcado posteriormente en la confirmación del fallo por la Gran Sala, poniendo énfasis en la protección que supone la prohibición para la igualdad de las mujeres como principio esencial de la democracia

¹⁰ GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho...» *cit.* p. 391.

¹¹ REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional del *hijab*», en *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Revenga Sánchez *et al.* (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

¹² RUIZ RUIZ, J., «La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, págs. 103-140.

turca. Se coloca además al principio de laicidad como un medio para la consecución de un fin legítimo, la igualdad de género.

En estas sentencias emerge de nuevo la doctrina del margen de apreciación estatal. Esta es utilizada por el Tribunal para considerar que aun no existiendo consenso a nivel europeo sobre la necesidad de la interdicción del velo islámico, se acepta por razonable la interpretación de las autoridades nacionales, en este caso turcas. Esta doctrina es también mencionada en el caso francés, que será tratado a continuación. Pese a todo, la doctrina destaca que el Tribunal no condiciona su decisión al margen otorgado a las autoridades del país sino que, al invocar el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, afirma el carácter rotundamente discriminatorio de esta prenda. Por tanto, el significado discriminatorio no estaría comprendido dentro del margen dejado a las autoridades.

Para el Tribunal, el velo islámico es una vestimenta discriminatoria *in re ipsa*, es decir, que transmite unos valores que no proceden de la percepción de sus receptores sino de su propio significado como prenda islámica contraria a la igualdad. Se trataría en este caso como un signo de instrumentalización y de confrontación política contrario al principio de libertad plasmado en el secularismo estatal. Esta cuestión del velo islámico como prenda discriminatoria *in re ipsa* será tratada en el epígrafe cuatro.

En definitiva, el TEDH considera conforme al Convenio la prohibición turca de usar el velo islámico en el ámbito educativo por la potencial lesión a los derechos de los demás estudiantes y, principalmente, por considerar la prenda como discriminatoria para la mujer. El principio de laicidad jugaría aquí un papel instrumental como garante de la igualdad. Estos argumentos no han estado exentos de polémica, incluyendo el voto particular que la jueza Tuskens emitió a la sentencia. Las críticas a la doctrina del Tribunal serán examinadas con posterioridad en otro apartado.

3. La ley francesa de símbolos religiosos ostensibles y la doctrina del TEDH al respecto.

El Estado francés tiene un modelo republicano-democrático con respecto al fenómeno religioso, en el que asocia un significado social y colectivo a la manifestación de las creencias religiosas, en este caso al uso del *hiyab* en el espacio público. La doctrina considera el sistema francés como de laicidad «fuerte» en el que la separación ente el Estado y las confesiones religiosas y sus manifestaciones públicas aspira a ser total. La larga tradición laica se entrelaza en este punto con la obsesión por la identidad

nacional ante el movimiento migratorio producido desde la segunda mitad del siglo XX procedente de su antiguo imperio colonial. Francia tiene una población musulmana de las más elevadas de Europa tanto en términos absolutos como porcentualmente, muchos de ellos de segunda y tercera generación.

En 2003 el presidente Jacques Chirac propuso a la Asamblea Nacional, tras los resultados del informe de la Comisión Stasi, una ley que prohibiera cualquier símbolo religioso en la escuela pública «para mantener la neutralidad absoluta». Así, tras la aprobación del órgano legislativo, entró en vigor la Ley nº 2004/228, de 15 de marzo, delimitadora del uso de símbolos religiosos ostensibles, la ley de laicidad más restrictiva de Europa. El mismo informe de la Comisión Stasi (órgano consultivo encargado de estudiar las propuestas de *lege ferenda*) declaraba que «el derecho a manifestar las creencias religiosas no es un derecho absoluto y cae dentro de las limitaciones aceptadas por las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos». La ley establecía la prohibición del velo en establecimientos educativos no universitarios por lo que, a diferencia de Turquía y el caso *Sahin*, los sujetos implicados son menores de edad. La prohibición se ha llevado a cabo desde la laicidad entendida como núcleo del pacto republicano.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ley ya se habían producido casos sobre el uso del velo islámico en clases de educación física (caso *Dogru*), pero es a partir de entonces cuando se van a suceder las controversias frente al TEDH (casos *Aktas*, *Bayrak*, *Gamaleddyn*, *Ghazal*, *J. Singh* y *R. Singh*) y van a obligar a este a pronunciarse sobre la medida legislativa. En todos los casos ante la negativa a despojarse del velo islámico en la escuela pública se decidió la expulsión de la alumna.

El TEDH avala la prohibición francesa y para ello se apoya en diversos argumentos coincidentes con la doctrina asentada en *Sahin*. Considera el Tribunal que el uso del velo en la escuela pública es una fuente de presión y de exclusión. Se considera que lesiona los derechos de los demás, en concreto la libertad negativa del resto del alumnado. Mientras que en Turquía la libertad negativa que se protegía era la del resto de creyentes musulmanas que optan por no portar el velo, en Francia es la del resto de alumnas/os a no estar sometidos a presión de convivir con la exhibición de pertenencia determinadas religiones.

El Tribunal entiende que el principio de laicidad no es en sí contrario a la manifestación pública de simbología religiosa, pero corresponde al Estado ejercer la mayor vigilancia para que el uso de símbolos religiosos no se convierta en un acto de

ostentación que pueda suponer presión o exclusión¹³. En sus razonamientos el TEDH utiliza el mismo sistema argumental de *Sahin*: basa su aval a la prohibición en el límite implícito del respeto al derecho de los demás. En los pronunciamientos del Tribunal no se hace mención al argumento de más peso contenido en *Sahin*: la concepción del velo islámico como prenda discriminatoria *in re ipsa*. Sin embargo, a ojos de la doctrina esta posición quedó asentada por el Tribunal y en el caso francés su utilización estaría igualmente justificada. Más si cabe teniendo en cuenta que el principio de laicidad francés, como en el caso turco, mantendría una relación de medio a fin con el principio de igualdad de género, estando incluida en el contenido de la laicidad francesa la lucha contra la exclusión y contra la discriminación.

A pesar de todo, se consolida el carácter preventivo de la protección de los derechos de los demás. En los casos sobre el velo en Francia el Tribunal entiende que para que el sacrificio del derecho satisfaga el juicio de proporcionalidad no es necesario que se haya consumado la lesión al derecho de los demás sino que el simple riesgo ya es suficiente para considerar la medida restrictiva como necesaria. La protección del derecho de los demás no tiene, a ojos de la jurisprudencia, un carácter reparador sino preventivo. Este argumento usado también en *Sahin* acapara las críticas doctrinales e, incluso, contrasta con la visión del Consejo de Estado francés que entiende que debe examinarse «caso por caso». Como se ha dicho, estas críticas se analizarán en el próximo epígrafe.

4. Cuestionamientos doctrinales de la jurisprudencia del TEDH sobre el uso del velo islámico.

Los pronunciamientos del TEDH sobre la cuestión han sido discutidos por una parte de la doctrina. En particular, los cuestionamientos más numerosos alcanzan al test de proporcionalidad realizado por el Tribunal para validar las prohibiciones turca y francesa. Como señala Juan Ruiz Ruiz, el test de proporcionalidad queda reducido a una mera ponderación entre principios en abstracto. Tanto en el caso *Sahin* como en el caso francés el Tribunal lleva a cabo una aplicación preventiva de la lesividad del uso del velo en el ámbito educativo. Se valora más el riesgo que el daño efectivamente cometido en los derechos de los demás alumnos, en la libertad negativa del alumnado a no someterse a la presión o exclusión que el uso del velo pudiera suponer. La protección

¹³ RUIZ RUIZ, J., «La prohibición...», *cit.* p. 114.

de este derecho a ojos del Tribunal debe ser de carácter preventivo y no reparador. El propio Consejo de Estado francés en su valoración sobre la ley restrictiva declaró que debe examinarse caso por caso si ha existido una efectiva lesión para poder justificar la proporcionalidad de una medida que, como ha quedado patente incluso en los pronunciamientos del TEDH, supone una restricción de un derecho fundamental. Las críticas defienden que no parece suficiente para satisfacer el requisito de necesidad de la medida el simple riesgo de lesión puesto que las garantías al ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad religiosa reconocido en el art. 9 CEDH deben ser las máximas permitidas por el ordenamiento jurídico y solo en el caso de un efectivo daño o lesión al derecho de los demás se debe limitar.

En adición, en el control sobre la proporcionalidad de la medida el Tribunal hace uso de la doctrina del margen de apreciación estatal al remitir a la consideración de las autoridades nacionales la lesividad del uso de la prenda islámica. Sin embargo, los defensores de la doctrina del Tribunal, como Juan Ruiz Ruiz, pese a admitir dudas sobre el carácter preventivo de la medida, consideran que la argumentación principal del TEDH, al menos en el caso *Sahin*, va más allá al considerar el velo islámico como una prenda discriminatoria en sí misma. Este sería el argumento crucial para la validez de la prohibición, toda vez que este punto no estaría sujeto al margen de apreciación de las autoridades nacionales. Este punto no está exento de controversias. La jueza Tulkens emitió un voto particular a la sentencia cuestionando esta consideración.

En su voto disidente, la magistrada belga Françoise Tulkens refleja su desacuerdo con la necesidad de la medida restrictiva que, a su juicio, no satisfaría el juicio de proporcionalidad. Además considera que la doctrina del margen de apreciación nacional otorgado por el TEDH no puede ser admitida por «insuficiente e impreciso». En su voto disidente afirma que la mayoría del Tribunal se equivoca al considerar legítima la restricción pues una limitación de un derecho fundamental, argumenta, «solo puede justificarse a la luz de hechos y razones incontrovertibles cuya legitimidad esté más allá de la duda, y no sobre miedo y dudas, como ocurre en el caso»¹⁴. La sentencia, por tanto, ahonda el rechazo del TEDH a proteger las manifestaciones de las creencias religiosas, contradiciendo su disposición a proteger los sentimientos religiosos. Por último, cuestiona también la posición del Tribunal de considerar el velo islámico como una prenda discriminatoria. La magistrada critica que se considere la prenda como un

¹⁴ Voto particular de la jueza Tulkens a la Sentencia del TEDH en el caso *Sahin*.

símbolo de subordinación sin tener en cuenta ni incluir las opiniones de las mujeres que eligen usar el pañuelo voluntariamente¹⁵.

Por otra parte, la jurista italiana Raffaella Nigro piensa que el TEDH pretende elaborar un concepto universalizante de símbolo religioso contrario a los valores religiosos.

Además, en los pronunciamientos sobre la ley francesa el Tribunal no hace referencia explícita al significado discriminatorio *in re ipsa* del velo sino que, parece ser, a ojos de la doctrina favorable a este fallo, incluye implícitamente en el contenido del principio de laicidad francesa la lucha por la igualdad de género.

Algunos autores, como Fernando Rey Martínez, cuestionan el valor de los pronunciamientos en *Sahin* y sobre la ley francesa como jurisprudencia asentada del TEDH. Para él tendría un valor relativo y se deberían considerar excepciones más que regla general a aplicar en todos los países. Esta parte de la doctrina tiene en cuenta los aspectos característicos de dos países como Turquía y Francia en los que el Tribunal parece más apoyar a las autoridades nacionales que establecer una doctrina general de aplicación uniforme en Europa. Así, en el caso de Turquía, el Tribunal pretendería «defender el estilo de vida europeo¹⁶» o *European way of life* en un país islamizado y sometido a constantes tensiones por su situación geográfica y sociocultural como puente entre Europa y el mundo musulmán. Un claro precedente a esta reflexión sería la sentencia del TEDH en el caso *Refah Partisi vs. Turquía* en la que se avaló la ilegalización del partido político en el gobierno por intentar instaurar la *Shari'a*. Ya en esta sentencia el TEDH afirma que la ley islámica es contraria a los principios del CEDH, en particular a lo que se refiere a los derechos de la mujer¹⁷. En el caso francés el objeto de protección sería el sistema de *laïcité* francesa.

En definitiva, al definir el *hiyab* como una prenda discriminatoria *in re ipsa* en el caso turco y francés no sería coherente validar su uso en otros países y, sin embargo, no parece que esta posición se pudiera sostener por ejemplo en España donde en opinión de muchos autores¹⁸ su uso respetaría las condiciones mínimas del orden público y no estaría legitimada su prohibición al no satisfacer las exigencias del test de proporcionalidad.

¹⁵ Informe del Observatorio de Género y Justicia de la ONG *Women's Link Worldwide*.

¹⁶ REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional...», *cit.*

¹⁷ RUIZ RUIZ, J., «La prohibición...», *cit.* p. 112.

¹⁸ CARBALLO ARMAS, P., «La libertad religiosa...» *cit.*, CARMONA CUENCA, E., «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género» en *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Revenga Sánchez *et al.* (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

Los cuestionamientos a la concepción del *hiyab* como prenda contraria a la igualdad de género se abordarán en más profundidad en el epígrafe dedicado a ese punto.

5. El tratamiento del uso del velo islámico en otros países europeos: Alemania y Reino Unido.

A continuación se analizará cómo se ha abordado esta cuestión en dos países europeos con una tradición constitucional y relativa al fenómeno religioso muy diferente a Turquía y Francia, esto es, Alemania y Reino Unido.

Alemania es considerada como un país «neutro» ante la cuestión religiosa, que mantiene relaciones de cooperación con las diferentes confesiones¹⁹. Actualmente no existe ninguna ley federal que regule el uso del velo islámico en el ámbito educativo, aunque varios *Länder* sí han legislado en esta materia para establecer una prohibición.

El punto de inflexión en este tema se dio en 2003 con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso *Ludin*. La señora Ludin acudió a la más alta instancia jurisdiccional alemana buscando el amparo ante la resolución administrativa que denegaba su nombramiento como funcionaria en la enseñanza por llevar el *hiyab*. El fallo del Tribunal declaró inconstitucional el acto administrativo por tratarse de una limitación de un derecho fundamental que carecía de base legal. Argumenta el Tribunal que la resolución recurrida vulnera varios preceptos constitucionales: el derecho de acceso a los cargos públicos y el principio de no discriminación por la pertenencia a una confesión recogido en el art. 33 GG; y la libertad de conciencia y de profesar creencias religiosas recogidas en los arts. 4.1 y 4.2 GG. La sentencia es muy interesante pues reflexiona sobre el juicio de proporcionalidad que debe satisfacer toda limitación de un derecho fundamental y sobre el significado de la neutralidad del Estado ante la cuestión religiosa. El TCF no entra a valorar si el velo puede suponer una manifestación de valores contrarios a la igualdad de la mujer o al respeto y la tolerancia de los demás, sino que se decanta por conceder relevancia a las intenciones subjetivas de la recurrente²⁰. El TCF no considera que se haya producido una efectiva lesión de la libertad negativa de los escolares, ni siquiera un riesgo real de dicha lesión pues la propia resolución administrativa impidió que la recurrente accediera a su plaza de enseñante. En relación con las nociones de peligro «abstracto» y «concreto» utilizadas

¹⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho...» *cit.* p. 384.

²⁰ RUIZ RUIZ, J., «La prohibición...», *cit.* p. 118.

por la jurisprudencia alemana, no es posible que se haya producido un peligro abstracto pues la negativa de la Administración lo imposibilitó. En la cuestión de la laicidad o neutralidad estatal, el Tribunal admite que este principio es una limitación al contenido prestacional del derecho fundamental, sin embargo, restringe este límite al Estado en sentido estricto²¹ sin hacerse extensible a sus agentes y funcionarios. Así lo ejemplariza al diferenciar entre la presencia de crucifijos en las paredes de las aulas y el uso del velo por la profesora ya que en el primer caso es el Estado el que impone el símbolo mientras que en el segundo es la manifestación de las propias creencias de una ciudadana. Por último, el fallo no aborda la cuestión de si el velo islámico es una prenda discriminatoria *in re ipsa*.

Pese a toda la argumentación del Tribunal, la sentencia se sustenta en la ausencia de base legal para la prohibición. El mismo Tribunal aprobó que los *Länder* pudieran prohibir su uso siempre que se respetasen los preceptos constitucionales y se adoptara legislación específica. Ello ha llevado, no sin críticas a su constitucionalidad, a la prohibición por algunos *Länder* de símbolos religiosos de tradición no occidental. Es en este punto donde emerge uno de los argumentos candentes del debate: el nacionalismo alemán con una concepción de su sociedad basada en valores y tradiciones cristianas. De ahí que no se hayan prohibido en estos *Länder* símbolos como el crucifijo, el *kipá* y el *yamulke* (ambos de tradición judía). Por ello buena parte de la doctrina cuestiona la constitucionalidad de esta legislación en relación con la neutralidad del Estado alemán.

La cuestión del uso del velo islámico en las escuelas del Reino Unido viene marcada por la propia idiosincrasia de su sistema democrático. Como en otras facetas, la problemática se aborda desde el prisma liberal, en este caso desde el «multiculturalismo liberal»²². Contrariamente al «asimilacionismo» francés, el enfoque ante los movimientos migratorios procedentes de sus antiguas colonias ha sido de libertad y multiculturalismo, considerándolo como una cuestión individual y no colectiva (como en Francia). No existe ninguna ley que prohíba el uso del velo islámico en el ámbito educativo, pues siempre se ha considerado que la decisión no debía emanar de las instancias políticas sino que cada centro debía regularlo a través de sus reglamentos

²¹ *Ibid.*

²² INNERARITY, C., «El debate sobre el velo islámico en Gran Bretaña: el multiculturalismo liberal y la identidad nacional» en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 162, 2013, págs. 149-174.

internos. A su vez, los tribunales británicos tienden a proteger la libertad religiosa y el uso de símbolos confesionales²³.

En marzo de 2006 se produjo uno de los pronunciamientos sobre la cuestión más destacados. La Cámara de los Lores en el caso *Shabina Begum vs. Denbigh High School Governors* avaló la prohibición de asistir al colegio a esta alumna con una *jilbab* (túnica larga similar al *chador* iraní). Considera la máxima instancia judicial británica que no había sido limitada su libertad religiosa ya que era libre de asistir a otras escuelas que sí se lo permitían y que la decisión del colegio era justificada pues el motivo de su expulsión era el incumplimiento de las normas sobre el uniforme escolar y no sus creencias. En el fallo la Cámara de los Lores redonda en el argumento de que son los colegios los que deben decidir en cada caso en base a sus reglamentos internos.

Sin embargo este enfoque multicultural-liberal se está cuestionando en los últimos años como demuestran las declaraciones de altas figuras políticas (como el ex primer ministro Tony Blair) abogando por una regulación estatal de carácter restrictivo.

²³ GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho...» *cit.* p. 386.

IV. En especial, la problemática de la tensión entre el uso del velo islámico y la igualdad de género en el ámbito educativo.

Queda claro de lo expuesto en los epígrafes anteriores que uno de los argumentos principales del TEDH para validar las prohibiciones al uso del velo islámico en el ámbito educativo es la concepción de este como una prenda contraria al principio de igualdad de género, como una prenda discriminatoria para la mujer. Ninguno de los pronunciamientos del Tribunal se fundamenta exclusivamente en este argumento e, incluso, en los pronunciamientos sobre la legislación francesa no se alude expresamente a él. Sin embargo, una parte de la doctrina²⁴ considera que este pensamiento es el hilo conductor y vertebrador de la doctrina del TEDH en esta cuestión.

Parece claro que el fondo del debate está en si el velo islámico es *in re ipsa* contrario a la igualdad de género y por tanto no está sujeto a las valoraciones de los demás sujetos implicados y a consideraciones subjetivas. De aceptarse esta posición la prenda pasaría a ser objeto de una supuesta discriminación. Esta es la postura del TEDH asentada en la jurisprudencia ya estudiada. En base a ello sería difícilmente asumible que en futuros casos el Tribunal se pronunciara de distinta manera con respecto a la prohibición. De ahí que la doctrina considere que el margen de apreciación estatal que otorga el TEDH se limita sustancialmente al basar, en definitiva, su fallo en el componente objetivamente discriminatorio de esta prenda.

Parte de la doctrina apoya esta tesis del Tribunal. García Vázquez considera que la voluntariedad en el uso del velo islámico nunca puede ser plena, toda vez que la mujer en la sociedad islámica se encuentra relegada a una posición de subordinación. El estatus que el Derecho islámico concede a la mujer es «una realidad incompatible con los valores imperantes en nuestro país, en particular con la igualdad consagrada en el artículo 14 CE»²⁵. Así, considera García Vázquez que «la religión y las costumbres deberían quedar relegadas a la vida privada garantizando a la mujer, en el ámbito público, una total independencia y autonomía de cualquier autoridad religiosa, control social o norma que no provenga del Poder Legislativo». Defiende la autora que no se trata de consideraciones provenientes del «europeísmo etnocéntrico» sino de los movimientos intelectuales laicos y agrupaciones feministas de estos países.

²⁴ RUIZ RUIZ, J., «La prohibición...», *cit.*

²⁵ GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho...» *cit.* p. 380.

Macías Jara considera que las mujeres musulmanas en estas situaciones no están en plano de igualdad por lo tanto no se puede hacer valer la libertad de las mujeres en su elección («solo en igualdad se puede ejercer la libertad»). Afirma que la libertad no se puede sustentar en la vulneración de la igualdad²⁶.

Como vemos, el debate doctrinal se desplaza hacia la cuestión de la voluntariedad. Parece claro que las situaciones en las que el uso del velo venga impuesto a la mujer contra su voluntad son discriminatorias y vulnerarían de lleno el contenido del principio de igualdad de género. Ya sea por parte de la familia o por parte del Estado, el hecho de imponer coactivamente una prenda a la mujer solo por el hecho de serlo con el objetivo de mostrar modestia (o con cualquier otra intención) basándose en un precepto religioso atentaría frontalmente con los valores contenidos en el CEDH. Estaríamos ante un caso de proselitismo abusivo. En las situaciones en que es la presión de la familia la que impone a la menor esta obligación, si tales presiones llegan a ser abusivas contrariando la voluntad de esta entonces serían susceptibles de encuadrarse dentro de una intromisión indebida en la libertad de conciencia de la menor. Ello iría en contra del orden público constitucional y desbordaría el contenido del derecho de los padres a hacer partícipes a sus hijos de sus propias creencias. Se trata de valorar la libre formación de la conducta y la lesión que se pudiera producir en la dignidad de la menor. La controversia se centra entonces en los casos en que voluntariamente la mujer elija portarlo. Es ahí donde se presenta la riqueza del debate.

Ruiz Ruiz reflexiona sobre esta situación. Este autor sustenta que si se estima que el *hiyab* es el resultado de la discriminación de un grupo cultural atentatoria contra la dignidad de la mujer, entonces cabría presuponer que el derecho está siendo ejercido en contra de su propio interés. En este caso tanto la igualdad como la libertad fundamentarían la legitimidad y proporcionalidad de la medida. El uso del velo no responde a ninguna obligación jurídica de la que se deriva un peor trato ni de una relación jurídica en la que existe un desequilibrio de derechos y deberes. En este sentido, la autodeterminación personal impide que se pueda exigir una orientación a los particulares en el ejercicio de los derechos. Sin embargo emerge un concepto de la teoría de los derechos fundamentales: el ejercicio antisocial o liberticida de un derecho fundamental. Es en este punto donde el debate sobre las limitaciones del ejercicio de los derechos fundamentales aparece de nuevo. Ante esto, Ruiz Ruiz considera que la

²⁶ MACÍAS JARA, M., «El velo islámico...» *cit.*

autonomía de los sujetos particulares se encuentra limitada por el orden público constitucional conformado por los derechos de los demás. Sería el contenido antidiscriminatorio del orden público constitucional la «barrera» que pone freno al uso antisocial del derecho fundamental. Ante esta argumentación, Ruiz Ruiz señala la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional contraria a la aplicación preventiva del orden público por considerarla contraria a la Constitución.

Por otra parte, Pérez Álvarez considera que «las mujeres que se cubren voluntariamente con el velo [...] no hacen más que disfrutar con plenitud de su derecho a decidir sobre la propia apariencia, que se erige, a su vez, en una manifestación externa del derecho a la propia imagen²⁷». Reconoce pese a todo que este derecho puede ser limitado cuando medie un interés público o privado justificado.

En línea con las opiniones doctrinales más restrictivas, Macías Jara hace una defensa del universalismo en una de sus versiones más acentuadas. Afirma que «la elección de portar un velo será un exponente de la libertad humana el día que sea elegido indistintamente por hombres y mujeres²⁸». Equipara la elección voluntaria de su uso con «elegir las cadenas que después te impedirán moverte». Esta autora se muestra muy crítica con las visiones más relativistas alertando, a su entender, de que se está caminando hacia un sistema social y jurídico que dota a la subordinación de la mujer de apariencia de libre elección basándose en los postulados de la globalización y la diversidad cultural. Así, considera que la mujer en el mundo musulmán no es libre para comprender que lo que se escoge puede ser conculcador de sus derechos. Rechaza que pueda ser comparable el uso del *hiyab* con los tacones de aguja o el hábito de las monjas en la cultura occidental. Niega, en definitiva, la libertad de la mujer en el mundo musulmán. Esta última autora es la que enuncia más claramente la teoría de que el velo islámico es una prenda discriminatoria *in re ipsa*.

Sin embargo las críticas a estas posiciones son amplias. El voto particular de la jueza Tulkens a la sentencia *Sahin* critica esta posición jurisprudencial y doctrinal. Como hemos mencionado, la magistrada piensa que el simple hecho de llevar el velo no puede ser asociado con la alienación de la mujer. Como afirma una línea de pensamiento feminista, esta interpretación restrictiva estaría produciendo una discriminación múltiple (raza, mujer y minoría). Con el argumento de evitar una situación discriminatoria para la mujer se estaría, paradójicamente, produciendo un

²⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Marco constitucional del uso del velo...», *cit.* p. 187.

²⁸ MACÍAS JARA, M., «El velo islámico...» *cit.*

atentado a sus derechos. Considerar a la mujer musulmana como carente de libertad por estar inmersa en una cultura patriarcal y que, por tanto, sus actos no pueden jamás ser producto de su libre juicio y elección no puede ser asumido por un ordenamiento garante de los Derechos Humanos. El origen y significado del *hiyab* tiene carácter discriminatorio para la mujer, eso parece fuera de toda duda, pero también lo tienen muchas costumbres occidentales que son asumidas sin cuestionarse la libertad de la mujer en su elección. El maquillaje, la ropa femenina entallada, los tacones de aguja, la propia cirugía estética, etc., tienen origen en una sociedad patriarcal en la que la posición de la mujer estaba (y, en algunos aspectos, está) subordinada al varón. Sin embargo no se llega al argumento de afirmar que las mujeres que optan por estos elementos lo hacen obligadas. Principalmente porque no responde a la realidad ya que muchas de ellas lo hacen desde unos valores asentados en el principio de igualdad de género y conscientes de la lucha feminista por una sociedad que se desprenda de sus estratos patriarcales. Valorar que solo las mujeres musulmanas están impedidas de cualquier oportunidad de elegir llevaría a una situación de discriminación por razón de raza y género de una minoría en Europa (excepto Turquía) que atentaría contra los principios del CEDH.

Es por ello que la consideración del *hiyab* como discriminatorio *in re ipsa* encuentra tantas críticas. Se debe producir la valoración caso por caso para determinar si una concreta situación vulnera el principio de igualdad de género consagrado en el CEDH.

Más objeciones encontrarían los casos de otras prendas como el *burka* o el *niqab* que, objetivamente, ocultan a la mujer del espacio público y que contienen un valor discriminatorio más allá de su origen.

V. El uso del velo islámico frente a la libertad negativa del resto del alumnado.

Como se ha mencionado en epígrafes anteriores, uno de los argumentos más importantes, si no el principal, en el que se sustentan los fallos del TEDH en esta cuestión es el efecto que el uso del velo islámico en las aulas puede tener en relación a la libertad negativa del resto del alumnado. En concreto, el Tribunal considera que la restricción al derecho de libertad religiosa persigue como finalidad la protección del derecho de los demás alumnos.

En el caso *Sahin* el TEDH entiende que la generalización del uso del velo islámico en el ámbito escolar puede suponer, en un país como Turquía, una forma de proselitismo que, a ojos del Tribunal, puede ser calificada como abusiva. Siguiendo los argumentos de la Gran Sala, en un país mayoritariamente musulmán pero con una tradición constitucional laica la proliferación de estos usos en un ámbito como el académico es susceptible de suponer un riesgo para el propio sistema secular y una fuente de propaganda de ciertos movimientos fundamentalistas que en los últimos años están adquiriendo mayor protagonismo en la sociedad turca. Se trataría, en definitiva, de una medida que cumpliría los requisitos del juicio de proporcionalidad por perseguir un fin legítimo. Además, en base a esta exposición argumental, entraría dentro de las limitaciones que el propio art. 9 CEDH establece en relación al ejercicio del derecho de libertad religiosa, esto es, que no suponga una lesión al derecho de los demás. En este caso, el derecho lesionado sería la libertad negativa o derecho a no verse sometidas a presiones de las alumnas creyentes que opten por no portar el velo.

En el caso de Francia, si bien es cierto que en determinados ambientes y centros la presencia de alumnado de religión musulmana llega a ser mayoritaria, por lo que el derecho lesionado y la argumentación sería idéntica a la turca, en general la libertad negativa afectada difiere. En el caso francés la libertad negativa que se pretende proteger es la del alumnado en general, tanto musulmán como no. La finalidad sería evitar la presión que pueden percibir los menores al convivir con la exhibición de pertenencia a determinadas religiones²⁹. Está el TEDH actuando, en última instancia, como garante de la *laïcité*.

Esta argumentación del Tribunal ha encontrado diversa controversia entre la doctrina. En el control de la lesividad el TEDH, como señala RUIZ RUIZ, «parece

²⁹ RUIZ RUIZ, J., «La prohibición...», *cit.* 132.

renunciar a examinar si el uso del velo en las clases [...] produjo alguna lesión al derecho de los demás estudiantes ya que se remite a la apreciación de las autoridades nacionales». El voto particular de la jueza Tulkens critica también el fallo del Tribunal al considerar que se ha llevado a cabo una «aplicación preventiva de la lesividad» acreditando la existencia de un riesgo para el derecho de los demás del uso del velo en las clases, sin entrar a valorar caso por caso. Una posición que también defendía el Consejo de Estado francés en relación a esta cuestión.

Sin embargo, la argumentación del TEDH para llevar a cabo el control preventivo de lesividad se fundamenta en la indefensión que ocasionaría para un alumno la vulneración de su libertad religiosa negativa por el uso del velo islámico en las aulas. La acción de portar el *hiyab* en el aula se lleva a cabo por un particular amparándose en la legislación por lo que otro alumno que considere que se está vulnerando un derecho fundamental (su libertad negativa) no podría recurrir al amparo de el órgano nacional correspondiente ni del TEDH por no tratarse de una acción de los poderes públicos ni del Estado la que vulnera su derecho. De ahí que el carácter preventivo del control de lesividad esté legitimado a ojos del TEDH para evitar, efectivamente, situaciones de indefensión en el resto del alumnado ante un signo de ostentación religiosa que, tanto en Turquía como en Francia, supone un acto de proselitismo abusivo que desborda el amparo del art. 9 CEDH.

VI. Problemática del velo islámico en las escuelas en el marco constitucional español.

1. Los conflictos más significativos suscitados y el casuismo de sus soluciones.

La problemática del uso del velo islámico en las aulas españolas es de corto recorrido. El proceso migratorio de entrada a nuestro país comenzó varias décadas después del acaecido en otros países europeos como Francia o Reino Unido. De ahí que los conflictos y, sobre todo, las soluciones judiciales a estos sean escasos. No existe en España una norma legal que regule esta cuestión por lo que a día de hoy es la reducida jurisprudencia de los tribunales y los preceptos reguladores de leyes más generales como la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación las que constituyen el marco normativo, así como la propia Constitución.

La polémica del velo islámico en España comenzó en 2002 con el caso de la alumna musulmana de trece años Fátima El Idrissi en Madrid. La niña se negaba a acudir a la escuela sin el *hiyab*. El centro concertado al que fue enviada rechazó aceptarla por lo que se incorporó con posterioridad a un colegio público.

Sin embargo, el caso que puso sobre la palestra este fenómeno fue el de la alumna de dieciséis años Najwa Malha, del instituto público Camilo José Cela en Pozuelo de Alarcón³⁰. En 2010 el centro vetó la entrada a clase de la alumna cuando comenzó a acudir con el *hiyab* aduciendo que el reglamento interno del instituto prohibía entrar a clase con la cabeza cubierta. El claustro de profesores interpretó que no había razones para eximir en este caso a la alumna de esta prohibición pues consideraba que el velo islámico era similar a una gorra. Tras varios días siendo excluida de clase, Najwa fue trasladada a otro centro cercano que sí permitía en su reglamento acudir a las aulas con la prenda.

El caso pasó a los tribunales tras agotar la vía administrativa. Dos años después de estos hechos, en enero de 2012, se emite la sentencia del juzgado de primera instancia de lo contencioso-administrativo: el juez daba la razón al centro al considerar que no se vulneró la dignidad de la alumna ni se quebrantó su derecho a la libertad religiosa por tratarse de un reglamento que era «igual para todos». La familia recurrió este fallo alegando que el juez hace una interpretación errónea de la libertad religiosa. Sin embargo, la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 129/2013, de 8 de febrero, decidió la

³⁰ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/04/02/madrid/1364932389_921756.html, 29 de abril de 2016.

inadmisión del recurso de apelación en base al artículo 81.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que establece que no se admitan estos recursos en sentencias en las que la cuantía de la sanción no exceda los 30.000 euros. Con esta decisión el TSJM apoya la tesis de la Comunidad de Madrid y no entra a valorar el fondo de la cuestión por lo que el fallo se limita a un mero aspecto procesal.

La magistrada Francisca María Rosas Carrión emitió un voto particular a la sentencia en el que no comparte la decisión mayoritaria del Tribunal. Considera que la parte recurrente no está pidiendo una cuantía económica y que tampoco puede subsumirse el caso dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aboga por valorar económicamente las sanciones de suspensión y privación de derechos, que es en definitiva el argumento del TSJM para inadmitir el recurso. La magistrada comparte la opinión de la parte recurrente al decir que de lo que se trata es de una expresión de la libertad religiosa que no se puede valorar económicamente. El *petitum* de la demanda inicial era que se anulara la sanción de apercibimiento por parte de la Administración «por vulneración del derecho a la libertad religiosa», algo que a juicio de la magistrada no entra dentro de los supuestos del art. 81.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Otro de los casos más importantes en relación al velo islámico en España es la decisión del Ayuntamiento de Lleida de prohibir el uso del velo integral en los espacios municipales. En este caso no estaría incluido el *hiyab* ni estaríamos en el ámbito educativo, sin embargo se trata de una de las pocas decisiones judiciales que nos permiten valorar la línea interpretativa seguida en nuestro país y la casuística que nos podríamos encontrar en el futuro. El Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación, interpuesto ante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia de 14 de febrero de 2013, anulando la prohibición. Pese a que la recurrente consideraba que la decisión vulneraba varios derechos fundamentales (libertad religiosa e ideológica, derecho a la igualdad y derecho de participación en los asuntos públicos) el TS no entra a valorar esta circunstancia y se centra en afirmar la extralimitación competencial del Ayuntamiento. La ordenanza reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales limita o prohíbe acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a este uso a las personas que porten el velo integral. Considera el Tribunal que limita el ejercicio del derecho de libertad religiosa, en consecuencia la Corporación Local se está extralimitando en sus competencias pues es necesaria una ley para regular la limitación de un derecho fundamental. Invoca el TS la

jurisprudencia del TEDH y del TC para examinar los requisitos que se han de cumplir a la hora de limitar el ejercicio de un derecho fundamental, entre los que destaca la necesidad de una ley en sentido estricto. Además, el TS rechaza los argumentos de la sentencia recurrida (favorable a la prohibición) por considerar que no se justifican los requisitos del juicio de proporcionalidad necesario para la limitación de un derecho fundamental.

Por tanto la sentencia se basa en el requisito de legalidad del principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales y en la extralimitación competencial de una administración. Sin embargo esboza varias conclusiones para regular la cuestión en un futuro. Hace referencia por un lado a la propuesta de *lege ferenda* del Senado para prohibir su uso (en concreto del *burka*) en espacios públicos, que se tratará en un epígrafe posterior, y la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 23 de junio de 2010 que recomienda a los Gobiernos no prohibir el velo. Además, se destaca en la sentencia el riesgo de que una prohibición en esta línea en España pueda producir un efecto contrario al fin perseguido al negar la integración en los espacios públicos a estas mujeres con el propósito de «protegerla».

2. Las limitaciones del marco jurídico español: el artículo 16 CE y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

Como se ha dicho, no existe en España ninguna normativa específica del uso del velo islámico en el ámbito educativo ni en ningún otro espacio público. Por tanto la regulación de referencia y a la que hay que acudir es a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y a los preceptos constitucionales que tratan este fenómeno, en concreto el artículo 16. A su vez, debemos hacer al menos una mínima referencia a la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, por ser el ámbito que abarcamos.

Como hemos visto en el epígrafe anterior la casuística en nuestro país es verdaderamente reducida por lo que no existe una doctrina jurisprudencial sobre el tema. Sin embargo sí existe abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a las limitaciones de los derechos fundamentales así como en otros aspectos como el referente al contenido del derecho a la educación. Sin duda estas sentencias aportan luz a esta parte de nuestro ordenamiento constitucional.

La Constitución contiene varios preceptos que son aplicables a esta cuestión como se ha visto en el epígrafe dedicado a los bienes y valores implicados. Específicamente el

artículo 14 reconoce el principio de igualdad de los españoles sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación. El artículo 16 es el dedicado a la libertad ideológica y religiosa. En su primer apartado garantiza el derecho y establece como único límite el respeto al orden público protegido por la Ley. Vemos aquí como el legislador establece un límite explícito al disfrute de un derecho fundamental. El artículo 3.1 de la LOLR desarrolla más este concepto al declarar que la libertad religiosa 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 pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática». Como vemos la ley especifica más el concepto jurídico indeterminado. Ambos preceptos deben interpretarse en el marco del art. 10 CE que consagra el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. A su vez, debemos tener en cuenta el art. 16.3 CE que establece el modelo de laicidad del Estado español. En este apartado, el constituyente diseña un modelo de laicidad positiva al enunciar la separación entre el Estado y las confesiones religiosas pero garantizando la cooperación con estas. Como declara Pérez Álvarez, «el sistema de laicidad positiva comporta que las autoridades públicas deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar que las mujeres musulmanas puedan vestirlo en todos y cada uno de los ámbitos sobre los que se proyecta su vida pública interviniendo, incluso, con medidas discriminatorias de signo positivo, en aquellos supuestos que sea estrictamente necesario para que puedan manifestar externamente, en régimen de plena libertad, estas señas de identidad cultural, salvo que, excepcionalmente, el uso de este tipo de vestimentas deba ser limitado para la salvaguarda del orden público constitucional».

Además, el uso del velo islámico en el ámbito educativo se encuentra condicionado por la normativa en materia de educación. En España, esta consiste fundamentalmente en la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación y por las características propias del centro en cuestión. Con esto nos referimos a la condición del centro como público o como privado.

La doctrina del TC con respecto a la laicidad del Estado ha sido plasmada en la LOE para regular las actividades educativas desempeñadas en los centros públicos. A este respecto, la neutralidad ideológica debida impide la presencia de símbolos religiosos estáticos en estos espacios, como son los crucifijos en las paredes de las aulas. Sin embargo, y en consonancia con la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán, Pérez Álvarez sostiene que el principio de laicidad no obstaría a que las

profesoras que así lo decidieran portaran el velo en clase siempre que no se sobrepasen las limitaciones al ejercicio del derecho de libertad religiosa que consistirían en dos: que no repercuta negativamente sobre el libre desarrollo de la personalidad de los alumnos; y que no sean elementos desestabilizadores del orden público. Es este último requisito el que confrontaría con el uso de otro tipo de vestimentas como el *burka* o el *niqab* que a ojos de diversos autores sí poseen un componente desestabilizador del orden público por ser marcadamente discriminatorios contra la mujer. Considera Pérez Álvarez que a la misma conclusión se debe llegar en el caso de alumnas donde solo estaría justificada la prohibición del velo en actividades deportivas que por su naturaleza sea imposible practicarlas con esta vestimenta (ej. natación).

En el caso de centros privados, deben respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la CE y en las leyes, sin perjuicio de que puedan tener un ideario propio. De nuevo, Pérez Álvarez considera que la existencia de un ideario propio no puede ser una justificación objetiva para impedir el uso del velo a las profesoras salvo en el caso de que el ideario sea manifiestamente contrario al Islam. En el caso de las alumnas así lo ha establecido la doctrina del TC al afirmar que «el ideario del centro no es una causa objetiva y razonable a que se limite la libertad para formar la propia conciencia y para manifestar las convicciones de los alumnos». Solo en el caso de la imposición de un uniforme común para todos los alumnos podría estar justificada, salvo que se pudiera combinar con este como en el caso del *hiyab*.

Pese a ello, la ausencia de legislación específica y jurisprudencia al respecto remite al reglamento interno de cada centro la decisión. Algo que será fruto de futuras controversias al ser un instrumento normativo de carácter administrativo que no tiene rango legal. Y en este punto emerge una figura jurídica de gran interés: la objeción de conciencia. Autores como Carballo Armas sostienen que existe un derecho de objeción de conciencia frente a una determinada prohibición en los reglamentos de los centros del uso del *hiyab*. Como señala el TC en su STC 53/85 (FJ 14) «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa» y, a este respecto, «puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación». Para este autor la limitación de su uso tampoco estaría suficientemente justificada por ser contrario al orden público.

Parece claro que, por ahora, será labor de los Tribunales determinar la posición del ordenamiento jurídico con respecto a esta cuestión por lo que las circunstancias de cada caso serán determinantes en la decisión.

3. Propuestas de *lege ferenda* en España.

El debate sobre la elaboración de una legislación específica para el uso del velo islámico en los espacios públicos españoles aparece con mayor intensidad en varios municipios catalanes. Como hemos analizado, el Ayuntamiento de Lleida aprobó una ordenanza municipal en esta línea que fue anulada por el Tribunal Supremo. Además, municipios como El Vendrell, Tarragona o Barcelona se propusieron aprobar sendas ordenanzas en el mismo sentido que habrían tenido la misma respuesta por parte del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la única propuesta de ámbito estatal fue la moción del Senado en la sesión del 23 de junio de 2010 en la que insta al Gobierno a elaborar una ley que regule la prohibición del uso del velo integral (*burka* y *niqab*) en todos los espacios públicos, incluidas las calles. Esta moción, objeto de un intenso debate, fue aprobada finalmente por 131 votos frente a 129, con el apoyo del Partido Popular, CiU y Unión del Pueblo Navarro (UPN), y el rechazo del resto de grupos parlamentarios. Pese a ello, el legislador no ha elaborado ninguna ley al respecto por lo que no existe, a día de hoy, una regulación determinada como sí la hay en otros países como Francia o Turquía.

VII. Reflexiones finales.

A lo largo del Trabajo se ha analizado la problemática del uso del velo islámico en el ámbito educativo. Parece claro que se trata de una cuestión que está generando gran controversia en Europa y que obliga a realizar un concienzudo examen de los principios y valores que inspiran los ordenamientos constitucionales del Viejo Continente. No se trata simplemente de valorar el contenido que tiene el derecho a la libertad religiosa sino que entran en juego otros principios y derechos fundamentales como el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la educación, el derecho a la dignidad de la persona, el derecho de los padres a educar a sus hijas en unas determinadas creencias. En los epígrafes anteriores se han expuesto las diferentes soluciones tanto jurisprudenciales como doctrinales en el ámbito europeo.

La doctrina del TEDH es clara. Se decanta el Tribunal por una interpretación restrictiva del uso del velo islámico en el ámbito educativo amparando, así, las legislaciones más restrictivas de Europa en relación a este elemento como son la francesa y la turca. Los argumentos del Tribunal, expuestos en epígrafes específicos, no han estado carentes de críticas por parte de muchos autores y magistrados³¹, al considerar que se lleva a cabo una excesiva protección de los sistemas seculares de Francia y Turquía.

La problemática jurídica se centra, a mi parecer, en dos principios. En primer lugar el derecho a la libertad religiosa. El velo islámico en sus distintas variantes es una expresión de unas determinadas creencias religiosas y, por lo tanto, entra dentro del contenido del derecho fundamental. Emerge pues el sistema de laicidad (o confesionalidad) que cada Estado europeo defienda y establezca en su Constitución. En el caso español es patente, como así lo establece la Constitución española, que se opta un modelo de «laicidad positiva» que garantiza el derecho a expresar las creencias religiosas a través de distintas manifestaciones así como la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. Dichas manifestaciones no son absolutas pues, como cualquier derecho fundamental, están limitadas por el contenido del resto de principios y derechos fundamentales y, en este caso, por el orden público constitucional. Por lo tanto, dentro de nuestro sistema constitucional la expresión individual de una creencia religiosa como es el velo islámico sería legítima siempre que no sobrepasara los límites citados.

³¹ Voto particular de la jueza Tuskens a la Sentencia del TEDH sobre el caso *Sahin*.

Es entonces donde encontramos el segundo principio dentro de la problemática: el velo islámico como prenda discriminatoria contra la mujer y atentatoria contra el orden público constitucional. En este punto, a mi parecer, es necesario distinguir entre los distintos tipos de velo islámico. A modo de simplificación tomaremos tres: el *hiyab*, el *burka* y el *niqab*. El caso del *hiyab* es el que ha centrado la mayoría de los casos en Europa por ser el más extendido. Este pañuelo alrededor de la cabeza que cubre el pelo de la mujer no puede considerarse como un prenda discriminatoria *in re ipsa* y por tanto prohibirla en el ámbito educativo en todo caso, como opina parte de la doctrina y la jueza François Tuskens. Si se llevara a cabo esta interpretación, se estaría ignorando y *de facto* discriminando a todas aquellas mujeres musulmanas que libremente decidan optar por llevarlo. El argumento de estar sumidas en una sociedad patriarcal que las condiciona no puede ser suficiente ya que, en tal caso, distintos aspectos y vestimentas occidentales que cumplen el mismo rol deberían ser vetados en este ámbito. Al ignorar la propia voluntad de estas mujeres se estaría ejerciendo el efecto contrario al deseado, esto es, una discriminación múltiple sobre un colectivo que en muchas ocasiones se encuentra marginado socialmente. Además, con la voluntad de quererlas integrar en los valores sociales que se propugnan desde los ordenamientos occidentales se estaría, por el contrario, forzándolas en muchas ocasiones a abandonar su camino educativo por no poder, o no querer, despojarse de esos planteamientos.

Los argumentos restrictivos a su uso encontrarían difícil acomodo en un sistema constitucional como el español pues no parecen suficientes para justificar lo que, a la postre, es una limitación de la libertad ideológica y religiosa.

Por otra parte, vestimentas como el *burka* y el *niqab* sí contienen una carga discriminatoria evidente al tratarse de prendas que ocultan por completo la imagen de la mujer. Es palmario que su objetivo, más allá de tradiciones culturales más o menos asentadas (cuando no impuestas recientemente como el caso del *burka*), es negar un espacio público a la mujer a la que reducen al espacio privado de la familia y el hogar. El uso de estas prendas en el ámbito educativo español sí encontraría muchas reticencias al chocar con el orden público constitucional así como con los principios que esta establece.

No es, en mi opinión, urgente elaborar una legislación específica a este respecto en España. Así como en otros países sí se trata de una cuestión a la orden del día que genera gran debate y controversia, en España no es así. Es labor de los Tribunales, cuando llegue el caso, establecer una jurisprudencia al respecto, en particular del

Tribunal Constitucional, que aclare las posibles dudas que pueda haber. En concreto, los Tribunales deberían garantizar que, por ejemplo, el ejercicio de un derecho fundamental no queda limitado por las disposiciones de una norma sin rango de ley como son los reglamentos escolares. En este sentido, deben garantizar que se respeta el ejercicio de este derecho en los términos que hemos expuesto anteriormente. Parece que las propuestas de *lege ferenda* que ha habido en España tienen más que ver con discursos populistas y equívocos que con necesidades reales de la sociedad española.

Los argumentos expuestos no son óbice para que mi posición personal en relación al *hiyab* sea una concreta. Puede considerarse que viene de una tradición (que no cultura) de sometimiento a la mujer, pero la solución no viene desde medidas legislativas restrictivas y punitivas. El Estado debería centrar sus esfuerzos en, sin distinciones, transmitir unos valores igualitarios y despojarse del patriarcado y el machismo imperante a través de campañas y medidas sociales de integración en vez de optar por un modelo que pueda conducir a la exclusión y la radicalización.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y artículos consultados:

- ARECES PIÑOL, M.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*, nº 32, 2013.
- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos valida la Ley francesa que prohíbe el burka en los espacios públicos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 37, 2015.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 5ª edic., Tecnos, Madrid, 2010.
- CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2010.
- FAGGIANI, V., «Laicidad y respeto de la identidad cultural en el ámbito educativo: aspectos jurídicos en relación al uso del velo islámico en Europa», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 33, 2013.
- FERRER ORTIZ, J. (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 6ª edic., Eunsa, Pamplona, 2011.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 17, 2013, págs. 371-408.
- HERRERA CEBALLOS, E., «La prohibición del velo integral en espacios públicos: la sentencia del TEDH (Gran Sala) en el asunto S.A.S. contra Francia, de 1 de julio de 2014», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 36, 2014.
- INNERARITY, C., «El debate sobre el velo islámico en Gran Bretaña: el multiculturalismo liberal y la identidad nacional» en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 162, 2013, págs. 149-174.
- 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*, nº 11, 2011, págs. 139-187.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. et al (dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

RUIZ RUIZ, J., «La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, págs. 103-140.

Jurisprudencia consultada:

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 53/1985, de 11 de abril [consultado el 16 de abril de 2016]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 120/1990, de 27 de junio, [consultado el 30 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1545>

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 57/1994, de 24 de marzo, [consultado el 30 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1994/57>

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Cuarta), *application number* 44774/98, de 29 de junio de 2004, caso Leyla Sahin contra Turquía [consultado el 30 de marzo de 2016]. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["699739"\],"itemid":\["001-61863"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *application number* 44774/98, de 10 de noviembre de 2005, caso Leyla Sahin contra Turquía [consultado el 30 de marzo de 2016]. Disponible en: http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=225

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid 35/2012, de 25 de enero [consultado el 10 de mayo de 2016]. Caso Najwa. Disponible en: <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2012/02/03/sentenciavelo.pdf>

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Décima) 129/2013, de 8 de febrero [consultado el 10 de mayo de 2016]. Caso Najwa. Disponible en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/04/02/38b06e75489df4848b28fa3523059d0a.pdf?rel=mas>