

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL USO DEL VELO ISLÁMICO. MARCO CONSTITUCIONAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sonia García Vázquez

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El presente trabajo de investigación aborda, en primera instancia, el estudio del derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico en el marco constitucional, normativo y jurisprudencial del Estado español.

En segundo lugar, se observan las peculiaridades de la regulación de esta materia en el ámbito del Derecho comparado: desde los Estados que han mostrados más reticencias al respecto, como Francia y Turquía, pasando por aquellos que como Reino Unido han promovido activamente el pluralismo religioso, o aquellos otros que, con menor o mayor intensidad, han apostado por limitar el uso del velo en los espacios públicos, como Holanda, Dinamarca y Bélgica.

Finalmente, el artículo se cierra con unas reflexiones sobre el derecho a la educación, que se configura como un instrumento básico en orden a la consecución de la integración e igualdad social.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa, velo islámico, universalismo vs. comunitarismo, derecho a la educación, ciudadanía republicana, derecho a la igualdad, fundamentalismo, interés superior del menor.

ABSTRACT: The present work of investigation tackles, in first instance, the study of the right to religious freedom and the use of the Islamic veil in the constitutional frame, normative and jurisprudential of the Spanish State.

Second, it observes the peculiarities of the regulation of this matter in the field of the Comparative Law: from the States that have showed more reticence in this regard, like France and Turkey, going through those that like United Kingdom have promoted actively the religious pluralism, or those

others that, with minor or greater intensity, have bet for limiting the use of the veil in the public spaces, like Holland, Denmark and Belgium.

Finally, the article closes with some reflections on the right to the education that configures a basic instrument to the achievement of the integration and social equality.

KEY WORDS: Freedom of religion, Islamic veil, universalism vs. comunitarism, right to education, republican citizenship, right to equality, fundamentalism, upper interest of the minor.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA TENSIÓN CRECIENTE ENTRE UNIVERSALISMO Y COMUNITARISMO. II. PLURALISMO CULTURAL Y RELIGIOSO. III. HISTORIA Y SIMBOLOGÍA DEL VELO ISLÁMICO. IV. UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO: 4.1. Francia. 4.2. Alemania. 4.3. Reino Unido. 4.4. Italia. 4.5. Bélgica. 4.6. Suiza. 4.7. Países Bajos. 4.8. Dinamarca. 4.9. Turquía. V. LIBERTAD RELIGIOSA Y USO DEL VELO: MARCO CONSTITUCIONAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO ESPAÑOL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO DE 2013. VI. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOS OBJETIVOS DEL SISTEMA EDUCATIVO. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA TENSIÓN CRECIENTE ENTRE UNIVERSALISMO Y COMUNITARISMO

El fuerte impacto de la inmigración a nivel social y los obstáculos que las instituciones encuentran en el desarrollo de proyectos que lleven al reconocimiento de las diferencias en un ámbito de libertad y escrupuloso respeto de los derechos fundamentales son aspectos tremendamente actuales en el seno de todos los países europeos.

El discurso sobre los derechos humanos se encuentra en una encrucijada, cuestionado parcialmente, en la dialéctica entre universalismo y comunitarismo. Frente a esta dualidad extrema, DE SOUSA SANTOS, propone prescindir de la tradicional demanda de universalismo de los derechos humanos, pero también evitar la capitulación ante el relativismo, pues considera que ambas posturas son erróneas: la primera porque ignora las diversidades culturales y la segunda porque otorga la misma consideración a los discursos emancipatorios y a los que no lo son, a aquellos que autorizan a actuar en busca del cambio y a los que lo impiden.

En sus sabias propuestas opta por la afirmación de la dimensión cosmopolita del discurso de los derechos que significaría que la exigencia de extensión de aquellos se concibe como la pretensión de globalización de las preocupaciones políticas, morales y de la lucha contra la opresión social y el sufrimiento humano¹.

La cuestión no sería cómo preservar una cultura en su pureza prístina, sino cómo crear espacios de entendimiento común y lograr que el proceso de intercomunicación no sea forzado o excluyente. En este sentido, los defensores de la ciudadanía republicana entienden la comunidad como una *polis* resultado de una tarea común de construcción, no preexistente a ella; mientras observan la vida social como canal de participación en instituciones comunes de los diferentes².

1 Puede consultarse B. DE SOUSA SANTOS, *Towards a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, London New York, 1995, pág. 337 y sg.

2 Vid. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998. En esta misma línea, ALAIN FINKIELKRAUT, *La derrota del pensamiento*, 1987: "no se aspira a una sociedad auténtica, en la que todos los individuos vivan cómodamente en su identidad cultural, sino a una sociedad polimorfa, a un mundo abigarrado que ponga todas las formas de vida a disposición de cada individuo". Es de obligada consulta, G. JÁUREGUI, "Inmigración y diversidad cultural en la era de la globalización. De la multiculturalidad a la interculturalidad", en J. Alberdi y J. Goizueta (Coords.), *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Tratando de ir más allá, M. WALZER se interroga en relación a si resulta factible que las comunidades totalizadoras como los fundamentalistas teocráticos, los grupos religiosos ultraortodoxos o los grupos étnicos tradicionalistas como las tribus aborígenes de Nueva Zelanda o Canadá, tienen, o no, derecho a hacer lo que consideren necesario para preservar y transmitir su modo de vida.

El reconocimiento de este derecho como absoluto es problemático por dos razones. En primera instancia porque estos grupos, generalmente, no reconocen los derechos individuales atribuidos a sus miembros por el Estado democrático; y en segundo lugar, porque no es muy probable que estos grupos transmitan a sus miembros los valores que sirven de base a la democracia: la igualdad entre los ciudadanos, la necesidad de un debate libre y abierto, etc...

Son grupos totalizadores y eso significa que las directrices que proporcionan no generarán ciudadanos libres que estén preparados, incluso de la manera más limitada, para actuar autónomamente. ¿Debería apoyarlos el Estado Constitucional democrático?³.

Grupos de este tipo pueden ser, o no, democráticos internamente, pero son obviamente hostiles a los valores del Estado constitucional, cuya tolerancia, paradójicamente, demandan de modo incesante.

La segunda incógnita que debemos abordar, y a nuestros efectos la más interesante, radica en la extensión de los derechos parentales sobre sus hijos cuando no defiendan los derechos de la infancia y el interés superior del menor, sino los intereses de otros que reclamen valores y comportamientos presentes y futuros por parte de esos menores.

WALZER afirma que los padres tienen derecho a sostener su modo tradicional de vida, pero el Estado y el resto de los ciudadanos tienen no sólo el derecho, sino también el deber de educar en democracia e igualdad a los más jóvenes, que pronto serán responsables del bienestar de toda la comunidad política. La coexistencia de las dos prerrogativas genera, en ocasiones, graves problemas.

II. PLURALISMO CULTURAL Y RELIGIOSO

La realidad de las cosas, en palabras de SAMI NAÏR, viene a confirmar que el Islam no se ha visto ajeno al proceso de secularización que sufren las religiones en toda Europa y es obvio que los hijos de musulmanes que residen en países europeos⁴, aunque respetan la ideología religiosa de sus padres, en la realidad social del día a día, generalmente neutralizan las imposiciones del Islam rechazando muchas de las normas más rígidas⁵, y

3 M. WALZER, *¿Qué derechos para las comunidades culturales?*, en R. Máz (Ed.), *Construcción de Europa, Democracia y Globalización*, Volumen II, Europa Mundi, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, págs. 683 y sg.

4 S. ALDEEB ABUŠHALIEH, *Les musulmans face aux droits de l'homme*, Bochum, 1999.

5 S. AMIN ha reconstruido la historia de la reacción de la cultura islámica a la dominación europea a partir de los intentos de modernización egipcios desde el siglo XIX hasta el fundamentalismo islámico contemporáneo. Baste recordar la confrontación de Indonesia con Holanda, la de Argelia con Francia, la del Egipto de Nasser y Sadat con Israel y sus aliados o la creciente confrontación del Irán de Jomeini con Estados Unidos. S. AMIN, *L' Eurocentrisme. Critique d' une Idéologie*, Paris, Anthropos, 1988, pág. 155 y sg.

de los preceptos heredados de sus progenitores, o bien los interpretan desde un punto de vista laico⁶.

En la vieja Europa, la situación política internacional puede contribuir a revivir las luchas, entre el cristianismo y el Islam, que dominaron la Edad Media. Algunos pretender imponer su visión teocrática e intolerante, su discriminación de la mujer y una religión interpretada en clave fanática, frente a la sociedad libre e igualitaria que con el esfuerzo de muchos se ha construido. A pesar de esta afirmación, es necesario recordar que reducir el Islam a un bloque de integristas es una auténtica barbaridad, porque sería simplificar al límite una realidad tan compleja como extraordinariamente diversa.

La existencia de profundas divisiones étnicas, religiosas y nacionales entre los musulmanes y la pluralidad de corrientes y concepciones que podemos constatar es un hecho frecuentemente preterido⁷. Desde una perspectiva cultural, las familias musulmanas se diferencian, entre sí, principalmente en términos de adhesión al Islam y, en consecuencia, en términos de reproducción de roles dentro del seno de una familia y de manifestación de pertenencia islámica pública y privada. En otras palabras, el pluralismo cultural y religioso en la población musulmana puede referirse a muchos factores: los diferentes orígenes nacionales, las diversas interpretaciones que le dan al Islam, la distinta forma de adhesión a la fe y los modos disímiles de vivir la práctica religiosa⁸.

En todo caso, es de justicia reseñar que en el seno de esta religión que engloba diferentes culturas, y que acoge a cientos de millones de personas, han florecido corrientes que propugnan la tolerancia, la comprensión, la solidaridad, la paz, la igualdad y el intercambio de ideas.

El problema final, en palabras de G. ROLLA, descansa en que los fenómenos de inmigración masiva generan tensión entre el universalismo de los derechos fundamentales y el relativismo cultural localista que, en ocasiones, pretende ampararse en tradiciones culturales manifiestamente contrarias a la dignidad humana para justificar costumbres lesivas de los derechos fundamentales⁹.

En definitiva, como muy acertadamente ha señalado el Prof. BALAGUER CALLEJÓN¹⁰, ninguna minoría puede pretender el acceso a los derechos "a beneficio de inventario", pues

-
- 6 S. NAÏR, "Del referente de origen a las nuevas identidades", en S. Naïr y J. de Lucas, *El desplazamiento en el mundo. Inmigración y temáticas de identidad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Imserso, Madrid, 1998, pág. 271 y sg.
- 7 M. J. CIÁURRIZ, D. GARCIA CARDADO, P. LORENZO, A. MOTILLA, J. ROSELL, *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 14 y sg. Es interesante conocer la siempre interesante perspectiva de la Profª. ZOILA COMBALÍA, *El Derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, 2001.
- 8 L. MANCINI, "El Islam en Italia: entre afirmación de identidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales", en C. Blanco e I. Barbero, *Pautas de reasentamiento de la población inmigrante: implicaciones y retos sociojurídicos*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 340 y sg.
- 9 G. ROLLA, "Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionale", *Quaderni Costituzionali*, nº 3, diciembre de 1997, págs. 417-459.
- 10 F. BALAGUER CALLEJÓN, "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en Mercedes Moya Escudero, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, págs. 484 y sg.

el reconocimiento de estos derechos supone la aceptación de un estándar de protección que debe aplicarse por igual a todos los ciudadanos.

Para cerrar el marco introductorio de este capítulo, es necesario tener presente que la correcta comprensión de algunos de los nuevos problemas que se plantean en esta materia nos conduce a la dialéctica entre el derecho a la educación y el ejercicio de la libertad religiosa¹¹. Por ello, parece oportuno proceder a realizar alguna consideración al respecto.

El más egregio defensor del multiculturalismo institucional, B. PAREKH, sostiene que la clave de bóveda para resolver todas las tensiones es la educación multicultural de los más jóvenes, presentando a los estudiantes una variedad de perspectivas culturales que fomenten la reflexión y la independencia. La finalidad de la educación multicultural sería, por tanto, liberarlos de prejuicios a través del acercamiento a otras culturas y puntos de vista divergentes.

Hasta aquí parece que describimos un modelo idílico con el que estamos plenamente de acuerdo; pero en realidad lo que resulta discutible es la puesta en práctica y los resultados del modelo multiculturalista radical en el ámbito de la educación. Desde luego, si este modelo supone, de facto, todo lo contrario a lo deseado por PAREKH; es decir, que cada individuo debe educarse según su cultura, sin preocuparse por acercarse a las demás, conocerlas y tratar de encontrar lugares comunes con las mismas, lo único que conseguiríamos es una menor integración de las minorías y una mayor alienación.¹²

No debemos perder de vista que la verdadera integración no es tanto una cuestión de identidad, sino un proceso de equiparación de derechos y deberes, de desarrollo de una auténtica igualdad real, de acceso a un estatus normalizado como ciudadanos que mejoran sus condiciones de vida e integración social. Es decir, no se puede focalizar la integración únicamente en aspectos culturales y religiosos. Por ejemplo, en Francia el uso del velo ha sido durante muchos años un medio de diferenciación de carácter cultural-religioso que evidenciaba, además de una opción religiosa, un problema social: la situación de marginación de la comunidad musulmana.

11 Sobre la libertad religiosa en el marco de la Unión Europea resulta de gran utilidad consultar el artículo doctrinal de M. RYNKOWSKI, "Freedom of Religion in the European Union", en A. Bodnar, M. Kowalski, K. Raible, F. Schorkpof (Eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer, Berlín, 2003. En relación a la relación entre el derecho a la educación y la libertad religiosa, véase E. CALLAN, "Discrimination and Religious Schooling", en W. Kymlicka y W. Norman (Ed.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2000, pág. 47, y T. MODOOD, "Anti-essentialism, Multiculturalism and the Recognition of Religious Groups", en W. Kymlicka y W. Norman (Ed.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2000, págs. 175-195.

12 Vid. A. T. BAUMEISTER, *Liberalism and the "Politics of Difference"*, Edinburgh University Press, 2000, y S. CASTLES & A. DAVIDSON, *Citizenship and Migration. Globalization and the Politics of Belonging*, Macmillan Press, London, 2000, pág. 223.

III. HISTORIA, SIMBOLOGÍA E IMPLICACIONES DEL USO DEL VELO ISLÁMICO¹³

En el imaginario colectivo occidental siempre se da por supuesto que el origen de la tradición de llevar velo es musulmana, pero esto es una célebre falacia. Puede probarse que este uso social fue introducido por los antiguos asirios como una forma de etiquetar a las mujeres de alta posición social y en la Arabia preislámica distinguía a las mujeres libres de las esclavas.

Esta desconocida génesis histórica otorga una explicación al hecho de que durante los primeros años del Islam las mujeres prescindiesen totalmente del velo y, lo que resulta más importante, desempeñasen un rol trascendentalmente activo en el seno de la sociedad que sólo se vio mermado cuando los hombres decidieron adoptar una estricta postura de liderazgo religioso patriarcal sumada a interpretaciones radicalizadas y extremas del Corán, especialmente por parte de corrientes chiítas o afines, que consideran que una mujer debe cubrirse el cabello, o incluso todo el cuerpo, para permanecer oculta frente a las miradas de los hombres a partir de la pubertad.

Antes de continuar, es necesario recordar la existencia de una pléyade de opciones en relación a las distintas prendas que, en su caso, pueden identificar a una mujer musulmana y que, sin duda, revisten bastantes diferencias entre sí, pero en el fondo, regresando al párrafo anterior, abrumadoras similitudes.

Entre ellas, el *hiyab* es un velo característico de las mujeres árabes que deja completamente visible la zona de la cara; la *shayla* es un pañuelo muy largo y con forma rectangular que se coloca alrededor de la cabeza y es muy común en la zona del Golfo Pérsico; el *niqab* es una prenda que cubre todo el cuerpo hasta la rodilla y sólo deja libre la zona de los ojos (por esta razón, muchas mujeres lo combinan con otro velo más pequeño para esa zona); el *chador* es un manto negro que cubre todo el cuerpo femenino desde la cabeza hasta los pies y es frecuente que se use combinado con un pañuelo para tapar el cabello; y el *burka* afgano oculta completamente el cuerpo, permitiendo que la mujer pueda "ver" el exterior a través de una pequeña rejilla tupida de tela que le impide ser vista.

Sin duda, no se puede generalizar sobre las tendencias en los diferentes países de tradición musulmana, porque nos movemos en un marco extraordinariamente amplio que va desde la obligación ineludible en portar *chador* instaurada por el régimen iraní; hasta la prohibición de usar el *hiyab* en Turquía; pasando por la permisividad de Marruecos en donde la mujer, desde que Mohamed V así lo decidió, puede elegir libremente portar el *hiyab* o no hacerlo.

Sería inagotable una exposición sobre esta materia que albergase pretensiones de exhaustividad, y dado el reducido alcance de este artículo, deberíamos tratar de responder, sin más dilación, si es adecuado y/o deseable que las alumnas que pertenezcan a familias

¹³ Cuando en el presente artículo utilizamos el término genérico "velo islámico" nos referimos tanto al velo integral como al no integral.

que profesan la religión musulmana acudan a las escuelas públicas sin prescindir del *hiyab*, el velo islámico que para algunos expresa una visión arcaica y discriminatoria de la mujer¹⁴.

Podríamos perdernos en disquisiciones teóricas, pero por razones obvias, no resulta factible en este momento. No obstante, debemos tener presente que el derecho a la educación debe primar sobre cualquier otra cuestión puesto que si se impide la escolarización de una menor por llevar la cabeza cubierta por un *hiyab* se está reforzando su situación de discriminación en el presente y, lo que es peor, de cara al futuro. Es preciso recordar, igualmente, que lo que interesa es detenernos a analizar la situación de la mujer en el Islam, que sigue siendo un tema complejo y controvertido, porque, a nuestro humilde parecer, sería una ingenuidad pensar que estamos discutiendo, únicamente, sobre una prenda de vestir.

Lo que realmente se debate es el significado político-religioso del velo, el estatuto jurídico inferior y la general falta de libertad que respiran una parte de las mujeres musulmanas, así como su notoria carencia de autonomía personal¹⁵. Son muchas las mujeres que en el mundo árabe no tienen derechos políticos, ni acceso a la educación o al empleo, ni derecho a la patria potestad, ni derecho a contraer matrimonio libremente¹⁶.

Autoridades, políticos, intelectuales, responsables educativos y feministas han opinado sobre el uso de una prenda que para muchos es un signo de opresión sobre la mujer y no un mero signo religioso o cultural, como aseguran la mayoría de sus correligionarias explicando que las opiniones que se han vertido sobre el uso del velo son fruto de la total ignorancia sobre el Islam.

A pesar de las muchas explicaciones que, por supuesto, debemos escuchar y atender, lo cierto es que la mayor parte de las mujeres musulmanas se debaten entre las aspiraciones de libertad y el sometimiento que exige la tradición. Constituyen la mitad de la población del mundo árabe; pero muchas son, a los ojos de Occidente, fantasmas cubiertos de negro, anónimas y sin capacidad para singularizarse. Empero, más allá de sus velos, luchan por vencer la resistencia social y muchas logran participar en la vida laboral y social de sus países, resistiéndose a aceptar las trabas de un mundo pensado por y para los hombres.

Es obvio que el velo oculta a la mujer en el espacio público y la vincula a una colectividad sin individualizarla lo cual expresa la voluntad de poner en marcha una visión comunitaria de la sociedad. Este es un aspecto muy relevante de la sujeción irracional a una religión que reprime a la mujer y le niega derechos. De este modo, con J. WAARDENBURG¹⁷,

14 Vid., por todos, NOUZHA BENSALAH, *Familias turques et maghrébines aujourd'hui : evolution Dans les espaces d'origine et d'immigration*, Louvain-la-Neuve Academia, 1994.

15 Sobre el estatuto de la mujer en el Islam, es de obligada lectura G. ASHA, *Du statut inférieure de la femme en Islam*, Paris, L'Harmattan, 1989.

16 KYMLICKA critica las culturas minoritarias que discriminan a las niñas en lo que se refiere a la educación y que niegan el derecho de voto (u otros) a las mujeres, o que limitan la libertad de los miembros individuales dentro del grupo. Y añade que "este tipo de restricciones internas no pueden justificarse ni defenderse dentro de la concepción de los derechos de las minorías".

17 J. WAARDENBURG, "Muslims and Dhimmis. The emancipation of muslim immigrants in Europe: the case of Switzerland", en W.A.R. Shadid, *Muslims in the margin: political responses to the presence of Islam in Western*

consideramos 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.

Es incontrovertible que hablar del velo islámico es un aspecto aislado de un asunto político, jurídico y sociológico mucho más complicado que el mero uso de una prenda de vestir.

Viajando hasta el límite y fuera del marco del uso del velo que es una cuestión perfectamente individualizable, el fundamentalismo en el poder, aún cuando comporte el reconocimiento de "las diferencias", ha sido muy poco respetuoso con los derechos, valores, la dignidad humana y la vida. Por ello, si el poder político está en juego, deberíamos inclinarnos contra todos los grupos totalizadores porque resulta irrefutable que la visión que tienen de los "otros" es más severa que la que el propio Estado democrático puede tener de algunos de los miembros más radicales de estas comunidades culturales o religiosas.

Estas reflexiones críticas no provienen de una visión del europeísmo etnocéntrico, sino sin ir más lejos, de los movimientos intelectuales laicos (duramente reprimidos) o de las agrupaciones feministas de los países musulmanes que conectan el uso del velo con la jurisprudencia fundamentalista que suprime derechos a las mujeres (que su propia religión les reconoce); con el patriarcado; con el rol de los varones como "guardianes" de las mujeres en el marco del falso mito que asocia mujer y pecado en lugares donde la decencia se mide a través de un rígido código indumentario. La mujer, por el hecho de serlo, se sujeta a él, con lo que escenifica, de algún modo, una forma de exhibir su sometimiento.

Son muchas las menores de edad musulmanas que reivindican el derecho a llevar esas prendas y aseguran hacerlo voluntariamente. No obstante, dependiendo de algunas coordenadas, la voluntariedad puede no ser plena.

Así, mientras en Afganistán los talibanes afirman que las propuestas de Naciones Unidas forman parte de una gran política infiel, cuyo objetivo es dar una libertad obscena a las mujeres para llevarlas al adulterio y comenzar así la destrucción del Islam¹⁸; Irán duplica el número de policías para velar por la vestimenta de las mujeres, y donde las "infractoras" pueden ser castigadas con latigazos, multas, o incluso, penas de cárcel¹⁹; y el Kurdistan iraquí, convertido en un laboratorio en la expansión del islamismo más extremista, acusa un alarmante aumento de los crímenes de honor en las que han encontrado la muerte desde la Guerra del Golfo Pérsico más de 4.000 mujeres por tener relaciones con hombres que sus familias rechazaban, por negarse a aceptar los matrimonios pactados, por haber sido violadas o, por el simple hecho, de haber hablado con un extraño, es escandalosamente alarmante.

Europe, Kampen, 1996, pág. 159. Asimismo, puede consultarse, A.MOTILLA, "La libertad de vestimenta: el velo islámico", en M. J. Ciáurriz, D. García Cardo, P. Lorenzo, A. Motilla, J. Rosell, Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural, Editorial Trotta, Madrid, 2004, págs. 107-135.

18 J. VALENZUELA, *España en el punto de mira. La amenaza del integrista islámico*, Temas de Hoy, Madrid, 2002, pág. 147.

19 Véase el excelente estudio de I. M. BRIONES, *El uso del velo islámico en Europa*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, volumen 10, 2009, pág. 18.

A día de hoy, en las escuelas todavía se enseña a las niñas a reprimir sus sentimientos, a no relacionarse con chicos, a no salir solas y, especialmente, a cubrirse con un *chador* para disimular los perfiles de su cuerpo.

En cualquier caso, la posición de subordinación de la mujer en el Derecho islámico es una realidad incompatible con los valores imperantes en nuestro país, en particular con la igualdad, que descansa en la dicción literal del art. 14 CE. En palabras de la Prof^a. Z. COMBALÍA, la penetración de instituciones islámicas de inspiración patriarcal origina problemas en ordenamientos jurídicos en los que la igualdad entre hombre y mujer constituye un valor fundamental e inquebrantable del sistema²⁰.

Una vez abordada la Historia y posibles implicaciones del velo islámico, es medular interrogarse sobre si su uso proviene de una práctica religiosa, o bien de una obligación jurídica. Si nos paramos a pensar un solo segundo, el interrogante que parece absolutamente intrascendente y baladí se convierte en uno de los más significativos. Vamos descendiendo así a cuestiones de mayor calado, desde esa punta del iceberg que es el uso del velo islámico, como las diferentes maneras de entender la democracia y los derechos.

Pues bien, el uso del velo no se asienta en ningún precepto religioso, sino que proviene de la ley u ordenamiento jurídico islámico (la *Sharia*). Recordemos que los fundamentalismos teocráticos pretenden convertir en Derecho directamente aplicable los supuestos dictados divinos. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de poner de manifiesto que la *Sharia* y los sistemas jurídicos plurales basados en la religión son, en sí mismos, incompatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las concepciones de democracia y de Estado de Derecho compartidas por la mayoría de los países europeos.

Para empezar, la *Sharia* es inmutable e invariable, elementos característicos impensables para un ordenamiento jurídico democrático. Principios tales como el pluralismo en la esfera pública, política o la evolución de las libertades no tienen cabida alguna en ella. Es obvio, como afirma el Tribunal que se aparta claramente de los valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente por lo que respecta a sus normas "jurídicas", al desarrollo del proceso penal, a sus reglas sobre el estatuto jurídico de la mujer y a la manera en la que interviene en todas las esferas de la vida privada y pública de las personas.

Ahora bien, toda restricción a los derechos fundamentales debe ser evaluada cuidadosamente, ser proporcionada, necesaria y razonable. En general, concordamos con las atinadas reflexiones de I. BRIONES, cuando pone de manifiesto que el criterio de la prudencia jurídica²¹, también para regular la libertad religiosa y de conciencia, es el mejor para demostrar el grado de desarrollo de un sistema democrático, aunque ello también lleve consigo algunos peligros que jamás debemos perder de vista.

20 Vid. Z. COMBALÍA, *"¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en Occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal"*, en B. González, Políticas de igualdad y derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

21 I. M. BRIONES, *El uso del velo islámico en Europa*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, volumen 10, 2009, pág. 82.

IV. UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO.

En el marco de este apartado de nuestro estudio hemos realizado un escueto análisis de la regulación en el ámbito comparado de nueve países que se alinean en cuatro orientaciones distintas y suficientemente perfiladas entre sí. A nuestro juicio, los Estados que, históricamente, han mostrado más reticencias al respecto han sido Francia y Turquía; destacando, desde el otro extremo, Reino Unido por promover activamente el pluralismo religioso; mientras que Alemania y Suiza se han decantado por introducir limitaciones en el ámbito de la escuela pública, estableciendo claras diferencias entre la posición del personal docente y del alumnado. Finalmente, Bélgica, Holanda y Dinamarca, con mayor o menos intensidad, apuestan por limitar el uso del velo en espacios públicos.

Desde el Consejo de Europa, en la Recomendación 1927 (2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia, la Asamblea Parlamentaria pide que el Comité de Ministros adopte determinadas actuaciones destinadas a exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo o de cualquier otra ropa religiosa o especial, salvo cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres coacciones físicas y psicológicas, admitiendo que las restricciones legales a esta libertad pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una sociedad democrática, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa.

4.1. Francia

En la República francesa, la cuestión del velo ha resultado muy polémica y ha sido objeto de diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, aunque éste prefirió, inicialmente, la fórmula de la remisión a los reglamentos internos de los centros escolares²².

Sin embargo, la larga tradición laica del Estado francés y su reiterada obsesión por la "identidad nacional" han conducido al país hacia una prohibición del uso de cualquier símbolo religioso en los centros de enseñanza públicos, decisión que nos parece acertada a los efectos de conservar la neutralidad de un servicio público como es la escuela.

El origen del asunto del foulard puede situarse en 1989²³. El 7 de octubre de ese mismo año tres alumnas magrebíes de enseñanza secundaria en un colegio de la población de Creil, a las afueras de París, fueron expulsadas por el director por negarse a quitarse el *hiyab* durante las clases. Cuando el asunto llegó a oídos de la opinión pública, el gobierno de Jospin solicitó un dictamen particular al Consejo de Estado, en el que éste analiza la importancia que en la escuela pública tiene el principio de laicidad del Estado, consagrado en el artículo 2 de la Constitución republicana de 1958 y en la propia legislación escolar que observa a las personas como individuos y no como miembros integrantes de una comunidad o etnia.

22 G. POGGESCHI, "Il velo islamico in Francia: un problema di una società multietnica", en *Quaderni costituzionali*, 15, 2, 1995, págs. 287-302.

23 Sobre esta prenda, vid. la original monografía de ABDALLAH, *Le foulard islamique et la République française. Mode d'emploi*, Editions Intégrité, Bobigny, 1994.

Pero, el punto álgido de la discusión sobre el foulard se produce en Grenoble cuando una alumna comienza una huelga de hambre, apoyada por importantes manifestaciones convocadas por representantes de la comunidad musulmana, después de haber sido expulsada de una escuela pública por llevar velo y negarse a asistir a clases de gimnasia.

Continuando nuestro análisis cronológico, el 20 de septiembre de 1994, el Ministro Bayron firma una Circular en la que recuerda a los directores de los institutos públicos que no deben aceptar elemento alguno de proselitismo en las aulas.

Unos meses después, el Tribunal de Apelación de Liège, con fecha de 23 de febrero de 1995, se enfrenta al caso de una joven musulmana que invoca sus creencias religiosas basadas en una norma jurídica para usar el velo islámico. El Tribunal no pone en duda que el uso de signos religiosos manifieste una opinión política, religiosa o filosófica, pero considera que la prohibición del uso de dichos signos que realiza el centro escolar no es contraria a la libertad de conciencia ni a la libertad de culto garantizada a los estudiantes, ya que se aplica sin discriminación y reposa sobre consideraciones objetivas²⁴.

La cuestión no había quedado zanjada, y ocho años después, el 17 de diciembre de 2003, J. Chirac, asumiendo completamente los resultados del informe de la Comisión Stasi sobre laicidad²⁵ en la escuela pública, comparecía ante los medios de comunicación para anunciar oficialmente su intención de proponer a la Asamblea Nacional una ley que prohibiese cualquier símbolo religioso en la escuela pública, porque la escuela, santuario de la laicidad, debía mantenerse en la neutralidad absoluta para cumplir convenientemente su fin primordial de enseñar a los menores de edad los valores en los que se funda la sociedad francesa.

Esta arriesgada medida cristalizó, de un modo definitivo, en la Ley nº 2004/228, de 15 de marzo, la Ley de Laicidad más restrictiva de Europa que prohibió ir a clase con signos religiosos externos, abriendo el debate sobre los límites de la tolerancia religiosa. Desde entonces, se cumple sin protestas en un país donde la presencia musulmana es una de las más altas de Europa (entre cinco y seis millones).

La Comisión Stasi identificó la neutralidad como un requisito primario de la laicidad, y aunque admitía que la libertad de conciencia es el pilar legal de la laicidad, especialmente

24 Vid. reseña jurisprudencial en I. M. BRIONES, *El uso del velo islámico en Europa*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, volumen 10, 2009, pág. 70.

25 El significado de la laicidad depende del punto de partida ideológico. En el mundo musulmán la laicidad no tiene el mismo valor que en Occidente. Así, el concepto de laicidad consiste, básicamente, en proteger a la religión de la fuerza expansiva del poder político. Pero, desde una perspectiva occidental, la laicidad trata de evitar que el Estado instrumentalice la religión, si bien, lo laico no es lo contrario de lo religioso, sino de lo confesional. Laicidad es la no institucionalización de la religión. De este modo, la laicidad como principio inspirador del sistema jurídico español, defiende la independencia del Estado frente a cualquier influencia eclesial o religiosa. En función de cierta independencia, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 265/1988, de 22 de diciembre, proclamó "el reconocimiento del carácter separado de ambas potestades", y en la Sentencia 24/1982 vetó "cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales".

El Tribunal Supremo a diferencia del Tribunal Constitucional ha utilizado de manera invariable el término "aconfesionalidad" para referirse al primer inciso del artículo 16.3 CE. Vid. M^a T. ARECES PIÑOL, *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*, Universidad de Lleida, Lleida, 2003, págs. 123 y 95. Véase, también, J. M. CONTRERAS MAZARIO, *Laicidad del Estado y asistencia religiosa en centros docentes*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 240 y sg.

en relación con la libertad de culto, recomendó a la Asamblea Nacional que aprobara la prohibición del velo islámico. En definitiva, la Comisión intentó dar validez a su recomendación enfatizando que el derecho a manifestar las creencias religiosas no es un derecho absoluto y que cae dentro de las limitaciones aceptadas por las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Cuando la discusión y el debate parecían agotados en relación con este tema, la controversia se desplazó a las reivindicaciones de los alumnos *sij*s. El Liceo Loise Michel expulsó a un alumno *sij* por asistir a clase con un turbante. El Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise consideró que el Liceo no cumplió con las estipulaciones de la Ley de 15 de marzo de 2004, sobre la necesidad de abrir un previo diálogo con el alumno antes de iniciar el expediente disciplinario, pero sin embargo, varios alumnos entre 15 a 18 años fueron expulsados definitivamente por no haber alcanzado con ellos un acuerdo.

En marzo de 2006, el Consejo de Estado dirimió cualquier controversia, al tiempo que señaló (apoyándose en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —Phull vs. France— que obligó a los *sij*s a quitarse los turbantes en el aeropuerto con el fin de pasar los controles de seguridad²⁶) que los *sij*s debían renunciar a su turbante para sacarse la fotografía de la licencia de conducir y otros documentos públicos.

Regresando al asunto del velo, los sectores radicales y próximos al integrismo más militante, agrupados en la Unión de Organizaciones Islámicas de Francia (UOIF), una de las instituciones que más han batallado para que se reconozca a las niñas musulmanas el derecho de asistir veladas a las clases por "respeto a su identidad y a su cultura" señalan que su objetivo es que se reconozca su derecho a la diferencia; es decir, a gozar, en espacios públicos, de una suerte de extraterritorialidad cívica sustentada en sus creencias y prácticas religiosas.

Empero, el ex Presidente francés, Nicolás Sarkozy se posicionó a favor de mantener la legislación tal y como está y erradicar el uso del *burka* de las calles de Francia, yendo más allá del dictamen del Consejo de Estado que recomendaba limitarse a prohibir esta prenda en transportes públicos y centros estatales.

La Asamblea Nacional francesa nombró una comisión para que realizase una investigación destinada a limitar su uso, que tras meses de arduos debates y más de doscientas audiciones, entregó sus conclusiones en 2010. A falta de un consenso para dictar una "prohibición total", que incluiría el uso del *niqab* y el *burka* en la calle, los miembros de la comisión recomendaron que estas prendas no se tolerasen en los servicios públicos, esencialmente en las administraciones, los hospitales, las escuelas y el transporte público, en un país que cuenta con casi seis millones de musulmanes. El portavoz parlamentario del grupo del presidente Sarkozy fue más lejos y propuso la prohibición total señalando que la dignidad de las mujeres no se puede dividir, así como multas para quienes no respetasen la prohibición.

El Ministro de Inmigración de Francia, Eric Besson, refrendó y transmitió al gobierno un decreto por el cual se negaría la ciudadanía francesa a todo hombre que obligue a su

26 N°. 35753/03, de 11 de enero de 2005.

esposa a llevar el *burka*, afirmando que impedir a una mujer que vaya con el rostro al descubierto sería el equivalente a rechazar los principios del secularismo y la igualdad entre hombres y mujeres.

El proyecto que el Consejo de Ministros francés envió a la Asamblea Nacional en mayo de 2010 preveía sancionar el uso del *burka* y el *niqab*, así como de toda prenda destinada a disimular el rostro en todo el espacio público. El texto contemplaba clases de ciudadanía y multas de hasta 30.000 euros y un año de cárcel para la persona "que instigue a otro, en razón de su sexo, a cubrirse el rostro" por atentar contra la dignidad humana. Finalmente, el 13 de julio de 2010, la Asamblea francesa aprobó por aplastante consenso (335 votos a favor) la ley más restrictiva de Europa, en relación con el tema que nos ocupa, prohibiendo el uso del *burka* y *niqab* en todos los espacios públicos²⁷. Sin duda, estamos ante el triunfo del laicismo constitucionalmente consagrado.

Esta iniciativa influyó en otros países europeos y extranjeros, dando pábulo a un encendido debate sobre la regulación del uso del velo islámico. En el mismo mes, por ejemplo, Siria prohibió a las estudiantes universitarias usar el velo integral tanto en campus públicos como privados. En este país, dicha medida ya se aplicaba previamente, pero afectaba en exclusiva al personal docente universitario.

4.2. Alemania

Desde el análisis del ejercicio de la libertad religiosa, Alemania podría ser calificada como un Estado neutro que mantiene relaciones de cooperación con las diferentes confesiones. Ninguna ley estatal alemana prohíbe taxativamente el uso de los símbolos religiosos en general, o del velo islámico en particular, pero dicho esto, hay que señalar que algunos Länder sí han aprobado legislación específica que directamente prohíbe el uso de esta prenda en colegios públicos²⁸.

El Tribunal Constitucional Federal alemán aprobó que los Länder podían prohibir el uso del velo islámico siempre que se hubiera adoptado legislación específica sobre la materia y se adaptase a las previsiones constitucionales, pidiendo que se aplicase el principio de igualdad entre el velo islámico y otros símbolos religiosos, incluidos los cristianos, cuando reformasen sus legislaciones.

En general, algunas diferencias son altamente significativas. Por ejemplo, frente a la Administración educativa francesa que considera que permitir el velo islámico no sólo es incompatible con la laicidad, sino que puede ser peligroso para las niñas y sus compañeros en clase de educación física, natación o tecnología; en Alemania los tribunales han accedido a dispensar de las clases de natación mixtas por motivos religiosos.

En otro orden de cosas, respecto de la polémica en torno a la presencia de crucifijos o cruces en las aulas de los colegios públicos alemanes, el Tribunal Constitucional, en su

27 El texto fue sometido a votación en el Parlamento y el 14 de septiembre de 2010 el Senado ratificó la medida con un solo voto en contra (246 a favor) y con el respaldo abrumador del 82% de los franceses.

28 En sentido contrario, por ejemplo, Hamburgo y Brandenburgo, que no plantean objeción alguna al uso del *hijab* en la escuela pública.

sentencia de 16 de marzo de 1995, en relación con un Reglamento del Estado de Baviera por el que se establece la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas de educación primaria, manifiesta que esta medida es contraria al artículo 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn, pues supone una quiebra del derecho a la libertad de conciencia y religión garantizado en dicho precepto, además de resultar incompatible con el principio de neutralidad estatal en materia religiosa. En ella afirma que en una sociedad en la que concurren diversas confesiones religiosas, el particular no posee un derecho a no estar expuesto a las creencias religiosas ajenas; pero deben diferenciarse los lugares públicos de los privados, especialmente si se trata de aulas de una escuela pública de enseñanza primaria.

Corresponde, así, al Estado la responsabilidad sobre los centros escolares públicos orientados no sólo al mero aprendizaje de conocimientos, sino también al desarrollo integral de la personalidad del menor, especialmente vulnerable e influenciado en sus edades más tempranas. De este modo, se visualiza la escuela como una institución constitucional.

En suma, la influencia de la religión en la escuela pública no puede hacer peligrar el principio de igualdad y la realización de los fines propios de la enseñanza, como es el libre y pleno desarrollo de la personalidad del menor sin influencias ni adoctrinamientos.

En el supuesto del Estado alemán, es de radical importancia diferenciar la regulación del uso del pañuelo o velo islámico por parte de las alumnas y por parte de las docentes; puesto que ocho de los dieciséis Estados federados alemanes prohíben por ley a sus docentes el uso de velos islámicos, así como de cualquier otro atuendo o símbolo que exprese convicciones políticas y religiosas, para no vulnerar la neutralidad del Estado ante los alumnos y sus padres²⁹.

Sin duda, encontrar un equilibrio entre la libertad religiosa y la neutralidad en las escuelas no es algo sencillo. El Länder de Baden-Württemberg aprobó la correspondiente legislación que prohibía a las profesoras musulmanas el uso del velo islámico, legislación que fue mantenida por el Tribunal Administrativo Federal en 2004.

Ahora bien, resulta llamativo que no se prohibiese el uso de crucifijos o del *kippa*³⁰ o *yarmulke*, restringiendo únicamente, por tanto, aquellos signos más ajenos a la cultura alemana³¹.

En el mismo sentido, las profesoras de Baja Sajonia sólo podrán impartir clases sin *hiyab*, puesto que se entiende que el pañuelo islámico atenta contra la debida neutralidad de los poderes públicos y la voluntad de exhibir el *hiyab* durante la lección supone, desde su perspectiva, sólo un indicio de la incapacidad de la maestra de revestirse de la objetividad imprescindible como docente en una escuela pública.

Por el contrario, la Decisión del *Verwaltungsgericht* Stuttgart, de 24 de marzo de 2000, se manifiesta respecto de la posibilidad de que una profesora de confesión musulmana pueda llevar el *chador* islámico puesto durante las clases. El citado Tribunal entiende que

29 Berlín y Hesse extienden la prohibición a todas las funcionarias públicas.

30 El *kippa* es una pequeña gorra ritual empleada para cubrir parcialmente la cabeza de los varones judíos.

31 I. M. BRIONES, *El uso del velo islámico en Europa*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, volumen 10, 2009, pág. 40.

la libertad de manifestar las creencias a través de símbolos o vestimentas forma parte del contenido de la religión, no siendo suficiente el mantenimiento del principio de neutralidad escolar para limitar ese derecho a la docente.

En efecto, según el Tribunal la escuela está sujeta a la misión de ser un lugar de intercambio abierto de los más diferentes modos de pensar y no es un campo propicio para una transposición del principio de neutralidad que convierta al maestro en un agente sujeto a una "neutralidad absoluta" en relación con todas las cuestiones y problemas susceptibles de valoración, manteniendo lejos de la escuela cualquier orientación o manifestación religiosa de los profesores.

A pesar de lo expuesto, cuando los símbolos religiosos son portados por los miembros de la comunidad educativa (profesores, alumnos o personal no docente), aunque ello se ejerza dentro de las manifestaciones de un derecho individual garantizado por la Constitución: la libertad de conciencia, estamos en un escenario radicalmente distinto.

Por las mismas razones que en España la libertad de cátedra tiene diferentes gradaciones, al menos en el ámbito de la escuela pública, especialmente en la educación más básica y elemental, el derecho de los profesores a manifestar externamente sus creencias religiosas debería quedar limitado en aras de garantizar una enseñanza en igualdad o neutral.

En Francia y, en menor medida, en Suiza se mantienen las restricciones de que el personal de escuelas y otros servicios públicos lleve símbolos religiosos ostensibles que influyan en el proceso de formación de la conciencia de los alumnos.

En definitiva, el problema se centra en el principio de neutralidad que preside las actividades en los centros públicos y el derecho de libertad religiosa de las personas que los integran; puesto que la escuela supone la prohibición de adoctrinamiento y en primaria los alumnos y alumnas se están formando y son altamente influenciables.

4.3. Reino Unido

Inglaterra tampoco prohíbe el uso de los símbolos religiosos, y a pesar de tener una Iglesia oficial, es uno de los países que más trabaja por la integración y la buena gestión del pluralismo religioso. Los casos de mujeres y niñas que llevan *hiyab* en escuelas, juzgados u otras dependencias públicas se evalúan de manera individual, y por el momento, no existe ninguna ley que prohíba su uso, al igual que el de otros símbolos religiosos a los que se ha extendido la polémica del pañuelo o velo islámico —como el turbante de la comunidad *sij*—, si bien es necesario decir que los tribunales tienden a proteger la libertad religiosa y el uso de símbolos confesionales.

Así pues, en principio, las escuelas pueden decidir sobre su código de vestimenta y la mayoría de las instituciones de enseñanza aceptan el uso del velo islámico. Desde 1994, el Departamento para la Educación y las Ciencias (*Department for Education and Skills*) ha estado elaborando guías para que los padres tengan todo tipo de información sobre uniformes de escuela y las normas a seguir.

Sin embargo, incluso en los países donde se pretende mantener el máximo respeto a los símbolos que representan una identificación religiosa, como es el Reino Unido, no todo ha sido tranquilidad. El pronunciamiento de la Cámara de los Lores en el Caso *Shabina Begum vs. Denbigh High School Governors* en 2006 fue muy controvertido y altamente debatido. La decisión, en este supuesto, radicó en la prohibición de que Shabina Begum asistiese al colegio vestida con una *jilbab* (túnica larga e informe).

Esta limitación de su libertad para manifestar sus convicciones, según la Cámara, "es necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de los demás". Desde ese punto de vista, su libertad religiosa —afirmaban— no había sido limitada, vulnerada ni violada, puesto que era libre de asistir a otras escuelas que le permitirían usar esa prenda. La finalidad (nada despreciable, por otra parte) radicaba en proteger los derechos de otras alumnas musulmanas que podrían sentir "una presión sobre ellas, ya desde dentro, ya desde fuera de la escuela para usar una vestimenta que no desean utilizar".

Reino Unido, como país preocupado por la integración de los musulmanes (especialmente nacionales de India y Pakistán que residen en la capital), se plantea más el reto de su integración en una sociedad intercultural que un discurso de limitación de derechos, pero tendrán que llegar hasta ahí si las alumnas musulmanas no se conforman con elegir los colegios donde está permitido el uso del *hiyab*, cuya prohibición, según J. FINNIS, profesor de la Universidad de Oxford, puede llegar a ser una medida necesaria en una sociedad democrática³².

No obstante, no quisiéramos terminar esta escueta reflexión sobre Reino Unido, sin sacar a colación un tema que observamos con preocupación: En 2008, se otorga rango legal a las cortes islámicas de arbitraje que venían operando en Londres, Bradford, Manchester y Birmingham para casos civiles entre musulmanes ("divorcios", disputas financieras, peleas domésticas), permitiendo, de este modo, la existencia de un sistema paralelo separado de la ley general aplicable a todos los ciudadanos que va contra los pilares democráticos y resulta, a nuestro juicio, inaceptable, singularmente por las implicaciones negativas que, en la mayor parte de las ocasiones, conlleva para el estatuto jurídico de mujeres y menores de edad.

4.4. Italia

El Estado italiano sigue la estela marcada por Francia, al igual que Holanda, Bélgica y Dinamarca, aunque en diferentes gradaciones. Está aún reciente la pretensión firme del gobierno italiano de cambiar la Ley de Seguridad, que prohíbe llevar cualquier indumentaria que impida el reconocimiento de una persona "sin un motivo justificado" en todos los espacios públicos, considerando que la afiliación religiosa no podría reconocerse como "motivo justificado".

32 J. FINNIS, "Apoyar la discriminación entre credos religiosos: ¿un caso de lenguaje extremo?", en VV.AA., Pluralismo cultural y democracia, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 231.

La controversia con el velo islámico en Italia ha sido más mediática que real. En septiembre de 2004, los políticos locales en el norte de Italia revivieron las antiguas leyes contra el uso de máscaras para prohibir que las mujeres usasen el *burka*. De hecho, el caso Monia Mzougli fue famoso por haber sido procesada en la Sala de un Tribunal en Cremona a consecuencia del uso del *burka*.

En julio de 2005 el Parlamento italiano aprobó leyes anti-terroristas que convirtieron en una infracción esconder el rostro en público, y el Vaticano decidió entrar en el debate manifestando públicamente que los inmigrantes deben respetar las tradiciones, la cultura y la religión de las naciones o países de destino adonde van.

Hay dos leyes pendientes sobre el velo islámico que tienen ocupado al Parlamento italiano, porque el tema de los símbolos religiosos crea una controversia sobre la asimilación o la integración de los inmigrantes, con discursos negativos sobre el fundamentalismo en todo lo que se refiere a la condición de las mujeres musulmanas.

Del análisis de opiniones doctrinales y reportes de prensa, puede concluirse que el velo islámico produce una confrontación social y política que llevará lentamente a la supresión del uso del mismo³³.

No obstante, como elemento de reflexión, es necesario hacer una pequeña referencia a la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas, alegando que este hecho no vulnera el derecho a la educación ni a la libertad de pensamiento y religión.

La demanda contra el Estado italiano se presentó en el año 2006 por parte de Soile Lautsi³⁴ y la decisión del Tribunal de Estrasburgo, por quince votos a favor y sólo dos en contra, señala taxativamente que Italia no infringe el Convenio Europeo de Derechos Humanos y actúa dentro de los límites en el ejercicio de sus funciones al mantener los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas.

Sostiene el Tribunal Europeo, a nuestro juicio desacertadamente, que no existen evidencias reveladoras de que un símbolo religioso en un salón de clases pueda resultar molesto o tener influencia alguna sobre los pupilos; que en este caso no se puede atribuir una motivación exclusivamente religiosa a su colocación o mantenimiento y que la decisión de mantener o no una tradición recae dentro del margen de apreciación del Estado nacional.

4.5. Bélgica

Desde febrero del año 2010 el Parlamento belga estudió la aprobación una proposición de ley para vetar el *burka* y el *niqab* en todos los espacios públicos, incluidas las calles.

En virtud de la propuesta, las mujeres que no la secundasen podrían afrontar multas de 15 a 25 euros o incluso penas de cárcel entre 1 y 7 días. Finalmente, en marzo de 2010, la Comisión de Interior de la Cámara de Diputados de Bélgica aprobó por unanimidad la

33 Para más información sobre el Islam en Italia, vid. S. FERRARI (Ed.), *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunita musulmane*, Bologna, 1996. Ver también S. FERRARI (A cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunita islamiche*, Il Mulino, Bologna, 2000.

34 STEDH Lautsi vs. Italia, de 18 de marzo de 2011. Gran Sala.

proposición de ley que prohibía el uso del velo integral islámico (*burka* o *niqab*) en los espacios públicos. Así pues, la Cámara votó a favor de la ilegalización de toda vestimenta que ocultase el rostro por considerar que tal complemento enmascara una condición de esclavitud.

Siguiendo el proceso establecido, posteriormente fue la Cámara baja la que votó a favor de la ilegalización de toda vestimenta que oculte el rostro de las mujeres musulmanas en espacios públicos³⁵, alegando que ese complemento enmascara una condición de esclavitud.

El tema ha despertado especial polémica en la zona de Flandes, particularmente en ciudades como Amberes, donde ha alcanzado holgadas mayorías el ultraderechista partido flamenco, sospechoso de haber surgido de una formación disuelta judicialmente por racismo.

En general, en muchas ciudades belgas, las funcionarias no pueden llevar el *hiyab* cuando trabajan desarrollando tareas de atención al público. Por su parte, en los colegios, en los que, en principio, no está prohibido portar el velo, su uso debe ajustarse a la normativa de cada centro.

En suma, Bélgica se convirtió en el primer país de europeo que prohibió el uso del velo integral (*burka* y *niqab*) en los espacios públicos, aunque su Tribunal Constitucional puntualizó que esta prohibición no afectaba a los lugares de culto abiertos al público por el riesgo de que esta medida pudiera violar la libertad religiosa.

4.6. Suiza

La normativa helvética es, en principio, favorable al uso del velo islámico para las alumnas musulmanas, con independencia de los casos específicos que han originado mayor polémica cuando se trata de profesoras.

En una conocida resolución³⁶, el Tribunal de Estrasburgo afirmó que el velo es un poderoso símbolo externo que puede tener un gran impacto sobre la libertad de conciencia y de religión de los menores y un efecto proselitista. Del mismo modo, también advierte que es difícil conciliar el velo islámico con un mensaje de tolerancia, respeto hacia los demás y, sobre todo, con la igualdad y la no discriminación que todos los profesores deben transmitir a sus alumnos en una sociedad democrática.

Asimismo, debemos tomar como punto de referencia la Decisión Dahlab vs. Suiza de 15 de febrero de 2001, donde el TEDH se muestra riguroso con el tema del velo en los centros públicos y prohíbe llevar esta prenda a una profesora durante las clases.

El Tribunal de Estrasburgo concluye que dicha prohibición no vulnera la libertad religiosa de la demandante, pues la prescripción del Corán sobre esta cuestión es difícilmente conciliable con el principio de igualdad de sexos y con el mensaje de tolerancia, de respeto ajeno, de igualdad y no discriminación.

35 Dada la inédita situación de interinidad gubernativa que sufrió este país entre 2010 y 2011 (sin Gobierno por las crisis en el reparto de las cuotas de poder entre las comunidades flamenca y Valona) la ley tuvo que volver a ser revisada por el Parlamento belga donde fue aprobada casi por unanimidad.

36 STEDH Dahlab vs. Suiza, nº 42393/98.

4.7. Países Bajos

La situación es similar a la de Bélgica, pero en Holanda las universidades prohíben el acceso a las aulas de jóvenes completamente cubiertas por razones de seguridad.

En general, las instituciones educativas están habilitadas para dictar códigos de vestimenta destinados a alumnas y profesoras, pero deben evitar, según un informe de la Comisión de Igualdad, actos discriminatorios sin una justificación objetiva. Se permite, por ejemplo prohibir el *niqab* cuando plantea problemas de comunicación con los estudiantes.

4.8. Dinamarca

En Dinamarca, el uso del velo islámico está permitido en los centros escolares, bajo el principio de no discriminación religiosa, étnica o racial, pero, al igual que Holanda y Bélgica, se han planteado limitar el uso de atuendos islámicos que cubran el rostro (*niqab* y *burka*), iniciativa respaldada por el ex-primer ministro, Lars Lokke Rasmussen, para quien no tenían cabida en el marco de la sociedad danesa³⁷.

4.9. Turquía

Nos trasladamos desde el seno de la Unión Europea a un Estado que, a todas luces, representa un puente hacia la democracia y, quizás, desempeñe en el futuro, un papel fundamental en la estabilización del Cáucaso, Irak y Oriente Medio: Turquía.

Mustafa Kemal Atatürk fundó un Estado laico y rechazó taxativamente el uso del velo como parte de su campaña para secularizar la sociedad turca. Desde 1980, y de acuerdo con el principio de laicidad constitucional del Estado, se prohíbe el acceso a los edificios públicos (escuelas, bibliotecas, universidades, etcétera) con velo, a pesar de que el 99,8% de la población turca profesa la fe islámica. Sin duda, la decisión no era fácil.

En esta línea y bajo la presión de una polémica sin parangón, el Parlamento Turco aprobó, en febrero de 2008, una enmienda a la Constitución que permitía el acceso con *hiyab* a las universidades, pero fue derogada ese mismo año.

El Tribunal de Estrasburgo ha tenido que enfrentar y resolver varios supuestos en los que la actuación del Estado turco estaba en entredicho. En *Bulut vs. Turquía*³⁸, la Comisión Europea de Derechos Humanos niega el derecho a una alumna universitaria a salir en la fotografía del título oficial portando un *hiyab*, por considerar que el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza el derecho a "comportarse en público según las propias creencias", puesto que el término "prácticas religiosas" no se extiende a actos motivados o inspirados por una religión.

Parece que el TEDH da un giro copernicano en STEDH Caso *Kokkinakkis vs. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, cuando afirma que el derecho de libertad religiosa implica la libertad de manifestar públicamente la religión; pero es interesante contrastar este dato con la

37 Desde 2008 las jueces no pueden llevar pañuelo, ya que se prohíbe a los magistrados mostrar cualquier símbolo religioso en un Tribunal.

38 Solicitud nº 18783/91, de 3 de mayo de 1993.

resolución del famoso Caso Leyla Sahin vs. Turquía (Gran Cámara) de 10 de noviembre de 2005, que reafirma la sentencia previa de 29 de junio de 2004 adoptada unánimemente por una de las salas del Tribunal³⁹.

Este conflicto surge a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional turco de 1989, que invalidó una norma promulgada en 1988 sobre la vestimenta en las universidades. Esta norma permitía que un velo o pañuelo que cubriese el cuello y el cabello pudiera ser usado por motivos basados en las convicciones religiosas. En otras palabras, el Tribunal Constitucional dictaminó que era subversivo de la garantía constitucional del secularismo. Estrasburgo es deferente con las autoridades turcas acerca de la amenaza que un permiso para usar la vestimenta islámica plantea a la libertad de conciencia y de religión allí donde el Islam es la religión de la mayoría.

En esta línea, manifestó que las creencias personales y religiosas pertenecen al *forum internum* de la persona, aunque esto no significa que el derecho de manifestación de la propia religión no pueda estar sujeto a restricciones. Para el Tribunal, el significado o impacto de la expresión pública de una creencia religiosa diferirá de acuerdo al tiempo y al contexto. Por consiguiente, las reglas podrán variar de un país a otro conforme a las tradiciones nacionales y a los requisitos impuestos por la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás y, en última instancia, para mantener el orden público.

Cuando un código de vestimenta particular se impone a los individuos por referencia a una religión, afirmó brillantemente el Tribunal, la religión es percibida y presentada como un conjunto de valores (cultura religiosa) que son incompatibles con los de la sociedad moderna que, en relación con este supuesto, implicaría: la igualdad de derechos de las mujeres; la defensa de los derechos y libertades de todos aquellos que, sean o no sean musulmanes, eligen no conformarse con lo que algunos musulmanes perciben y presentan como un deber; y el derecho a ser libre de toda forma de intimidación o presión. Permitirlo, dice el Tribunal, daría pábulo a quienes dentro y fuera de la escuela desean exigir a todas las chicas musulmanas usen esa vestimenta, con un nivel de exigencia superior. Es obvio que la voluntariedad en un contexto de adoctrinamiento es relativa.

De este modo, la prohibición neutraliza las presiones sobre las menores; una presión o compulsión, no sólo en el uso del velo, en nombre de preceptos y verdades religiosas. Esta aseveración entronca con la alegación del Tribunal en relación a que en un país como Turquía, donde la mayoría de la población pertenece a la religión musulmana, las medidas tomadas en las universidades para impedir ciertos movimientos religiosos fundamentalistas y su presión sobre los estudiantes pueden estar totalmente justificadas por el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El objetivo final reside en asegurar la coexistencia pacífica entre estudiantes y proteger el orden público⁴⁰, puesto que "en Turquía hay movimientos políticos extremistas que buscan

39 Para ampliar información sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, puede consultarse D. GARCÍA-PARDO GÓMEZ, "El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso turco", en Motilla de la Calle, A., El pañuelo islámico en Europa, 2009, pág. 63-89.

40 Véase Karaduman vs. Turquía. Solicitud nº. 16278/90, de 3 de mayo de 1993.

imponer en la sociedad en su conjunto sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad fundada en preceptos religiosos. Por ello, medidas como las controvertidas que prohíben el velo islámico tienen que ser vistas en el contexto de proteger el orden público y los derechos y libertades de todas las personas"⁴¹.

V. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y USO DEL VELO: MARCO CONSTITUCIONAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO ESPAÑOL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO DE 2013

La actitud del Estado respecto del fenómeno religioso se alza sobre dos pilares fundamentales: la libertad religiosa, como reconocimiento de una libertad del individuo, y el derecho a la igualdad, en el sentido de prohibirse cualquier discriminación por razón de ideología o creencias⁴².

El artículo 16.3 de nuestra Carta Magna manifiesta la obligación de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad, instándoles al establecimiento de relaciones de cooperación. Sin embargo, en nuestra opinión, esto no significa que con carácter imperativo deba adoptar una postura activa y positiva en relación con las confesiones religiosas.

No obstante, la declaración programática del precepto aludido, se hace efectiva, de algún modo, en la práctica, con la firma de una serie de acuerdos del Estado español con la Iglesia Católica y otras confesiones que algunos catalogan de "marginales"⁴³.

Su justificación estriba en que, aunque la Constitución y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa se basan en el principio de separación entre el Estado y la religión, también reconocen el peso histórico y popular de la Iglesia católica y la existencia de, al menos, otras tres creencias de notable arraigo: el Islam, protestantismo y judaísmo.

Sin embargo, en este punto, detectamos una presunta quiebra del principio de igualdad constitucional, al haberse establecido un procedimiento distinto para la suscripción de acuerdos entre el Estado y las distintas confesiones. Así, mientras que la tramitación de los Acuerdos con la Iglesia católica ante las Cortes Generales se ha hecho siguiendo el procedimiento previsto para los Tratados internacionales; el rango de los acuerdos del

41 Caso Leyla Sahin vs. Turquía. Gran Sala, sec. 115 (2005), de 10 de noviembre de 2005.

42 Encontraremos interesantes exégesis del artículo 16 en A. JIMÉNEZ BLANCO y otros, *Comentario a la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993; O. ALZAGA VILLAMIL y otros, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1996. Véase también J. J. AMORÓS AZPILICUETA, *La libertad religiosa en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1984.

43 Los Acuerdos con la Iglesia Católica datan de 28 de julio de 1976; de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos; y los cuatro Acuerdos de 3 de enero de 1979, ratificados mediante Instrumentos el 4 de diciembre de 1979 y relativos, respectivamente, a asuntos jurídicos, asuntos económicos, enseñanza y asuntos culturales, y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos. Ténganse en consideración también, las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

Estado con otras confesiones minoritarias ha quedado limitado a la esfera del Derecho público interno; lo cual se traduce, en la práctica, en una distinta naturaleza jurídica de los acuerdos establecidos.

A lo hasta aquí expuesto habría que añadir ahora que esta actitud "excesivamente positiva", si se nos permite, del Estado ante el factor religioso está en contradicción, a nuestro juicio, con el artículo 16.3 CE, que declara: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal". Así las cosas, consideramos que el Estado no debe mostrarse indiferente u hostil frente al hecho religioso⁴⁴; pero tampoco mantener una actitud que se identifique con una religión concreta.

El artículo 16 de la CE proclama la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades "sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". La interpretación de la libertad religiosa, de naturaleza claramente expansiva, debe realizarse en el marco del artículo 10 CE (dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad), y como ya hemos tenido la oportunidad de poner de manifiesto, del artículo 14 CE, que prohibiría cualquier discriminación basada en las creencias religiosas, y de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que ha ratificado el Estado español.

El asentamiento de colectivos de inmigrantes en España genera diferentes tipos de conflictos derivados de la relación entre diferentes perspectivas culturales. Esta consideración, como bien afirma la Profesora M. A. ASÍN CABRERA, nos sitúan ante la problemática de los derechos fundamentales en el Islam, dentro de cuya interpretación las personas más afectadas por su posición en la sociedad musulmana son las mujeres y los menores de edad⁴⁵.

En nuestro país, no se prohíbe el uso de símbolos religiosos en las escuelas ni en los lugares de trabajo, aunque haya tenido varios conflictos reseñables, algunos protagonizados por alumnas musulmanas que desean portar el velo islámico en escuelas públicas. De todas las resoluciones se desprende que prima el derecho a recibir educación o a ser escolarizadas

44 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha utilizado los términos "aconfesionalidad", "neutralidad", y "laicidad positiva" para referirse a la posición que adopta el Estado español en relación al fenómeno religioso. En la STC 5/1981 de 13 de febrero manifiesta que: "en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes públicos han de ser ideológicamente neutrales". En la STC 177/1996, de 11 de noviembre, el Alto Tribunal recurre al principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, afirmando que la aconfesionalidad se predica del Estado mientras que la neutralidad se predica de los poderes públicos. Está claro que los poderes públicos forman parte del Estado, pero parece que el Tribunal Constitucional alude a actuaciones concretas de entidades u organismos del Estado, mientras que se refiere a la aconfesionalidad con mayor indefinición. Por su parte, la STC 46/2001, de 15 de febrero se destaca por haber acuñado el original término "*laicidad positiva*", expresión que se repetirá en las sentencias 128/2001, de 4 de julio y 154/2002 de 18 de julio. La nueva expresión tiene interés no sólo por el adjetivo, sino también porque es la primera vez que se usa el término laicidad para referirse al artículo 16.3 de la Constitución.

45 Véase M. A. ASÍN CABRERA, "*La libertad y la práctica religiosa de los inmigrantes*", en E. Aja (Coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. En relación a la problemática específica de género, inmigración e Islam, debe consultarse de la misma autora: "*La mujer y el derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración*", en Gómez Rodríguez, A. Y Tally, J. (Eds.), *La construcción de lo femenino*, Centro de Estudios de la Mujer, Universidad de La Laguna, 1998, págs. 105-149.

por encima de cualquier normativa interna del colegio o del significado que se otorgue al uso del velo islámico⁴⁶.

En el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 recogía el concepto de "integración" fijado por la Unión Europea: "proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros con el ineludible respeto de los valores básicos de la Unión Europea". Se partía de la idea, por tanto, de que existe un núcleo de valores básicos de la cultura jurídica occidental que no son negociables y deben ser respetados por ciudadanos originarios de los Estados miembros y personas que deseen establecerse temporal o definitivamente en el territorio de la U.E. Al mismo tiempo se establecía un diálogo transcultural o intercultural para acercar diversas costumbres o tradiciones culturales si no son incompatibles⁴⁷.

La cuestión sería la siguiente: ¿Portar un *burka* o un *niqab* favorece, realmente, la integración?. En palabras de J. FERREIRO, que opta por el diálogo, el incremento de las políticas de género y la persuasión antes que la prohibición, es indudable que al llevar un *burka* o un *niqab* la mujer está amputando su posibilidad de relación con los demás y, por tanto, su capacidad de crecer como ser social⁴⁸. No podemos desvincular esas prendas de lugares como Afganistán o Chechenia donde, por ser obligatorio, su uso enmascara una condición de esclavitud o al menos de sumisión. Pero, a su juicio, "multar o sancionar a la mujer que porta en la calle un *burka* o un *niqab* podría acarrear, además, efectos perniciosos. En primer lugar, en el supuesto que la mujer lo lleve por imposición, se estaría castigando no al verdugo sino a la víctima. En segundo lugar, la multa o sanción le generaría un miedo y una desconfianza que le induciría a replegarse en su ámbito doméstico, donde presumiblemente no respiraría un ambiente de libertad, cegando así su único puente hacia la integración. En tercer lugar, la prohibición no asimilada podría generar un efecto dominó, de modo que en vez de acabar con la decena de casos que debe haber en España los podría multiplicar en poco tiempo".

46 Además de los ejemplos vinculados a la educación, y a los que tendremos la oportunidad de referirnos en el siguiente epígrafe del presente trabajo, podemos traer a colación dos supuestos interesantes: el de Zoubida Barik y el de Nadia Chahbi. Zoubida Barik es la abogada musulmana expulsada del estrado por el juez de la Audiencia Nacional Javier Gómez Bermúdez por llevar velo islámico. Elevó una queja al Consejo General del Poder Judicial, que dio la razón al magistrado porque la normativa sólo permite una prenda en la cabeza: el birrete. Por otro lado, estaría el caso de Nadia Chahbi, de origen tunecino, que sufría un embarazo de riesgo y no pudo acceder a un especialista porque su médico se negó a darle el volante correspondiente al presentarse en la consulta cubierta con *niqab*. Nadia, acompañada en todo momento de su marido, denunció al médico, pero la juez del caso en Vitoria le exigió retirarse el *niqab* en el momento de la declaración a lo que ella se negó. La abogada de Nadia solicitó a la juez que pudiese declarar sin velo sólo ante la juez, el fiscal y la propia abogada; pero la magistrada no aceptó la petición y solicitó, por el contrario, que mostrara su rostro a todos y declarase. Nadia se negó por motivos religiosos y ello provocó que se entendiese retirada la denuncia.

47 Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pág. 26.

48 J. FERREIRO, "El *burka*, la sanción y la persuasión", Diario El País, 18/06/2010. Vid. también el interesante capítulo del Prof. Ferreiro: "Símbolos religiosos en la escuela pública", en Souto Paz, J., Educación y libertad, 2012, pág. 81-26

La realidad, no obstante, nos remite a un escenario diferente. Mientras que el Ayuntamiento de Girona rechaza prohibir el velo integral en espacios públicos y municipales⁴⁹; en apenas unas semanas, Barcelona⁵⁰, Lleida⁵¹, Tarragona, El Vendrell, Coin prohibieron el uso del *burka* o *niqab* en instalaciones municipales lo que generó las iras de los líderes musulmanes, especialmente de los salafistas; pero la primera pregunta que debemos formularnos es si un Ayuntamiento tiene capacidad jurídica para prohibir en sus ordenanzas municipales el uso del *burka*. Parece que lo más coherente, en el supuesto de que se decidiese optar por una prohibición, sería que lo regulase el Parlamento y no los Ayuntamientos.

En cualquier caso, el 23 de julio de 2010 el Senado instó al Congreso a prohibir el uso del *burka* en los espacios públicos. Mientras, el Gobierno se planteaba presentar un proyecto de ley sobre libertad religiosa que tendría como principal finalidad limitar el uso del velo en los espacios públicos y regular la presencia de símbolos religiosos en edificios públicos (escuelas, hospitales o cárceles)⁵².

En un frente abierto en el que el Partido Socialista afirmó que su uso es incompatible con la dignidad del ser humano y el Partido Popular sostuvo que atenta contra la igualdad, las opciones de una posible regulación general son obvias. Incluso el Ministro de Justicia abogó, sin ambages, por regular el uso del *burka* o *niqab* para defender "*la dignidad de las mujeres y, especialmente, por razones de seguridad*".

Por el momento, el horizonte normativo es confuso y nada indica que vayan a realizarse cambios inminentes en la regulación por Ley Orgánica del derecho a la libertad religiosa. Es suficientemente elocuente el hecho de que, habiéndose planteado en sede parlamentaria (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 mujeres*"⁵³, aprobada en sesión de 23 de junio de 2010, nuestro legislativo nacional no haya adoptado la solución solicitada.

Como muestra de las lagunas con las que convivimos, cabe recordar, por ejemplo, que tanto la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

49 A favor de la prohibición votaron 5 concejales de CIU y 2 del PP. En contra, se manifestaron 16 concejales de PSC, ERC y ICV.

50 El Ayuntamiento de Barcelona abordó la regulación del *burka* y *niqab* en la Comisión de Seguimiento del Plan Municipal de Inmigración.

51 El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña suspendió, de manera cautelar, el acuerdo del Ayuntamiento de Lleida, de mayo de 2010, destinado a prohibir el *burka*, el *niqab* y otras prendas que tapasen el rostro en los edificios municipales; pero a mediados del 2011 el TSJC ha dado su visto bueno a la prohibición, desestimando así el recurso presentado por la asociación musulmana Watani.

52 Ya en 2013 nada sugiere que vayan a realizarse cambios inmediatos en la regulación por Ley Orgánica del derecho a la libertad religiosa.

53 BOCG. Senado. Serie 8 núm. 484, de 21 de junio de 2010.

como el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, solicitan para la expedición del DNI o del pasaporte, fotografías del rostro completamente descubiertas. Sin embargo, la realidad se impone y existen ciudades en las que se admiten fotos con *hiyab* para expedir DNI, pasaporte y NIE.

En este confuso escenario, la última vuelta de tuerca la ha dado el Tribunal Supremo, anulando la prohibición del Ayuntamiento de Lleida respecto al uso del velo integral en los espacios municipales. El objeto del recurso de casación fue la impugnación de la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de junio de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo nº 394/2010 interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, por la vía del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 y sg. de la LJCA), contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida, de 8 de octubre de 2010, por el que se aprobaba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, añadiéndoles nuevos apartados, así como la modificación de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales.

Los derechos fundamentales cuya tutela se pretendía eran los de la libertad ideológica y religiosa, contenidos en el artículo 16 de la Constitución española, el derecho a la igualdad y el derecho de participación en los asuntos públicos, que la recurrente consideraba vulnerados por el acuerdo anteriormente referido, que ponía de manifiesto que la normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podría limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas. Esta prohibición se aplicaría a las personas usuarias, al personal municipal y al personal que preste servicios o desenvuelva sus tareas o actividades en estos espacios.

Estamos completamente de acuerdo con la posición del Tribunal Supremo en relación a la extralimitación competencial que se produce en este supuesto concreto. Es necesario recordar que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos, y que la Constitución española establece que sólo por ley se puede regular el ejercicio de un derecho fundamental.

De este modo, los Ayuntamientos aunque tienen reconocidas competencias en materias como la seguridad, la integración social y cultural, y la convivencia ciudadana, que indudablemente, guardan relación con la adopción de medidas relativas al uso del velo integral, no podrían restringir aspectos que pudiesen estar vinculados al ejercicio de un derecho fundamental. La mera duda sería suficiente. Así, su pretendida atribución de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resultaría

contraría a lo dispuesto en el art. 53 CE, que dispone que sólo por ley⁵⁴, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial⁵⁵, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

El hecho de que el referido precepto constitucional diga que *"en todo caso deberá respetar su contenido esencial"*, no implica que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley. Por el contrario, según el referido precepto constitucional, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal.

De ahí la transcendencia que en este caso tiene el problema de la existencia de ley previa que permita establecer el límite al ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa que la prohibición cuestionada establece. En coherencia con ello, la Sentencia no prejuzga la posibilidad de que el legislador regule este aspecto y recuerda que el Senado, en junio de 2010, ya instó al Gobierno a regular la prohibición del *burka* en espacios públicos. En otras palabras, el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre si en el marco de nuestra Constitución cabría o no vetar el uso del velo integral, ya que ello correspondería al legislador y, en última instancia, al Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta a la interpretación del límite en sí mismo, es decir, a la necesidad de esta medida en una sociedad democrática y a la defensa del derecho a la igualdad, sí debemos discrepar parcialmente de la posición esgrimida por el Tribunal Supremo, puesto que el uso del *burka* o similar, portado exclusivamente por mujeres e impuesto por textos sagrados que son erigidos a la categoría de normas jurídicas, por supuesto inmutables, resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad como es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con absoluta independencia de que su uso sea voluntario o no.

Frente a tal visión, el Tribunal Supremo afirma que lo que debe contar es la garantía de la inmunidad de coacción a la que se refiere la STC 154/2000, no considerando así justificado el requisito de la necesidad a que la sentencia recurrida se refería. En esta misma línea argumental, toma en consideración aspectos que, a nuestro parecer, debieran permanecer al margen de la fundamentación jurídica, destacando que los estudios sobre esta materia han resaltado el riesgo perverso que puede derivarse de la prohibición de esta vestimenta: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, lo que a la postre, resultaría contrario al objetivo de la integración.

54 En relación a la reserva de ley como garantía, pueden consultarse la STC 83/84, de 24 de julio y STC 140/86, de 11 de noviembre.

55 Respecto al contenido esencial de los derechos, vid STC 11/81, de 8 de abril.

VI. REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOS OBJETIVOS DEL SISTEMA EDUCATIVO

Por razones muy diversas, queremos detenernos en el análisis del derecho a la educación, que se configura como un instrumento básico en orden a la consecución de la igualdad social. De ahí que adquiera singular importancia, porque posee una enorme trascendencia para el desarrollo de toda persona, y singularmente, en el ámbito que nos ocupa, destinado a lograr que, al menos, eso que se ha venido denominando la "segunda generación de inmigrantes" que crece en nuestro país alcance una buena formación y, en consecuencia, una óptima integración⁵⁶.

La principal función de la educación⁵⁷ no es solo transmitir a las nuevas generaciones un acervo de conocimientos y habilidades sociales y profesionales, sino también los principios y valores alentados por la sociedad en su conjunto⁵⁸, no de una manera dogmática y adoctrinadora, sino desde el respeto al pluralismo, que se instituye como valor sustentante del Estado Constitucional. Es obvio que este método constituye la única vía factible para hacer realidad una formación que permita el libre desarrollo de la personalidad.

Persuadidos del papel fundamental de la educación, podemos afirmar que el disfrute efectivo de este derecho se revela como una de las armas potencialmente más poderosas a medio y largo plazo, por los efectos que es susceptible de desplegar tanto respecto de los nacionales como de los extranjeros, para conseguir disolver las negativas percepciones del "otro" y las tensiones que éstas provocan en el seno de la sociedad, logrando la integración del inmigrante sobre la base del escrupuloso respeto, obviamente no ilimitado, a sus diferencias culturales⁵⁹.

Es menester destacar que, en los tiempos que corren, la escuela está llamada al desafío de nuestro tiempo de educar para el pluralismo, y así trabajar para que los planes de educación en los distintos niveles integren la diversidad cultural en nuestra sociedad.

Nos encontramos ante un derecho fundamental que implica no pocas obligaciones para el Estado, ya que reclama de los poderes públicos las acciones positivas necesarias para su efectivo disfrute. Este derecho de carácter social, según el texto de la paradigmática

56 Según desvela la Investigación Longitudinal sobre la Segunda Generación en España, elaborada por el Instituto Universitario Ortega y Gasset y la Universidad de Princeton, el sentimiento de integración de los hijos de los inmigrantes que llegaron a España en los noventa ha aumentado significativamente en los últimos años, pasando de un 28,7% en 2008 al 48,3% en 2012. El proceso de integración social y cultural de los inmigrantes de segunda generación -jóvenes nacidos en España de padres extranjeros o traídos al país antes de los 12 años- es lento pero constante y gradual. En este momento el 50% de ellos se considera español. Agencia EFE, Diario Público, "La mitad de los hijos de los inmigrantes se sienten españoles", 13-05-2013.

57 Debe leerse N. POSTMAN, *El fin de la educación. Una nueva definición del valor de la escuela*, Barcelona, Octaedro, 1999. Resulta, también, interesante S. CARDÚS, *El desconcierto de la educación*, Barcelona, Ediciones B, 2001.

58 Al respecto, vid. J. A. PÉREZ TAPIAS, *Claves humanistas para una educación democrática. De los valores humanos al hombre como valor*, Madrid, Anaya, 1996.

59 Vid. el interesante artículo del Profesor G. CÁMARA VILLAR, "El derecho a la educación de los extranjeros en España", en Mercedes Moya Escudero (Coord.): *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001. L. COTINO HUESO (Coord.) y R. SÁNCHEZ FERRIZ (Dir.), *Derechos, deberes y responsabilidad en la enseñanza. Un análisis jurídico práctico a la luz de los dictados constitucionales*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, pág. 221.

sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, exige una actitud positiva por parte del Estado, no sólo en su garantía, sino también en su prestación. En consonancia con esta idea están tanto las normas internacionales como la Constitución española, que ponen el acento en un compromiso positivo del Estado que debe procurar la satisfacción de este derecho primario de libertad.

El artículo 27 de la Constitución española regula minuciosamente el derecho a la educación y lo impregna de carga axiológica abandonando las concepciones clásicas que incluyen la educación entre los temas asistenciales discrecionalmente asumidos por la Administración, para pasar a configurarla como una prestación constitucionalmente debida y directamente exigible⁶⁰. Son numerosas las críticas que se han hecho de este artículo, relativas a su prolijidad, impropia de un texto constitucional, su ambigüedad e incluso sus contradicciones, aunque también hay quien opina que se trata de un precepto coherente, preciso y sistemático, que constituye un marco de mínimos limitativos a cuyo través habrá de discurrir la libertad del legislador.

La consecución de una adecuada prestación del derecho a la educación a los extranjeros no pasa tanto por su imprescindible reconocimiento legal, cuanto por una correcta articulación de políticas públicas que lo hagan factible⁶¹. Hasta el momento, la falta de medios materiales y humanos para poner en marcha una educación compensatoria que atienda adecuadamente las nuevas realidades educativas ha sido un patente obstáculo para alcanzar un verdadero acceso a la educación.

En suma, la integración de inmigrantes menores de edad con costumbres diferentes requiere de la aplicación de políticas imaginativas y efectivas que correspondan, no tanto a la normativa de extranjería, como a las normas y políticas sectoriales, estatales y autonómicas.

En otro orden de cosas, parece conveniente, y casi inevitable, llamar la atención sobre la incidencia que, en la actualidad, están desplegando las reivindicaciones de las comunidades musulmanas en el ámbito de la educación, teniendo siempre presente su concepción comunitaria de este derecho desde la perspectiva de la Umma islámica.

En la actualidad, la comunidad islámica se enfrenta a la quiebra parcial de su propio sistema de educación originada por la incoherencia de un modelo, contrario a la interpretación universalista y librepensadora de la Córdoba califal, que se fundamenta en la alienación y la censura, mostrándose incapaz de favorecer el libre desarrollo de la personalidad y de la conciencia crítica.

En sus interpretaciones más radicales, el Islam no reconoce una esfera secular, sino que, por el contrario, será la *Sharia*⁶², la única normativa que integrará el ámbito político,

60 P. LORENZO VÁZQUEZ, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 32-34.

61 C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección Jurídica del Menor Inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pág. 65.

62 La *Sharia* es la principal fuente de Derecho en los países islámicos, y la conforman el conjunto de leyes tradicionales islámicas: El Corán con sus 114 azoras o suratas, la tradición del profeta Mahoma y los textos clásicos de jurisprudencia.

social y económico, la que regulará totalmente tanto la vida pública de los musulmanes, como su vida privada.

Desde esta perspectiva, ser musulmán supone aceptar la verdad del Corán⁶³. Esta es la razón por la cual, en su opinión, la educación debería contribuir a asegurar y fortalecer la *Umma* o comunidad de creyentes; considerando que la formación bajo una concepción individualista y una visión laica le roba a la religión su necesario significado político y social⁶⁴.

La amplia mayoría de los padres musulmanes que viven en Europa quieren, por un lado, asegurar el acceso de sus hijos a las oportunidades que les ofrece el sistema de educación general mientras que, por el otro, tratan de preservar, mantener y transmitir sus propias creencias y valores⁶⁵. Sin embargo, a nuestro juicio, la función de las escuelas públicas no es, ni debe ser, de ningún modo, reforzar las creencias religiosas familiares de los menores cualesquiera que fuesen. Todo lo contrario, deben asistirlos para que entiendan la naturaleza de la religión, al mismo tiempo que les ayudan a apreciar la diversidad de creencias; siendo ellos mismos, los que determinarán, llegados a un punto de madurez suficiente, su propia posición religiosa. Estamos absolutamente persuadidos de que el camino más óptimo es la lucha por conseguir la integración de todas las posturas vitales y creencias en una escuela pública realmente laica.

En el marco del presente escenario y al hilo del papel de los padres, comenzaremos señalando que el derecho paterno-materno a elegir la educación que recibirán sus hijos se sitúa a caballo entre el ámbito de la enseñanza y el de la libertad ideológica y religiosa.

Los padres de los alumnos/as gozan, al amparo del artículo 27 de nuestra Carta Magna, de un derecho que, en la práctica, se concreta en un doble sentido: que sus hijos reciban una formación acorde con sus convicciones; y la posibilidad de escoger libremente el tipo de educación que desean para ellos, con el único límite de no vulnerar los principios constitucionales vigentes⁶⁶; pero, por otro lado, el artículo 27.2 CE se apresura a aclarar que

63 El Corán no es simplemente el libro sagrado del Islam, sino que además, en clave jurídica, es la base y el fundamento de muchos textos constitucionales como, por ejemplo, la Constitución de Arabia Saudí. Un texto internacional que contraviniese la Constitución sería considerado nulo e, incluso un caso de violación de la propia Carta de Naciones Unidas que prohíbe cualquier injerencia en los asuntos internos de los Estados. No obstante, en las últimas décadas del siglo XX se observa una tendencia en los Estados islámicos a asumir en sus respectivos ordenamientos jurídicos tesis que en parte podrían considerarse de cuño islámico y en parte laico. Ahora bien, en general, desde perspectivas islámicas se rechazan las concepciones occidentales de los derechos humanos por su "axiología occidental" basada en la ética desligada del pensamiento religioso, siendo éste, en cambio la base y razón de ser del pensamiento islámico. Existen cinco escuelas tradicionales islámicas: cuatro sunnies (*malequí, hanafí, chafeí y hanbalí*) y una chii (*yafari*), aunque todas ellas se basan en la fuente jurídica por excelencia: el Corán. Se diferencian por otorgar distinto valor práctico a los textos dimanantes de la tradición islámica o Sunna. Cada una de estas escuelas ostenta su propio sistema jurídico islámico por lo que respecta a las fuentes y a los procedimientos legales del Derecho islámico y cada una se caracteriza por su adhesión a una metodología jurídica concreta. Sobre esta materia, vid. por todos, E. FRANCO MIKUNDA, *Derechos humanos y Mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 377 y sg.

64 J. R. MUIR, "The Isocratic Idea of Education and Islamic Education", *Papers of the Philosophy of Education Society*, 31 March-April, 1995, págs. 28-36.

65 A. T. BAUMEISTER, *Liberalism and the "Politics of Difference"*, Edinburgh University Press, 2000, pág. 63 y sg.

66 ATC 359/1985, de 29 de mayo: "Desde este punto de vista, el derecho fundamental garantizado en el artículo 27.3 CE guarda una estrechísima relación con el que sanciona el artículo 16 de la Constitución española, hasta el punto de

la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos fundamentales.

En el orden jurídico internacional, dentro del ámbito de los países democráticos, el estándar básico sobre el derecho a la educación quedó plasmado en el artículo 26 de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Posteriormente, el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 estableció el derecho del niño "a recibir educación gratuita y obligatoria en las etapas elementales", en condiciones de igualdad de oportunidades, para llegar a ser un miembro útil de la sociedad⁶⁷; pero sería el artículo 13.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, quien sentaba definitivamente las bases anteriormente anunciadas, en los siguientes términos: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene que la educación debe orientarse hacia el desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Asimismo, la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz".

En consonancia con el respeto a su identidad cultural, se garantiza el derecho de los padres a elegir la formación religiosa de sus hijos, de acuerdo con el artículo 27.3 CE, lo que obligará al desarrollo de determinadas acciones por parte de los poderes públicos para garantizar los recursos docentes, en el marco de los convenios vigentes con determinadas confesiones religiosas. Por consiguiente, se impone a los poderes públicos la obligación de garantizar a los padres el derecho a elegir el centro docente que crean conveniente para sus hijos, lo que incluye que los hijos de los extranjeros puedan recibir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. De cualquier forma, reiteramos que la dicción literal del artículo 27.2 de la Constitución española, impone un límite claro e infranqueable: esta educación en ningún caso podrá estar dirigida contra los principios democráticos y constitucionales compartidos por el grueso de la sociedad.

El derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones no es, por tanto, un derecho absoluto; pero, además, esta potestad ha de ser fijada en relación con los derechos que la Constitución reconoce a los actores de la comunidad educativa; de manera que no es legítimo intentar imponer un diferente trato o discriminación positiva sobre la base de las propias ideas, ni escoger o predeterminar, en función de sus ideas particulares, el contenido de un proyecto educativo en un establecimiento público⁶⁸.

que, en ciertos aspectos, prácticamente se confunden (...).

67 Para ampliar, vid. M^o I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

68 STEDH Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen vs. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976. Se plantea la negativa de unos padres a que sus hijos asistan a clases de educación sexual. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos contesta que dichas clases no constituyen adoctrinamiento tendente a favorecer un comportamiento sexual determinado, sino un complemento de la educación básica obligatoria.

Desde el punto de vista de los derechos del menor, podemos afirmar que la premisa que partía de la primacía absoluta del derecho de los padres sobre el derecho del hijo ha permanecido incólume durante un largo lapso temporal. No obstante, actualmente, aún manteniendo todas las consideraciones anteriores, se defiende que el ejercicio del derecho de los padres debe ir dejando un mayor espacio al ejercicio del derecho por parte de sus hijos conforme estos va adquiriendo capacidad natural para ejercer su libertad ideológica y religiosa.

La protección del menor de edad o su interés superior actuarían, en algunos supuestos conflictivos originados por la disparidad de posturas o puntos de vista, como límite respecto a la libertad de conciencia o religión de padres y tutores en relación a decisiones que afecten directamente al primero.

Aunque la Ley se refiere a la mayoría de edad como momento en el que se adquiere plena capacidad jurídica, consideramos que sería oportuno articular un nuevo sistema más flexible y razonable que permitiese que una vez que los menores tengan capacidad de ejercer su derecho a la libertad religiosa, en caso de desacuerdo con los progenitores, prime la voluntad del menor.

En la República Federal Alemana, la Ley de Enseñanza Religiosa a los menores de edad, pone de manifiesto en su artículo 5.2 que no se puede, a partir de los doce años, educar a una persona en contra de su voluntad en una determinada doctrina religiosa; pero, además de ello, a partir de los catorce años de edad todos los menores gozarán de pleno derecho a decidir a qué confesión religiosa quieren pertenecen, o si no desean pertenecer a ninguna⁶⁹.

Aplicando este criterio, sin fisuras, se solventarían numerosos problemas entre padres e hijos en el momento de optar por una determinada formación religiosa en el ámbito escolar.

El artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño, señala que los Estados parte respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de un modo conforme a la evolución de sus facultades; pero tendrán en consideración, especialmente, el derecho del mismo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En otras palabras, los niños tienen derecho a resistir las influencias educativas que entren en conflicto con sus propias creencias.

Pues bien, al hilo de lo expuesto anteriormente, concluimos que, de conformidad con el marco constitucional español, el progenitor o tutor extranjero no podría oponer su derecho a la libertad de pensamiento, ideológica o religiosa para desarrollar prácticas que no sean respetuosas con los derechos y las libertades de los demás, en especial de los menores de edad, sean, o no, hijos suyos⁷⁰.

En el dramático caso de la mutilación genital femenina⁷¹, por cierto, práctica que no proviene de la tradición musulmana aunque es muy frecuente en pueblos africanos convertidos al Islam, ante la que el Estado de Derecho no puede, ni debe, permanecer

69 C. ELÍAS MÉNDEZ, "La protección de los menores de edad en Alemania desde la perspectiva constitucional", Revista de Estudios Políticos, número 111, enero-marzo, 2001, pág. 104.

70 C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, 2002, pág. 140.

71 Es interesante consultar la Ley Orgánica 31/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial para perseguir extraterritorialmente la mutilación genital femenina.

indiferente jamás, no habría atisbo de duda de que el derecho a la integridad física de la menor prevalecería frente a la libertad religiosa del progenitor u otros adultos que le tutelén.

En España, la polémica del velo islámico en la escuela pública comenzó en 2002 con el caso de Fátima El Idrissi, en Madrid, cinco años después, se repitió con Shaima Saidani, en Girona, a los que se sumaron otros casos similares en Ceuta y Melilla: El paradigmático caso de Fatima El Idrissi, la niña musulmana de 13 años que se negaba a acudir a la escuela sin cubrirse la cabeza con un pañuelo o *hiyab*, causó en España una gran polémica que trascendió el ámbito de la educación, y trajo a colación la cuestión de la integración de los inmigrantes musulmanes⁷². El colegio concertado al que fue enviada en un primer momento (Colegio Católico Inmaculada Concepción, en Madrid, en 2002) rechazó aceptarla con *hiyab*. La niña se incorporó, posteriormente, a una escuela pública de la localidad de San Lorenzo del Escorial en Madrid donde usó el *hiyab* hasta que abandonó sus estudios en 2005.

En 2007, la dirección del colegio Joan Puigbert-Annexa de Girona prohibió a Shaima Saidani vestir durante las sesiones lectivas el *hiyab*. Tenía ocho años y los responsables del centro argumentaron que su uso podía ser origen de discriminación (era la única de 410 alumnos/as (más del 15% inmigrantes) que llevaba *hiyab*). La familia pensó en regresar a Marruecos, pero no fue necesario porque la Generalitat ordenó readmitirla. El derecho a la escolarización, adujo, debe prevalecer sobre las normas de los centros.

Finalmente, aunque existen más, podemos referirnos al Caso Najwa Malha que en el Instituto Camilo José Cela de Madrid no fue para llevar el velo en las aulas. En aquel momento, el portavoz del PSOE del Ayuntamiento de Madrid abogó por la prohibición "para poder seguir garantizando la aconfesionalidad del Estado español y la convivencia dentro de otros centros".

En Madrid hay varios colegios islámicos privados. Entre ellos figura uno saudí, uno libio y otro iraquí. Nadie negará que si se trata de un colegio privado, con un ideario religioso específico, no se podría alegar nada en relación al tipo de uniforme que vistan los alumnos.

Así, en las aulas mixtas del colegio saudí, todas las chicas a partir de los once años llevan el *hiyab* que forma parte del uniforme obligatorio. Por el contrario, en el centro libio Al-Fateh, en el que están matriculados hijos de diplomáticos, empresarios de países árabes, y matrimonios mixtos, nadie lleva uniforme y los escolares se visten como quieren. Algunas alumnas se ponen el pañuelo, y otras no; y lo mismo ocurre con las profesoras que imparten clases en el centro⁷³.

Con ello, simplemente queremos dejar constancia de que, fruto de la dialéctica de los tiempos, las niñas no están obligadas a portar el velo islámico o *hiyab* en todos los colegios privados musulmanes que existen en España.

Lo cierto es que, por el momento, en España, no existen previsiones legislativas ni jurisprudenciales al respecto, pero una mayoría aplastante considera que lo más relevante es la escolarización de las menores para que puedan acceder al derecho a la educación. Los poderes públicos deben aplicar el principio de proporcionalidad, teniendo en consideración que obligar a una menor a quitarse el velo islámico puede provocarle graves conflictos familiares.

72 Véase E. SÁNCHEZ, "San Lorenzo del Escorial dividido por un pañuelo", Diario El País, 18 de febrero de 2002.

73 A. L. ESCUDERO, "Retorno al *hiyab*", Diario El País, 7 de mayo de 2001.

En el ámbito de la escuela pública se opta, quizás erróneamente, por permitir su uso⁷⁴, salvo que se demuestre que dicho símbolo, independientemente de su configuración política, filosófica o religiosa, ha supuesto o supone, por sí mismo, un elemento contrario a la seguridad, salud u orden público del centro escolar; o bien genera una quiebra en los derechos y libertades de los demás alumnos.

En general, prima la libertad de regulación de los reglamentos internos de cada centro en el marco del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas que deben regir la convivencia en los centros escolares.

A tenor de lo expuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, parece que nada puede alegarse jurídicamente frente a su uso, porque a los efectos de esta Ley se considerará discriminatorio todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social y cultural⁷⁵.

A pesar de estar plenamente conformes con estas medidas antidiscriminatorias, debemos recordar que el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho del niño a la libertad de ideología, conciencia y religión, así que podríamos traer a colación, nuevamente, el criterio de la madurez y el propio ejercicio de sus derechos, que funcionará como freno en caso de discrepancias entre la menor, sus progenitores o tutores, en relación a la obligación de portar el *hiyab*.

Finalmente, sumaremos al argumento anterior, un arma irrefutable que parte de la consideración del derecho a la propia imagen de la menor⁷⁶, como límite adicional que, en este supuesto concreto, actuará como fuente de equilibrio entre la función guía de los padres y el respeto a su criterio personal que debe incidir, de manera directa, en el libre desarrollo de su personalidad, aunque no debemos engañarnos, puesto que en el caso de las niñas, es un criterio que suele quedar totalmente preterido, llegando incluso a ser sustituido su consentimiento para contraer matrimonio en estadios maduros, dato que resulta suficientemente elocuente por sí mismo.

74 El derecho a llevar símbolos de significación religiosa o cultural, expresión del derecho a manifestar libremente las creencias religiosas se encuentra reconocido en el artículo 2.1a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. El atuendo islámico del *hiyab* no viola ninguno de los límites señalados y debe ser permitido en aras al respeto del derecho de expresión y manifestación religiosa y cultural del alumno/a. Véase A. MOTILLA, "La libertad de vestimenta: el velo islámico", en M. J. Ciáurriz, D. García Cardo, P. Lorenzo, A. Motilla, J. Rosell, Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural, Editorial Trotta, Madrid, 2004. Puede consultarse también S. GONZÁLEZ VARAS, "La polémica sentencia del crucifijo (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)", en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 47, 1996, págs. 348-356.

75 El artículo 23 de la Ley de Extranjería se aleja de la retórica del discurso político y se adecua perfectamente a la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

76 Vid. A. R. CUERDA RIEZU, "El velo islámico y el derecho a la propia imagen", en Parlamento y Constitución, Anuario, nº 11, pág. 247-256.

Los principios vertebradores del sistema que se crea al auspicio de las tradiciones culturales occidentales son los que han operado una progresiva equiparación de derechos entre los nacionales y los inmigrantes y estos mismos principios plantean exigencias ineludibles de protección de los derechos que no pueden quedar limitadas por exigencias culturales. En otras palabras, no es posible asumir el principio de dignidad humana sólo con carácter unidireccional: sólo para reivindicar derechos fundamentales frente a los poderes públicos.

Por el contrario, este principio debe operar obligando a reconocer los derechos de la persona, sea cual sea su origen nacional, su condición étnica, su sexo, su cultura. Así, el último inciso del artículo 3.2 de la Ley de Extranjería contiene una limitación destinada a evitar que el respeto a la pluralidad cultural a la que, poco a poco, se va abriendo la sociedad española con la incorporación de los flujos de inmigrantes de orígenes variados, se convierta en la coartada perfecta para lesionar derechos.

La conclusión a la que puede llegarse es, como ya se anunciaba anteriormente, es que los menores de edad pueden mantener creencias diversas a los padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo, o cuando provocasen un conflicto de tal gravedad que imposibilitase el libre desarrollo de la personalidad del menor y el Estado debe estar alerta en relación a este aspecto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDALLAH, Le foulard islamique et la République française. Mode d'emploi, Editions Intégrité, Bobigny, 1994.
- ALÁEZ CORRAL, B., "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", Revista Española de Derecho Constitucional, nº67, 2003.
- ALDEEB ABU-SHALIEH, S., Les musulmans face aux droits de l'homme, Bochum, 1999.
- ALENDAS SALINAS, M., "La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico", en RGDCDEE, nº 9, septiembre 2005.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- ALZAGA VILLAMIL, O. y otros, Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo II, Edersa, Madrid, 1996.
- AMIN, S., L'Eurocentrisme. Critique d'une Idéologie, Paris, Anthropos, 1988.
- AMORÓS AZPILICUETA, J. J., La libertad religiosa en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 1984.
- ARECES PIÑOL, M^a T., El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa, Universidad de Lleida, Lleida, 2003.
- ARECES, M^a T., "Límites a la expresión individual de la libertad religiosa: el burka incompatible con la igualdad de sexos", RGDCDEE, 18, 2008.
- ASHA, G., Du statut inférieur de la femme en Islam, Paris, L'Harmattan, 1989.
- ASÍN CABRERA, M. A., "La libertad y la práctica religiosa de los inmigrantes", en E. Aja (Coord.), Los derechos de los inmigrantes en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ASÍN CABRERA, M. A., "La mujer y el derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración", en Gómez Rodríguez, A. y Tally, J. (Eds.), La construcción de lo femenino, Centro de Estudios de la Mujer, Universidad de La Laguna, 1998.

- BALAGUER CALLEJÓN, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en Mercedes Moya Escudero, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- BAUMEISTER, A. T., *Liberalism and the "Politics of Difference"*, Edinburgh University Press, 2000, y S. CASTLES & A. DAVIDSON, *Citizenship and Migration. Globalization and the Politics of Belonging*, Macmillan Press, London, 2000.
- BENSALAH, N., *Familias turques et maghrébines aujourd'hui : evolution dans les espaces d'origine et d'immigration*, Louvain-la-Neuve Academia, 1994.
- BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "El uso del velo islámico en Europa: un conflicto de libertad religiosa y de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Volumen 10, 2009.
- CÁMARA VILLAR, G., "El derecho a la educación de los extranjeros en España", en Mercedes Moya Escudero (Coord.): *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001.
- CATALÁ I BAS, A. H., *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho*, Ed. R.G.D., Valencia, 2002.
- CHELINI, B., "Le voile musulman et la conception française de l'État laïc", *RGDCDEE*, 19, 2009.
- CIÁURRIZ, M.J., GARCÍA-PARDO, D., LORENZO, P., MOTILLA, A., ROSELL, J., *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- COMBALÍA, Z., *El Derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, 2001.
- COMBALÍA, Z., "¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en Occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal", en B. González, *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CONTRERAS MAZARIO, J. M., *Laicidad del Estado y asistencia religiosa en centros docentes*, Dykinson, Madrid, 2002.
- COTINO HUESO, L., (Coord.) y SÁNCHEZ FERRIZ, R. (Dir.), *Derechos, deberes y responsabilidad en la enseñanza. Un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.
- CUERDA RIEZU, A., "El velo islámico y el derecho a la propia imagen", *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 11, 2008.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Towards a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, London-New York, 1995.
- ELÍAS MÉNDEZ, C., "La protección de los menores de edad en Alemania desde la perspectiva constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, número 111, enero-marzo, 2001.
- ELÍAS MÉNDEZ, C., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- FÁBREGA RUIZ, C. F., *Protección Jurídica del Menor Inmigrante*, Colex, Madrid, 2001.
- FÉLIZ BALLESTA, M.A., "Ley francesa sobre signos religiosos", *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos*, nº 4, 2004.
- FERRARI, S. (Ed.), *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunita musulmane*, Bologna, 1996.
- FERRARI, S., (A cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunita islamiche*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- FERREIRO GALGUERA, J., "Símbolos religiosos en la escuela pública" en Souto Paz, J., *Educación y libertad*, 2012.
- FINNIS, J., "Apoyar la discriminación entre credos religiosos: ¿un caso de lenguaje extremo?", en *Pluralismo cultural y democracia*, WAA, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- FRANCO MIKUNDA, E., *Derechos humanos y Mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

- GARAY, A., "Laïcité, école, et appartenance religieuse: pour un bilan exigeant de la loi n° 2004-28 du mars 2004", en Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2005.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA-PARDO GÓMEZ, D., "El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso turco", en Motilla de la Calle, A., El pañuelo islámico en Europa, 2009.
- GONZÁLEZ MORENO, B., Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa, Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ VARAS, S., "La polémica sentencia del crucifijo (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)", en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 47, 1996.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche, Bolonia, 2005.
- HABERMAS, J., Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 1998.
- HARMAN, O. F., "L'administration des cultes en Turquie", en B. Basdevant-Gaudement (Ed.), L'administration des cultes dans les pays de l'Union Européene, Leuven, 2008.
- HILL, M., "Muslim Dress in English Law: Lifting the Veil on Human Rights", Derecho y Religión, 1, 2006.
- JAUREGUI, G., Inmigración y diversidad cultural en la era de la globalización. De la multiculturalidad a la interculturalidad, en J. Alberdi y J. Goizueta (Coords.), Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. y otros, Comentario a la Constitución, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- LEMA TOMÉ, M., Laicidad e integración de los inmigrantes, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- LEVY, J., El multiculturalismo del miedo, Tecnos, Madrid, 2003.
- LÓPEZ SIDRO, A., "Breve comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 24 de septiembre de 2003", RGDCDEE, 2003.
- LORENZO VÁZQUEZ, P., Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- MANCINI, L., "El Islam en Italia: entre afirmación de identidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales", en C. Blanco e I. Barbero, Pautas de reasentamiento de la población inmigrante: implicaciones y retos socio-jurídicos, Dykinson, Madrid, 2009.
- MARCOU, J., "La question du port du foulard islamique en France et en Turquie", en Turhan Ali Vahit y otros, Tarabya Casismalari, 20, Estambul, 2010.
- MARSHALL, J., "Conditions for Freedom?. European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate", Human Rights Quartely, 30, 2008.
- MARTÍN VIDA, M.A., "¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de septiembre de 2003, Caso Ludin", Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, nº 70, 2004.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", en Mangas, A. (Dir.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo. Bilbao, 2008.

- MODOOD, T., "Anti-essentialism, Multiculturalism and the Recognition of Religious Groups", en W. Kymlicka y W. Norman (Ed.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2000.
- MOTILLA, A., "El problema del velo islámico en Europa y España", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 20, 2004.
- MOTILLA, A., "La libertad de vestimenta: el velo islámico", en M. J. Ciáurriz, D. García Pardo, P. Lorenzo, A. Motilla, J. Rosell, *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- MUIR, J. R., "The Isocratic Idea of Education and Islamic Education", *Papers of the Philosophy of Education Society*, 31 March-2 April, 1995.
- NAÏR, S., "Del referente de origen a las nuevas identidades", en S. Naïr y J. de Lucas, *El desplazamiento en el mundo. Inmigración y temáticas de identidad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Imsero, Madrid, 1998.
- PÉREZ-MADRID, F., *Inmigración y libertad religiosa*, Thomsom, Madrid, 2004.
- POGGESCHI, G., "Il velo islámico in Francia: un problema di una società multi-etnica", en *Quaderni costituzionali*, 15, 2, 1995.
- POSTMAN, N., *El fin de la educación. Una nueva definición del valor de la escuela*, Barcelona, Octaedro, 1999.
- RELAÑO PASTOR, E. y GARAY, A., "Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía", *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, 2006.
- ROLLA, G., "Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionale", *Quaderni Costituzionali*, nº 3, diciembre de 1997.
- RYNKOWSKI, M., "Freedom of Religion in the European Union", en A. Bodnar, M. Kowalski, K. Raible, F. Schorkpof (Eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer, Berlín, 2003.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. y ELÍAS MÉNDEZ, C., *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, Minim ediciones, 2002.
- VALENZUELA, J., *España en el punto de mira. La amenaza del integrismo islámico*, Temas de Hoy, Madrid, 2002.
- VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- W.AA., *¿Europa musulmana o euro-islam?. Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, Alianza, Madrid, 2003.
- WAARDENBURG, J., "Muslims and Dhimmis. The emancipation of muslim immigrants in Europe: the case of Switzerland", en W.A.R. Shadid, *Muslims in the margin: political responses to the presence of Islam in Western Europe*, Kampen, 1996.
- WALZER, M., *¿Qué derechos para las comunidades culturales?*, en R. Máiz (Ed.), *Construcción de Europa, Democracia y Globalización, Volumen II, Europa Mundi*, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.