

Benito Aláez Corral, Juan José Ruiz Ruiz, *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*



45



Benito Aláez Corral
Juan José Ruiz Ruiz

*Democracia constitucional y
prohibición del velo islámico
en los espacios públicos*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

BENITO ALÁEZ CORRAL. Es catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo, es autor, entre otros, de "Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978" (CEPyC 2000), "Minoría de edad y derechos fundamentales" (Tecnos 2003), "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa" (Teoría y Realidad Constitucional, nº 28, 2011) y "Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quien pertenece la CE de 1978?" (CEPyC 2006), galardonado este último con el premio Tomás y Valiente.

Además de su docencia universitaria en España, ha impartido conferencias y cursos en diversas universidades europeas y norteamericanas, como Friburgo, St. Gallen, Amberes, Bochum, Hull o Georgetown, y ha sido Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Asturias y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y Consejero del Consejo de Administración de la radiotelevisión del Principado de Asturias.

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ. Es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Jaén. Pertenece a varios grupos de investigación de Universidades españolas y extranjeras dedicados al estudio de la libertad religiosa en sociedades multiculturales. Sobre el uso del velo islámico ha publicado diversos estudios, tanto en revistas especializadas como en monografías colectivas que ha codirigido (*La libertad religiosa en las sociedades multiculturales. La jurisprudencia nacional y europea*, 2014 y *Los símbolos religiosos en el espacio público*, 2011).

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

Gonzalo Aguilera

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Carlos Carnicer

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Eugenio Rodríguez Cepeda

Carmen Tomás - Valiente

Fernando Vallespín

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*Democracia constitucional y
prohibición del velo islámico
en los espacios públicos*

Benito Aláez Corral

Juan José Ruiz Ruiz

*Democracia constitucional y
prohibición del velo islámico
en los espacios públicos*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2014 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Benito Aláez Corral, Juan José Ruiz Ruiz

I.S.B.N.: 978-84-616-8946-0

Depósito Legal: M-8437-2014

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PROHIBICIÓN DEL VELO ISLÁMICO EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS (<i>Benito Aláez Corral</i>)	13
1. Símbolos religiosos en los espa- cios públicos y democracia cons- titucional	13
2. Neutralidad religiosa del Estado y prohibición/tolerancia del uso ciudadano de símbolos religiosos en los espacios públicos	21
a) ¿Carácter religioso del velo islámico?	22
b) Neutralidad religiosa del Estado, velo islámico e injerencia en los derechos	

fundamentales de los ciudadanos	27
3. Nuevas y viejas prohibiciones de uso del velo islámico en los espacios públicos dentro de la Unión Europea.....	36
a) La Unión Europea y el Consejo de Europa	37
b) Estados favorables a prohibiciones generales del velo islámico	42
1. Bélgica	44
2. Francia	47
c) Estados desfavorables a prohibiciones generales pero favorables a prohibiciones parciales	53
1. Alemania.....	54
2. Italia	60
3. Reino Unido	63
4. España.....	71

4. Condiciones constitucionales en España para la prohibición del velo islámico en los espacios públicos	74
a) Uso del velo islámico como expresión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la propia imagen	74
b) Límites constitucionales formales a la prohibición del velo islámico en los espacios públicos	80
c) Finalidades constitucionalmente legítimas para limitar el uso del velo islámico en los espacios públicos	91
1. La dignidad de la persona (mujer) y la igualdad de género	93
2. La seguridad pública como parte del orden público protegido por la Ley	97
3. La protección de los derechos fundamentales de los demás y el correcto	

funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos	102
Referencia bibliográfica	113
EL DEBATE EN TORNO A LA PROHIBICIÓN GENERAL DEL VELO INTEGRAL ISLÁMICO EN EL ESPACIO PÚBLICO Y LOS PROBLE- MAS DE SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL (<i>Juan José Ruiz Ruiz</i>)	
I. Consideraciones generales sobre la limitación del uso del velo islámico	123
II. La Jurisprudencia de los Tribu- nales españoles sobre el velo integral	138
III. Las finalidades legítimas para prohibir el velo integral en el espacio público	158
1. La seguridad y el orden público	161

2.	La igualdad e inferioridad de la mujer y la discriminación respecto al sexo masculino	167
3.	La lesión de la dignidad personal o de la mujer como límite al ejercicio del propio derecho	176
4.	Las exigencias de la convivencia social como elemento de un orden público inmaterial	203
IV.	Sobre la renuncia a ejercer un derecho y la renuncia a la propia dignidad	219
V.	La limitación de derechos en base al interés social mayoritario	222
VI.	Las tesis de un ejercicio abusivo del propio derecho	227
VII.	Certezas y dilemas en torno a la indiferencia de los fines perseguidos con el uso del velo integral	231

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PROHIBICIÓN DEL VELO ISLÁMICO EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS

Prof. Dr. Benito ALÁEZ CORRAL

Universidad de Oviedo

1. Símbolos religiosos en los espacios públicos y democracia constitucional

La presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, sea el tránsito por ellos de mujeres ataviadas con un velo islámico, sea la colocación por el Estado de crucifijos en edificios o instalaciones de titularidad pública, plantea la necesidad de clarificar qué papel juega el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de ellos y de la neutralidad religiosa del Estado. La sicosis que el terrorismo islamista ha desatado en las sociedades occidentales tras los atentados del 11S, 11M y 7J, y en parte también -en el caso particular de España- la reciente percepción social de choque cultural entre la cultura islámica y la cultura de raíces judío-cristianas mayoritaria como consecuencia del espectacular incremento de la población inmigrante durante la primera década del siglo XXI, ha conducido al

rechazo social y a los intentos de prohibición del uso de una pluralidad de prendas femeninas que se presentan bajo el *topos* genérico de velo islámico y que son consideradas por muchas de sus portadoras un símbolo expresivo de sus creencias religiosas.

La cuestión central a analizar aquí, sin embargo, se referirá solo al uso por los particulares de símbolos religiosos en los espacios públicos, lo que abarca tanto las vías públicas como los edificios públicos u otros espacios en los que se desarrollan actividades encomendadas a las administraciones públicas. Y, más en concreto, circunscribiré el análisis a la prohibición del uso libre (no coactivo) del velo islámico por mujeres, dado que esta conducta puede ser expresión del ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad religiosa y/o a la propia imagen. En este sentido, la prohibición del uso coactivo del velo islámico no resulta constitucionalmente problemática, puesto que la ilicitud de la coacción, unida al mandato positivo de protección de la libertad individual que pesa sobre los poderes públicos *ex art. 9.2 CE*, justifican plenamente las sanciones penales y administrativas que se impongan a quienes obliguen a una mujer (mayor o menor de edad) a llevarlo. Y tampoco se pretende analizar el uso de otras prendas que, sin connotaciones religiosas, cubren el rostro de hombres y

mujeres, pues la controversia iusfundamental que pudieran plantear no esta marcada por el contexto de multiculturalidad que rodea al velo islámico.

En efecto, se trata de una cuestión muy controvertida en Europa y en España desde que el espacio público se ha convertido en espacio de multiculturalidad, es decir, desde que se hace preciso regular la coexistencia de la cultura/religión mayoritaria del país de acogida con las culturas minoritarias de los inmigrantes. Múltiples casos conflictivos salpican la actualidad desde los últimos años, aunque en los últimos tiempos, como consecuencia de la crisis económica, estas cuestiones hayan pasado a un segundo plano y la atención se centre en las cuestiones derivadas de la pobreza y del impacto de la crisis económica en la vida de los ciudadanos. De las tres actitudes posibles del Estado constitucional ante el fenómeno multicultural que plantea el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos: exigencia de adaptación recíproca de la sociedad de acogida y de las minorías culturales (acomodación) a las diferencias culturales existentes entre ellas, exigencia de asimilación de la cultura mayoritaria por parte de las minorías culturales/religiosas, o neutralización cultural del espacio público, ya adelanto que, en mi opinión, solo la primera es congruente con el modelo de

democracia constitucional recogido por la CE de 1978. Y ello, porque el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos no constituye únicamente un problema de multiculturalismo, sino sobre todo de ejercicio (multicultural o no) de los derechos fundamentales en función de cómo deban ser las relaciones entre la Religión y el Estado, que es el encargado de organizar la convivencia en dicho espacio. La necesidad de respetar el contenido constitucional de los derechos fundamentales, también en los ámbitos en los que están involucradas las relaciones Religión-Estado, es independiente de que sean españoles o extranjeros los portadores de aquella pluralidad cultural o de que a través de los mismos se forje una u otra cultura social, por muy mayoritaria que ésta sea.

Mirando las resoluciones judiciales españolas que ya se han ido dictando en relación con algunos de los casos conflictivos de la prohibición/presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos vemos que abarcan cuestiones muy diversas, se centran en situaciones contextuales muy concretas y los fallos de las mismas tienen sentidos diversos y contrapuestos. Así, por ejemplo, la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de febrero de 2013* anula, básicamente por razones de incompetencia, la prohibición municipal del velo islámico integral impuesta

por el Ayuntamiento de Lleida respecto del acceso y permanencia en instalaciones municipales o espacios de titularidad municipal. Por otro lado, la petición de la asociación escuela laica de Valladolid de que se retiren los crucifijos del colegio público Macías Picavea fue resuelta en segunda instancia por *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009* en un sentido solo parcialmente positivo, pues ordena la retirada únicamente cuando los padres invoquen la afectación de su libertad religiosa o la de sus hijos, pero no admite que se tengan que retirar de oficio por la Administración. Volviendo al ámbito de la indumentaria personal de corte religioso, la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 32 de Madrid de 4 de febrero de 2012* avaló la prohibición impuesta por un colegio público a una alumna a la que se impedía portar un velo islámico (no integral) durante las actividades escolares. Por su parte, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 6 de noviembre de 2012* desestimó la petición de retirada del crucifijo del pleno municipal del Ayuntamiento de Zaragoza. Por último, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010* también desestimó, aunque por razones meramente procesales, la petición de una abogada de origen marroquí a la que el Magistrado Javier Gómez Bermúdez había impedido permanecer en los estrados de la

Audiencia Nacional portando un velo islámico no integral.

En el tratamiento de este problema por parte de estas resoluciones judiciales mencionadas, pero también de los medios de comunicación, se observan diversas pautas de razonamiento que consideramos inadecuadas al marco constitucional de 1978. En primer lugar, predomina un enfoque absolutista, de derecho objetivo, en relación con la cuestión de si se deben permitir símbolos religiosos en los espacios públicos, como el crucifijo en las aulas o el velo islámico. La cuestión se pretende resolver descontextualizadamente a partir del tipo de relación normativa que la Constitución habría establecido entre Religión y Estado, es decir, a partir del tipo de neutralidad religiosa del Estado impuesta constitucionalmente. Paradójicamente, ello conduce a que se afirme mayoritariamente respecto de la presencia del crucifijo que debe ser tolerado porque somos un país aconfesional (neutralidad activa o positiva), mientras que respecto de la presencia del velo islámico se pone el acento, contrariamente, en que España es un país laico (neutralidad negativa) y por tanto no se debe permitir. Este enfoque absolutista de derecho objetivo tiende, en segundo lugar, a confundir la distinta posición en que se encuentran los ciudadanos y los poderes públicos respecto del ejercicio de los derechos

fundamentales: cuando el Estado (los colegios públicos, incluidos los consejos escolares, también son poderes públicos) coloca crucifijos o prohíbe llevar velo islámico no está ejerciendo ningún derecho fundamental, pues por regla general y conforme a la jurisprudencia constitucional no puede ejercer este tipo de derechos fundamentales de libertad, mientras que cuando los ciudadanos portan símbolos religiosos, sea un crucifijo o un velo islámico, sí están ejerciendo sus derechos fundamentales, aunque éstos sean limitables. En tercer lugar, como colofón de lo anterior, no se entiende, o no se asume, que la esencia de la democracia constitucional consiste en garantizar los derechos de la minoría (la más pequeña de las cuales es el individuo) frente a las decisiones de la mayoría. Para que siempre se imponga como ley suprema la voluntad de la mayoría sería preciso desposeer a nuestro sistema legal de una Constitución como norma suprema, tal y como sucede por ejemplo en el Reino Unido. Pero allí donde existe una Constitución que garantiza Derechos y Libertades como garantías de las expectativas de unos pocos, molestas para la mayoría, esto es, como garantías contra-mayoritarias, la democracia no se identifica con el gobierno de la mayoría sino con el gobierno de la mayoría respetando los derechos de la minoría. De la misma manera, en cuarto lugar, que tampoco se entiende, como contrapartida a lo anterior,

el necesario carácter políticamente abierto de nuestra Constitución democrática que, aunque garantiza derechos y espacios de libertad para las minorías, no los predetermina completamente, sino que deja a las mayorías parlamentarias o gubernativas amplios márgenes para la concreción de sus políticas de derechos fundamentales, precisamente porque ello es el necesario contrapeso mayoritario con respecto a la protección que a las minorías otorga la garantía contra-mayoritaria de la Constitución. Sin ese contrapeso mayoritario habría que estar cambiando la Constitución permanentemente, cada vez que cambiase la percepción social de qué expectativas deben ser garantizadas, lo cual minaría la estabilidad y función de la Constitución. Ello implica, en relación con el principio de neutralidad religiosa del Estado, un amplio margen para el desarrollo de políticas más o menos laicistas, o más o menos cooperativas con las religiones, sin que ello esté predeterminado constitucionalmente. En quinto y último lugar, hay que tener en cuenta que nuestra Constitución, por decisión de quienes la aprobaron, está abierta al Derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, y considera que la interpretación de los derechos fundamentales que se desprende de lo que diga el legislador o el juez internacional es vinculante como criterio interpretativo para España (art. 10.2 CE).

A partir de estas premisas abordaré la cuestión de las prohibiciones del uso del velo islámico en los espacios públicos por parte de los ciudadanos, analizando, en primer término el significado que asume el principio de neutralidad religiosa en nuestro sistema constitucional y su influencia sobre el uso de símbolos religiosos por los particulares en el espacio público. En un segundo lugar procederé a un seleccionado análisis del derecho europeo comparado referido a las nuevas y viejas prohibiciones de uso del velo islámico en los espacios públicos, incluida la referencia al marco convencional común que representa el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH). Para así, finalmente, dedicar la última parte de este análisis a determinar cuál es el marco dogmático constitucional en España dentro del cual se ha de encuadrar la limitación de los derechos fundamentales involucrados que conlleva toda prohibición del velo islámico en los espacios públicos.

2. Neutralidad religiosa del Estado y prohibición/tolerancia del uso ciudadano de símbolos religiosos en los espacios públicos

Para un análisis ordenado del complejo de problemas que plantea para la democracia constitucional la prohibición del uso del velo

islámico en los espacios públicos es preciso, en primer término, abordar la cuestión de si cabe entender que el velo islámico (integral o no) es un símbolo religioso para, en segundo lugar, analizar la incidencia sobre la prohibición o tolerancia del uso de dicho símbolo religioso en el espacio público del principio de neutralidad religiosa del Estado.

a) *¿Carácter religioso del velo islámico?*

Cuando se habla del velo islámico se designa a una pluralidad de prendas cultural y geográficamente diversas. Lo cierto es que hay que distinguir dos grandes tipos de velo islámico, que a su vez abarcan diversas prendas de características diferentes. Así, de un lado están los velos no integrales, cuya característica principal es que, con diversas longitudes corporales, dejan al descubierto el rostro, como la shayla, el hiyab o el chador. Frente a ellos están, de otro lado, los velos integrales, como el burka o el niqab, que, ocultando el rostro por completo o dejando a la vista únicamente la franja de los ojos respectivamente, dificultan o hacen imposible la identificación facial de la persona. Todos ellos se asocian a mujeres del círculo cultural y/o la religión islámica, pero es precisamente esta la primera cuestión a determinar, la de su religiosidad como símbolos.

En principio pudiera parecer innecesario definir lo que sea un símbolo religioso. Sin embargo, la praxis actual pone de manifiesto cómo muchas veces es preciso clarificar si un determinado símbolo posee un carácter religioso o no, o incluso si se puede predicar de él un carácter simbólico respecto de una determinada creencia o confesión religiosa. Ello es especialmente relevante en relación con el velo islámico integral (burka), pues se sostiene desde múltiples sectores sociales y académicos que su uso no deriva de ningún mandato religioso previsto en el Corán y que se trata más bien de una práctica cultural surgida en Afganistán a principios del siglo XX. Además, la determinación de la religiosidad del símbolo tiene relación con la distinción entre la libertad ideológica y la libertad religiosa, entendida esta última como libertad de creencias (*STC 141/2000, de 29 de mayo, F. J. 4º.*), y de la que son manifestaciones aquellos símbolos.

En lo que respecta a los criterios para valorar la religiosidad de un símbolo como el velo islámico, se pueden distinguir fundamentalmente dos: uno de carácter subjetivo y otro(s) de carácter objetivo. El criterio subjetivo pone en manos del sujeto que ejerce la libertad religiosa la determinación de si el acto o manifestación posee carácter religioso o no. Desde este punto de vista, la definición

del objeto del derecho fundamental debería corresponder siempre a la comprensión que tenga el sujeto que lo ejerce, y el problema de la inclusión o exclusión de unas u otras conductas en la esfera vital garantizada por la libertad religiosa quedaría reducido a un problema de limitación o delimitación de su contenido. Sin embargo, detrás de tales razonamientos se esconde una concepción liberal de los derechos, entendidos como ámbitos de libertad pre-estatales definibles por el individuo, difícilmente compatible con la supremacía normativa de la disposición constitucional que establece diferenciadamente cada derecho fundamental, llegándose, en tal caso, al extremo de que toda conducta podría ser objeto simultáneamente de cualquier derecho fundamental o que todos los derechos fundamentales se reducirían a uno, la libertad de actuación, lo que además de jurídicamente disfuncional no se corresponden con el estatus constitucional de la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y no como un derecho fundamental.

Frente al criterio subjetivo, el objetivo prescinde por completo de la significación subjetiva que pretenda atribuirle el individuo a uno u otro comportamiento y define el ámbito de protección del derecho fundamental a partir de la concreta concepción objetiva de la que hayan partido las disposiciones consti-

tucionales que introducen en su articulado conceptos como los de culto, religión, creencia, ideología, etc... Aplicado a los símbolos, este criterio objetivo implicaría que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado deba prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social (*STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4º*). En mi opinión, el riesgo que se corre con una aplicación aislada del criterio objetivo es doble: por un lado, cabría que el sentido objetivo que se da al objeto protegido por los derechos fundamentales se apoye en una precomprensión sociológica mayoritaria de los conceptos mencionados que esté al margen de su concreto contenido normativo-constitucional, permitiendo a la mayoría fagocitar los derechos de la minoría; y, por otro lado, también cabría que el Estado, al tener que realizar esa valoración objetiva, pierda el carácter neutral que debe mantener en materia religiosa e ideológica (*STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4º*).

Por todo lo anterior, si la democracia constitucional tiene como razón de ser garantizar a través de los derechos fundamentales las expectativas de la minoría contra las decisiones de la mayoría, la religiosidad del símbolo hay que valorarla a partir de una mixtura del criterio subjetivo y del objetivo, es decir,

a partir de un criterio subjetivo cuya razonabilidad es controlada objetivamente por el Estado, porque lo relevante es lo que presuma razonablemente la persona que utiliza el símbolo, ni siquiera la organización o grupo religioso al que cada individuo pueda pertenecer. Así, aunque ciertamente el significado de un símbolo lo trasciende a él y a sus orígenes, y puede verse enriquecido por el transcurso del tiempo (*STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7º*), e incluso puede impregnarse de la historia cultural y política de la comunidad a la que simboliza variando parcialmente su significado original (*STC 34/20011, de 28 de marzo, FJ 4º*), ello no implica necesariamente que la valoración subjetiva del símbolo pase a estar subordinada a la valoración objetiva del mismo que realice el Estado, pues ello desvirtuaría el significado subjetivo que tienen los derechos fundamentales como garantías de expectativas de los ciudadanos. El punto de equilibrio se puede alcanzar, en mi opinión, si al ciudadano se le exige (1) un nivel mínimo de coherencia moral e intelectual al afirmar la religiosidad del símbolo y (2) la existencia para él de una seria y razonada vinculación de ese símbolo con las preguntas o cuestiones últimas acerca de la existencia humana, tal y como ha explicitado recientemente la Corte Suprema del Reino Unido en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013, *R (on the application of Hodkin and another) v Registrar General of*

Births, Deaths and Marriages ([2013] UKSC 77).

Como consecuencia de lo anterior, entiendo que, conforme a las garantías iusfundamentales previstas en la CE de 1978, el velo islámico, incluido el integral, ha de ser tenido como un símbolo religioso en la medida en que así puede ser considerado razonablemente por algunos ciudadanos.

b) *Neutralidad religiosa del Estado, velo islámico e injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos*

El principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, sea cual sea el término con el que se designe ("neutralidad", "laicidad", "laicismo" o "aconfesionalidad"), y con independencia de que haya sido expresamente previsto como un principio o valor constitucional, hace referencia al modo y manera en que deben discurrir las relaciones entre el poder público y los particulares en el ámbito de la libertad religiosa, por lo que afecta de manera directa al problema del uso de símbolos religiosos en los espacios públicos.

En primer término, la neutralidad del Estado en materia religiosa se opone tanto a la confesionalidad como a la hostilidad hacia el fenómeno religioso. En este sentido, la neu-

tralidad religiosa del Estado constituye la manifestación jurídico-constitucional de la relación existente entre dos preceptos constitucionales, habituales en las Constituciones democráticas: el que garantiza la libertad religiosa ("cláusula de libre ejercicio") y el que prohíbe la confesionalidad del Estado ("cláusula de establecimiento").

Pero desde la perspectiva de la cohesión entre la neutralidad y la colaboración del Estado en el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los ciudadanos, cabe, en segundo término, distinguir dos grandes modelos: la denominada "neutralidad estricta", "distante" o "pasiva", y la denominada "neutralidad abierta", "pluralista" o "activa", pudiendo hablarse también de modelos intermedios entre ambos. Unos y otros modelos de neutralidad aparecen reflejados, con diversos grados de desarrollo, en la jurisprudencia constitucional norteamericana y europea a lo largo del siglo XX. La principal diferencia existente entre ellos reside, en síntesis, en la distinta actitud normativa (negativa o positiva) que debe adoptar el Estado frente al fenómeno religioso con la finalidad de preservar la separación entre la Iglesia y el Estado y, al mismo tiempo, garantizar la libertad religiosa.

En el modelo de neutralidad estricta o pasiva, desde una perspectiva liberal estricta de separación entre el Estado y la sociedad, éste debe mantenerse indiferente ante el fenómeno religioso, por lo que predomina el aspecto de separación entre la Iglesia y el Estado. Ello conduce no sólo a que no se confundan las funciones religiosas y las estatales, sino también a una ausencia de un mandato positivo de cooperación del Estado en el desarrollo de la libertad religiosa, cuyo pluralismo queda en manos del libre juego de las fuerzas sociales, y a que la intervención estatal tenga como única finalidad eliminar los actuales o potenciales conflictos derivados del pluralismo neutralizando para ello, si es preciso, el espacio público. Por el contrario en el modelo de neutralidad abierta o activa, desde una perspectiva social y democrática, de participación de la sociedad en el Estado e intervención de éste en la configuración de la sociedad, el Estado debe adoptar una postura de intervención y cooperación que garantice no sólo la separación entre las funciones estatales y las religiosas, sino también el efectivo y plural ejercicio de la libertad religiosa por los individuos y las comunidades. Como consecuencia de ello, el espacio público se concibe como un ámbito de expresión de ese pluralismo y de los conflictos que de él se puedan derivar, que el Estado no debe eliminar mediante la neutralización del espacio

sino únicamente controlar mediante la recíproca limitación de los derechos fundamentales involucrados. Una exigencia de cooperación que, por otra parte, vendría exigida por la dimensión objetiva de todo derecho fundamental (también de la libertad religiosa), y que obligaría a los poderes públicos a optimizar las condiciones de ejercicio de la libertad garantizada.

Lo cierto es que la transformación del Estado liberal en un Estado social y democrático de derecho facilita que el Estado pase de una actitud de total indiferentismo hacia el fenómeno religioso a una cooperación con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio pluralista de su libertad religiosa, se produzca ésta en términos directos o indirectos. Al indiferentismo y la radical separación entre el Estado y el fenómeno religioso del modelo de "neutralidad estricta" presente en buena parte de la jurisprudencia norteamericana hasta principios de los años ochenta, y en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés hasta los años noventa, le viene siguiendo una comprensión del principio de neutralidad más abierta que permite la cooperación del Estado con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio de la libertad religiosa, si bien de forma desigual en cuanto a los instrumentos utilizables o en

cuanto a los ámbitos en los que ésta sea posible.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, los arts. 9.2, 16.3 y 27.3 y 9 CE han optado por un modelo de neutralidad pluralista o abierta, que permite al Estado un fomento directo de las actividades de los particulares dentro del respeto al pluralismo, a ciertas exigencias del principio de igualdad y a la separación entre las funciones estatales y religiosas (*STC 24/1982, de 13 de mayo, F.J. 1º*). La Constitución reconoce expresamente que ninguna confesión tendrá carácter oficial (aconfesionalidad del Estado), con lo que se garantiza la separación entre las funciones estatales y las religiosas, pero, al mismo tiempo, garantiza la libertad religiosa de los individuos y las comunidades no sólo en su vertiente negativa, como un derecho de reacción frente a la injerencia estatal (*STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9º*), sino también en su vertiente positiva a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, considerando el pluralismo religioso como un valor objetivo que debe ser preservado por el Estado, e imponiéndole, para ello, específicos deberes de cooperación en materia religiosa (*STC 24/1982 de 13 de mayo, FJ 4º*). Así, al mandato genérico del art. 9.2 CE de remover los obstáculos que –también en materia religiosa– impiden que la libertad y la

igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas, se añade la específica obligación del art. 16.3 CE para que el Estado, teniendo en cuenta las creencias mayoritarias de los españoles, mantenga las correspondientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, mandato del que son reflejo el art. 2 de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de libertad religiosa, los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, por las que se regulan los acuerdos con las confesiones evangélica, israelita e islámica respectivamente.

Para analizar si el mandato de neutralidad religiosa del Estado permite, o incluso obliga, al Estado a entrometerse en el ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos que portan un símbolo religioso, como el velo islámico, en el espacio público, es preciso tener en cuenta que dicha neutralidad religiosa es concebida en todas las democracias constitucionales desde sus orígenes como el reverso de la libertad religiosa, es decir, que existe constitucionalmente para garantizar la libertad religiosa, siendo indiferente que la neutralidad religiosa sea pasiva (laicidad francesa) o activa/cooperativa (aconfesionalidad alemana, italiana o española). En otras palabras, que la neutralidad religiosa no se garantiza constitu-

cionalmente como un fin en sí mismo, sino como un instrumento de derecho objetivo al servicio de la garantía del ejercicio del derecho subjetivo a la libertad religiosa (positiva y negativa), incluso cuando es una neutralidad cooperativa. En este sentido, hay que tener en cuenta que, mientras la dimisión subjetiva de la libertad religiosa genera, como su nombre indica, derechos subjetivos, es decir, permisos mandatos o prohibiciones que habilitan a los ciudadanos a realizar ciertas conductas (practicar su credo, formar libremente su conciencia, manifestar públicamente su religión, etc...), la dimensión objetiva de la libertad religiosa, de la cual es una concreción en algunos ordenamientos la cooperación estatal en materia religiosa, no genera ningún derecho subjetivo para los ciudadanos, sino que únicamente implica que el Estado, no identificándose con ninguna confesión, ha de potenciar el valor objetivo que la libertad religiosa posee para la sociedad y por tanto para el ordenamiento jurídico. El punto de equilibrio reside, pues, en cooperar manteniéndose neutral. Para valorar jurídicamente si este equilibrio se respeta podemos establecer un primer marco aunando la exigencia de no confusión de funciones estatales y funciones religiosas, que resulta del llamado "test Lemon" (establecido por la Corte Suprema de los EE.UU ya en el caso *Lemon v Kurtzman*, 403 U.S. 602, de 1971), junto con la exigencia

del Convenio Europeo de Derechos Humanos de que las injerencias en la libertad religiosa de los ciudadanos sean necesarias en una sociedad democrática para la protección de la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Por lo que se refiere a la primera de estas dos cuestiones, la confusión de funciones estatales y religiosas, si se aplica a la prohibición/tolerancia del velo islámico el esquema argumental que, con variaciones, se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC), del Tribunal Europeo Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Suprema de los EE.UU., resulta lo siguiente: en primer lugar, ni la tolerancia ni la prohibición del velo islámico en el espacio público deben perseguir una finalidad religiosa sino una finalidad secolar. Este parece ser el caso en las democracias occidentales, puesto que, de un lado, el velo se tolera porque es una conducta que *prima facie* encaja dentro del ámbito de protección de la libertad religiosa, no porque el Estado pretenda cumplir con ninguna finalidad asociada a la religión islámica, y es un primer deber del Estado en una democracia constitucional abstenerse de interferir en el ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos. Además, de otro lado, prohibirlo no

tiene como finalidad dar preferencia a una opción religiosa (o no religiosa) sobre otra u otras, sino proteger valores constitucionales (seculares) como la seguridad pública, el orden público, el correcto funcionamiento de las instituciones o los servicios públicos y la dignidad de la mujer. En segundo lugar, aunque persiga una finalidad secolar, la tolerancia o la prohibición del velo islámico en los espacios públicos no ha de conllevar ni la promoción ni la inhibición de la práctica de ninguna religión. Este segundo requisito puede ser más discutible, puesto que en el caso de las prohibiciones, aunque en principio no promueven ninguna práctica religiosa (tampoco están dirigidas a promover el ateísmo), sí podría considerarse que inhiben una práctica de la religión islámica, aunque ciertamente es muy reducido el efecto desaliento que se les puede atribuir a aquellas prohibiciones. En tercer y último lugar, ni la tolerancia ni la prohibición del velo islámico han de conllevar una implicación excesiva del Estado en la materia religiosa, lo que no parece ser el caso, habida cuenta de que ni en el caso de la conducta del Estado abstencionista (tolerancia), ni en el de la intervencionista (prohibiciones), la intromisión tiene como efecto potenciar o eliminar el elemento religioso islámico del espacio público con carácter general, sobre todo dado el carácter minoritario en Europa (y en España en particular) de la

religión islámica con la que se asocia el velo como símbolo.

Ahora bien, incluso aunque se acepte que la neutralización religiosa del espacio público mediante las prohibiciones de uso ciudadano del velo islámico no implica una confusión entre las funciones estatales y las religiosas, dichas prohibiciones podrían devenir inconstitucionales y por tanto contravenir el principio constitucional de neutralidad religiosa del Estado si las mismas conllevan una injerencia estatal, un menoscabo injustificado, en la libertad religiosa de las ciudadanas portadoras del velo, cuestión que procede analizar seguidamente de forma separada y detallada.

3. Nuevas y viejas prohibiciones de uso del velo islámico en los espacios públicos dentro de la Unión Europea

Aunque la mayor parte de los Estados de la Unión Europea toleran el uso del velo islámico en multitud de espacios públicos, la creciente actitud prohibitiva de algunos Estados miembros se puede reducir a dos modelos: uno que, partiendo de prohibiciones sectoriales y específicas, avanza hacia prohibiciones generales en el espacio público del velo islámico integral, como el burka o el niqab, sobre la base de una neutralidad religiosa del Estado

pasiva o distante. Es el caso de Bélgica o Francia, aunque también ha habido diversas propuestas políticas (parlamentarias o gubernamentales) para introducir una prohibición general del velo islámico integral en Holanda, Noruega y Dinamarca que no han fructificado legislativamente. Y otro modelo que, sobre la base de una neutralidad religiosa cooperativa o activa, acepta únicamente prohibiciones sectoriales y específicas tanto del velo islámico integral como del no integral, pero ve serias dificultades constitucionales para admitir las prohibiciones generales. Es el caso de Alemania, Italia o España, como se verá seguidamente. Antes de pasar al análisis dogmático-constitucional de las prohibiciones del velo islámico en nuestro país, hagamos un breve resumen de cuál es el marco normativo supranacional y estatal de las prohibiciones tanto en el nivel europeo como en el de señalados Estados de la Unión Europea, representativos de los dos modelos mencionados.

a) La Unión Europea y el Consejo de Europa

A pesar de que en muchos países de la Unión Europea existe un debate en torno a la prohibición del velo islámico, altamente mediatizado por la polémica socio-política entre multiculturalismo y asimilacionismo de

la población inmigrante, lo cierto es que la Unión Europea no ha tomado cartas en el asunto, en buena medida por la ausencia de un ámbito competencial claro al respecto, más allá de que el Consejo de Ministros de Justicia aprobara el 19 de noviembre de 2004 unos "Principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea", *softlaw* jurídicamente no vinculante. Entre dichos principios está considerar que la integración es un proceso bidireccional de adaptación recíproca por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros (principio 1), siempre bajo el respeto a los principios y valores democráticos de la Unión Europea (principio 2). Como contrapunto hay que recordar que también se intentó infructuosamente incluir en el Preámbulo del non-nato Tratado de Roma de 2004 por el que se establecía una Constitución para Europa una mención a las raíces cristianas de la Unión Europea, lo que abona la polémica antes mencionada y distorsiona la respuesta jurídico-constitucional a esta manifestación del ejercicio multicultural de ciertos derechos fundamentales.

Respecto del estatuto jurídico comunitario europeo que pudiera tener el velo islámico, sirve de poco el genérico reconocimiento en el art. 10.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o en el

art. 9 CEDH de "la libertad para manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos" (art. 10.1 CDFUE), en la que podría quedar encuadrado su uso, pues los mismos no dicen cuáles puedan ser los concretos límites que, introducidos por ley, constituyan "medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás" (art. 9 CEDH), ni si ello abarca una prohibición de aquél.

En el ámbito europeo, aunque fuera de la Unión y sin eficacia jurídica vinculante, hay que mencionar la Recomendación 1927 del Consejo de Europa (Asamblea Parlamentaria) de 23 de junio de 2010 sobre "Islam, islamismo e islamofobia en Europa", que invita a los 47 Estados parte a no adoptar prohibiciones generales del velo islámico o de otros atuendos religiosos, puesto que las considera contrarias a la libertad religiosa garantizada por el art. 9 CEDH cuando su uso es producto de la libre decisión de la mujer.

También dentro del ámbito del Consejo de Europa, pero ya con carácter jurídicamente vinculante para la interpretación de los dere-

chos fundamentales (*ex art. 10.2 CE y ex art. 53.2 CDFUE*), es preciso tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la libertad religiosa protegida por el art. 9 CEDH y al uso del velo islámico. Aunque aún está pendiente resolución por la Gran Sala del TEDH el *caso S.A.S. v France*, relativo a la reciente prohibición francesa de uso del burka en espacios públicos, cabe mencionar entre las muchas sentencias del TEDH sobre el uso del velo islámico la STEDH de 15 de febrero de 2001 (*Caso Dahlab v Switzerland*), la STEDH de 29 de junio de 2004 (*Caso Leyla Sahin v Turkey*) y las SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (*Caso Kervanci v France y Caso Dogru v France*), todas ellas relativas a la prohibición del uso del velo islámico en el contexto escolar; la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1978 (*Caso X v United Kingdom*), relativa a la obligatoriedad del uso del casco y la implícita prohibición de uso del turbante Sikh por los motociclistas; la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1993 (*Caso Karamandu v Turkey*), o la STEDH de 11 de enero de 2005 (*Caso Phull v France*), relativas respectivamente a la obligatoriedad de identificarse con la cabeza descubierta para obtener servicios administrativos como la expedición de un diploma universitario, y a la

obligatoriedad de descubrir la cabeza en los controles de seguridad aeroportuarios.

Sintéticamente se puede decir que esta jurisprudencia del TEDH considera, en principio, el uso del velo islámico en espacios públicos como una conducta amparable por el derecho a la libertad religiosa, siempre que sea la "efectiva expresión" de las creencias religiosas de la mujer que lo porta; pero también considera que es susceptible de prohibición siempre que el Estado lo haga por ley y demuestre que es una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás, sin que al hacerlo tenga un margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas o su forma de manifestación. La obligatoriedad de justificar explícitamente la necesidad de prohibir el velo islámico es imprescindible para la licitud de las injerencias en la libertad de manifestación de las creencias religiosas desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, como ha puesto de relieve el Comité de Derechos Humanos de la ONU para el seguimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su *Comunicación CCPR/C/82/D/931/2000 (Caso Raihon Hudoyberganova v Uzbekistan)* de 18 de enero de 2005.

Ahora bien, esta jurisprudencia del TEDH tampoco resulta definitiva para valorar la admisibilidad de cualesquiera prohibiciones del velo islámico en el ordenamiento español, puesto que:

- Se refiere hasta el momento a prohibiciones de *velos no integrales*, como el chador, el hiyab, etc..., que dejan el rostro visible, no al velo islámico integral.

- Se refiere en todo caso de *prohibiciones parciales y circunscritas a contextos específicos*, como el escolar, el de los controles de identidad, la protección de la salud, etc..., no de prohibiciones generales en todo espacio público, cuya necesidad en una sociedad democrática sería más difícil de justificar e iría contra la Recomendación del propio Consejo de Europa.

- Por último, se refieren mayoritariamente a prohibiciones del uso del velo islámico en contextos en los que las mujeres que llevan el velo o el pañuelo se encontraban en una *relación de sujeción especial*, bien por desempeñar una función educativa, bien por encontrarse en el centro escolar en una relación educativa.

b) *Estados favorables a prohibiciones generales del velo islámico*

En el ámbito de la actitud normativa de algunos Estados miembros de la Unión Europea ante la prohibición (general o parcial) del velo islámico, se pueden inducir dos tendencias una favorable y otra desfavorable a la introducción legal de una prohibición general del velo islámico.

En efecto, en algunos Estados europeos, como Bélgica o Francia, se ha pasado de la prohibición particular del velo islámico (integral o no) en ciertos espacios públicos a la prohibición general del velo islámico integral en todos los espacios públicos. Y, aunque también ha habido diversas propuestas políticas (parlamentarias o gubernamentales) para introducir una prohibición general del velo islámico integral en Holanda, Noruega y Dinamarca, las mismas todavía no han fructificado legislativamente. Así, en Holanda, desde 2006 existe una propuesta parlamentaria y gubernamental para prohibir el uso del velo islámico integral en los espacios públicos, pero no ha habido el consenso y ni la decisión política suficientes como para aprobarla y ponerla en marcha. En Noruega, la Comisión de Justicia del Parlamento noruego rechazó en mayo de 2010 la propuesta del partido del progreso (liberal-conservador) de prohibir el uso del velo integral islámico en los espacios públicos. Y, por último, en Dinamarca, el Primer Ministro danés, M. Lars Loekke

Rasmussen, declaró el 19 de enero de 2010 que el burka y el niqab no tenían sitio en la sociedad danesa por su forma de entender a la mujer y a la humanidad, y que su Gobierno estaba dispuesto a discutir dentro de los límites jurídicos los medios para prohibir su uso en los espacios públicos, pero hasta el momento no se ha aprobado ninguna disposición legislativa al respecto.

En otras palabras, solo en Bélgica y Francia, la prohibición directa o indirecta del velo islámico, circunscrita a ciertos espacios públicos en los que se desarrollan funciones públicas o ciertas relaciones administrativas de sujeción especial, se complementa ahora con una prohibición general del uso del velo islámico integral en cualquier espacio público, incluidas las vías públicas, sin necesidad de que el mismo esté sometido o afecto a un poder público específico y más intenso. Veamos con un poco más de detalle cómo regulan Bélgica y Francia dicha prohibición general.

1. *Bélgica*

Aunque no hay estadísticas oficiales sobre cuántas mujeres llevan velo integral en Bélgica, según Human Rights Watch los expertos están de acuerdo en que se trata de un fenómeno marginal entre los 400000 musulmanes que

viven en ese país (el 4% de la población del país). A pesar de ello, después de que diversos municipios belgas de la zona flamenca regulasen por Ordenanzas municipales desde 2004 la prohibición de llevar burka por la calle y en los edificios públicos, con argumentos como que el burka tiene efectos coercitivos y que no puede tolerarse que las mujeres musulmanas estén excluidas socialmente tras el burka e imposibilitadas para comunicarse con su entorno, y después de que el Consejo de Estado belga hubiese confirmado en su *Sentencia de 17 de marzo de 2009* la legalidad del Reglamento de régimen interno de un centro escolar público por el que se prohibía a los alumnos llevar dentro del mismo cualquier prenda que cubriera la cabeza o que fuese signo ostensible de pertenencia religiosa o política, lo que incluía el velo integral islámico, Bélgica se encaminaba a ser el primer país de la Unión Europea que aprobase una prohibición de carácter general del velo integral islámico en los espacios públicos. Así, la Cámara de representantes del Parlamento belga aprobó el 29 de abril de 2010 un proyecto de Ley prohibiendo presentarse en los espacios públicos con el rostro total o fundamentalmente cubierto, y por tanto prohibiendo el uso del velo islámico integral. Sin embargo, la disolución de las Cámaras en mayo de 2010 hizo que el proyecto quedase pendiente de aprobación por el Senado. Tras la celebración de

elecciones ambas cámaras lo retomaron y lo aprobaron con un texto casi idéntico el 1 de junio de 2011, entrando en vigor el 13 de julio con su publicación en el boletín oficial belga, casi un año después de la aprobación de la equivalente Ley francesa.

Esta Ley belga (*Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, Le Moniteur Belge de 13-07-2011*) prevé una modificación del Código Penal que introduce penas-multa de 15 a 25 euros y/o prisión de 1 a 7 días, por la comisión de una falta (art. 563 bis del Código penal belga) consistente en "presentarse en los espacios públicos con el rostro total o parcialmente cubierto de forma que la persona sea irreconocible". Ha desaparecido del texto finalmente aprobado la definición legal exhaustiva de espacio público que contenía el proyecto caducado y que incluía "la vía pública, incluidos los arcenes y las aceras, los pasadizos peatonales aéreos o subterráneos, los caminos y servidumbres de paso, los parques, los jardines públicos, los campos de deporte y los parques y áreas de juego, los locales de carácter cultural abiertos al público o los edificios cerrados afectos al uso del público o en los que puedan prestarse servicios públicos". Aunque el proyecto de ley contempla excepciones a esta prohibición para los casos concretos previstos por los regla-

mentos laborales, las ordenanzas de policía o en caso de manifestaciones festivas, lo cierto es que se trata de la prohibición general de uso del velo integral islámico más severa y coactiva de las propuestas hasta el momento, puesto que concibe su mero uso público como una infracción penal y permite castigar a la mujer que la comete incluso con una pena de privación de libertad. Ello no obstante el Tribunal Constitucional belga ha confirmado en su *Decisión 145/2012 de 6 de diciembre de 2012* la constitucionalidad de la Ley sobre la base de un entendimiento del orden público inmaterial como la exigencia de reconocimiento recíproco para la convivencia en sociedad, que también había asumido el Consejo Constitucional francés.

2. Francia

Ya desde 2004, con apoyo en un entendimiento de la neutralidad religiosa "pasiva" o "distante" y siguiendo la doctrina del Consejo de Estado francés (*Sentencia de 27 de noviembre de 1989, nº 346893*), de subordinar la compatibilidad de la presencia de símbolos religiosos portados por los alumnos en los centros escolares públicos, en base al principio de laicidad y al cumplimiento por aquellos de sus obligaciones escolares, a que no constituyesen un acto de Presión, Provocación, Proselitismo o Propaganda, se habían aproba-

do en Francia prohibiciones parciales del uso del velo islámico en ciertos espacios públicos. Tal es el caso de la que impone a los alumnos, en aplicación del principio constitucional de laicidad (art. 1 CF), el art. 141-5-1 del Código de la Educación (tras su modificación por la Ley 2004-228, de 15 de marzo) relativa al uso dentro de las escuelas, colegios e institutos públicos de símbolos o de prendas que expresen ostensiblemente su pertenencia a una confesión religiosa, entre los cuales se encuentra el velo islámico según una Circular del Ministerio de Educación de 18 de mayo de 2004. Y también se habían deducido dichas prohibiciones interpretativamente, con el placet del Consejo de Estado francés, de la obligación de tener la cabeza/rostro descubierto para la identificación en un control de identidad (art. 78.1 Código de Procedimiento Criminal) o para la obtención de diversos documentos públicos de identidad como el DNI, el pasaporte y el carné de conducir (*Sentencia de 27 de Julio de 2001, n° 216903, o Sentencia de 15 de diciembre de 2006, n° 289946*), para el acceso a consulados o a puntos de control de los aeropuertos (*Sentencia de 7 Diciembre de 2005, n° 264464*), así como para demostrar la adaptación cultural a los valores de la República francesa en el procedimiento de naturalización (*Sentencia de 27 de junio de 2008, n° 286798*). Unas y otras prohibiciones abarcaban ya, sin duda, al velo integral islámico.

Sin embargo, no será hasta el año 2009 cuando se plantee la aprobación de una legislación de carácter nacional que prohíba en general el uso del velo integral islámico (o cualquier otra prenda que oculte el rostro) en los espacios públicos, que concluirá con la Ley de prohibición de ocultación del rostro en espacios públicos, de 11 de octubre de 2010. Ello, a pesar de que, según un estudio citado por la propia Asamblea Nacional francesa, el fenómeno del uso del velo integral en Francia era marginal -solo 1900 mujeres de un total de entre 5-6 millones de musulmanes portaban el velo integral-. Previamente a la tramitación de la ley, el Consejo de Estado francés emitió el 25 de marzo de 2010 un Informe sobre la posibilidad jurídica de prohibir el velo integral en los espacios públicos que *grosso modo* ponía en duda la constitucionalidad y convencionalidad de una prohibición general de aquél, aunque admitía la posibilidad de concretas y parciales prohibiciones en ciertos espacios públicos.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado constata que en el sistema jurídico vigente en Francia ya existen diversas disposiciones heterogéneas que tienen como resultado prohibir el velo islámico integral –aunque sin mencionar esta palabra– para ciertas personas y en determinadas circunstancias por motivos de orden público, y que prevén

sanciones penales a los instigadores de dichas prácticas. Además, se cuestiona la viabilidad jurídica y práctica de una prohibición general del burka en los espacios públicos, teniendo en cuenta los derechos y libertades garantizados en la Constitución francesa, el CEDH y el derecho de la Unión Europea. Considera que no es posible prohibir de forma general el burka con base en el principio de laicidad por ser una vestimenta portadora de unos valores incompatibles con la República, y entiende que sería muy discutible jurídicamente, tanto desde un punto de vista constitucional como desde el punto de vista de los tratados internacionales sobre derechos humanos, prohibirlo con base en la protección del orden público. En efecto, la noción de orden público material dominante hasta el momento en la jurisprudencia administrativa y constitucional francesa sólo permitiría prohibiciones parciales relacionadas con la concreta protección en determinados contextos de la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas, mientras que la noción de "orden público inmaterial" conocida hasta ahora estaría vinculada a la moralidad pública y a la protección de la dignidad humana, y resultaría insuficiente como fundamento jurídico de una prohibición general. Sólo acudiendo a un nuevo entendimiento discutible y no generalmente reconocido en Francia del orden público inmaterial, que lo entienda como una base mínima de

exigencias recíprocas y de garantías esenciales de la vida en sociedad (previas al texto constitucional e implícitas en el contrato social de forma permanente) que condiciona el ejercicio de otras libertades y que permite actuar contra los efectos de ciertos actos voluntarios, se podría prohibir al individuo que está en un lugar público renunciar a su pertenencia a la sociedad, o admitir que se deniegue tal pertenencia, ocultando su cara a los demás con el objetivo de impedir todo reconocimiento. Pero éste era, para el Consejo de Estado francés, un camino peligroso por la incertidumbre jurídica acerca de que tal entendimiento del orden público fuera a ser aceptado por el Consejo constitucional. Por ello, consideraba que en la situación jurídica actual no cabía una prohibición general del velo islámico integral, pero sí que, para la protección del orden público material tradicional, se podían adoptar prohibiciones sectoriales más restrictivas, con base en que eran necesarias al objeto de prevenir alteraciones del orden público altamente probables, especialmente en atención a la seguridad de bienes y de personas en ciertos espacios públicos o abiertos al público, o bien con base en que la lucha contra el fraude hace necesario el reconocimiento de la persona en ciertos lugares, lo que a su vez se vincula con las necesidades de funcionamiento de ciertos servicios públicos o con la aplicación de disposi-

ciones que comportan restricciones o tratamientos diferenciados en función de la identidad o la edad.

A pesar de este Dictamen del Consejo de Estado, la Asamblea nacional y el Senado aprobaron la Ley 2010-1192 de 11 de octubre de 2010, que además obtuvo, antes de su formalización por el presidente de la República, el respaldo del Consejo Constitucional en su parca y apodíctica *Decisión 2010-613 de 7 de octubre de 2010*, en la que se dan por buenos como fundamentos de la prohibición tanto el orden público material ("seguridad pública") como el novedoso entendimiento del orden público inmaterial ("las exigencias mínimas de la vida en sociedad"). Con ese doble fundamento, explicitado en su Exposición de motivos, la Ley prohíbe el ocultamiento del rostro en los espacios públicos, con lo que, aunque su objeto sea más amplio, prohíbe el uso del velo integral islámico en espacios públicos. Concretamente, el art. 1 de la citada Ley establece que "nadie puede en el espacio público llevar una prenda dirigida a ocultar su rostro", entendiendo el art. 2.1 a estos efectos por espacio público "las vías públicas así como los lugares abiertos al público o afectos a un servicio público". Y sanciona, en el art. 3, el incumplimiento de esta obligación con multas administrativas de hasta 150 euros y/o la asistencia obligatoria a

clases de ciudadanía (para las mujeres inmigrantes). En el art. 2.2 de la Ley se excepcionan expresamente de la aplicación de esta prohibición los casos en los que "la prenda venga prescrita o autorizada por disposiciones legales o reglamentarias, esté justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o se enmarque en el ámbito de actividades deportivas, festividades o manifestaciones artísticas o tradicionales", enumeración que tiene carácter exhaustivo.

c) Estados desfavorables a prohibiciones generales pero favorables a prohibiciones parciales

Muchos otros Estados europeos no han adoptado prohibiciones expresas y generales del velo islámico integral. Además, las prohibiciones del velo islámico no integral existentes suelen ser mayoritariamente indirectas y se derivan de obligaciones legales de identificación para el caso de un contacto ocasional con el poder público en espacios en los que las relaciones de sujeción general permiten a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado la identificación de las personas por razones de seguridad pública, investigación del delito, etc..., o están vinculadas a prohibiciones sectoriales de llevar símbolos o vestimentas de carácter religioso, circunscribiéndose a ciertos espacios públicos afectos o sometidos

a una relación de sujeción especial, como centros escolares, edificios administrativos, hospitales públicos, Salas de justicia, etc..., en los que el interés o servicio público justifican esa restricción de la libertad religiosa. A este modelo regulatorio pertenecen, entre otros, Alemania, Italia, el Reino Unido y España, aunque también existen prohibiciones sectoriales del uso del burka y el niqab en los centros escolares en Holanda.

1. *Alemania*

Desde una concepción de la neutralidad religiosa del Estado "activa" o "abierta", totalmente distinta de la laicidad "pasiva" francesa, se puede decir que las garantías iusfundamentales inherentes al orden democrático liberal que establece la *Grundgesetz* alemana harían inconstitucional una prohibición general del uso del velo islámico en los espacios públicos, sea de ámbito nacional o en cada Estado federado, valoración que corrobora el Servicio científico del Parlamento alemán respecto del velo integral en un Dictamen de mayo de 2010. En Alemania, el espacio público es concebido, en principio, como un espacio en el que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos fundamentales, incluida la manifestación de su libertad religiosa, y la neutralidad estatal a la hora de regular el uso de dicho espacio, más que

requerir que de él se eliminen las manifestaciones conflictivas de la religiosidad de los ciudadanos, requiere que el mismo sea precisamente un foro público de esa pluralidad religiosa, cultural o política, donde los conflictos se resuelvan tratando de maximizar el disfrute de los derechos fundamentales y valores constitucionales en conflicto conforme al principio de concordancia práctica.

De ahí que en ciertos espacios públicos o en ciertas relaciones con el poder público sea posible limitar el ejercicio de los derechos fundamentales implicados en el uso del velo islámico para, así, proteger derechos fundamentales de terceras personas u otros bienes o intereses de rango constitucional. En ese sentido, desde 2003 han proliferado prohibiciones parciales (indirectas) del uso del velo islámico en el ámbito educativo, que afectan a ocho (Baden-Württemberg, Baviera, Hessen, Baja Sajonia, Sarre, Bremen, Renania del Norte-Westfalia y Berlín) de los dieciséis *Länder*, y que están justificadas por la tutela de los derechos de los demás (a la educación, a la libertad religiosa negativa, etc...) o por la protección de bienes constitucionales (el mandato de satisfacer el derecho a la educación que pesa sobre los poderes públicos). Cinco de esos ocho Estados federados, concretamente Baden-Württemberg, Sarre, Baviera, Hessen y Renania del Norte-Westfalia, exclu-

yen indirectamente el uso del velo islámico por parte de las maestras en los colegios públicos, en tanto en cuanto el mismo constituye una expresión de falta de neutralidad religiosa y política, pero no excluyen igualmente el uso de símbolos religioso-culturales cristianos, como el hábito de las monjas, un diferente trato en beneficio de la mayoría cultural cuya constitucionalidad ha sido convalidada por la *Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo Federal, de 24 de junio de 2004*.

En efecto, aunque el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en su decisión de 24 de septiembre de 2003 (*BVerfGE 108, 282*) estimó el amparo constitucional solicitado por la joven profesora musulmana Fehresta Ludin, expulsada de la función pública docente por portar un velo islámico no integral, admitió en dicha sentencia que las autoridades de los *Länder* estableciesen por Ley la prohibición de que los maestros de los colegios públicos lleven un velo islámico (concretamente un hiyab), con el argumento de que puede conllevar una falta de idoneidad constitucional para el ejercicio de la función pública. En otras palabras, afirmó que cabía la prohibición del velo islámico siempre que el legislador escolar de cada Estado federado la hubiese previsto y la hubiese justificado razonablemente en la exis-

tencia de un conflicto real (no meramente potencial) con otros intereses de rango constitucional, como el derecho a la educación de los alumnos, la libertad religiosa negativa de éstos, el derecho a educar a los hijos de los padres, o el mandato constitucional sobre los poderes públicos de proveer una educación neutral, derechos e intereses que prevalecerían en dicha situación concreta.

A tenor de esta jurisprudencia constitucional parece claro que el velo islámico integral, con connotaciones religiosas, culturales y político-ideológicas mucho más fuertes y claras que las del hiyab, pero sobre todo con una capacidad mucho mayor para convertirse en un elemento distorsionador, cuando no en una barrera, del proceso educativo, podría ser prohibido en el ámbito educativo tanto a los docentes como a los discentes. Sin embargo, para ello es necesario que así se prevea por Ley y que se fundamente adecuadamente por el legislador en los mencionados términos. Así, respecto de la prohibición de su uso por parte de las profesoras servirían de fundamento legal las obligaciones de neutralidad y de idoneidad pedagógica establecidas por las Leyes de educación de los Estados federados, aunque se requeriría que fuesen generales y no discriminatorias en atención a la concreta religión de la que es expresión la vestimenta. Y respecto de las alumnas, cabe decir que, la

dimensión objetiva de la libertad religiosa exige del Estado una cierta búsqueda de una solución razonable que concilie el ejercicio de esta libertad por las alumnas que llevan velo islámico y la satisfacción de su derecho a la educación a través del cumplimiento de sus obligaciones educativas. Ello ha llevado, por ejemplo, a que se haya aceptado por el Tribunal Supremo administrativo federal en Sentencia de 11 de septiembre de 2013 (*BVerwG 6 C 25.12*) la participación de alumnas musulmanas en clases mixtas de natación ataviadas con un burkini en lugar de con el habitual traje de baño, pero al mismo tiempo que dos alumnas fueran expulsadas de una escuela pública de Bonn en 2006 por portar un burka durante el desarrollo de las clases con apoyo en los §§42 y 53 de la Ley de educación de 30 de marzo de 2004 del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia, que establecen la obligación para el alumnado de seguir las actividades educativas y facilitar la consecución de los objetivos del proceso educativo establecidos en la Constitución y la propia ley educativa de cada Estado federado, dado que el burka les impedía el normal desarrollo de su propio proceso educativo y alteraba el de los demás alumnos y, con ello, el orden escolar.

Además de estas prohibiciones parciales en el ámbito educativo, se deducen implícita-

mente otras prohibiciones sectoriales del velo islámico de otras disposiciones legales, como el §17a.1 de la Ley sobre el derecho de reunión y manifestación de 15 de noviembre de 1978, que prohíbe participar en reuniones en espacios abiertos al público o en manifestaciones en forma tal que se impida la acreditación de la identidad o portando objetos que impidan la acreditación de la identidad (el velo islámico integral lo es); las normas y reglamentos sobre circulación de vehículos a motor y seguridad vial que, por razones de seguridad pública, impedirían conducir con burka o niqab, puesto que éstos limitan la capacidad de visión y de maniobra del vehículo. Por último, el *Bundesverfassungsgericht* en su *Sentencia de 27 de junio de 2006* ha estimado un recurso de amparo y ha considerado contraria a la libertad religiosa de la recurrente la aplicación dada al §176 de Ley orgánica del Poder Judicial por un juez de menores que prohibió a una mujer del público portar un velo islámico no integral en la Sala y la expulsó, ante su negativa a quitárselo, por alteración del orden, si bien los mismos argumentos dados en la sentencia por el Tribunal Constitucional Federal alemán servirían de base para justificar la prohibición y la expulsión de la mujer que portase velo islámico integral al no permanecer ésta identificable.

2. Italia

Partiendo de una comprensión igualmente positiva o pluralista de la "laicidad" prescrita por los arts. 7 y 8 de la Constitución de 1947, tampoco parece jurídicamente posible en Italia una prohibición general del velo islámico en los espacios públicos. En este sentido, se considera que el Estado debe actuar como garante del pluralismo cultural y religioso, y los espacios públicos deben ser un lugar para el diálogo y la coexistencia pacífica de las distintas tendencias religiosas y culturales existentes en la sociedad, así como del mantenimiento de las condiciones que hacen lo anterior posible.

Con todo, el párrafo 26 de la Carta de valores de la ciudadanía y la integración, documento programático jurídicamente no vinculante presentado por el Ministerio del interior italiano el 23 de abril de 2007, dispone que "en Italia no se ponen restricciones al vestuario de las personas, con tal de que se elija libremente y no sea perjudicial para su dignidad. *No son aceptables formas de vestirse que tapen el rostro porque eso impide el reconocimiento de la persona así como entrar en relación con los demás*" (la cursiva es nuestra). En este mismo sentido, dos Circulares del Ministerio del Interior italiano, una de 14 de marzo de 1995 y otra de 24 de julio de

2000, precisan en relación con las fotografías necesarias para documentos oficiales, como el DNI o los permisos de residencia, que el turbante, el chador y el velo portados por motivos religiosos son parte integrante de las vestimentas habituales y concurren en su conjunto a identificar a quienes lo portan, siempre que se mantenga el rostro descubierto.

Más allá de lo anterior no existe en Italia una prohibición general del uso del velo islámico en los espacios públicos. Sin embargo, tras diversas campañas municipales en contra del burka, algunos Ayuntamientos italianos han intentado establecer prohibiciones generales del mismo en el ámbito municipal tomando como base legal el art. 5 de la Ley 152/1975, de 22 de mayo, de tutela del orden público, que prohíbe "el uso, *sin motivo justificado*, de cascos protectores o de cualquier otra prenda que haga difícil la identificación de la persona en un lugar público o abierto al público" (la cursiva es nuestra), y que convierte en absoluta esta prohibición en el caso de "manifestaciones que se desarrollen en lugar público o abierto al público, bajo pena de prisión de uno a dos años y de multa de 1000 a 2000 euros". Sin embargo, estas prohibiciones municipales han sido declaradas ilegales por diversas consideraciones legales (formales y materiales) por la *Sentencia de 19 de junio de 2008 del Consejo de Estado*

italiano. Entre los argumentos de fondo esgrimidos por el Consejo de Estado italiano aparece la interpretación del mencionado art. 5 de la Ley de 1975 en el sentido de que el ejercicio de la libertad religiosa por parte de las mujeres portadoras del burka es un motivo justificado para cubrirse la cabeza y hacer difícil la identificación en los espacios públicos, salvo en el caso de manifestaciones, en el que la prohibición para la tutela del orden público es absoluta. El Consejo de Estado añade que esta interpretación no excluye que en determinados lugares públicos o en ciertos ámbitos del ordenamiento jurídico se puedan prever -incluso en sede administrativa- prohibiciones parciales del uso del velo integral islámico basadas en exigencias de identificación específicas y sectoriales.

A pesar de lo anterior, en contra de lo establecido en la mencionada Sentencia del Consejo de Estado, una Ordenanza municipal del municipio piamontés de Varallo-Sesia, aprobada por un alcalde la Liga Norte, ha prohibido en 2009 el burkini (un traje de baño islámico para las mujeres que deja descubierto solo el rostro) en los lugares públicos del municipio, bajo sanción de incautación del traje de baño y de multa de 500 euros; y otra Ordenanza municipal de 2009 del municipio de Drezzo ha prohibido el uso del velo islámico integral en los lugares públicos o abiertos

al público. Por último, el mismo grupo parlamentario de la Liga Norte ha depositado en el la Cámara de diputados italiana el 2 de octubre de 2010 una proposición de ley para modificar la Ley de 1975, con el fin de prohibir el uso del burka en espacios públicos sin excepciones, es decir, sin la posibilidad de cubrirse la cabeza por motivos justificados, lo que, como se ha visto, plantea problemas de constitucionalidad en la medida en que la justificación consista en el ejercicio de un derechos fundamental como la libertad religiosa.

3. *Reino Unido*

A pesar de que en el Reino Unido, a diferencia del resto de los Estados europeos analizados hasta ahora, existe una religión oficial del Estado, la anglicana, hay también una larga tradición de tolerancia hacia las minorías culturales y religiosas, enraizada tanto en documentos legales -desde la Toleration Act de 1689- como en el common law, y que se ha ido reforzando con el tiempo a medida que se transitaba de la consideración de muchas libertades (incluida la religiosa) como libertades negativas (que exigen la no injerencia del Estado) hacia su concepción como derechos, cuyo valor objetivo hace necesaria la intervención del Estado en las relaciones sociales para garantizar su adecua-

da protección. En consonancia con lo anterior, se puede decir que no existe en el Reino Unido normativa legal que prohíba con carácter general el uso de prendas religiosas, en particular del velo islámico, y que las prohibiciones existentes son de carácter parcial y se han ido estableciendo en ciertos contextos, como el escolar, a partir de reglamentaciones escolares o laborales que han sido cuestionadas ante los tribunales.

En ese sentido de tolerancia hacia los grupos sociales y culturales minoritarios, cada vez más numerosos en un país con innumerables ex-colonias, la House of Lords ya había decidido en 1983, en el caso *Mandla v Dowell Lee* ([1982] UKHL7), que la prohibición de llevar un turbante Sikh establecida por un Reglamento de un centro escolar constituía una discriminación racial, y no meramente religiosa, conforme a la Race Relations Act de 1976, dado que los Sikhs eran, además de un grupo religioso, un grupo étnico protegido especialmente por dicha ley. Esta circunstancia es considerada especialmente relevante y vuelve a ser tenida en cuenta por la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia para Inglaterra y Gales de 29 de julio de 2008 (Queen's Bench Division)* en el caso *Watkins-Singh, R (on the application of) v Aberdare Girls' High School & Anor*, ([2008] EWHC 1865 (Admin)), que declara ilegal la prohibición de que una

niña Sikh porte en un colegio una Kara (brazaletes planos de acero de unos 50 cm de ancho, que tiene un gran significado simbólico-religioso para los Sikhs). Ya en la primera de estas dos últimas sentencias se exponen, en relación con la existencia o inexistencia de justificación razonable para la prohibición, las líneas maestras de la actitud de los tribunales británicos en esta cuestión: la búsqueda de una solución negociada y justificada que tenga en cuenta todo lo posible tanto los intereses de la mayoría como los de las minorías culturales involucradas. La House of Lords afirma en el caso Mandla que entiende que "el director de la escuela tuviese grandes dificultades para explicar a un alumno no perteneciente al grupo Sikh por qué se le aplicaban a él las reglas relativas al uso de un uniforme escolar correcto y se flexibilizaban en favor del alumno Sikh", pero que, en su opinión, ello no "aportaba una justificación suficiente para una condición (la prohibición) que es *prima facie* discriminatoria conforme a la Ley de 1976". El Tribunal hubiese estado dispuesto a aceptar la prohibición si se hubiese justificado en que se trataba de "una escuela cristiana que aceptaba alumnos de todas las religiones y razas y que la objeción al turbante se apoyaba en que era una manifestación externa de una fe no cristiana, que en efecto se opondría a la fe cristiana", pero no fue posible porque, aunque conforme a la ley corresponde

al colegio "la carga de probar que el requisito que trata de imponer está justificado en todas las circunstancias, con independencia del color, raza, nacionalidad u origen étnico o nacional de la persona a la que se le aplica", la principal justificación dada en el caso por el colegio fue que el turbante debía ser prohibido "porque es la manifestación del origen étnico del recurrente".

Por lo que se refiere ya en concreto al estatus legal del velo islámico en las escuelas, tras diversas resoluciones contradictorias de instancias judiciales inferiores, la cuestión ha sido finalmente decidida por el Comité Judicial de la House of Lords en el caso *R (Begum) v Headteacher and Governors of Denbigh High School* ([2006] UKHL 15). En una decisión, en la que ya era aplicable la Ley de Derechos Humanos de 1998 que transpone al ordenamiento británico la Convención Europea de Derechos Humanos, y en la que no se cuestionaba una prohibición que afectaba a una persona perteneciente a un grupo étnico como en los anteriores casos *Mandla o Watkins-Singh*, el Tribunal decide confirmar la legalidad de las disposiciones reglamentarias sobre uniformes del Instituto de Denbigh en Luton, y la consiguiente prohibición de que la alumna Shabina Begum pueda utilizar un hiyab para asistir al mismo. En opinión del Juez Lord Bingham of Cornhill, que expresa la opinión

común de la Sala, el colegio considera que "el uniforme escolar desarrolla un papel integral en la garantía de estándares elevados y de calidad, en servir a las necesidades de una comunidad plural, promoviendo un sentido positivo de identidad común y evitando la manifestación de diferencias económicas y de moda". Para conciliar estos intereses contrapuestos el Instituto ofrece tres tipos de uniforme que toman en consideración aspectos culturales y religiosos presentes en la comunidad escolar, y así, permite a las chicas llevar un pañuelo en la cabeza siempre que, entre otros requisitos, deje descubierto el cuello de la camisa y la corbata (distintivos del centro escolar), a lo que se opone la forma de llevar el hiyab. En la sentencia se es consciente de la importancia fundamental de la libertad religiosa del art. 9 CEDH para una sociedad plural y multicultural, y, aunque surge una discrepancia entre el ponente, que considera que no se ve afectada dicha libertad, y los jueces Lord Nicholls y Lady Hale of Richmond, que consideran que sí se ve afectada, la opinión común del Tribunal acepta que existe dicha injerencia y analiza si la misma está o no justificada desde el punto de vista de la proporcionalidad siguiendo el criterio del TEDH fijado en el caso *Sahin v Turkey*. De él deduce la House of Lords que el TEDH reconoce la "necesidad en algunas ocasiones de restringir la libertad de manifestar las creencias religio-

sas, el valor de la armonía religiosa y de la tolerancia entre grupos contrapuestos y enfrentados, el pluralismo y la apertura de mente, la necesidad de alcanzar un compromiso y un equilibrio, el papel del Estado a la hora de decidir lo que es necesario para proteger los derechos y libertades de los demás, la variedad de prácticas y de tradiciones entre los Estados miembros del Convenio, y la admisibilidad en algunos contextos de restringir el uso de prendas religiosas". Y, en consonancia con ello, no acepta las críticas de la recurrente hacia el instituto por permitir otras modalidades de velo islámico y prohibir el hiyab, pues considera que los colegios pueden tener en el espacio y en el tiempo "diversas políticas sobre los uniformes, en atención a la composición de su alumnado y a muchas otras cuestiones". Considera, por ello, que "cada colegio debe decidir qué uniforme, si se impone alguno, sirve mejor a sus fines educativos", teniendo en cuenta la opinión los intereses de la comunidad educativa, afirmando que en el caso "el Instituto no rechazó la solicitud de la recurrente sin oírla, sino tras ello, y a la vista de que su política de uniformes se adecuaba a la opinión mayoritaria de la comunidad musulmana".

En esta misma línea, el Tribunal Superior de Justicia para Inglaterra y Gales (Queen's Bench Division) confirmó en una *Sentencia de*

13/15 de febrero de 2007, caso R (on the application of X) v The Headteachers of Y School and The Governors of Y School ([2007] EWHC 298 Admin), la legalidad de la prohibición establecida por una escuela de que una niña de 12 años musulmana no pudiese asistir llevando el velo integral (niqab), sobre las mismas bases relativas a la autonomía de los centros para establecer reglas sobre uniformes escolares y, además, con el argumento de que el velo integral podría resultar un obstáculo para la integración escolar de la niña y para el normal desarrollo de las clases. También en relación con el velo islámico integral en el ámbito escolar, pero en este caso desde la perspectiva laboral de una profesora, el Tribunal de Apelación de Trabajo ha sostenido en una *Sentencia de 30 de marzo de 2007, caso Azmi v Kirklees Metropolitan Borough Council ([2007] UKEAT 0009_07_3003.7)*, que un colegio puede despedir a una profesora que pretende usar un velo integral (niqab), en su actividad docente. El Tribunal considera justificada la exigencia de que durante la impartición de las clases el contacto gestual y visual entre los alumnos y el profesorado refuerce la comprensión y el aprovechamiento de la actividad educativa por parte de aquéllos, en la medida en que se persigue el legítimo fin de hacer efectivo el derecho a la educación de los alumnos, y es una limitación proporcionada de la libertad religiosa de la

profesora. Sin embargo, a pesar de que la *Sentencia del Tribunal Apelación de Trabajo para Inglaterra y Gales, de 12 de febrero de 2010, caso Eweida v British Airways Plc ([2010] EWCA Civ 80)* confirmó el despido de una azafata de la compañía aérea British Airways que se negó a ocultar bajo las ropas o a quitarse un crucifijo, con el argumento de que no su práctica no era una práctica considerada como religiosamente obligatoria por la mayoría de los miembros del grupo, sino que era una práctica individual, el TEDH en su *Sentencia Eweida and others v United Kingdom de 15 de enero de 2013* amparó la libertad religiosa de la Sra. Eweida para llevar un crucifijo durante su trabajo como azafata, dado que no se había probado la interferencia de esta conducta con las funciones a desempeñar, mientras que rechazó idéntica pretensión de la Sra. Chaplin, enfermera de un hospital, precisamente porque en el ámbito de la sanidad, la salud y la seguridad del paciente pueden verse comprometidas por el uso del crucifijo y aquellas tienen preferencia. En unos términos similares, pero en el ámbito institucional de la colaboración con el ejercicio de la función jurisdiccional, un juez inglés de inmigración prohibió a una abogada ataviada con niqab defender a su cliente en su Sala, precisamente porque el velo impediría al juez oírla adecuadamente y, por tanto,

satisfacer el ejercicio del derecho de defensa del cliente.

4. *España*

En España, ni la vigente LOLR, ni ninguna otra disposición legal, han previsto hasta el momento explícitamente una prohibición general de llevar el velo islámico (integral o no) en los espacios públicos. Para solucionar muchos de los conflictos surgidos a raíz del incremento de la población inmigrante existente en nuestro país y, consiguientemente, de la pluralidad religiosa y cultural que genera la inmigración, se ha echado mano del acervo legal existente, tratando de deducir interpretativamente de los diversos textos legales y reglamentarios sectoriales, sobre todo en materia educativa, prohibiciones implícitas del uso del velo islámico (integral o no) en ciertas relaciones sociales y en ciertos espacios públicos. Así, por ejemplo, en el ámbito educativo, el Instituto público de enseñanza secundaria de Pozuelo de Alarcón, en aplicación de del art. 32.4 c) de su Reglamento de régimen interno, que dispone que "los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros" y que "en el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza", prohibió a una niña musulmana a asistir a

clase con un Hiyab, prohibición que ha sido avalada en 2012 por *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 32 de Madrid*.

En el ámbito judicial, el 23 de septiembre de 2009 el juez Javier Gómez Bermúdez solicitó que se ausentase de su Sala de la Audiencia Nacional una testigo que se negó a declarar sin el burka, con base en la imposibilidad de valorar la veracidad de su testimonio. Y el 29 de octubre de ese mismo año, en un asunto cuya decisión contrasta con la dictada por la *Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 27 de junio de 2006* en un supuesto similar, la abogada Zoubida Barik Edidi, de origen marroquí y nacionalidad española, estando en los estrados de una Sala de vistas de la Audiencia Nacional revestida con toga y con un hiyab, fue expulsada por el mismo juez, al negarse a quitarse el velo islámico, con base en una discutible interpretación del art. 37.1 del Estatuto de la Abogacía y del art. 33 del Reglamento de Honores, Tratamiento y Protocolo en los actos judiciales solemnes. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desestimó el recurso de la abogada sin entrar en el fondo del asunto, al considerar que el acto del juez Bermúdez era un acto jurisdiccional (del orden penal) y no un acto administrativo, por lo que debería haberse

impugnado por los cauces previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 2 de noviembre de 2010, FJ. 7º*).

En el ámbito administrativo, también se deduce una prohibición de uso del velo integral implícitamente de la obligación impuesta por el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se regulan sus características, y por el Real Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad, de que se utilicen fotografías del "rostro del solicitante, tamaño carné, en color y con fondo claro, liso y uniforme, tomada de frente, y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que impida la identificación de la persona".

Pero quizás lo que haya suscitado más polémica en relación con el uso del velo islámico en el espacio público haya sido la aprobación por parte de diversos Ayuntamientos catalanes (Lleida, Reus, Barcelona, Tarragona) de Ordenanzas municipales que introducen de forma expresa, bajo multa pecuniaria, prohibiciones parciales del uso del velo islámico integral en espacios de titularidad municipal, con una finalidad preventiva desde el punto de vista de la seguridad y de la identificación de los usuarios de los servicios

municipales. Sin embargo, la prohibición de la Ordenanza municipal de Lleida ha sido declarada ilegal por la *STS (Sala de lo contencioso-administrativo)* de 14 de febrero de 2013.

A la luz de este panorama regulatorio del uso del velo islámico en España, procede analizar seguidamente de forma somera cuáles son, en mi opinión, las condiciones constitucionales para su prohibición en los espacios públicos.

4. Condiciones constitucionales en España para la prohibición del velo islámico en los espacios públicos

a) *Uso del velo islámico como expresión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la propia imagen*

Los ciudadanos, incluso quienes se encuentran en una relación de sujeción especial como titulares de un cargo o función pública (jueces, abogados, maestros, alcaldes, etc...) o como beneficiarios de un servicio público (alumnos, pacientes, etc...), disfrutan de sus derechos fundamentales también bajo esa relación administrativa, aunque de forma menos amplia, dado que los mismos son limitables más intensamente que cuando están en sus vidas privadas, en sus domicilios o en las vías

públicas, es decir, en relaciones de sujeción general.

Dicho esto, la primera pregunta que es preciso responder, es la relativa a si el uso del velo islámico es ejercicio de algún derecho fundamental, pues solo si lo fuera podrá responderse después a la pregunta de bajo qué condiciones es limitable. Da una respuesta afirmativa la abundante jurisprudencia del TEDH relativa a la libertad religiosa protegida por el art. 9 CEDH y al uso del pañuelo o velo islámico, y de diversos Tribunales constitucionales y supremos europeos, como el alemán (*BVerfGE* 108, 282, 299), el Comité Judicial de la House of Lords Británica (*R (Begum) v Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15) o el Consejo de Estado Italiano (*Sentencia del Consejo de Estado de 19 de junio de 2008*). Entre las muchas sentencias del TEDH, cabe mencionar la STEDH de 15 de febrero de 2001 (*Caso Dahlab v Switzerland*), la STEDH de 29 de junio de 2004 (*Caso Leyla Sahin v Turkey*) y las SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (*Caso Kervanci v France* y *Caso Dogru v France*), todas ellas relativas a la prohibición del uso del velo islámico en el contexto escolar; la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1978 (*Caso X v United Kingdom*), relativa a la obligatoriedad del uso del casco y la implícita

prohibición de uso del turbante Sikh por los motociclistas; así como la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1993 (*Caso Karamandu v Turkey*). Sintéticamente se puede decir que esta jurisprudencia considera, en principio, el uso del velo islámico en espacios públicos como una conducta amparable por el derecho a la libertad religiosa del CEDH, siempre que sea la "efectiva expresión" de las creencias religiosas de la mujer que lo porta; pero también considera que es susceptible de prohibición siempre que el Estado lo haga por ley y demuestre que es una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás, sin que al hacerlo tengan un margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas o de su forma de manifestación.

Además, en la medida en que se trata de un acto de configuración de la apariencia exterior de la persona, portar un velo islámico (o símbolos de otras religiones, como una cruz cristiana, un kippa judío, etc...) también puede ser considerado ejercicio del derecho a la propia imagen. En efecto, aunque la jurisprudencia constitucional apenas se haya ocupado hasta el momento de esta faceta del objeto del derecho a la propia imagen, y se haya centrado

en la facultad de disponer sobre la representación gráfica de la figura humana más que en la configuración exterior (visible) de dicha figura, sí que cabe deducir de las pocas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional se ha visto confrontado con el problema de la limitación de la apariencia exterior de la persona que se trata de una conducta (limitable) enmarcada en la protección del derecho a la propia imagen (*STC 170/1987, de 30 de octubre* y *STC 84/2006, de 27 de marzo*), lo cual ha sido expresamente afirmado por la jurisdicción ordinaria (*STS (Sala 1ª) de 17 de septiembre de 2007, FJ. 1.3º*). Ciertamente, algunas formas de manifestación pública de la persona ataviada con velo islámico (el velo integral) resultan más aislantes y hacen más difícil (bajo ciertos patrones de la cultura occidental) la comunicación social, al faltar interacción visual, pero ello no necesariamente ha de ser visto como una manifestación de la imagen de la persona que haya de quedar fuera del objeto protegido por el derecho fundamental del art. 18.1 CE, siempre y cuando la misma sea resultado de su libre elección, pues también a través de ella puede realizar su dignidad personal, aunque sea aislándose comunicativamente de una mayoría social cuya cultura no se considera dignificante para ella.

Que el uso en público del velo islámico forme parte del objeto de uno u otro derecho fundamental, o de ambos a un tiempo, dependerá, sobre todo, del significado que se le atribuya como símbolo. En mi opinión, la polémica acerca de si el velo islámico es un símbolo religioso o un símbolo meramente cultural se ha de resolver en principio a favor de su carácter religioso, puesto que, más allá de la concepción -subjetiva u objetiva- que se mantenga de símbolo religioso, lo cierto es que tanto la mayoría de las mujeres que lo portan, como la propia sociedad occidental que se ve confrontada con él, lo asocian como práctica con la confesión religiosa islámica, algunas de cuyas corrientes deducen su uso de los versículos 24:31 y 33:59 del Corán. Pero, tanto si se le atribuye un significado religioso y es manifestación de las convicciones religiosas de la mujer que lo porta, como si se le atribuye un significado meramente identitario-cultural y no es más que expresión de la configuración que la mujer quiere dar a su apariencia exterior, la conducta consistente en llevar velo islámico estaría también abstractamente protegida por el derecho fundamental a la propia imagen.

Se podrá decir, ciertamente, que la mujer musulmana que porta el velo integral está privada de auténtica autonomía de voluntad para decidir libremente debido a sus

condicionantes religioso-culturales y familiares. Pero, aun aceptando que esto pudiera ser así en una mayoría de los casos, se estaría ante otro problema distinto, el de la violencia o desigualdad de género en la familia y/o en la sociedad, que no solo afecta a las mujeres musulmanas sino también -aunque en menor medida- a otras mujeres de grupos culturales y religiosos diferentes, así como a los menores de edad en general, muchos de cuyos padres o tutores se resisten a ejercer sus funciones/derechos educativos previstos por los arts. 39 CE, 27.3 CE y 154 CC en beneficio de la personalidad de sus hijos, es decir, orientándolos a la libre formación de las conciencias de las personas que se encuentran bajo su influencia o cuidado, e ignoran en muchos casos la progresiva capacidad constitucional de los menores para ejercer sus derechos fundamentales por sí mismos a medida que aumenta su grado de madurez (art. 162.1 CC). Es más, en la cultura social dominante también existen multitud de pautas de conducta machista, asumidas voluntariamente por las mujeres occidentales, fruto de una cultura tradicional machista transmitida de padres/madres a hijos/hijas e imbricadas en la sociedad, que van desde la representación visual del cuerpo femenino predominantemente como un objeto sexual, hasta el rol de la maternidad en la realización personal de la mujer, cuya libre asunción por la mujer no es cuestionada.

Para evitar cualquiera de estas desigualdades de género, contrarias a la dignidad de la mujer, el Estado dispone de otros instrumentos más eficaces que la limitación arbitraria e ilegítima de los derechos fundamentales de aquella, como, por ejemplo, la más eficaz supervisión y garantía de que padres o esposos respetan en el interior de las relaciones familiares la libertad de conciencia de sus hijas o esposas y no las adoctrinan, o la más intensa y generalizada educación en valores cívicos (incluido el de la igualdad entre hombres y mujeres) en todos los centros escolares y para todos los alumnos con independencia de la formación religiosa y moral que quieren escoger sus padres, aunque éstos sean instrumentos más impopulares que las prohibiciones del velo islámico, dado que afectan a casi todos los grupos sociales y reflejan las deficiencias ético-democráticas que casi todos aún padecemos en nuestra vida cotidiana.

b) Límites constitucionales formales a la prohibición del velo islámico en los espacios públicos

Aunque se afirme la abstracta protección del uso del velo islámico por los derechos a la libertad religiosa o a la propia imagen, el ejercicio de esos derechos no es ilimitado, sino que el mismo está sometido a límites. Ahora bien, ello no permite a la mayoría

social decidir libremente cuándo, por qué cauce normativo y con qué finalidad impone límites a aquellos derechos, con tal de que sean generales y aplicables a todo el mundo sin distinción y persigan una inconcreta paz social, sino que, por imperativo constitucional, los mismos, además de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados (art. 53.1 CE), tienen que estar previstos en una norma con rango de Ley y perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, es decir, además de haber sido establecidos por Ley, los fines a perseguir con el establecimiento del límite deben estar previstos expresamente en una norma constitucional o derivarse implícitamente de la garantía de otros derechos o bienes constitucionales (*STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11º*, o *STC 14/2003, de 30 de enero, FJ 9º*). En otras palabras, cuando se trata de la limitación de los derechos fundamentales, las Constituciones democráticas, en particular la española, no son equidistantes respecto del conflicto entre mayoría y minoría, sino que se interponen directamente en favor de la minoría que ejerce sus derechos en el espacio público, subordinando la capacidad del poder público para limitar/delimitar esos derechos a estrictas exigencias formales -los límites deben establecerse por norma con rango de Ley de forma cierta y clara- y materiales -los límites deben respetar el contenido esencial de los

derechos fundamentales limitados, establecerse sólo cuando sea necesario en una sociedad democrática para proteger ciertos bienes o derechos de rango constitucional, y aplicarse proporcionadamente-.

Por lo que refiere a las garantías de carácter formal, la principal se refiere a la exigencia de que la regulación material que limite o regule el ejercicio de un derecho fundamental de los regulados en el Capítulo 2º del Título I de la CE, como la libertad religiosa o el derecho a la propia imagen, posea rango legal (*STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º*). Podría pensarse que, en la medida que limitar es afectar a un elemento esencial del derecho fundamental se requeriría que fuera una Ley orgánica la que estableciese los supuestos en los que el uso del velo islámico (integral o no) puede ser prohibido. En este sentido el art. 3.1 de la Ley Orgánica de libertad religiosa establece abstractamente que el ejercicio de esta libertad podrá limitarse para proteger el derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, y para salvaguardar la seguridad, la salud y la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática, lo que *grosso modo* coincide con lo dispuesto también en el art. 16.1 CE y en el art. 9.2 CEDH. Pero, incluso aunque se aceptase que la prohibición

del uso del velo islámico en ciertos espacios públicos no conlleva en sí misma una limitación de los derechos afectados, en el sentido de una reducción del haz de facultades iusfundamentales protegidas por la libertad religiosa/la propia imagen, sino únicamente una mera regulación de su ejercicio, es decir, la determinación del tiempo, espacio y modo en que se pueden realizar la conducta iusfundamental consistente en llevar el velo islámico, que quedaría excluido solo en aquellos espacios y momentos en los que la comunicación requiere un contacto gestual y visual o la adecuada identificación de la persona para el acceso a un servicio o un edificio público, dicha regulación tendría que hacerse por Ley (art. 53.1 CE) del Estado o de las Comunidades Autónomas (*STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11º, STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 12º y STC 133/2006, de 27 de abril, FFJJ 4º-5º*). De ahí que la flexible interpretación del TEDH respecto al concepto de "Ley" limitativa de la libre manifestación de las creencias, que incluye tanto las normas aprobadas por el Parlamento como las disposiciones reglamentarias de los Gobiernos de los Estados, sea un estándar común convencional superado por el mínimo de garantía formal previsto en la Constitución española, y deba aplicarse esta última garantía formal más elevada.

Una posible forma de valorar si la restricción que conlleva la prohibición sectorial o general del velo islámico implica la imposición de un límite, y por tanto la concreción de un elemento esencial de un derecho de la Sec. 1ª del Cap. 2º del Tít. I CE que debe realizarse por Ley orgánica, o por el contrario una mera regulación del ejercicio de los derechos afectados que puede hacerse por Ley ordinaria, podría ser tener en cuenta la extensión espacial, temporal y modal de la restricción impuesta, de manera que cuando ésta sea generalizada y amplia en alguno de estos tres ámbitos se estaría ante un límite, y cuando no lo fuera y fuese puntual se estaría ante una regulación del ejercicio. Con base en lo anterior, hay que preguntarse por la conformidad con estas garantías constitucionales formales de las disposiciones reglamentarias municipales que prohíben el acceso a edificios o instalaciones municipales portando un velo integral, o de los Reglamentos de Régimen Interno de Centros escolares públicos que prohíben cualquier tipo de velo o prenda que cubra la cabeza, pues los mismos podrían carecer del adecuado rango legal para limitar/regular el ejercicio de la libertad religiosa y/o la propia imagen.

Por lo que respecta a la cobertura legal de las ordenanzas municipales españolas prohibitivas del velo islámico integral, ésta se

podría ver, con carácter general, en los art. 4.1 y 84.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), que permiten al Municipio intervenir la actividad de los ciudadanos en el ámbito de sus competencias, algunas de las cuales son, conforme al art. 25.2.a) y c) LRBRL, la seguridad en lugares públicos y la protección civil; y, por lo que respecta a la tipificación de las infracciones y sanciones en caso de contravención de las prohibiciones contenidas en las Ordenanzas, en los arts. 139 a 141 LRBRL, conforme a los cuales, "para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes". La abstracción de la legislación citada a la hora de definir los límites de las manifestaciones de las convicciones religiosas o el derecho a la configuración exterior de la imagen se pretende salvar con la flexible interpretación que ha realizado la jurisprudencia constitucional del cumplimiento de la reserva de Ley en el caso del desarrollo de las materias reservadas por

parte de las ordenanzas municipales (*STC 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 10º y 18º, STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6º*). Sin embargo, la reciente *STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 14 de febrero de 2013* ha negado dicha cobertura legal a la Ordenanza municipal de Lleida en lo que se refiere a la prohibición de acceder y permanecer en edificios e instalaciones municipales con velo islámico integral, argumentando que la cobertura de la LBRL no es suficiente y se refiere a la facultad de las autoridades locales para decidir sobre sus servicios, la convivencia en el municipio o las malas conductas y las multas correspondientes que pueden ser impuestas, pero no para establecer prohibiciones que limiten el ejercicio de un derecho fundamental que es una regulación diferente. No obstante el Tribunal Supremo sí que ha admitido la cobertura legal en lo que se refiere a la prohibición indirecta que se deriva de la obligación de quitarse el velo islámico integral para acceder a los servicios de transporte municipal a fin de comprobar la identidad de los beneficiarios de tarifas reducidas.

En mi opinión y en parcial discrepancia con la solución a la que ha llegado el Tribunal Supremo, las prohibiciones previstas en estas Ordenanzas municipales sí tendrían suficiente cobertura legal en la LBRL siempre que se interpreten (restrictivamente) de forma cons-

titucionalmente adecuada. Dado que su función solo puede ser concretar las condiciones legalmente establecidas para el ejercicio de los derechos fundamentales por los habitantes del municipio que porten ciertas vestimentas, con el fin de tutelar bienes o valores de rango constitucional, como el correcto funcionamiento de los servicios municipales, dichas concreciones reglamentarias deben tener una conexión racional con las finalidades constitucionalmente legítimas previstas en por la LRBRL, e igualmente, su aplicación en el caso concreto por las autoridades municipales o por los Tribunales debe estar guiada por el respeto a esta exigencia de reserva de ley, lo que implica, por ejemplo, que no se pueda suponer automáticamente que cualquier ocultamiento del rostro supone un menoscabo para la seguridad pública o para el buen funcionamiento de los servicios municipales, y que la prohibición sólo sea legítima si se refiere a los controles de identidad para el acceso a las instalaciones y servicios municipales que lo requieran por estar su uso restringido a los vecinos del municipio, pero no para la permanencia en los mismos. Así, la ordenanza podría prohibir acceder, pero no permanecer con velo islámico integral en los edificios o servicios municipales de quienes ya han sido identificados para el acceso al servicio, en la medida en que resulta fácil vincular la prohibición de acceso con el correcto funciona-

miento del servicio municipal, que es la finalidad prevista por la LRBRL, pero no la prohibición de permanencia.

Más sencillo resultaría justificar formalmente las limitaciones impuestas por los Reglamentos de Régimen interior de los centros escolares públicos, aplicadas hasta ahora al velo no integral, pero extensibles al velo integral. Aquí, operan como suficiente regulación legal directa del ejercicio de los derechos fundamentales, o incluso de sus limitaciones, los deberes que impone el art. 6.4.b),e),f) y g) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE) a los alumnos, entre los que se encuentran: "b) *Participar en las actividades formativas* y, especialmente, en las escolares y complementarias"; "e) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, *respetando el derecho de sus compañeros a la educación* y la autoridad y orientaciones del profesorado"; "f) Respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa"; "g) *Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo*" (la cursiva es nuestra). Las disposiciones reglamentarias, podrán, conforme a la jurisprudencia consti-

tucional (*STC 83/1984 de 24 de julio, FJ 4º*), concretar en detalle dichos deberes, contando con la debida cobertura legal mínima en la LODE, sin que por ello quepa presumir automáticamente que toda norma reglamentaria de régimen interno es un límite absoluto por sí mismo a los derechos fundamentales de los educandos, ni que las limitaciones en ellas recogidas siempre y en todo caso han de perseguir la finalidad constitucionalmente legítima de respetar los derechos de los demás alumnos, el adecuado funcionamiento del servicio educativo o el cumplimiento de las obligaciones escolares que incumben a los alumnos. Dado que su función solo puede ser concretar aspectos de detalle de los límites constitucional y legalmente ya establecidos sobre los derechos fundamentales de los alumnos, dichas concreciones reglamentarias deben tener una conexión racional con las finalidades constitucionalmente legítimas previstas en la LODE, e igualmente, su aplicación en el caso concreto por las autoridades educativas o por los Tribunales debe estar guiada por esta exigencia de reserva de ley, además de por el principio de proporcionalidad y por el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales limitados. Así, por ejemplo, habría que ver en cada caso concreto si determinada prenda que cubre la cabeza produce distracciones en el resto del alumnado que perjudiquen el disfrute de su derecho a

la educación, no pudiendo darse por sentado apriorísticamente.

Finalmente, por lo que se refiere a la regulación legal de las limitaciones al uso del velo islámico por parte de los profesores, algo que aún no ha generado polémica judicial en nuestro país, el mandato de neutralidad ideológica y religiosa de los empleados públicos, así como la garantía de la eficacia de la función educativa, previstos por el art. 52 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto básico del empleado público (LEBEP) y por el art. 18 LODE respectivamente, darían, en mi opinión, cobertura legal suficiente a las prohibiciones del uso del velo islámico integral por parte de los docentes en el espacio público escolar, siempre que estas sean proporcionadas, pero más difícilmente del velos islámico no integral. De unos y otros preceptos legales se deducen los derechos, bienes y valores de rango constitucional que operan como límites a las libertades de los docentes durante el desarrollo de sus funciones, en base a los cuales cabría dictar disposiciones reglamentarias prohibitivas del velo islámico, sobre todo en la medida en que en nuestro contexto cultural el velo islámico integral puede ser considerado, además de como una muestra de pérdida de neutralidad del docente, como un obstáculo para la mejor comunicación entre alumno y profesor (*Sentencia del*

Tribunal de Apelación de Trabajo para Inglaterra y Gales, de 30 de marzo de 2007, Azmi v Kirklees Metropolitan Borough Council [2007] UKEAT 0009_07_3003).

c) *Finalidades constitucionalmente legítimas para limitar el uso del velo islámico en los espacios públicos*

Además de la genérica exigencia de que los límites respeten el contenido esencial del derecho fundamental que impone el art. 53.1 CE, es decir, que no hagan irreconocible o impracticable la garantía de libertad que contiene el derecho fundamental, nuestro sistema constitucional exige que la limitación de la libertad religiosa/propia imagen persiga una finalidad constitucionalmente legítima. El art. 9.2 CEDH prevé explícitamente como fines legítimos "*la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*". Por su parte, de la CE de 1978 se desprende que las limitaciones de ambos derechos sólo las puede establecer la Ley para concretar la *protección de otros derechos fundamentales o bienes de rango constitucional, así como, en el caso de la libertad religiosa, para proteger el orden público* (art. 16.1 CE), del que forman parte, según el art. 3.1 LOLR, la seguridad pública, la salud pública y la moral pública, entendida

esta última (según la *STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3º*), no como un valor supra-positivo sino como un mínimo ético recogido por el ordenamiento constitucional. En este sentido, la supremacía del texto constitucional escrito, que proclama el art. 9.1 CE (*DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4º*), la inexistencia de un haz de valores supra-positivos sustraídos a la reforma constitucional (*STC 48/2003, de 12 de marzo FJ 7º*, y *STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4º*) y, sobre todo, la profusión y detalle con los que nuestra CE de 1978 recoge tanto los derechos fundamentales garantizados como sus límites y concretas técnicas de garantía, hacen incompatible con nuestro sistema constitucional apelar a la protección de un orden público inmaterial para prohibir el uso del velo islámico, como se ha hecho en Francia o en Bélgica, al menos si tal orden público inmaterial se refiere a "un conjunto de exigencias mínimas de la vida en sociedad" distintas de las positivizadas como límites constitucionales de los derechos implicados.

Aplicado lo anterior a las prohibiciones del uso del velo islámico, y habida cuenta de que el orden público protegido por la ley se identifica únicamente con la salud, la seguridad o la moralidad públicas, no con cualesquiera otros bienes o intereses innominados como límites a la libertad religiosa (tales

como la paz pública, la convivencia social, etc...), resulta que las únicas finalidades constitucionalmente legítimas, unas referibles a ambos tipos de velo islámico y otras solo referibles al velo islámico integral, que aparecerían como posibles justificaciones de dichas prohibiciones serían las siguientes: la dignidad de la mujer (vinculada al respeto de la igualdad de género) en tanto que bien constitucionalmente garantizado y expresión a un tiempo de la moralidad pública; la seguridad pública, como expresión del bien constitucionalmente protegido de la seguridad personal y ciudadana, y también elemento del orden público protegido por la Ley; así como, por último, la protección de los derechos fundamentales de los demás, y el correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos, en tanto que bienes y derechos de rango constitucional. Veamos con un poco más de detalle su admisibilidad para limitar el uso del velo islámico (integral o no) en los espacios públicos.

1. La dignidad de la persona (mujer) y la igualdad de género

Como primera -y principal- justificación material de la prohibición general del velo islámico en todos o algunos (escuela) espacios públicos, se suele invocar que aquél es un símbolo de dominación machista, contrario a

la dignidad de la persona (mujer) y a la igualdad de género, bienes que el Estado tiene la obligación de proteger *ex arts.* 9.2 y 10.1 CE. Sin negar que, efectivamente, el velo islámico (sobre todo el integral) pueda ser interpretado socialmente como un instrumento de aislamiento, discriminación y denigración de la mujer, las posibilidades de que la dignidad de la mujer y la igualdad de género operen como un bien constitucional delimitador de la libertad religiosa o la propia imagen de la mujer que voluntariamente pretende portar el velo islámico en público son, en mi opinión, realmente reducidas.

En efecto, dejando a un lado el hecho de que en nuestro sistema constitucional la dignidad de la persona no ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental autónomo (*STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4º*), sino como un valor constitucional que se refleja en algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, un primer problema que aparece es que pretender aplicar esta finalidad constitucionalmente legítima a los casos en los que la mujer lleva voluntariamente el velo presupone una construcción objetiva y no subjetiva de la dignidad de la persona y del principio de igualdad de género. Esa construcción objetiva está alejada de la configuración individualista que le ha dado la CE de 1978 sobre todo al considerarla

un valor basilar (fundamento) del orden jurídico que se refleja en los diversos derechos subjetivos que la misma CE ha reconocido a la persona. Además, semejante entendimiento objetivo de la dignidad está basado -quizás inconscientemente- en la antidemocrática idea de "todo para la mujer pero sin la mujer" y se opone a la actual interpretación que de la misma hace el TEDH, desde la STEDH de 29 de abril de 2002 (*Caso Pretty v United Kingdom*) y la STEDH de 17 de febrero de 2005 (*Caso K.A. and A.D. v Belgium*), según las cuales el derecho de toda persona a vivir su vida como quiera puede incluir la posibilidad de participar en actividades que sean percibidas como perjudiciales o peligrosas física o moralmente para ella, de lo que se deduciría que la dignidad humana no se puede construir al margen de la valoración de esa dignidad que lleva a cabo la propia persona con el libre ejercicio de sus derechos fundamentales. Ello es congruente con que la democracia constitucional española sea una democracia de individuos y de los grupos en los que se integra, no una democracia de grupos que se sirven de los individuos para lograr sus fines colectivos. No en vano, tanto el art. 9.2 CE como el art. 10.1 CE se refieren respectivamente a la "...libertad e igualdad de los *individuos* y de los *grupos* en los que se integra..." y a la "dignidad de *la persona*" (la cursiva es nuestra), anteponiendo a ésta en singular sobre el

colectivo, al que se protege también para proteger a la persona individual.

En otras palabras, si es o no indigno para las mujeres musulmanas llevar el velo, es a ellas a quien les compete valorarlo en el ejercicio de sus libertades fundamentales, y no a la mayoría social con su valoración cultural paternalista. Y éste es un argumento muy poderoso en contra de la pretensión del Estado de prohibir con carácter general el velo islámico en los espacios públicos por su carácter indigno para quienes lo portan o para el grupo de género al que pertenecen. La única excepción a este argumento vendría si se pudiese demostrar objetivamente una relación de causa-efecto entre dicho mensaje machista e indigno para la mujer y un concreto empeoramiento en España de las condiciones de ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de las mujeres (especialmente las musulmanas) como consecuencia del uso del velo islámico, pero en tal caso se estaría ante los derechos a la igualdad de género y su reflejo en la dignidad de las demás mujeres, no de las que portan el velo islámico. Un ámbito en el que esa relación causa-efecto entre portar el velo islámico y la interferencia con la dignidad y la igualdad de género se podría manifestar más claramente es el educativo, en cuyos niveles escolares más tempranos con niños muy pequeños, fácilmente influenciables, se

podría producir esa injerencia en su derecho a una educación neutral y basada en los valores democrático-constitucionales, a los que pertenecen la igualdad y la dignidad, cuando la profesora porta un velo islámico durante las clases impartidas a alumnos muy pequeños y siempre que no sea posible su contextualización educativa. Pero en tales supuestos, más que la dignidad de la mujer o la igualdad de género, serían los derechos de los demás, a la educación y/o a la libertad religiosa negativa, los que operarían en su caso como finalidades constitucionalmente legítimas para justificar la prohibición en concretos espacios públicos escolares.

2. La seguridad pública como parte del orden público protegido por la Ley

Como segunda finalidad justificativa de la prohibición del velo islámico (ahora solo del integral) en los espacios públicos aparece, sobre todo tras la psicosis colectiva que ha desatado el terrorismo islamista desde el 11 de septiembre de 2001, la protección de la seguridad pública, mencionada por el art. 3 LOLR, en consonancia con el art. 9 CEDH, como un elemento del orden público limitativo de las manifestaciones de la libertad religiosa.

Conforme a la jurisprudencia constitucional (*STC 33/1982, de 8 de junio, FJ 5º*, y *STC*

59/1985, de 6 de mayo, FJ 2º), la seguridad pública debería interpretarse en el sentido de seguridad ciudadana, es decir, en el sentido de una seguridad que redunde en el beneficio de los ciudadanos y no de abstractos e inmateriales intereses del orden público. Lo cierto es que hasta el momento no se ha podido establecer ni en España ni en la Unión Europea, de forma racionalmente constatable, una correlación causa-efecto entre que las mujeres porten el velo integral islámico y que haya un mayor riesgo de atentados terroristas u otras amenazas más leves para la seguridad pública. Es más, la STEDH de 23 de febrero de 2010 (*Caso Arslan and others v Turkey*) ha afirmado expresamente que el simple hecho de encontrarse en la vía pública un grupo de personas vestidas de una forma concreta -en este caso era un turbante, un "salvar" y una túnica negra- no constituye por sí mismo una amenaza para el orden público (en su versión de seguridad pública) o una coacción sobre los demás.

Es verdad que, en virtud de lo dispuesto en el art. 20 de la vigente Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, "los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la

vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el *conocimiento de la identidad* de las personas requeridas fuere *necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*" (la cursiva es nuestra), estándose, en los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y lo mismo vale para el art. 10 de la Ley orgánica 1/1992 a los documentos de identidad personal como el DNI y el Pasaporte, conforme al cual, con esa finalidad identificadora de la persona, preventivamente protectora de la seguridad ciudadana, los documentos de identidad (DNI, Pasaporte) se expedirán de modo que permitan la plena identificación de la persona. Pero la posibilidad de estos controles no implica una prohibición general de cubrirse el rostro en todo espacio público y lugar, sino únicamente la obligación de descubrirse para la identificación cuando la persona sea requerida en un control de identidad necesario para el cumplimiento de las funciones que las leyes encomiendan a los cuerpos y fuerzas de seguridad, es decir, parciales prohibiciones de uso del velo islámico integral en ciertos contextos (controles de identidad) en los espacios públi-

cos, sin que quepa realizar controles discriminatorios exclusivamente basados en las características étnicas o religiosas de las personas (*Comunicación 1493/2006 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 27 julio 2009, Caso Rosalind Williams-Lecraft v Spain*).

En este sentido, a diferencia de lo que sucede en Italia o en Alemania, donde como se ha visto está expresamente prohibida la participación en manifestaciones con el rostro cubierto, la vigente legislación de seguridad ciudadana no proscribe *in genere* dicha conducta. Sin embargo, el art. 35.2 del Anteproyecto de Ley de Seguridad ciudadana que está preparando actualmente el Gobierno prevé que será una infracción grave, sancionable con multa de entre 1000 y 30001 euros "la participación en alteraciones de la seguridad ciudadana usando capuchas, cascos o cualquier otro tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación", lo cual parece una prohibición sectorial razonablemente justificada por la lucha contra actividades que efectivamente hayan afectado la seguridad ciudadana.

Por último, en lo que se refiere a la seguridad pública derivada del tráfico de vehículos a motor, tampoco resultaría inconstitucional, dada su vinculación con la protección de la

seguridad ciudadana, la prohibición sectorial de utilizar velo islámico integral durante la conducción de un vehículo a motor, deducida del art. 11 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Seguridad Vial, que impone a los conductores la obligación de "estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos", y para ello "mantener su propia libertad de movimientos, el campo necesario de visión y la atención permanente a la conducción...", capacidades que se pueden ver menoscabadas con prendas que cubren los ojos y/o reducen el ángulo de visión como el burka o el niqab.

Cuestión distinta es la de la proporcionalidad/razonabilidad de la medida limitativa del derecho fundamental involucrado cuando se porta una prenda o símbolo religioso y ello queda prohibido sectorialmente por razones de seguridad pública, dado que cuando el legislador la introduce tiene un margen amplio de valoración política para desplegar diversas políticas de derechos fundamentales a la hora de configurar la "necesidad" de estas prohibiciones. Piénsese, por ejemplo, en la exigencia de llevar casco homologado cuando se conduce una motocicleta (y en el futuro parece que también cuando se conduce una bicicleta en zonas urbanas), mandato que puede colisionar con la pretensión de algunas

personas de portar una prenda religiosa (por ejemplo el turbante de los Sikh) y respecto del cual son constitucionalmente lícitas tanto la postura asimilacionista de exigencia inflexible y sin excepciones, como la postura acomodacionista a la diversidad cultural y religiosa (seguida en el Reino Unido) que permitiría a utilizar una prenda religiosa eximiendo a sus portadores de la obligación de llevar el casco.

3. La protección de los derechos fundamentales de los demás y el correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos

La protección de los derechos fundamentales de los demás, esto es, de los derechos garantizados en el Cap. 2º del Tít. I CE, y el correcto funcionamiento de los servicios públicos (como el educativo, el sanitario, el policial, el transporte, etc...) y de las instituciones públicas (nacionales, autonómicas o locales), aparecen como otras dos finalidades constitucionalmente legítimas, conectadas a menudo entre sí, que podrían ser idóneas para justificar en ciertos casos prohibiciones parciales del uso del velo islámico, pero nunca prohibiciones generales.

Por lo que se refiere a los derechos de los alumnos y al funcionamiento del servicio

público educativo, la escuela en general, y la escuela pública muy en particular, constituye un ámbito vital en el que se dan encuentro la sociedad y el Estado, por lo que forma parte de la función de la educación fomentar la presencia del pluralismo cultural e ideológico, en tanto expresión de los principios y valores constitucionales de la democracia y los derechos fundamentales que constituyen los fines de la educación (art. 27.2 CE). La escuela es, pues, el ámbito de la administración pública en cuyo interior más claramente se debe manifestar el aspecto abierto y pluralista de la neutralidad activa del Estado en materia religiosa. Como consecuencia de lo anterior, una parte de la formación educativa de los alumnos consiste en tolerar que otros miembros de la comunidad educativa puedan portar símbolos que expresen sus creencias religiosas, al igual que el que se puedan ver confrontados con los símbolos de creencias distintas a las suyas propias de los que hacen uso sus compañeros o los profesores.

La finalidad justificativa de la prohibición del uso del velo islámico por parte de los alumnos aparece, sin embargo, cuando se distorsiona el proceso de comunicación y aprendizaje entre profesor y alumno, por ejemplo como consecuencia de la barrera a la comunicación gestual/visual que supone el

velo integral de una profesora o de una alumna. Por tanto, en contra de lo que pudiera desprenderse de una precipitada interpretación del Real Decreto 732/1995 de 5 de mayo, sobre derechos y deberes del alumnado, es el derecho a la educación de los demás alumnos (art. 35.d)), y no su libertad de conciencia (art.36) o el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que reciben sus hijos, lo que debe servir para delimitar el uso de símbolos religiosos por parte de los alumnos. Ello se debe a que la necesaria pluralidad y apertura, que deben presidir la función educativa estatal, delimitan la extensión de la libertad religiosa negativa de aquellos alumnos o padres que pretenden (en contra de los fines asignados constitucional y legalmente a la educación) una educación monolítica en lo cultural, lo ideológico o lo religioso. Sólo así se puede entender que el art. 16.1 b) RD 732/1995, contemple, como una forma de garantizar el derecho a la libertad de conciencia de los alumnos de los centros sostenidos con fondos públicos, el "fomento de la capacidad y actitud crítica de los alumnos que les posibilite la realización de opciones de conciencia en libertad". Si tal uso de símbolos religiosos menoscaba o no el derecho a la educación de los demás y el correcto desenvolvimiento material u organizativo de la función educativa del centro escolar es algo que debe ser determinado teniendo en cuenta la actitud y

circunstancias personales de quien lo porta, y las concretas consecuencias en la educación de los demás alumnos.

En relación con los profesores la panorámica es parcialmente divergente. Los profesores de los centros escolares públicos se encuentran en el ámbito educativo en una relación de sujeción especial (*STC 93/1984, de 16 de octubre, FJ 3º*; *STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 4º*; y *STC 132/2000, de 8 de junio, FJ 4º*), lo que implica una posibilidad de limitación más intensa de sus derechos fundamentales por parte del legislador, precisamente por la necesidad de que se satisfaga eficazmente la función educativa que se desarrolla en ese espacio público y que involucra personalmente a docentes y discentes. En este sentido, el docente debe representar un punto de referencia común en la formación de los alumnos a su cargo, con una ascendencia moral que es inversamente proporcional a la etapa del sistema educativo del que se esté hablando y a la edad de los alumnos a su cargo. Ello no quiere decir que tenga que representar un punto de referencia con un único contenido o sin contenido material, sino que debe hacerlo de modo que el derecho a la educación se satisfaga dentro del marco finalista previsto por la Constitución, es decir, orientada al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de con-

vivencia y a los derechos y libertades fundamentales, lo cual puede verse conculcado si la función docente, por el modo en el que se presenta la profesora ataviada con un velo islámico, impide el correcto desarrollo de la comunicación y el aprendizaje educativos o pasa a ser un acto de proselitismo abusivo prevaleciendo de la corta edad y limitación en el discernimiento de los discentes. En aras a prevenir este ejercicio proselitista abusivo de la libertad religiosa por los docentes de los centros escolares públicos, el art. 52 LEBEP, dispone que "los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: *objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público*, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y *respeto a la igualdad entre mujeres y hombres*, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes" (la cursiva es nuestra). Y por su parte el art. 18 LODE establece respecto de los docentes de los centros escolares públicos que desempeñarán sus funcio-

nes "con sujeción a los principios constitucionales, garantía de *neutralidad ideológica* y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución", así como que la administración educativa competente y, en todo caso, los órganos de Gobierno del centro docente "velarán por la *efectiva realización de los fines de la actividad educativa*, la mejora de la calidad de la enseñanza y el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo" (la cursiva es nuestra). Ahora bien, deducir de ello que el profesor tiene vedado siempre y en todo caso el uso prendas de simbología religiosa sería en mi opinión ir demasiado lejos. La apertura y pluralismo que caracteriza a la neutralidad estatal es un mandato en el ámbito escolar, pues representa la única vía para transmitir a los alumnos una formación plural y basada en el respeto a los valores y principios democráticos (art. 27.2 CE). El profesor tiene que representar un punto de referencia común, pero plural y no culturalmente homogéneo o vacío. Ello sólo es concebible si él mismo es visto como una parte activa y explicativa de la pluralidad social existente, pero no si se mantiene distante y desvinculado de esa pluralidad. Solo cuando el uso del velo islámico, en función de las circunstancias concretas, impida el desarrollo de la función docente en ese marco democrático abierto y pluralista, cabría la

prohibición del velo islámico, lo que sucede en todos los casos del integral (por la falta de comunicación visual entre alumno y profesora) y en algunos casos del no integral (con alumnos muy pequeños o con dificultades educativas o cognitivas).

De igual manera, aunque no se enmarquen en ninguna relación de sujeción especial, el uso y acceso de los ciudadanos a los edificios públicos municipales se encuentra condicionado por el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos allí prestados, expresión del ejercicio por parte de los entes locales de las competencias que la LRBRL les confiere en garantía de su autonomía local (art. 137 CE), por el eficiente funcionamiento de las administraciones públicas que con carácter general prescribe el art. 103 CE o, en fin, por su competencia para tutelar los bienes integrantes del dominio público (art. 132 CE). Todas ellas son finalidades constitucionales justificativas de las prohibiciones de acceso a edificios o servicios de titularidad municipal sin previa identificación, no así de las prohibiciones de permanencia en dichos edificios, como sin embargo han previsto las ordenanzas municipales recientemente aprobadas en distintos Ayuntamientos. Tanto la identificabilidad de los usuarios de algunos servicios públicos municipales, como la prevención de la seguridad pública en el acceso a

los edificios municipales, son dos medidas razonables para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios públicos municipales y la eficacia de la administración municipal, por más que estemos acostumbrados a una dejación de funciones en este ámbito y a que apenas se controle quiénes usan los servicios municipales, sin ser población del respectivo municipio a los efectos del art. 15 LRBRL, ni la identidad y las condiciones de seguridad de quienes acceden a los edificios públicos municipales. Mientras que el uso de la vía pública o del espacio público abierto en general es anónimo, el uso de los edificios municipales o de los servicios públicos municipales no lo es, y ello puede justificar sectorialmente esa limitación de la libertad religiosa y/o del derecho a la propia imagen.

Finalmente, las prohibiciones de uso del velo islámico por parte de abogados, jueces y magistrados o incluso testigos, que se deducen de las obligaciones legales de imparcialidad y neutralidad de quienes ejercen la función jurisdiccional (derivadas de diversas prohibiciones e incompatibilidades previstas en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial), de las obligaciones reglamentarias sobre la forma de participar y colaborar en la administración de justicia (art. 37.1 del Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Abogacía, y

art. 33 del Reglamento 2/2005 de 23 de noviembre, de Honores, Tratamiento y Protocolo en la actos judiciales solemnes) o de las garantías del procedimiento penal, están también justificadas constitucionalmente por la garantía del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 117 CE) y por la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24 CE), lo que habría que apreciar en cada caso o situación concreta.

En efecto, uno y otro bien constitucional se podrían ver comprometidos por la apariencia de parcialidad ideológica o religiosa de las juezas, así como por la merma en sus capacidades cognitivas para la dirección del proceso y la emisión de una resolución que experimentarían portando un velo islámico en la Sala. Pero también se verían comprometidos por la merma en la capacidad comunicativa con el órgano jurisdiccional y con las propias partes -incluido su defendido- que experimentarían las abogadas ataviadas con un velo integral, o en fin por la dificultad de valorar la veracidad del testimonio aportado en un procedimiento penal por una testigo ataviada con un velo islámico integral, lo que además comprometería el derecho a la presunción de inocencia, que implica el derecho a no ser condenado sin suficientes pruebas de cargo, y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del incul-

pado. De ahí que en una relación de sujeción especial, como es la que se entabla con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional o de la colaboración con la Administración de Justicia, los participantes en la misma puedan ver limitada temporalmente de forma más intensa una de las facultades que forman parte de su libertad religiosa/derecho a la propia imagen, como es portar un velo islámico; sin perjuicio, eso sí, de que los órganos jurisdiccionales o administrativos que deduzcan esa prohibición limitativa de las libertades constitucionales de quienes ejercen o colaboran con la función jurisdiccional la deban aplicar respetando el principio de proporcionalidad.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALÁEZ CORRAL, B.,

– *Some constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe*, Vienna Journal of International Constitutional Law, 2013, Vol. 7, nº 3.

– *Símbolos religiosos y ejercicio de los derechos fundamentales en los espacios públicos*, en Paloma Requejo (Coord.) "Derechos y espacio público", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2013.

– *Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa*, Teoría y Realidad Constitucional, 2011, nº 28.

– *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2003, nº 67.

– *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

ARECES PIÑOL, M. T.,

– *La prohibición del velo integral, burka y niqab: el caso francés a propósito del Informe del Consejo de Estado*, Revista General de Derecho Canónico y de Derecho eclesiástico del Estado, 2010, nº 24.

– *La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 2013, nº 32.

BASTIDA FREIJEDO/VILLAYERDE MENÉDEZ/REQUEJO RODRÍGUEZ/PRESNO LINERA/ALAEZ CORRAL/FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Kopftuchstreit "auf den richtigen Weg?", Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 723.

BONCOMPAGNI, A. *Il velo islamico di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*

tra laïcità e pluralismo, Rivista di studi politici internazionali, 2007, n° 293.

CAÑAMARES ARRIBA, S.,

– *Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 2010, n° 24.

– *El empleo de simbología religiosa en España*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2006, n° 11.

COTINO HUESO, L. (Coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000,

CUERDA RIEZO, A. *El velo islámico y el derecho a la propia imagen*, Parlamento y Constitución, 2008, n° 11.

DE SCHUTTER/RINGELHEIM, *La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le regne de l'échange*, CRIDHO Working Paper Series, 2005.

ELOSEGUI ITXASO, M. (Coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*,

Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2012.

EVANS, C., *Freedom of religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

FRAILE ORTÍZ, M. *The islamic headscarf: does the context matter?*, InDret, 2008 nº 3.

GARCÍA OLIVA, J. *La cuestión de la simbología religiosa en el Reino Unido*, Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 2007, nº 15.

HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

HUNTINGTON, S. P., *The clash of civilizations?*, Foreign Affairs, 1993, Vol. 72.

JOPPKE, C., *Limits of restricting Islam: The French Burqa Law of 2010*, en "Religious Norms in the Public Sphere Working Papers", University of California Berkeley, 2011.

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1997.

LÓPEZ CASTILLO, A., *Acerca del derecho a la libertad religiosa*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1999, nº 56,

LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Derecho y Religión, 2009, nº 4.

MCGOLDRICK, D., *Religion in the European Public Square and in European Public Life. Crucifixes in the Classroom?*, Human Rights Law Review, 2011, nº 3.

MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M. *Reflexiones jurídicas entorno a los símbolos religiosos*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 2010, nº 24.

MOTILLA, A., *El concepto de confesión religiosa en el derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

MOUALHI DJAOUIDA, *Mujeres musulmanas: estereotipos occidentales versus realidad social*, Papers, 2000, nº. 60.

MÜCKL, S., *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?*, Der Staat, 2001, nº 1.

MÜLLER-GRÜNE, S & MARTÍN VIDA, M^a. 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, 2004, nº 70.

OFFE, C. *Homogeneity and constitutional democracy: copying with identity conflicts through group rights*, Journal of Political Philosophy, 1998, Vol. 6, nº 2.

PASCUAL MEDRANO, A. *El Derecho fundamental a la propia Imagen. Fundamento, Contenido, Titularidad y Límites*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

POLO SABAU, J.R., *Libertad de creencias y orden público en la Constitución española: claves de interpretación*, Foro, Nueva época, 2012, Vol. 15, nº 2.

PORRAS RAMÍEREZ, J.M^a., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

PRIETO ALVAREZ, T. *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor 2010.

REY MARTÍNEZ, F. *El problema constitucional del hiyab*, Revista General de Derecho Constitucional, 2010, n^o 10.

ROCA, M.J., *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1996, n^o 48.

REVENGA SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPyC, Madrid, 2011.

RUIZ MIGUEL, A., *Para una interpretación laica de la Constitución*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 2008, n^o 18.

RUIZ RUIZ, J.J.

– *La prohibición del velo islámico en la escuela pública: la perspectiva de la igualdad*

de género, Revista Española de Derecho Constitucional, 2011, n.º 92.

– *Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 2013, n.º 33.

SAUL B., *Wearing Thin: Restrictions on Islamic Headscarves and Other Religious Symbols*, Islamic Law and Law of the muslim world research paper series at New York Law School, 2009, n.º 56.

SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

SERRA CRISTOBAL, R., *Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1996, n.º 48.

SIMON YARZA, F., *Símbolos religiosos, derechos subjetivos y Derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2012, n.º 43.

VALERO HEREDIA, A., *La libertad de conciencia del menor desde la perspectiva constitucional*, Madrid, CEPyC, 2009.

VONBLUMENTHAL, J., *Das Koptuch in der Landesgesetzgebung*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009.

WALDHOF, C., *Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?*, GUTACHTEN, D. für den 68, Berlin, Deutschen Juristentag, 2010 (http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/Kirchenrecht/WS_10_11/djt-gutachten.pdf).

EL DEBATE EN TORNO A LA PROHIBICIÓN GENERAL DEL VELO INTEGRAL ISLÁMICO EN EL ESPACIO PÚBLICO Y LOS PROBLEMAS DE SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

Juan José RUIZ RUIZ

I. Consideraciones generales sobre la limitación del uso del velo islámico

La masiva inmigración procedente de países musulmanes a lo largo de las últimas décadas ha producido un trasplante cultural palpable no sólo en la vestimenta, sino también en las costumbres, las festividades, la venta de alimentos halal, etc. Ha tenido lugar un trasplante de pautas culturales de países en los que la concepción de la mujer descansa sobre otros valores y tradiciones, propios de sociedades patriarcales que pueden dar lugar a conductas, comportamientos y formas de relación sexistas o incompatibles con la emancipación de la mujer, que en muchos casos se encuentran amparados por la legislación de sus países (autorización escrita del marido para que la mujer viaje al extranjero, matrimonios forzados en casos de violación de la

mujer, matrimonios polígamos, imposición de vestimenta a la mujer, prohibición a las esposas de entrar en cafeterías, etc.). Tal vez sea ésta la razón por la que los distintos tipos de velo con los que por lo general la mujer musulmana circula ataviada en el espacio público sean interpretados por una mayoría social en algunos países europeos como una expresión de una cultura opresora con la mujer y degradante de su dignidad. Dicha percepción se acentúa hasta su grado más alto en el caso de los llamados velos integrales que cubren casi en su totalidad el rostro (y el cuerpo) de la mujer.

Así pues, al igual que en otros países europeos, en España ha sido especialmente la vestimenta de las mujeres musulmanas la que ha puesto a prueba la eficacia en la protección de los derechos fundamentales como fundamento de la convivencia social en las actuales sociedades occidentales, cada vez más multiculturales. En general en España no se han producido problemas de convivencia graves, pero lo cierto es que de modo muy similar al de otros países europeos, existe un doble debate, ya que por un lado la mayoría social entiende que el uso obligatorio de determinadas vestimentas de las mujeres de religión musulmana no serían respetuosas con ciertos valores constitucionales y por otro lado cuestiona que la decisión de cubrirse con *hijab* o

niqab sea el producto de una elección deliberada de la mujer, especialmente en el caso de las menores.

Además de manifestar por tanto un trato discriminatorio hacia la mujer o una imposición de un entorno patriarcal o machista, el ocultamiento de la mujer denotaría para algunos una falta de la integración social en parte exigida a los inmigrantes para poder residir en España. Desde este punto de vista se suele criticar la falta de adaptación de las personas de religión musulmana, y se ha interpretado el uso tanto del *hijab* como del *niqab* como desafiante de los valores que obtienen reconocimiento en la Constitución española (CE), e incluso se atribuye un carácter beligerante o proselitista al uso de estas vestimentas, con el objetivo supuestamente inconfeso de islamizar el entorno social. Todo este discurso tiene su razón última en sostener que la Constitución lo que puede proteger es la diferencia, pero nunca lo que abiertamente se opone a ella.

No obstante, el uso del *hijab*, el *niqab* o el *burka*, más allá de las motivaciones individuales de quien lo porta, es indudable que es una conducta que en principio entra dentro del objeto protegido por el derecho a la libertad religiosa, además de estar amparado por otros derechos fundamentales como el derecho a la propia imagen. En la medida en que todas las

mujeres que portan este tipo de velos profesan la religión musulmana parece coherente considerar que el ir ataviadas con ellos posee un significado religioso.

Si no es para proteger los derechos de los demás u otros bienes y valores tutelados constitucionalmente no es posible limitar el derecho de libertad religiosa. El derecho de libertad religiosa se encuentra garantizado efectivamente "sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley" (art. 16.1 CE). Por otra parte, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales impone una actuación positiva para el Estado que no se reduce a una obligación positiva de contribuir a su efectividad y garantizar su ejercicio, sino que dicha obligación alcanza también a los valores que representa cada derecho fundamental (STC 53/1985, FJ 4). Ello exige del legislador una labor promocional de ciertos valores que se encuentran presentes en el derecho de libertad religiosa, entre los que ocupa un lugar destacado el pluralismo religioso. La dimensión pluralista de la libertad religiosa debe por tanto jugar un papel relevante, especialmente en aquellos casos en los que el legislador pretenda introducir medidas restrictivas al ejercicio de los derechos apoyándose en concepciones socialmente mayoritarias. En este sentido, la limi-

tación de una libertad sólo debería tener cabida si se encuentra legitimada por alguna justificación favorable a la efectividad democrática de los derechos. Es conocido, a este respecto por ejemplo, el supuesto que cita Häberle sobre la posibilidad de limitar la libertad de empresa cuando ello suponga la creación de monopolios o cártel.

También se encuentran justificadas las limitaciones a las libertades, en segundo lugar, en las denominadas relaciones especiales de sujeción. En el marco de este tipo de relaciones es obligado mencionar que donde ha tenido mayor incidencia social la prohibición de velos islámicos ha sido en el ámbito educativo respecto de menores estudiantes que asistían a las clases con *hijab*. Estas prohibiciones contrastan por ejemplo con la aceptación del pañuelo islámico en los trámites de obtención de la tarjeta de identidad gracias a una instrucción interpretativa, y ello aun cuando el Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre exigía una foto con la cabeza totalmente descubierta. El *hijab* ha sido, pues, con diferencia la prenda que primero estuvo en el punto de mira del debate social y jurídico debido al interés de los padres en que menores de religión musulmana estuviesen escolarizadas y pudiesen asistir a las clases en centros públicos ataviadas con el pañuelo en la cabeza.

En virtud del art. 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de educación, cada centro educativo goza de autonomía y está autorizado para establecer sus normas de convivencia, pero cuando éstas supongan una restricción al *agere licere* o al contenido de los derechos fundamentales, las medidas limitadoras no pueden tener su justificación sin más en la autonomía del centro para imponer unas normas de convivencia y un régimen disciplinario. En rigor, pues, la finalidad de evitar distracciones o de adoptar reglas que permitan una pacífica convivencia no puede entenderse, –a pesar de lo argumentado en alguna resolución judicial–, como una justificación legítima sin más para la restricción de los derechos en los centros educativos. Este tipo de argumentos parecen estar refiriéndose más bien a que los alumnos se encuentran en una relación de sujeción especial que los coloca en un status especial en su relaciones con la administración educativa. De acuerdo con este planteamiento, toda medida restrictiva debe atender a los fines y principios constitucionales que justifican la relación de sujeción especial, especialmente intensa en los niveles básicos y obligatorios de la enseñanza.

Ahora bien, el carácter restrictivo de las medidas limitadoras de derechos fundamentales en situaciones de sujeción especial solo

será constitucionalmente válido cuando exista una razón de estricta necesidad. A esta necesidad se ha referido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 235/1998, al indicar que "la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial".

No cabe por tanto justificar, como ha llegado a hacer la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo de Madrid (Sentencia núm. 35/2012 de 25 de enero, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid)¹, que no ha habido lesión al

¹ La sentencia resolvía un recurso sobre la sanción de amonestación impuesta para prohibir el uso del velo a una alumna en el Instituto de Enseñanza Secundario "Camilo José Cela" de Pozuelo de Alarcón. La sanción se impuso en aplicación del Reglamento de Régimen Interior aprobado en 2007 y con sucesivas modificaciones en 2008 y 2009. Respecto al código vestimentario, el Reglamento contiene una escueta mención en un artículo dedicado a normas de conducta, ya que su art. 32.4 establece la obligación de que los alumnos "deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros" y que "en el interior del edificio

principio de dignidad por encuadrarse la prohibición en una norma de convivencia para evitar distracciones, dado que no parece que con ello se persiga ninguno de los fines legítimos que, dentro del orden público definido por la ley, permiten imponer restricciones a derechos fundamentales como la libertad religiosa o el derecho a la propia imagen. No cabe duda que el centro educativo goza de autonomía y está autorizado por la Ley Orgánica de educación para establecer sus normas de convivencia, pero cuando éstas supongan una restricción al *agere licere* o al contenido de los derechos fundamentales, las medidas limitadoras no pueden tener su justificación sin más en la autonomía del centro para imponer unas normas de convivencia y un régimen disciplinario. En rigor, no es la finalidad de evitar distracciones o de adoptar reglas que permitan una pacífica convivencia lo que legitima la restricción de los derechos en el centro educativo, sino la necesidad de salvaguardar la finalidad del servicio educativo si resulta estrictamente necesario.

En la relación de sujeción con la administración educativa se deben por tanto garantizar los derechos de los estudiantes salvo por una razón de estricta necesidad para el desen-

no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza".

volvimiento de los objetivos y fines que deban satisfacerse. De lo contrario, se corre el riesgo de extender las restricciones a ámbitos de libertad de manera injustificada, lo que puede traer consigo un sometimiento totalizante que extienda ilegítimamente las potestades administrativas suprimiendo o condicionando el ejercicio de los derechos. Ahora bien, el carácter inderogable de los mismos obliga a que las restricciones que se realicen sean adecuadas además de proporcionadas, sin que pueda tampoco menoscabarse el contenido mínimo esencial.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recaída sobre el uso del *hijab* avalando determinadas prohibiciones del mismo en la escuela o en la Universidad, puede que no sean del todo trasladables al contexto español. Tanto en un caso como en otro, el principio de laicidad de los estados concernidos hasta ahora ha resultado ser determinante para interpretar la prohibición como necesaria para una sociedad democrática. En algunos de estos casos (*Dogru c. Francia*², *Kervanci c. Francia*³) la medida prohibitiva no tenía carácter general, sino que afectaba solo a las clases de educación física, de modo que el TEDH con-

² *Dogru c. Francia*, n.º. 27058/05 (04/12/2008), § 73.

³ *Kervanci c. Francia*, n.º. 31645/04 (04/12/2008).

sideró la prohibición una injerencia en el derecho de libertad religiosa de las alumnas permitida, al entender que tenía justificación en la protección de la propia salud amparada por el art. 9.2 CEDH. La decisión del TEDH adoptada en estos dos casos estaría indicando en consecuencia que para el resto de las actividades formativas, diferentes de las clases de educación física, no resultaba estrictamente necesaria la prohibición, lo cual plantea la duda de su prohibición con carácter general en un país en el que, como España, no existe un principio de laicidad del Estado como el francés.

Junto a las relaciones de sujeción especial, cabe considerar como otro ámbito en el que existe cobertura constitucional para imponer la prohibición del velo integral, el del normal desenvolvimiento de las instituciones y los servicios públicos. En relación con la Administración de Justicia por ejemplo se ha limitado el uso del *hijab* en la celebración de juicios. Se puede mencionar el caso de una abogada musulmana Zoubida Barik, quien en 2010 fue expulsada del estrado por el juez de la Audiencia Nacional Javier Gómez Bermúdez por llevar el velo. 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. La abogada recurrió esta decisión ante el Tribunal

Supremo, quien rechazó el recurso por razones formales. Con posterioridad la resolución se ha recurrido ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo.

La obstaculización de funciones de instituciones o servicios públicos puede justificar a su vez la imposición de restricciones al uso del velo integral cuando éste se pretenda usar en las dependencias o instalaciones de titularidad pública. En Francia, respecto a prendas islámicas como el hijab, para el que no rige una prohibición en todo el espacio público se aplica este criterio por el Consejo de Estado. En efecto, en su *Estudio de 19 de diciembre de 2013 sobre diversas cuestiones relativas a la aplicación del principio de neutralidad religiosa en los servicios públicos*, realizado a petición del *Défenseur des droits*, ha interpretado que las restricciones a la libertad de manifestar opiniones y creencias pueden imponerse a los usuarios cuando se encuentren en el recinto de ciertos servicios públicos, si resultan necesarias para el mantenimiento del orden público o para el buen funcionamiento del servicio público en cuestión, cuando así resulte ordenado por una disposición legislativa para un servicio público en concreto, o cuando la autoridad de un servicio aprecie esa necesidad en aplicación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En el primer tipo de supuesto se encuentran los

alumnos en la educación de escuelas, colegios e institutos públicos (art. L. 141-5-1 del código de educación)⁴, a los que por disposición legal se les prohíbe "llevar signos o vestimentas por las que los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa" (ley n° 2004-228 de 15 de marzo de 2004). Las mismas restricciones pesan sobre los ciudadanos que participan como miembros de un jurado (art. 296 del code de procédure pénale). Igualmente cabe imponer restricciones a la libertad religiosa al conjunto de usuarios de un servicio público por parte de la autoridad competente, con fundamento en el art. 10 de la Déclaration de 1789, que impone la obligación de abstenerse de toda forma de proselitismo o de comportamientos que puedan perturbar el buen funcionamiento del servicio.

De acuerdo con la doctrina de este Informe en los dos tipos de situaciones en los que existían dudas sobre si era legítimo imponer la prohibición del uso del hijab (por un lado, las madres que acompañan a sus hijos a colegios públicos a la entrada o recogida o a viajes⁵; y

⁴ Vid. *Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013 sur diverses questions relatives à l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics*, p. 32.

⁵ La circular n° 2012-056, conocida como Circular Chatel, de 27 de marzo de 2012 impide a los padres o a

por otro, las empleadas de guarderías municipales), pueden imponerse restricciones a su uso atendiendo a circunstancias particulares. En relación con las guarderías, no tendrán carácter de servicio público aquellas cuya creación debe ser autorizada por la administración, de modo que su actividad no se entenderá como servicio público, permaneciendo dentro de las actividades de interés general. Solo si la guardería es creada y gestionada por la administración o por personas jurídico-públicas, puede entenderse como servicio público⁶.

En otro orden de consideraciones, se ha llegado a plantear la relevancia que puede tener la prohibición de los velos integrales en una política de los derechos fundamentales que debiera estar guiada por lo que se conoce como políticas del reconocimiento. Es cierto que lo que se tiende a ver en este tipo de prohibiciones o de introducción de delitos culturalmente motivados es una negación del derecho a la diferencia por distinto origen cultural y en definitiva un ataque al multiculturalismo. Al respecto cabe señalar que el denominado multiculturalismo, como

cualesquiera otra personas manifestar por su vestimenta o manifestaciones sus convicciones religiosas o filosóficas con motivo de salidas o viajes escolares".

⁶ Vid. *Étude...*, cit., p. 24.

teoría de un modelo de sociedad, entiende el individuo esencialmente como el miembro de una comunidad caracterizada por una cultura, una religión y un origen étnico. En su extremo, este modelo se basa en un relativismo cultural que propugna una equivalencia incondicional de sistemas de pensamiento y que aboga por una diferenciación de derechos. Existiría de este modo un derecho a la identidad cultural que permitiría todas aquellas conductas individuales, lo que abocaría para algunos a una acentuación de las diferencias que tendrían como resultado un comunitarismo.

Existe sin embargo un segundo modelo, basado en la interculturalidad, en el que los derechos y deberes del ciudadano no se encuentran en función de sus afinidades ni de sus orígenes étnicos. Se parte del postulado de que una sociedad no se puede construir ni puede favorecerse la integración a no ser que los ciudadanos compartan un patrimonio común de valores fundamentales, como el derecho a la vida, la libertad de conciencia, la democracia, la igualdad del hombre y de la mujer o la separación entre Iglesia y Estado. Este conjunto de valores, que se asemeja a lo que en otro lugar hemos tratado como orden público constitucional⁷, es fundamental para

⁷ Vid. Juan José Ruiz Ruiz, "La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la

extender la prohibición a un ámbito general, ya que por sí mismo el orden público tradicional, ligado en este caso a la seguridad, no parece justificar por sí solo la prohibición en cualquier lugar público. Encontramos en esta justificación, basada en los principios y valores de "vivir juntos", un argumento similar al rechazado por el Consejo de Estado francés, sobre la admisibilidad de un "orden público inmaterial"⁸.

Nuestro ordenamiento constitucional no da cabida desde este punto de vista a una suerte de derecho a la identidad autónoma que legitime todo comportamiento individual encuadrable en patrones culturales pertenecientes a los grupos sociales que se reclaman "diversos". La diversidad, sea del tipo que sea, no puede funcionar como una teoría de la justicia de los derechos fundamentales. En primer lugar porque éstos deben su configura-

igualdad de género", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 92, 2011, en especial, p. 121.

⁸ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière, 25 mars 2010, p. 28. Existe una traducción al español: vid. "Informe relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral (Informe adoptado por la Asamblea General Plenaria del Consejo de Estado francés)", traducido por Enrique Guillén López, *Videtur quod. Anuario del pensamiento crítico*, 2009, pp.102 y ss.

ción en nuestro ordenamiento a la libertad individual entendida como autodeterminación personal (art. 10.1 CE), lo cual excluye todo entendimiento de los mismos que pueda vincular su ejercicio a interpretaciones colectivas o limitaciones impuestas por grupos culturales. En segundo lugar, la legitimidad de los derechos fundamentales descansa en la concepción constitucional de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tal y como ha resultado forjada por el paradigma liberal, y que representa un parámetro normativo vinculante que opera como límite oponible ante conductas, cualquiera que sea la tradición cultural en la que encuentran apoyo.

II. La Jurisprudencia de los Tribunales españoles sobre el velo integral

Nos referiremos ante todo a la Sentencia del Tribunal Supremo que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Cataluña por una asociación de inmigrantes musulmanes, la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, contra la Ordenanza de Civismo y convivencia del Ayuntamiento de Lleida y otros tres preceptos de otras ordenanzas⁹. El men-

⁹ Se introdujo la prohibición del velo y de toda otra vestimenta o accesorio que impida o dificulte la identificación y la comunicación visual de las personas en el

cionado recurso dio lugar a la sentencia de 14 de febrero de 2013, que es la única resolución del Tribunal Supremo que por el momento aborda la problemática ligada a los símbolos y vestimentas de la religión musulmana¹⁰.

Reglamento del Archivo Municipal (art. 57) y en el Reglamento de Funcionamiento de los Centros Cívicos y Locales Municipales (art. 37.2). Asimismo el Pleno del Ayuntamiento modificó el art. 21 Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos de Viajeros en el que se establece: "Ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones".

¹⁰ Sobre esta sentencia, cfr. Agustín García Ureta, "Signos religiosos, autonomía municipal y derechos fundamentales: comentarios sobre la STC de 14 de febrero de 2013 (prohibición de uso del velo integral)", *Revista de Administración Pública*, n. 191, Mayo-Agosto, 2013, pp. 201-221; cfr. Julia Ortega Bernardo, "Sobre la validez jurídica de las Ordenanzas locales que prohíben usar el burka en los establecimientos municipales. A propósito de la STS de 14 de febrero de 2013", *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 159, (2013), pp. 197-224; Victoria Camarero Suárez, "Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: Sentencia 693/2013, de 6 de febrero de 2013", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013, cfr. M^a Teresa Areces Piñol, "La prohibición del velo integral islámico. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013, pp. 35 y ss.; asimismo, cfr. Ángel López Sidro, "Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013, p. 26.

Las implicaciones religiosas y culturales de las ordenanzas impugnadas quedan puestas de manifiesto en que la Asociación en su recurso sólo impugnó la prohibición del uso del velo integral, pero no la prohibición del resto de uso de prendas.

El Tribunal Supremo inscribe la prohibición del velo integral dentro de un mismo conjunto de prácticas que admiten distintos grados de intensidad. Con ello, la Sentencia de 14 de Febrero de 2013 interpreta que el velo integral es sólo una parte de un problema de alcance más general que es "el del uso de determinados atuendos por motivos religiosos, principalmente por mujeres, aunque no sólo". El Tribunal Supremo considera a los distintos tipos de velo integral "una manifestación más extrema" que la del *hijab*, por cuanto cubre de manera total o casi total el rostro de la mujer. Aunque no es cometido del Tribunal Supremo pronunciarse sobre lo ortodoxo o no de la práctica de una religión, considerar el velo integral como la manifestación más extrema parece estar indicando que para el Tribunal Supremo el uso de esta prenda obedece a una práctica más rigorista o extrema de preceptos o convicciones religiosas. Al considerar a los distintos tipos de velo integral como la manifestación más extrema de un mismo problema, tampoco queda duda de que el Tribunal Supremo atribuye un carác-

ter totalizante al velo integral por el completo ocultamiento del rostro y rasgos físicos de la mujer. Para el Tribunal Supremo los distintos tipos de velo integral no plantean problemas jurídicos distintos a los del *hijab* en lo que se refiere al ejercicio de la libertad religiosa, pero junto a ellos "se añaden otros diferentes (...) que pueden concernir a la seguridad y al orden público y a la seguridad" (*sic*).

Junto a la problemática jurídica asociada al uso de estos atuendos, el propio Tribunal Supremo admite que tras ella ante todo existe "un problema de marcado sentido político" que se ha planteado en distintos países. Más en concreto, el Tribunal Supremo entiende que bajo la prohibición del velo integral "subyace el muy arduo problema que suscita en un mundo cada vez más globalizado el fenómeno de la inmigración y con él de las tensiones provocadas por el pluralismo cultural ideológico y religioso y la necesidad de la adecuada conciliación de las diferencias en armonía cívica".

En su sentencia el Tribunal Supremo trata de extraer alguna pauta para el tratamiento de este tipo de prohibiciones de la doctrina contenida en la jurisprudencia del TEDH, habida cuenta que en la fecha que dicta sentencia el Tribunal Supremo no había recaído ningún pronunciamiento de éste sobre el velo integral

ni tampoco sobre el *hijab*, solo abordado desde un punto de vista formal en concretos ámbitos como el educativo. En el plano legislativo y a pesar de la falta de consenso en las regulaciones nacionales europeas, el Tribunal Supremo considera que la prohibición no es la regla general "en nuestro entorno occidental (...) pese a que en distintos países han surgido propuestas de posible prohibición que, sin embargo, los respectivos Parlamentos en general no la han llevado a cabo". Para reforzar su tesis de que la tendencia en la legislación actual no es la de prohibir este tipo de vestimenta, el Tribunal Supremo hace un repaso de todos los intentos fallidos, a lo largo de estos últimos años, de iniciativas que pretendían introducir la prohibición de velos integrales en distintas cámaras legislativas como el Senado (23 de julio de 2010) o el Parlamento de Cataluña (sesión de 5 de abril de 2011).

Al ocuparse de examinar la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Cataluña, el Tribunal Supremo no está de acuerdo en que la prohibición establecida por la Ordenanza del Ayuntamiento tenga un alcance limitado puesto que, aunque la prohibición solo afecta a "espacios o locales destinados al uso o servicio público", el Tribunal Supremo entiende que es un concepto "lo suficientemente abarcador, como para entender que todo el espacio municipal, que es en el que se desen-

vuelve primariamente la vida de los ciudadanos, resulta concernido por la prohibición". En cuanto al objeto de la prohibición, el Tribunal Supremo entiende que no cabe disfrazarla de neutral, pues la imposibilidad de llevar el velo islámico integral no deriva "de una prohibición inespecífica de atuendos que oculten el rostro", sino que la Ordenanza municipal se refiere expresamente al velo integral otorgándole singularidad propia, además de aparecer mencionado el primero de una serie de atuendos afectados por la Ordenanza. La finalidad de la modificación realizada a la Ordenanza ha sido sin duda para el Tribunal Supremo prohibir el velo integral por resultar incompatible con lo que se considera que debe ser la posición de la mujer según se desprende del texto de la moción planteada y debatida en el Pleno del Ayuntamiento el 28 de mayo de 2010.

Antes de pasar a abordar los motivos concretos de la impugnación de la sentencia del Tribunal catalán, es significativo que el Tribunal Supremo vuelva a referirse a que su decisión se enmarca en el problema social y político más general del uso de atuendos de vestir islámicos que debido a los flujos migratorios han irrumpido en sociedades hasta entonces más homogéneas desde el punto de vista cultural. El Tribunal Supremo insiste por esta razón en que seguramente será exigi-

ble una decisión del legislador que regule un marco normativo para resolver los conflictos que plantean estos símbolos, ya que el Tribunal renuncia a pronunciarse en esta sentencia sobre si una prohibición general del velo integral en los espacios públicos mediante ley, al estilo de la legislación francesa, tiene cabida o no dentro del marco constitucional español.

Uno de los motivos centrales del recurso presentado al Tribunal Supremo fue el de impugnar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña basándose en que había analizado la posible vulneración del velo integral al principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres sin que el Ayuntamiento de Lleida hubiera alegado en su Ordenanza que éste fuera el motivo de la prohibición, considerando la Asociación recurrente que "en la ordenanza no existe como motivo de su aprobación la igualdad entre hombres y mujeres y sí solo la seguridad". Tampoco habría sido alegado el "debate sobre la igualdad de la mujer" en el proceso por ninguna de las partes, lo cual queda desmentido por el escrito del Fiscal, que fue quien lo introdujo en el proceso ante el Tribunal Superior de Justicia (FJ 5º). Es probable que la Asociación recurrente haya tratado de probar con la ausencia del principio de igualdad de mujeres y hombres en la Ordenanza, que ni

siquiera el Ayuntamiento consideró atentatorio contra el citado principio el uso del velo, o al menos que jurídicamente carecía de sostén, razón por la cual la sentencia impugnada habría incurrido en incongruencia, al haber empleado una fundamentación jurídica distinta a la que sustenta la ordenanza. Los recurrentes intentan de este modo centrar el objeto de discusión del recurso en si el velo integral supone una amenaza para la seguridad, tal y como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán en el párrafo relativo "a la perturbación de la tranquilidad que en la cultura occidental produce la ocultación del rostro".

Los recurrentes pretenden demostrar que no es la ocultación del rostro en sí lo que provoca perturba la tranquilidad, en primer lugar porque la sentencia recurrida no aporta ninguna prueba de que ello sea así. De hecho, el Fiscal llega a afirmar en su escrito que resulta muy difícil aceptar la existencia de dicha perturbación en la tranquilidad o paz social "en una sociedad globalizada y multicultural, en que imágenes y noticias permiten compartir -a través de los medios audiovisuales y de internet- el día a día de otros países y culturas, presentes además en la vida cotidiana debido a la intensidad del proceso migratorio". En segundo lugar, los recurrentes apuntan a que la justificación de la

prohibición en la perturbación de la tranquilidad "ampara la discriminación de la autoridad pública individualizada en el Ayuntamiento de Lleida, una discriminación basada en prejuicios sociales" que "está directamente apuntando a la discriminación religiosa" o "a la islamofobia". De ahí que los recurrentes entiendan que la mujer musulmana ha sido objeto de discriminación por la adopción de la prohibición de los velos integrales, de manera que consideran vulnerado su derecho fundamental a la igualdad del art. 14 de la Constitución española, además del art. 14 del CEDH. Esta pretensión de los recurrentes resulta sin embargo rechazada por el TS, quien aplica la doctrina del Tribunal Constitucional que entiende "que cuando la pretendida vulneración de derecho de igualdad viene unida a la de un derecho fundamental sustantivo, la de éste subsume la vulneración del derecho de igualdad" (FJ 7º).

En cuanto a la exigencia de una ley como requisito ineludible para establecer una prohibición de estas características, el Tribunal Supremo encuentra manifiestamente errónea la interpretación que la sentencia impugnada hace de la exigencia, establecida en el art. 9.2 CEDH, de que la limitación al derecho de libertad religiosa esté prevista por ley. A partir de la cita de sentencias del TEDH como las dictadas en los asuntos *Leyla Sahin vs.*

Turquía y Kervanci vs. Francia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, entiende que la regulación en una norma como la Ordenanza municipal satisface el requisito de la limitación de la libertad religiosa prevista por ley, al interpretar de modo erróneo cómo funciona el margen de apreciación ya que el concepto de legislación manejado por el TEDH es el que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales, lo cual significa que no es suficiente a estos efectos que una medida limitadora se encuentre prevista en una norma, sino que en virtud del art. 53 CE, es exigible una ley formal para introducir límites a los derechos fundamentales. Sostener lo contrario significa además vulnerar el propio CEDH, cuyo art. 53 establece que "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte". A resultas de ello, es claro que, como argumenta el Tribunal Supremo, en modo alguno puede entenderse que el Convenio europeo rebaje las exigencias de nuestra Constitución (FJ 10º).

En este punto el Tribunal Supremo recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, para el que "la Constitución ha querido que la

Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido" (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, F 6º). A la vista de la doctrina del TC, "para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición" del velo integral, resulta inequívocamente exigida por la Constitución una ley, sin que ésta pueda ser sustituida por cualquier otra fuente normativa.

Además el Tribunal Supremo reprocha al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el haber llevado a cabo "una rechazable inversión de los términos del problema", dado que el TSJ razona en su sentencia pretendiendo deducir la competencia del Ayuntamiento a partir de la atribución de la potestad sancionadora reconocida en los arts. 139 y 140 de la Ley reguladora de Bases del Régimen local, de manera que lo que acaba produciendo dicho modo de razonar es que a partir de la competencia para sancionar se deduce la competencia para prohibir, cuando en todo caso debe

ser lo contrario: la prohibición debe ser siempre presupuesto de la infracción que merece sanción. Sin embargo, al invertir la secuencia lógica, según el Tribunal Supremo "se oculta en realidad lo que constituye el auténtico centro de gravedad del problema, que es el de la justificación constitucional de la prohibición del velo integral" (FJ. 7º). No es incorrecto considerar, como ha hecho la Sentencia recurrida, que la potestad normativa del Ayuntamiento está constitucionalmente fundada en el principio de autonomía local consagrado en el art. 140 CE, principio de autonomía que debe interpretarse de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 4. 2)" y que a partir del carácter democrático de los poderes del Ayuntamiento, deriva para la potestad normativa del Ayuntamiento sólo una vinculación negativa a la ley.

Sin embargo, en ausencia de ley no cabe eludir la vinculación negativa de todas las normas a la Constitución, lo que significa que "si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa una Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del art. 53 CE, arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la Ley". Sin embargo,

parte de la doctrina ha puesto en cuestión la interpretación que hace el Tribunal Supremo en esta sentencia sobre la reserva de ley, puesto que el TC ha flexibilizado la misma en atención a ámbitos materiales como los iusfundamentales a partir de la concepción de los poderes normativos con fundamento constitucional en la autonomía local¹¹.

También es errónea para el Tribunal Supremo la interpretación que del art. 53 CE realiza la sentencia recurrida y sobre la cual el TSJ de Cataluña pretende fundamentar la atribución a los Ayuntamientos de reconocer una competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales, pues aunque este art. 53 de la Constitución establece que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades...", no implica que lo reservado a la ley sea sólo el contenido esencial del derecho fundamental y que en todo aquello 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

¹¹ Vid. al respecto las consideraciones de Julia Ortega Bernardo, "Sobre la validez jurídica de las Ordenanzas locales que prohíben usar el burka en los establecimientos municipales. A propósito de la STS de 14 de febrero de 2013", *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 159, (2013), en particular p. 226.

normativos diferentes de la ley". El Tribunal Supremo entiende que del art. 53 de la Constitución se desprende justo lo contrario, y que por tanto 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.

En cuanto a la justificación de la medida limitadora del derecho de libertad religiosa, el Tribunal Supremo recuerda que "entre los elementos del orden público protegidos por la ley, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales que la Constitución consagra, uno de ellos es, precisamente, el de libertad religiosa".

El tercer requisito que exige el art. 9.2 CEDH para imponer una limitación al derecho de libertad religiosa es que resulte necesaria en una sociedad democrática (art. 9.2). Aquí es donde la sentencia impugnada expresa la dificultad de conciliar el uso del burka o el velo integral con "uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad", concluyendo con lo que el Tribunal Supremo califica de afirmaciones contundentes que se pronuncian por la incompatibilidad de este tipo de atuendos, llevados exclusivamente por mujeres, con la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no". Contra esta

conclusión, que determina la inconstitucionalidad de una prenda de vestir en sí misma (*in re ipsa*), el Tribunal Supremo formula varias objeciones que rechazan dicha interpretación. Los magistrados no niegan que el choque de este tipo de vestimenta con las concepciones culturales del país es grande, pero ello no hace aceptable prescindir de si el uso del velo integral es voluntario o no. Al respecto, el Tribunal Supremo señala que las mujeres adultas disponen de "un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección del poder público". No resulta por ello adecuado a juicio del Tribunal Supremo que, "para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del supuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida".

Advierte además el Tribunal Supremo que la prohibición de este tipo de velos puede tener un efecto perverso y "contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales", de manera tal que provoque "el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar más inmediato", lo cual "en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios" (FJ 10º). La idea de un ejercicio impuesto por presión social no es aceptada por el Tribunal Supremo, no siendo legítimo imponer una prohibición de esta naturaleza, pues el "ejercicio libre de una opción religiosa, (...) debe contar" con la garantía de la "inmunidad de coacción" a la que se refiere el TC en su jurisprudencia como el reconocimiento de un *agere licere*. Ciertamente ningún derecho fundamental es absoluto, y en razón de ello puede ser limitado cuando debido a su ejercicio puedan verse perturbados los derechos de terceros.

En torno a esta cuestión el Fiscal atinadamente observa que es difícilmente defendible la tesis de lesión a derechos de los demás "salvo que construyamos un derecho a ver el rostro de otro" lo cual traería consigo la negación del derecho de cada cual a exhibirlo o no. La otra alternativa, la de pretender justificar la limitación de un derecho a alguien

para proteger no un derecho de los demás, sino un derecho propio por soportar una discriminación supone, además de no precisar respecto a quiénes se recibe un trato desventajoso, admitir que se pueden limitar los derechos cuando del ejercicio de estos se derive un daño o un perjuicio para el sujeto. Es decir, estaríamos justificando limitar los derechos por un ejercicio no antisocial sino por un ejercicio reflexivo autolesivo.

El Tribunal Supremo no encuentra aceptable en consecuencia ni la tesis paternalista que reivindica proteger al sujeto cuando ante un mal ejercicio de sus derechos puede seguirse un perjuicio, ni la tesis antivoluntarista para la que vestirse con este tipo de velos implica obrar por presión o padecer una discriminación como sujeto pasivo. Al rechazar ambos argumentos el TS acoge favorablemente con este razonamiento el argumento expresado por los recurrentes, para quienes esa "supuesta igualdad (...), supone un juicio de valor subjetivo no aplicable a ningún caso concreto sino a una opinión personal no jurídica que da por hecho que existe desigualdad entre hombre y mujer por el hecho de que ciertas mujeres decidan indumentarse de una manera determinada" (FJ 3º).

Es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo no aborda la cuestión de si ha podido

infringirse el principio de dignidad humana o de dignidad de la mujer puesto que no está permitido introducir argumentos que se omitieron en el proceso ante el Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, el argumento de que el velo integral islámico vulnera la dignidad personal de la mujer ha desempeñado un papel relevante en la adopción de las leyes francesa y belga de prohibición¹².

El Tribunal Supremo acaba estimando el recurso de casación por vulneración del derecho de libertad religiosa, art. 16.1 CE, al no existir Ley previa con base a la que pudiera limitarse el ejercicio de tal libertad en lo relativo al uso del atuendo cuestionado, siendo rechazable la argumentación de la sentencia recurrida. De este modo queda anulada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, además de los artículos de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento que imponían la prohibición del velo integral en espacios municipales.

¹² Vid. Juan José Ruiz Ruiz, "*Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad* (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 33, Octubre, 2013.

Si bien el motivo que conduce a anular la prohibición es el de la inconstitucionalidad de la norma municipal por incompetencia, no es menos cierto que a lo largo de la Sentencia el Tribunal Supremo entra a ejercer un control de convencionalidad de la ordenanza, especialmente en lo que se refiere a la justificación de la medida limitadora del derecho, de manera que se pronuncia sobre si la perturbación de la tranquilidad y la seguridad o si la efectiva igualdad entre mujeres y hombres pueden justificar la prohibición de vestir el velo integral. Con ello el Tribunal Supremo anticipa en cierto modo los argumentos que en un futuro próximo puede que tenga que examinar el TC.

Justamente al proceder el Tribunal Supremo al control de convencionalidad de la Ordenanza impugnada a través del examen de los fines que, establecidos el art. 9.2 CEDH, justifican la limitación del derecho a la libertad religiosa, entra a valorar algunas de las finalidades que también se encuentran en la Constitución y en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. A pesar de que el TS hace hincapié en que el examen de los fines de la ordenanza no pueden verse como un análisis anticipado sobre si el legislador puede ampararse en tales fines para regular la prohibición de los velos integrales, no carece de trascendencia la argumentación empleada en el Fundamento Jurídico

co n° 10 en orden a determinar la legitimidad de los mismos desde el punto de vista de su constitucionalidad. Ni la dignidad propia personal o cualesquiera derechos propios, ni la dignidad de la mujer o su igualdad con el hombre, ni la seguridad o tranquilidad, ni los derechos de los demás satisfacen para el Tribunal Supremo ninguna de las finalidades previstas en el art. 9.2 CEDH, negando que puedan legitimar una limitación del derecho de libertad religiosa (o del derecho a la propia imagen, solo mencionado en la Sentencia del TS como derecho "subsidiario" para el caso en que se cuestione el carácter religioso de la vestimenta, FJ 8º). Por no cumplir con los fines que legítimamente permiten limitar la libertad religiosa entendemos que el Tribunal Supremo no entra a valorar la proporcionalidad de la medida, una pretendida omisión que ha reprochado alguna autora¹³. Cabe recordar a este respecto que la configuración individualista que han recibido los derechos en la Constitución protege el ejercicio individual de cada derecho sin imponer fines concretos, ni intereses que no sean los personales, ya sean éstos públicos o colectivos, de modo que el interés socialmente mayoritario no puede

¹³ Vid. M^a Teresa Areces Piñol, "La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, Mayo, 2013, p. 46.

funcionar como límite indeterminado del ejercicio de un derecho fundamental.

III. Las finalidades legítimas para prohibir el velo integral en el espacio público

La dificultad en encontrar una justificación legítima a la prohibición de los velos integrales hace que el momento actual en Europa se esté lejos de una interpretación uniforme de las jurisdicciones nacionales en torno a si la extensión de la prohibición del velo integral a todo espacio público supone o no una vulneración del art. 9.2 del Convenio Europeo de derechos humanos (CEDH).

En Francia, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación en las sentencias de 5 de marzo de 2013, n° 12-80.891 y n° 12-82.852 estima que la ley de prohibición de ocultamiento del rostro de 2010, es conforme a los arts. 9, 10 y 14 del CEDH. En ellas la Corte rechaza que, en *Amhet Arslan y otros c. Turquía*, el TEDH haya dado la razón a los recurrentes contra su Estado porque resulte contraria al CEDH la prohibición del uso de vestimentas religiosas en el espacio público, sino que, a juicio de la Corte de Casación francesa, el recurso fue acogido porque resultó decisivo que los recurrentes se encontraran a la puerta de una mezquita con la intención de cumplir con los ritos religiosos, lo cual cumple con las moda-

lidades de ejercicio del derecho a la libertad religiosa, que se encuentra protegida por el art. 9 CEDH si se ejerce mediante el culto, la enseñanza o el cumplimiento de ritos, no llegando por tanto a pronunciarse el TEDH sobre si la misma actitud de los interesados que vestían la indumentaria, hubiera supuesto una amenaza al orden público en caso de no dirigirse a cumplir con un rito religioso.

También en España el Tribunal Supremo rechaza que la prohibición del burka por el Ayuntamiento de Lleida pueda justificarse en la perturbación de la tranquilidad por riesgo a la seguridad como uno de los objetivos legítimos del art. 9.2 CEDH al no constatarse ni haber sido demostrada su existencia. Tampoco considera el Tribunal Supremo que la medida de prohibición sea necesaria en una sociedad democrática. En Bélgica, por el contrario, en la polémica sentencia (nº 145/2012, de 6 de diciembre de 2012) el TC ha declarado constitucional la ley de prohibición de ocultar el rostro y estima que es compatible con el CEDH.

Antes de analizar los bienes y valores, tanto convencionales como constitucionales, que pueden legitimar una prohibición de los velos integrales en el espacio público, puede ser conveniente señalar que un régimen de prohibición general para todo el espacio pú-

blico encierra una comprensión de los derechos fundamentales estrictamente construida sobre prescripciones del derecho objetivo¹⁴. Sin embargo tal concepción no tiene en cuenta el carácter principalista que preside los derechos de libertad y por ende orilla a mi juicio el papel que tiene la ponderación entre libertad jurídica y libertad fáctica.

Cabe añadir a lo anterior que el espacio público constituye un ámbito abierto a toda persona en el que los particulares ejercen principalmente la facultad ambulatoria y sobre el que se proyecta la dimensión externa de la libertad religiosa mediante manifestaciones o eventos de carácter religioso. Se trata por tanto de un espacio abierto al pluralismo y la tolerancia en el que no pueden esgrimirse principios como el de laicidad o neutralidad de órganos del Estado o sus agentes. La invocación de estos principios abocaría a una "laicización" de los particulares que transitan

¹⁴ Una manifestación extrema de esta concepción a mi entender viene dada por los centenares de prohibiciones que incluyen algunas ordenanzas municipales, cubriendo un repertorio tan amplio de ilícitos que, como ha señalado Casino Rubio, comprenden "comportamientos tan cotidianos, y hasta en ocasiones puramente reflejos, que no hay ciudadano, por escrupuloso que sea, capaz de no tropezar con alguno de ellos. Vid. "Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia", *Istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 749.

por la vía pública, que se verían privados de exteriorizar sus creencias o su religión y de obrar en coherencia con las mismas, lo cual no es otra cosa que una prohibición del derecho de libertad religiosa.

1. *La seguridad y el orden público*

La más reciente jurisprudencia del TEDH no permite vincular el velo integral o el burka a una situación cierta de inseguridad o incluso de riesgo para la seguridad pública sin que quede demostrada esa conexión. Al respecto, la sentencia del caso *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*, de 23 de febrero de 2010, mantiene que es legítimo limitar el uso de vestimentas o prendas amparadas en la libertad religiosa y de creencias para preservar la seguridad y el orden públicos. En efecto, el Tribunal puede admitir la injerencia incriminada, ya que en la medida en que pretendía hacer respetar los principios laicos y democráticos, perseguía varios de los fines legítimos enumerados en el art. 9 del TEDH: el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden, así como la protección de los derechos y libertades de los demás¹⁵. Sin embargo, para determinar si la injerencia en el derecho de manifestar las creencias mediante la vestimenta ha

¹⁵ STEDH *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*, 23 de febrero de 2010, § 43.

sido proporcionada a los fines legítimos, se debe analizar según el Tribunal si la prohibición es "pertinente y suficiente". No habiendo sido acreditado que el uso de la vestimenta haya constituido o haya habido riesgo de que constituya una amenaza para el orden público o una presión sobre otros, la necesidad de la prohibición de usar este tipo de prendas en la vía y espacios públicos es desproporcionada y por tanto innecesaria¹⁶.

En cuanto a la posible perturbación de la paz o de la tranquilidad pública, cabe recordar la doctrina sentada por el TEDH en *Barankevich c. Rusia*¹⁷, en la que el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo un control estricto de proporcionalidad sobre la aplicación de la cláusula limitadora del orden público, no resultando suficiente para justificar la prohibición de un oficio religioso en un parque dentro de una ciudad, probar que la mayoría de la población no profesa ese credo o incluso demostrar que se muestra hostil hacia él.

En estos casos, según el TEDH, el deber de las autoridades es el de adoptar las medidas que garanticen el pacífico ejercicio de un

¹⁶ STEDH *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*, 23 de febrero de 2010, § 50.

¹⁷ STEDH (Secc. 1ª), *Barankevich c. Rusia*, de 26 de Julio de 2007 (nº 10519/03).

derecho, sin que se pueda esgrimir una posible o incluso probable perturbación del orden público como justificación para impedir el acto religioso en un espacio abierto. Señalaba el TEDH en el caso *Barankevich c. Rusia*, que "en lugar de considerar medidas que podrían haber permitido el desarrollo pacífico de la reunión religiosa organizada por el recurrente, las autoridades impusieron su prohibición [...] recurriendo a la medida más radical, negando al recurrente la posibilidad de ejercer sus derechos..."¹⁸. Igualmente puede traerse aquí lo afirmado en *Eweida y otros c. Reino Unido*, en la que el TEDH señala que el deseo de manifestar las propias creencias es un derecho fundamental "porque una saludable sociedad democrática necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad, pero también por el valor para un individuo que ha hecho de la religión un eje central de su vida, de poder comunicar esa creencia a otros"¹⁹.

Por otro lado, la medida de prohibición general se muestra poco conforme con la jurisprudencia del TEDH, que considera que las restricciones al derecho de libertad religiosa están justificadas para proteger la seguridad pública cuando aquéllas sean momentá-

¹⁸ Cfr. *STEDH Barankevich c. Rusia*, § 33.

¹⁹ *STEDH Eweida y otros c. Reino Unido*, Secc. 4ª, 15 de enero de 2013, § 94.

neas para permitir la identificación de la persona que usa vestimenta religiosa. Así, por ejemplo, el TEDH ha rechazado recursos en que se alegaba que la libertad religiosa habría sido limitada ilegítimamente cuando a una mujer musulmana se impone la obligación de retirar el velo momentáneamente en el control de identidad de la entrada al consulado de Francia en Marrakech para solicitar un visado (STEDH *El Morsli c. Francia*, de 4 de marzo de 2008, asunto 15585/06)²⁰. De manera análoga, entendieron los jueces de Estrasburgo que obligar a un hombre de confesión sikh a retirar su turbante para pasar el control de seguridad en un aeropuerto era un injerencia legítima en su derecho a la libertad religiosa justificada por la seguridad pública (STEDH *Phull c. Francia*, de 11 de enero de 2005, asunto 35753/03). Ambas limitaciones respetan el art. 9.2 del Convenio europeo de Derechos humanos, por tener la petición de despojarse de la vestimenta o prenda de vestir un carácter puntual y limitado en el tiempo.

En nuestro ordenamiento constitucional, tampoco la obligación de identificación parece ofrecer sustento suficiente para justificar una prohibición de ocultar el rostro en el

²⁰ La recurrente estaba dispuesta a retirar el velo sólo si lo hacía en presencia de otra mujer, petición que se le denegó.

espacio público. La identificación de personas entendida como medida policial encaminada a averiguar o corroborar la identidad de alguien no puede ser interpretada como una obligación de permanente identificabilidad a simple vista. Debe recordarse a este respecto que la identificación viene a corresponderse con las diligencias de acreditación documental de los datos que identifican a una persona, entrañando por tanto en principio un control de los datos acreditativos de la identidad, entre los que se encuentran desde luego los rasgos faciales. Pero sin duda la identificación practicada mediante estas diligencias es diferenciable de la obligación de ser reconocibles en todo instante, es decir, de mostrar los rasgos faciales para ser identificado no con carácter puntual sino permanente. Una obligación de acreditar la identidad en toda ocasión mediante la observación visual no parece tampoco tener sustento en el art. 5.1 b) CEDH, a la vista de la jurisprudencia del TEDH, para el que introducir una obligación general de proporcionar a las autoridades la información que acredite la identidad no encuentra acomodo en el Convenio europeo, ya que el art. 5.1 b) exige que el sometimiento a controles de identidad debe respetar las condiciones de concreción y especificidad (*Mc Veigh y otros c. Reino Unido, B. c. Francia*).

Por otra parte, el TC exige que solo circunstancialmente puede limitarse un derecho fundamental. Según esta doctrina, "el principio de libertad del que [el derecho de libertad religiosa] es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucionalmente fijado" (STC 101/1985, de 4 de octubre, FJ 3º).

No es menos cierto, además, que la seguridad ciudadana, como cláusula asimilada al orden público, de acuerdo con la interpretación recibida por nuestro TC, es un "bien jurídico de ámbito colectivo, no individual" (STC 126/1987, STC 325/1994), noción que no ampara por tanto ningún derecho subjetivo a la seguridad personal, lo que en principio lo convierte en un bien público, cuya naturaleza objetiva le otorga una relevancia de segundo orden frente a los derechos fundamentales, pues éstos solo podrán ser limitados por bienes públicos si resulta estrictamente necesario, además de adecuado y proporcionado, como es el caso del derecho de libertad religiosa frente a la seguridad.

2. *La igualdad e inferioridad de la mujer y la discriminación respecto al sexo masculino*

Los pasos dados tanto en Francia como en Bélgica en la definición de la igualdad objetiva de hombres y mujeres como componente del orden público a raíz de la prohibición mediante ley de este tipo de atuendos, han abierto una línea interpretativa sin duda novedosa. Supone también asumir las tesis de la orientación doctrinal que incluye la igualdad de género, bien sea como uno más de los componentes del orden público en sentido amplio junto a los demás elementos (moral y salud públicas, seguridad, tranquilidad)²¹, o bien como comprendido dentro de la moral pública.

Afirma el Tribunal constitucional belga en su sentencia nº 145/2012 que "incluso cuando llevar el velo integral resulte de una elección deliberada de la mujer por sí misma, la igual-

²¹ Así, Solozábal propone entender el orden público como el núcleo de principios sociales y jurídicos del sistema constitucional, tendentes a garantizar sobre todo la autonomía del individuo y su igualdad, impidiendo su discriminación por razón de sexo. Vid. Juan José Solozábal Echevarría, "Límites de los derechos fundamentales", en Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (codir.), *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, 2011, p. 32.

dad de sexos justifica que el Estado pueda oponerse, en la esfera pública, a la manifestación de una convicción religiosa por un comportamiento no conciliable con el principio de igualdad entre el hombre y la mujer" (considerando B. 23). La causa de la discriminación reside, a tenor de la sentencia, en que sólo la mujer es la destinataria de una prescripción que le priva de un elemento fundamental de su individualidad que resulta indispensable para la vida en sociedad y para el establecimiento de vínculos sociales (considerando B. 23).

Asimismo, por la no aceptación de una autolesión a la propia dignidad por un comportamiento voluntario, en Francia el *Conseil constitutionnel* ha optado en su decisión sobre el velo integral por desistir de apoyar su razonamiento en una concepción objetiva de la dignidad, con la dificultad añadida de que ni siquiera se encuentra recogida expresamente, ni como principio ni como valor, en la norma fundamental. De ahí que la decisión de 7 de octubre de 2010, nº 2010-613 DC sobre la ley anti-burka, se incline por no responder a la cuestión de si existe un orden público inmaterial en el que quedaría englobado el respeto a la propia dignidad²², como parte de la doctrina

²² Cfr. Anne Levade, "Épilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée!", *La Semaine juridique*, nº 43, 25 de octubre de 2010, p. 1981.

francesa sostiene²³, sino que se limita a declarar la constitucionalidad de la ley adoptando como parámetro los principios constitucionales de libertad e igualdad que integran el orden público constitucional, respecto de los cuales viene a ser manifiestamente incompatible, -según la decisión n° 2010-613 DC-, la situación de exclusión e inferioridad en la que el burka o el velo integral coloca a la mujer que viste con ellos, incluso a pesar de tratarse de una elección voluntaria (considerando 4). Aplicando ambos principios, en efecto, el *Conseil constitutionnel* estima que el legislador ha adoptado una disposición que asegura una conciliación entre la salvaguardia del orden público y la garantía de los derechos constitucionales protegidos que no es manifiestamente desproporcionada (considerando 5). Obtiene de este modo la igualdad de género a nuestro juicio un reconocimiento explícito como uno de los contenidos del orden público constitucional que puede justificar la prohibición, haciendo de ella un principio de valor objetivo intangible, ya que el principio constitucional de igualdad se aplica como límite incluso frente a la voluntariedad de la decisión de llevar velo integral, validan-

²³ Cfr. Bertrand Mathieu, "La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral". La reconnaissance implicite d'un ordre public "inmatériel", *La Semaine juridique*, n° 42, 18 Octobre 2010, p. 1932.

do de este modo la apreciación del legislador, que entiende que el uso de esta vestimenta coloca a las mujeres en una situación de exclusión e inferioridad incompatible con los principios constitucionales de libertad y de igualdad²⁴.

Ahora bien, el argumento de la desigualdad o la discriminación de la mujer por el uso del velo integral, o por el uso del burka, encuentra dos tipos de objeciones. De una parte, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8.2 del Convenio, no deberían ser punibles comportamientos o conductas que procuren un daño o un peligro de tipo físico o moral a quien las realiza, ya que en principio quedan comprendidas dentro del derecho a la libre autodeterminación del sujeto, lo que implica la facultad, -pero no el deber-, de establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior²⁵. En

²⁴ Por lo tanto, la justificación que se ha encontrado para legitimar constitucionalmente la prohibición del velo integral no ha sido la dignidad ni la existencia de un orden público inmaterial, sino que ha prevalecido sobre ellos, como finalidad legítima perseguida por la restricción al derecho de llevar la indumentaria discutida, la igualdad garantizada a la mujer por la ley, de derechos iguales a los del hombre, contenida en el párrafo 3º del Preámbulo de la Constitución de 1946.

²⁵ Cfr. STEDH, *K.A. y A.D. c. Bélgica*, de 17 de febrero de 2005, § 83; STEDH *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, § 66.

segundo lugar, una prohibición general tiene sin duda consecuencias más estrictas para las mujeres de confesión musulmana en el ejercicio de algunas de sus libertades fundamentales que para el resto, debiendo soportar las primeras una discriminación indirecta, puesto que, si por sus convicciones íntimas o incluso por imposición²⁶, estas mujeres para poder moverse en el espacio público, y para poder comunicar, utilizan el velo integral, el efecto discriminatorio indirecto deriva de que con la prohibición se les estaría restringiendo o incluso privando de la facultad ambulatoria a las mujeres que deben de vestirse con velo integral o burka²⁷.

Existe además el riesgo de que la promoción de la igualdad entre sexos con la que se pretende justificar la prohibición del velo integral pueda a su vez incurrir en la imposición de límites al derecho a la libertad de

²⁶ En el caso de que lleve velo integral o burka por imposición o por temor, la prohibición beneficia entonces al hombre opresor. Cfr. Jogchum Vrielink, Eva Brems y Salla Ouald-Chaib, "Il divieto del "burqa" nel sistema giuridico belga", *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile 2012, p. 188.

²⁷ Sobre la discriminación indirecta que se obliga a soportar a las mujeres con velo, vid. Juan José Ruiz Ruiz, "La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 92, 2011, p. 127.

expresión, en la medida en que el uso de burka o velo integral esté motivado por un rechazo a valores sociales mayoritarios o a un modelo de vida, -el occidental-, contra el que el velo o determinada vestimenta puede expresar no solo un rechazo legítimo, sino además un conjunto de convicciones o ideas personales, *prima facie* protegidas por la libertad de expresión.

Cabe plantearse no obstante si en nuestro Derecho antidiscriminatorio la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, brinda algún asidero en el que prohibir determinados velos islámicos considerados producto de comportamientos sexistas del varón. La respuesta parece que debe ser negativa. Principalmente, porque la autonomía privada en las relaciones entre particulares obtiene un reconocimiento constitucional (arts. 1.1, 10.1, 38.1) que desplaza el imperativo constitucional de la igualdad en favor de la voluntad individual²⁸. De este modo, la eficacia del principio de igualdad es muy limitada, existiendo excep-

²⁸ Vid. Juan María, Bilbao Ubillos, "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público", en Carrasco Durán, M.; Pérez Royo, F. J.; Urías Martínez, J.; Terol Becera, M. J. (Coords.): *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Vol. I). Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2006, p. 819.

ciones a la regla general en el ámbito de las relaciones laborales.

Ahora bien, el margen de arbitrio protegido por la libertad individual, a pesar de eliminar la prohibición de la arbitrariedad o la razonabilidad en la actuación de un particular, no excluye que se pueda limitar de manera justificada. De este modo, la introducción de modulaciones a la esfera de inmunidad que protege las relaciones privadas puede establecer vínculos con el principio de igualdad de forma mediata a través de la ley. En este sentido, y a pesar de que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha elevado la igualdad de trato y de oportunidades a principio informador del ordenamiento jurídico, debiendo ser observado e integrado en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4), parece que dicho principio se proyecta muy directamente, a tenor del art. 5, en el ámbito del empleo privado y público, y en los negocios jurídicos. No obstante, dentro de la tipificación de las conductas discriminatorias que lleva a cabo esta norma legal, el acoso por razón de sexo, distinto al acoso sexual, podría justificar sanciones a quien pretenda atentar contra la dignidad de la mujer o bien pretenda "crear un entorno degradante u ofensivo" (art. 7). Si el uso del velo integral se debe a una conducta de este

tipo realizada por el varón y si se demuestra que perseguía tales propósitos, cabrá exigir la correspondiente sanción.

Sin embargo, como tantas veces se ha puesto de manifiesto, para sancionar estas conductas no es necesaria la prohibición del uso del velo integral. Es cierto que cabe dudar de la eficacia de las normas sancionadoras en ciertos casos, puesto que la mujer objeto de un comportamiento discriminatorio debe denunciar este tipo de conducta, por lo que quien voluntariamente en las relaciones entre particulares del ámbito intra-familiar esté siendo objeto de una conducta sexista y discriminatoria y la acepte, o simplemente la conciba como adecuada y apropiada a sus pautas culturales, o bien estime que viene impuesta por un deber de conciencia o religioso, no podrá ser obligada a modificar su comportamiento si éste es voluntario. Así pues, y salvo prueba en contrario, las mujeres que cubren su rostro lo hacen de manera voluntaria, dando pie para un amplio sector doctrinal la prohibición del velo integral y burka a una imposición paternalista del ejercicio de los derechos fundamentales, más propia de un Estado de tipo eudemonológico.

Probablemente ofrece mayor sustento la prohibición del velo integral en la obligación que impone el art. 5 a) de la Convención,

ratificada por España²⁹, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer a los Estados parte en orden a adoptar "todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". Sin embargo, modificar los patrones de conducta no es lo mismo que prohibirlos, por lo que no puede tomarse esta obligación de la Convención como un límite adicional a los derechos fundamentales, como por otra parte es doctrina de nuestro TC.

Conviene sin embargo tener presente que tanto la libertad de expresión, como la libertad religiosa, obligan a soportar ideas, opiniones, creencias o estilos de vida que no se comparten³⁰. En tal sentido, el TEDH aplica unos márgenes tan amplios para la libertad de expresión, que incluso la prohibición de símbolos que puedan resultar ofensivos, vulnera el art. 10 CEDH, ya que no basta el resentimiento

²⁹ B.O.E., núm. 69, de 21 de marzo de 1984, pp. 7715 a 7720.

³⁰ Cfr. *Tatár y Fáber c. Hungría*, STEDH 2ª secc., de 12 de junio de 2012, § 35.

miento o la indignación de otro para justificar la prohibición de un símbolo cuando no se puede acreditar que haya existido una intimidación³¹, ni tampoco cabe limitar la libertad de expresión por producir sentimientos de ofuscación o de rechazo en otros, ya que en tal caso la más mínima perturbación serviría entonces para hacer impracticable la libertad de expresión y de opinión³². Incluso el TEDH ha puntualizado en su jurisprudencia que un régimen jurídico que restringe los derechos fundamentales según el dictado del sentimiento popular, no satisface uno de los elementos del juicio de proporcionalidad, ya que niegan los jueces de Estrasburgo que un sentimiento popular contrario a un símbolo pueda interpretarse como una necesidad social imperativa para una sociedad democrática³³.

3. La lesión de la dignidad personal o de la mujer como límite al ejercicio del propio derecho. El conflicto con el derecho a la libre autodeterminación personal

Desde el planteamiento tradicional hasta ahora basado en la concepción liberal de los

³¹ Cfr. *Tatár y Fáber c. Hungría*, STEDH 2^a secc., de 12 de junio de 2012, § 56.

³² Cfr. *Vajnai c. Hungría*, STEDH, 2^a secc., de 8 de julio de 2008, § 57.

³³ *Ibid.*, § 57.

derechos, el respeto a la dignidad personal estaría salvaguardado siempre que quien se viste con niqab o burka acepte que los demás no lo lleven y, del mismo modo, siempre y cuando quienes no usan dicha vestimenta respeten a quien ha decidido ocultarse tras ella³⁴. La dignidad se identifica en este caso con la autodeterminación moral de la persona en virtud de la cual entra en su esfera de libertad disponer sobre su imagen.

Las leyes de prohibición (tanto francesa como belga) han invertido dicho planteamiento al considerar que es llevar dicha indumentaria lo que en realidad viene a vulnerar la igual dignidad de estas personas, de modo que la prohibición de este tipo de velos protege la dignidad de esas mujeres al asegurar la emancipación de la persona³⁵. La dignidad estaría adoptando no el papel de límite a los límites de los derechos, sino que es utilizada en sentido contrario, como verdadero límite a un derecho, con la particularidad de que la restricción no afecta al derecho de otro, sino al derecho propio.

³⁴ Vid. Stéphanie Evain, "Liberté religieuse et respect de la dignité humaine: l'exemple de la question du port du foulard islamique dans l'établissements d'enseignement en France", *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 4, décembre 1999, p. 918.

³⁵ (Sentencia n° 145/2012 del TC belga, considerando A. 21).

En realidad, la pretensión de fundamentar la restricción a la libertad religiosa, bien en la dignidad de la persona, bien en el orden público o moral pública, pone de manifiesto la inexistencia de un conflicto entre el derecho a manifestar las creencias y otro derecho fundamental.

La dignidad de la persona se presta a variadas interpretaciones, entre otras cosas por su porosidad hacia criterios metajurídicos y porque no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que cobija diversos significados, lo cual ha dificultado su configuración y su aceptación como bien jurídico³⁶. Así, por una parte, la dignidad puede justificar la intangibilidad de la vida humana y del ser humano, situando en un plano objetivo el ámbito de su protección, pero al mismo tiempo la dignidad puede entenderse como libre determinación de la personalidad, lo que implica situarse en un plano subjetivo que con-

³⁶ No obstante, que la dignidad no haya sido constitucionalizada como derecho fundamental, no impide su conceptualización como bien jurídico penal, a pesar de su apertura y su indefinición, ya que cabe precisar su contenido delimitando las conductas que suponen vulneración de la dignidad. Cfr. Mercedes Alonso Álamo, "Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p. 13.

cede la mayor protección a la autonomía de la voluntad del sujeto. En este primer sentido la dignidad puede ser esgrimida solo como un derecho a un libre proyecto de vida, o como el derecho de libre determinación del sujeto, reforzando por tanto otros derechos fundamentales, pero parece improbable a nuestro juicio que admita ser interpretada, -con la configuración que ha recibido en nuestro texto constitucional-, como un deber para con la propia dignidad o como un componente más del orden público que limite al ejercicio de los demás derechos (como parece pretender el Consejo de Ministros belga en el recurso contra la ley anti-burka), porque ello implicaría decidir por el propio titular de los mismos, cuya libertad quedaría supeditada a la valoración de un proyecto de vida "digno"³⁷.

Desde esta perspectiva, si cubrirse con burka o velo integral supone un menoscabo en la dignidad, corresponde enjuiciarlo a cada

³⁷ En esta línea indica Camarero Suárez que "si el Estado tiene derecho a restringir las libertades para proteger el orden y la seguridad pública, sin embargo, ni él ni ninguna otra autoridad ostenta el derecho de proteger a sus ciudadanos de su propia libre decisión y acción". Vid. Victoria Camarero Suárez, "Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: Sentencia 693/2013, de 6 de febrero de 2013)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, p. 25.

mujer, pues es al sujeto titular de un derecho al que corresponde decidir qué interés persigue con su ejercicio o qué interés tiene cuando renuncia a él (en rigor, a su ejercicio), de manera que quien voluntariamente asume un menoscabo en su imagen, como por ejemplo los enanos utilizados como objeto de lanzamiento de longitud con protección para amortiguar el golpe, en realidad no renuncia a la propia dignidad, sino que está ejerciendo su libertad de trabajar en un ámbito circunscrito³⁸. Esta parece ser la orientación jurisprudencial del Consejo de Estado belga, que rechaza que la dignidad consagrada en el art. 23 CB sea un elemento del orden público³⁹. El Consejo de Estado francés a pesar de que reconoció en su día en la sentencia del lanzamiento del enano que la dignidad de la persona humana es un componente del orden público⁴⁰, no ha vuelto a reiterar dicha doctri-

³⁸ Vid. Jean François Flauss, "L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue française de droit administratif*, vol. 8, n° 6, noviembre-décembre, 1992, p. 1026-1031.

³⁹ Cfr. Conseil d'Etat, arrêt n° 85.699, de 29 de febrero de 2000.

⁴⁰ El Consejo de Estado francés en un caso aislado, Commune de Morsang sur Orge, de 27 de octubre de 1995, estimó que un espectáculo de lanzamiento de enanos en una discoteca, prohibido por el alcalde de la localidad en 1991, podía llevar a atentar por su propio objeto contra la dignidad de la persona humana. Esa introducción de la dignidad humana a través del orden

na, y difícilmente parece que tenga continuidad, por lo que la importancia de aquel pronunciamiento reside más en la búsqueda de un asidero en el que justificar la prohibición del velo integral en un precedente ya abandonado⁴¹, que en la existencia de una verdadera línea jurisprudencial. El *Conseil constitutionnel*, por su parte, no ha seguido la misma concepción sostenida en aquella sentencia del caso del enano ya que, aun considerando la salvaguardia de la dignidad de la persona humana un principio de valor constitucional⁴², sin embargo para el *Conseil* tiene carácter de límite para los demás, pero no para quien ejerce el propio derecho.

Siguiendo por tanto este orden de consideraciones, cabría afirmar que el principio de dignidad humana (art. 10 CE) no da cobertura a pretensiones dirigidas a la prohibición de determinados comportamientos que terceras

público ha sido juzgada por parte de nuestra doctrina como la atribución al juez de facultades extrajurídicas que aumentan el riesgo de decisiones discrecionales. Vid. Mario Ruiz Sanz, "A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentarios al caso Wakenheim v. Francia sobre el lanzamiento de enano", *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, 5/2009, p. 195.

⁴¹ Cfr. Robert Hanicotte, "Visage caché, oeil policier... La dissimulation du visage au regard de l'ordre public", *AJDA*, nº 8/2010, p. 422.

⁴² Décision nº 94-343/344 DC, 27 juillet 1994.

personas puedan interpretar como degradantes⁴³.

La interpretación de que habría un incumplimiento de un deber para con la propia dignidad por parte de las mujeres que portan el velo integral sería también contraria al CEDH y a la doctrina sentada por el TEDH sobre la dignidad como posible límite a comportamientos voluntarios o consentidos. En efecto, desde que el Tribunal de Estrasburgo corrigió su anterior jurisprudencia sobre el derecho a la privacidad⁴⁴ a partir de *Christine Goodwin c. Reino Unido* (STEDH de 11 de julio de 2002) y desde *Pretty c. Reino Unido* (STEDH de 29 de abril de 2002), no cabe imponer, más allá de los expresamente señalados por del art. 8.2 del Convenio⁴⁵,

⁴³ Vid. Aurélien Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors?*, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 160.

⁴⁴ En particular, se procedió a corregir la doctrina sentada en *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido* (STEDH de 19 de febrero de 1997), que permitía injerencias en la libre autonomía individual por consentir comportamientos lesivos sobre el propio cuerpo.

⁴⁵ Según el art. 8.2 "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud

injerencias o límites a la libre autonomía, o al libre desarrollo personal del individuo, cuando el sujeto haya consentido libremente, y ello aun cuando, con su comportamiento, a juicio de la sociedad tal individuo menoscabe su dignidad.

La dignidad en la teoría de los derechos fundamentales está en efecto sujeta a los condicionantes que se derivan de la concepción liberal de los derechos, por esencia no finalista y respetuosa con la orientación que su titular quiera proporcionarles. De ahí se sigue que la única protección imaginable que puede dispensar la dignidad como valor o principio, sea la destinada a proteger contra una inmisión ilegítima proveniente de otro sujeto, pero no contra el comportamiento de uno mismo⁴⁶. No se trata sino de aplicar la clásica regla del derecho común *volenti non fit iniuria*.

El principio de dignidad en la teoría de los derechos tendría de este modo una naturaleza asimétrica, debiéndose aplicar el principio según el cual *qui suo jure utitur neminem laedit*, de modo que las conductas potencial-

o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

⁴⁶ Vid. B. Mathieu, "La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral", op. cit., p. 1932.

mente lesivas para el sujeto que las realiza (sumisión, aceptación de inferioridad, etc.), se deben considerar como amparadas por el derecho a la propia imagen, o a la libertad religiosa. El mencionado principio no es en realidad otra cosa que la plasmación de la dignidad en sentido kantiano, que es indisociable de la libertad individual. Naturalmente, su consecuencia más directa es erigir la autonomía del individuo en parámetro de su propia dignidad, de modo que incluso lo que para otros puede calificarse como trato inhumano o degradante, deja de serlo si en el fuero interno de quien se somete a este tipo de comportamiento lo acepta con su consentimiento, por no entender que exista tal degradación o trato inhumano.

Para esta construcción es evidente que nadie puede lesionar su propia dignidad mientras actúe libremente. De hecho, el derecho positivo parte de la premisa de que donde existe libertad, existe dignidad. Ahora bien, este criterio, incorporado en algunos textos constitucionales a través del derecho a un libre desarrollo de la personalidad, simplemente significa que nadie produce un daño a su dignidad de manera consciente, pero no resuelve la cuestión de si se puede producir un daño a la dignidad no ya individual, sino humana, de modo que no resulta patente al propio sujeto.

Otro frente de objeciones a la prohibición de estas vestimentas en el espacio público tiene que ver con el riesgo de que la aplicación de estas cláusulas limitadoras sin asociarlas a bienes constitucionalmente protegidos supone autorizar al legislador a romper con la exigencia de conciliar derechos y libertades, lo que implica una autorización para la "prohibición, pura, absoluta, sin compromiso", de estos últimos⁴⁷. Ello no quiere decir, empero, que se deba negar toda trascendencia a la dignidad humana o a la moral pública como límites a los derechos, en cuanto cláusulas generales que, en sectores como el derecho privado o el derecho administrativo, son usuales bajo el *nomen iuris* de orden público para trasladar a dichos ámbitos la eficacia, bien de los derechos fundamentales, bien de otros valores o bienes constitucionales, lo que implica que en ningún caso cabrá su identificación con concepciones morales específicas por mayoritarias que sean⁴⁸. Así, el Título Preliminar de nuestro Código civil hace uso de la

⁴⁷ Vid. Denys De Béchillon, "Voile intégral: éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux", *Revue française de droit administratif*, vol. 26, núm. 3, mai-juin, 2010, p. 470.

⁴⁸ Vid. Ángel Acedo Penco, "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Extremadura 1997*, vol. 15-16, Cáceres, 1998, p. 340.

cláusula de orden público "como cláusula de autodepuración e interna coherencia del propio Ordenamiento jurídico respecto de sus valores éticos fundamentales" en varias de sus disposiciones (arts. 1.3, 6.2, 12.3 Cc)⁴⁹.

Incluso dichas cláusulas tienen utilidad para definir el mínimo común que fundamenta ciertos límites a los derechos en los ordenamientos de la Unión Europea. Así, por ejemplo, la Directiva 98/44 propone una guía a los jueces para interpretar la referencia al orden público o a la moralidad en materia de patentes en biotecnología, afirmando que dicha referencia se entiende a todos aquellos procedimientos que supongan una violación de la dignidad humana (considerando n° 38)⁵⁰. La dignidad de la persona y moral pública actúan en este caso como valores que, a falta de conflicto entre derechos, no son oponibles como límites más que en la medida en que encuentren justificación en la protección de

⁴⁹ Vid. Luis de la Morena y de la Morena, "La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculo públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 109. Enero-abril, 1986, p. 358.

⁵⁰ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de Julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, DOCE, L 213/13, 30.7.98.

un bien jurídico o de un derecho constitucional de los demás.

Frente a la anterior interpretación expuesta, propia del paradigma liberal de los derechos, se sitúa una concepción de muy distinto signo, que considera la dignidad humana como nuevo concepto autónomo que designa la esencia de la Humanidad, pero que no actúa como fundamento de los derechos, ya que esta función es desempeñada por el concepto de libertad. De esta suerte, las restricciones a la propia libertad en nombre del principio de dignidad estarían justificadas, haciendo posible de este modo que la libertad quede subordinada a la dignidad.

Así pues, junto a la tradicional de la dignidad, concebida como la capacidad de autodeterminación del sujeto, y de la que los derechos fundamentales son expresión, se daría cabida a una noción que entiende la dignidad como principio que permite limitar el alcance de los derechos y libertades y cuya virtualidad sería la de principio protector de quienes aun con su consentimiento, pueden ser degradados, por ejemplo mediante sumisión o explotación. El principio de dignidad tendría desde esta perspectiva un indudable componente de ética pública⁵¹. No es extraño por ello que

⁵¹ En este sentido apunta Areces Piñol que "la reli-

desde ciertas posiciones doctrinales se tienda a considerar que el espacio que anteriormente ocupaban la moral pública y las buenas costumbres ha sido ahora anexionado por el principio de dignidad⁵².

El ocultamiento bajo el burka o velo integral estaría provocando por tanto, desde estas otras posiciones, una privación de la identidad individual y social de la mujer incompatible con el principio de dignidad⁵³. Ello supondría dar acogida a las tesis que afirman que la dignidad de la persona no se corresponde ya

gión es una cuestión privada, pero en ocasiones debe someterse a una ética pública" que "exige en un Estado de Derecho Plural y democrático, la no-discriminación de la mujer prohibiendo que se someta a un trato vejatorio y sumiso, ignorando todos sus derechos, como es el caso del burka". Vid. M^a Teresa Areces Piñol, "Límites a la expresión individual de la libertad religiosa: El 'burka' incompatible con la igualdad de sexos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n^o 18, 2008, pp. 29-30.

⁵² Cfr. Dominique Fenouillet, "Les bonnes moeurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique", en *Le droit privé français à la fin du XXème siècle. Etudes offertes en l'honneur de P. Catala*. Litec, Paris, 2001. p. 486; Bénédicte Lavaud-Legendre, *Les bonnes moeurs en droit privé contemporain*, Thèse, Université Bordeaux IV, 2003.

⁵³ Vid. Bertrand Mathieu, "La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral". La reconnaissance implicite d'un ordre public "immatériel"", *La Semaine juridique*, n^o 42, 18 Octobre 2010, p. 1932.

con la autodeterminación del individuo titular de derechos y obligaciones, tradicional del concepto de personalidad jurídica, sino que debería abarcar también a la persona en tanto que sujeto, activo o pasivo, de una relación jurídica con la sociedad ("el individuo no es un electrón libre")⁵⁴. En este caso el principio de dignidad abarcaría a la persona en tanto que miembro de la sociedad. Con ello se quiere poner de manifiesto que en su sentido jurídico, la dignidad, como observa Hofmann, "atañe a relaciones humanas o a la comunicación", por lo que "la dignidad debe ser comprendida como una categoría propia de la disposición del individuo a convivir"⁵⁵. En sentido similar, Hufen entiende como contenido de la dignidad "la solidaridad y la disposición a convivir"⁵⁶. Concebida de ese modo, la dignidad actúa como regla en las relaciones interpersonales mediante el reconocimiento del individuo en su propia valoración, es decir, en su singularidad como individuo y en su pluralidad⁵⁷. De esta forma, la dignidad

⁵⁴ Vid. Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz, Paris, 2003, p.743.

⁵⁵ Vid. Hasso Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, Humboldt-Universität, Berlin, 1993, p. 11.

⁵⁶ Vid. Friedhelm Hufen, "Erosion der Menschenwürde?", *Juristen Zeitung*, 2004, p. 317.

⁵⁷ Vid. Rainer J. Schweizer, "La garantía de la

ampararía la proyección de la identidad en las relaciones intersubjetivas pero, como apunta Häberle, la libertad en la construcción de la propia identidad tendría como límite ciertas "constantes antropológicas universales" y debería estar orientada por ello hacia las concepciones de la dignidad desarrolladas en la conciencia social⁵⁸.

Sin embargo, del respeto a la identidad solo se deriva que la dignidad vulnerada es siempre la dignidad de otro, -no la propia-, por lo que un atentado contra la propia dignidad no debe merecer protección. Además de ello, algunas características fundamentales de la identidad humana no son constantes universales en el sentido de ser interculturalmente válidas, sino que, como reconoce Häberle, tales constantes tienden a ser definidas según las concepciones de una concreta cultura⁵⁹.

Desde otras posiciones doctrinales, no se niega que la dignidad humana es un modo de

dignidad humana en el Derecho constitucional desde el año 2000, *Revista catalana de dret públic*, núm. 36, 2008, p. 7.

⁵⁸ Vid. Peter Häberle, "La dignità umana come fondamento della comunità statale", en ID. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 45.

⁵⁹ Vid. P. Häberle, "La dignità umana come fondamento della comunità statale", op. cit., p. 46.

autonomía, pero igualmente es un límite a la autodeterminación del sujeto⁶⁰. En particular, para este otro sector, la dignidad humana no depende de un orden heterónomo, pero al mismo tiempo tampoco se encuentra disponible para el sujeto, en el sentido de que sería contradictorio identificar la propia dignidad, que es una cualidad perteneciente a un ente, con percepciones subjetivas o experiencias personales, pues entonces no cabe hablar de dignidad como algo intangible, sino que será digno todo lo que esté autojustificado en base a criterios individuales⁶¹. La dignidad vendría a ser expresión del carácter absoluto del valor de la vida humana, y en virtud de ello no depende de experiencias de la persona o de la percepción subjetiva, de modo que, así definida, la dignidad tendría una dimensión ético-pública que legitima la limitación a la autonomía individual cuando la dignidad humana, -ajena pero también propia-, se vea degradada⁶².

⁶⁰ Cfr. Giampaolo Azzoni, "Dignità umana e diritto privato", *Ragion pratica*, núm. 38, giugno 2012, p. 78.

⁶¹ Ronald Dworkin, *El dominio de la vida*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1996, p. 306.

⁶² Cfr. Carlos Dorn Garrido, "La dignidad de la persona: Límite a la autonomía individual", *Revista de Derecho*, núm. 26, 2011, p. 87.

Es manifiesto que esta construcción doctrinal se apoya en que un atentado a la dignidad del individuo significa un atentado a la dignidad del hombre en general, y no a la inversa⁶³. Se ofende la dignidad humana porque quien ofende al *homo phaenomenon* ofende también a todo ser humano, en cuanto que la ofensa de la dignidad individual supone también una ofensa a la dignidad del *homo noumenon* que todo ser humano es⁶⁴. Partiendo de dicha premisa, el siguiente paso es evidente: cada cual tiene el deber para consigo mismo de respetar su propia dignidad o, lo que es lo mismo, como diría Kant, el deber para consigo mismo de "conservar la dignidad de la naturaleza humana en la propia persona"⁶⁵. Así pues, con este razonamiento se viene a justificar el paso de lo individual a lo abstracto, de donde resulta que el indigno o mal ejercicio de un derecho por parte de un individuo puede atentar contra la dignidad humana (la general de todos), desde el momento

⁶³ Vid. Marie-Luce Pavia, "La portée de la constitutionnalisation du principe de dignité de la personne humaine", en Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dirs.), *La constitutionnalisation des branches du Droit*, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1998, p. 141.

⁶⁴ G. Azzoni, "Dignità umana e diritto privato", op. cit., p. 90.

⁶⁵ Immanuel Kant, *Über Pädagogik* (1803), en *Kant's gesammelte Schriften*, vol. IX, Berlin, Reimer, 1923, p. 489.

que la vida privada del individuo se eleva a un plano abstracto que le confiere una dimensión universal, y ello porque la presentación de sí mismo provoca en sus congéneres "vergüenza" o una situación de embarazo⁶⁶. Sin duda ello significa admitir que puede darse un ejercicio del propio derecho contrario a la propia dignidad, es decir, que si uno causa un mal a su dignidad está perjudicando la de todos; o incluso, también puede querer decir que nadie puede renunciar a su dignidad ni siquiera mediante pacto, de forma que la dignidad sería un bien *extra commercium* excluido desde luego del derecho patrimonial, pero también del derecho al trabajo y de la libertad de empresa⁶⁷.

Sin embargo, intentar limitar un comportamiento que no dañe a otros ni a un interés público, puede suponer en muchos casos suplantar la existencia de un bien jurídico protegido constitucionalmente por la aplicación directa de criterios morales con los que enjuici-

⁶⁶ Vid. Fritz Münch, *Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung*, Akademische Antrittsvorlesung, Gehalten Am 19. Nov. 1951, Böckenhoff & Honsel in Komm, Bonn, 1951, p. 8.

⁶⁷ Así lo ha estimado la Cour de Cassation francesa (Cass. ass. plén., 31 mai 1991) aplicando el art. 1128 del Código civil que dispone que "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions".

ciar el ejercicio de los derechos, con el consiguiente riesgo de imponer una ética privada bajo el pretexto de defensa de la dignidad. De ahí que se haya advertido por algunos autores que utilizar el concepto de dignidad para proteger a una persona, no contra las acciones de otro, sino contra las decisiones propias, puede convertir a la dignidad humana en un instrumento de opresión de carácter liberticida⁶⁸. En nombre de un holismo potencialmente liberticida se correría así el riesgo de provocar una ruptura del concepto de dignidad con el principio de libertad o al menos el riesgo de oscurecerlo⁶⁹, lo que en última instancia conduce a que la persona humana deje de ser dueña de su destino, contradiciendo así la raíz de los derechos liberales.

Admitir restricciones a los derechos, derivadas de lesiones a la propia dignidad, supone desde este enfoque una intromisión inaceptable en los juicios morales del sujeto capaz de querer y entender, además de subvertir los presupuestos de los que parte el derecho

⁶⁸ Vid. Gilles Lebreton, "Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine", en AA.VV., *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 61.

⁶⁹ Vid. Paul Martens, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 75.

público, ya que se priva al sujeto de su libertad en nombre de la dignidad⁷⁰. Se entiende por ello que la dignidad aparezca como un concepto inútil, puesto que "once you recognize the principle of autonomy, "dignity" adds nothing"⁷¹. Se niega por tanto desde esta perspectiva la posibilidad de construir el concepto de dignidad al margen de la valoración del propio sujeto, que en nuestro caso es la propia mujer, a riesgo de acabar con la concepción individualista y monológica de los derechos fundamentales⁷².

Sin embargo, para quienes defienden la posibilidad de objetivar *in abstracto* un daño para la dignidad humana, no puede compartirse la anterior afirmación. Se basan para ello en la noción, también de derecho positivo, de tratos inhumanos o degradantes, en los delitos

⁷⁰ Vid. Olivier Cayla, "Jeux de nains, jeux de vilains", en Gilles Lebreton, *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 195.

⁷¹ Ruth Macklin, "Dignity is a Useless Concept", *British Medical Journal*, núm. 327, 20 December 2003, p. 1419.

⁷² Vid. Benito Aláez Corral, "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", en Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 157. Vid. también Olines Cayla, "Jeux de nains...", op. cit., p. 155.

relativos a la manipulación genética, en los relativos al tráfico de órganos, prostitución o utilización de menores para mendigar⁷³, y en la jurisprudencia *Laskey* del TEDH⁷⁴ (después matizada e incluso parcialmente corregida en los casos *Pretty c. Reino Unido* y sobre todo en el caso *KA y AD c. Bélgica*, al incluir dentro de la autonomía personal la posibilidad de darse a actividades percibidas por el propio sujeto como de naturaleza físicamente o moralmente dañosa o peligrosa para su persona)⁷⁵. Asimismo se suele citar como apoyo la

⁷³ Vid. M. Alonso Álamó, "Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención...", op. cit., p. 14.

⁷⁴ En esta sentencia el TEDH consideró legítima la condena de homosexuales que practicaban sadomasoquismo por lesiones producidas con golpes y heridas mediando consentimiento, al considerar que la injerencia en el derecho a la vida privada de los implicados era legítima por tener como objetivo la protección de la salud, incluido entre los bienes jurídicos del art. 8.2 CEDH. Sin embargo, la sentencia precisaba que, aunque en el caso en cuestión el Tribunal no entraba a determinar si la injerencia en el derecho a la vida privada de los participantes en los actos sadomasoquistas podía tener justificación en la protección de la moral, ello no podía interpretarse como un cuestionamiento del derecho del Estado a disuadir de tales actos para proteger la moral (§ 51). Este pronunciamiento fue objeto de críticas doctrinales por entender que pretendía imponer una moral sexual de Estado.

⁷⁵ En *KA y AD c. Bélgica* el TEDH de 17 de febrero de 2005, aclaraba que el derecho de mantener relaciones sexuales deriva del derecho a disponer del propio cuerpo, no pudiendo intervenir en principio el Derecho penal en

doctrina vertida en algunas otras sentencias de diversas jurisdicciones europeas que pondrían de manifiesto la aplicación de la dignidad contra la propia voluntad del sujeto. Para este posicionamiento doctrinal, si se admite la posibilidad de auto-alienación de la autonomía personal, se debe admitir también la posibilidad de que ésta pueda conducir a una negación de la dignidad⁷⁶. En sentido parecido, Kant admitía un atentado a la propia dignidad cuando se satisfacen inclinaciones ajenas o cuando se sucumbe a las propias, porque desde su óptica son una negación de la libertad y de la propia autonomía⁷⁷. Para este

el terreno de las prácticas sexuales consentidas que pertenecen al libre arbitrio de los individuos. En el caso en cuestión, la mujer sometida a las prácticas sádicas, -más que sadomasoquistas- de su marido y de otro hombre (los tres de edad adulta), había pedido el cese de las mismas tras pronunciar las palabras acordadas con ambos para ponerles fin. El TEDH justificó la condena de los dos hombres al constatar que los actos a que estaba siendo sometida la mujer no contaban con su consentimiento desde el momento en que dio la señal para que se detuvieran. Sin embargo la sentencia no aclara la posición del TEDH sobre si, en lugar de lo ocurrido en este caso, la mujer no hubiera retirado su consentimiento y se hubiera manifestado conforme.

⁷⁶ Vid. Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, p. 593.

⁷⁷ Stephen J. Massey, "Kant on Self-Respect", *Journal of the History of Philosophy*, 21/1, January, 1983, p. 65.

sector doctrinal, -también presente entre nosotros-, el burka vendría a ser un atuendo degradante, atentatorio contra la dignidad de la mujer, ya que, como señala Areces Piñol, el uso del velo integral plantea no una cuestión sobre la libertad para vestir como una persona quiera, sino que late una simbología que no siempre obedece a motivos religiosos⁷⁸.

Así pues, un atentado a la propia dignidad solo puede sostenerse desde un planteamiento idealista o normativo de la personalidad que opone la persona empírica al ser humano ideal. Ello solo es posible si se distingue entre sustancia individual y naturaleza racional. La dignidad pasa a tener entonces un significado que no solo justifica la emancipación de los individuos frente a un colectivo amenazante o la autonomía de su propia persona, sino que designa "también el principio en cuyo nombre se puede defender a la persona en general contra ciertas degradaciones simbólicas o reales, consentidas o padecidas, y erigir en norma objetiva el respeto a sí mismo"⁷⁹.

⁷⁸ Vid. M^a Teresa Areces Piñol, "¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n^o 26, 2011, p. 37.

⁷⁹ Vid. Thierry Pech, "La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation", *Justices*, Hors-série, núm. 20, mai 2001, p. 91.

Sin embargo, esta construcción, que a la postre lleva a diferenciar en la persona un *idem* (empírico y físico) y un *ipse* (en sentido moral o constante en el tiempo), plantea algunos inconvenientes⁸⁰. Por un lado, si el atentado, -puesto que un trato degradante contra sí mismo no parece tener cabida-, no es contra la dignidad personal, sino contra la dignidad humana que hay en cada persona, parece que el criterio para determinar si existe tal lesión no será lo que se denomina dignidad psicológica, sino la dignidad antropológica⁸¹, que cabe identificar con la reificación de la persona⁸², criterio que por otra parte ha experimentado un resurgimiento en tiempos re-

⁸⁰ Vid. Olivier Abel, "*Les racines protestantes de la notion de sujet de droit (une lecture de Calvin)*", Archives de philosophie du droit, tome 34, 1989, p. 46.

⁸¹ Vid. Jean-Marie Breuvart, "Le concept philosophique de dignité humaine", *Revue d'éthique et de théologie morale - Le Supplément*, CERF, N° 191, 1994, p. 99.

⁸² Frecuentemente invocado por la doctrina, el criterio de la reificación se suele identificar con uno de los significados kantianos de la dignidad contra la que se atenta cuando la persona es tratada como medio y no como fin en sí mismo. Sin embargo Bioy entiende que doctrinalmente es más exacto definir la reificación como todos aquellos fenómenos en que se atenta contra alguno de los elementos que dotan de unidad a la persona (cuerpo, la voluntad y la socialización o capacidad relacional). Vid. Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 308.

cientes⁸³, pero entonces surge la cuestión de por qué otros comportamientos similares no serían calificables como dañosos de la dignidad del género humano, tales como la prostitución, la pornografía, strippers, etc. La respuesta a esta objeción podría ser doble porque, en primer lugar, no es la moral lo que quedaría dañado con un atentado a la propia dignidad, sino la moralidad pública, y porque, en segundo lugar, el elemento que determina la existencia de la lesión a la dignidad sería la exposición o afectación de la esfera pública del comportamiento de la persona, por lo que solo tendrían la consideración de actos lesivos de la dignidad los actos públicos⁸⁴. Ello admitido, no se ven entonces las diferencias entre la lesión a la dignidad como bien jurídico y la moral pública en ciertas figuras como el antiguo delito de escándalo público en países como el nuestro.

Se puede entender además que el derecho al libre desarrollo de la personalidad abarca manifestaciones como el derecho de disponer de la propia imagen y de la apariencia exterior

⁸³ Vid. M. Alonso Álamó, "Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención...", op. cit., p. 11.

⁸⁴ Cfr. Agustín Motilla, "El problema de la utilización de vestimentas religiosas en el espacio público: el asunto del "burka" islámico en España", *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 1/2012, Aprile, 2012, p. 152.

del propio cuerpo. Ahora bien, sin negar que la propiedad de sí, y su conexión con la libertad, sigue siendo la barrera más eficaz contra los ataques a la seguridad y a la integridad, el derecho positivo europeo conoce sin embargo numerosas excepciones (suicidio, eutanasia, esterilización, mutilaciones, cirugía estética) que ponen de manifiesto el cuestionamiento de la existencia de tal derecho.

Frente a ésta, que podríamos denominar filosofía de la soberanía corporal, en la que estaría comprendido el derecho a la propia identidad, se alza la concepción que entiende que libertad y dignidad son el presupuesto de la presentación de sí mismo como personalidad individual, proceso comunicativo en el que, como señala Luhmann, cada ser humano se vuelve persona al comunicarse con otros y al hacerlo se constituye en su humanidad⁸⁵. Ello explica, para Luhmann, que el orden social desacredite la evasión de la presentación de sí mismos que, llevada a cabo mediante renunciadas a la libertad, nos convierte en ineptos para la interacción⁸⁶. La protección de

⁸⁵ Vid. Niklas Luhmann, *Los derechos fundamentales como institución*, México, Universidad Iberoamericana, 2010, p. 158.

⁸⁶ Vid. N. Luhmann, *Los derechos fundamentales como institución*, op. cit., p. 159.

la libertad y la dignidad tienen para Luhmann como objetivo "la ilimitada capacidad de contacto de la personalidad", dado que "el ser humano debe poder dejarse ver ante cualquiera"⁸⁷.

Admitir por tanto que la protección de la dignidad de la mujer puede desplegar en determinados casos, -que vendrían a corresponderse con los ilícitos penales o con los bienes penalmente tutelados-, un contenido limitador del ejercicio de un propio derecho a dañar o menoscabar la dignidad humana presente en el individuo, exigiría reconstruir y superar la concepción de la dignidad entendida solo como libertad de autodeterminación. Quizás mayores posibilidades de encajar la capacidad relacional dentro de un bien constitucional de interés público presenta la moral pública como componente del orden público o limitativo de los derechos. De modo que si lo que se pretende es limitar o prohibir, -desde una determinada conciencia social ligada a una específica concepción cultural-, la propia conducta no lesiva del derecho de otro, al entender que existe un deber de disposición del individuo para convivir, lo que en tal caso entonces está invocándose como justificación legítima de la prohibición es la moral pública, pues es en el marco delimitado por el mínimo

⁸⁷ Ibid., p. 159.

ético de una determinada conciencia social donde se pretende garantizar el desenvolvimiento de la interacción individual⁸⁸.

4. *Las exigencias de la convivencia social como elemento de un orden público inmaterial*

Las dos leyes que en Europa han prohibido los velos integrales declaran de manera más o menos expresa que su finalidad ha sido la de proteger los valores de convivencia social ("vivre ensemble"). Con esta expresión parece que se quiere aludir a un impreciso orden de valores similar a la noción a la que alude el Consejo de Estado francés en su Informe de un orden público, en sentido no material, identificado con la definición de una "base mínima de exigencias recíprocas y de garantías funda-

⁸⁸ Así nos parece que lo entiende también un sector de la doctrina, si bien debe matizarse que para este sector la moral pública justifica la prohibición no por la privación en sí de la capacidad relacional, sino por entender que dentro de la moral se encuentra comprendida la igualdad entre hombres y mujeres. Cfr. Santiago Cañamares, "Simbología religiosa en la escuela. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá Singh-Multani C. Marguerite-Bourgeoys (Commission Scolaire)", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, vol. 11, 2006, p. 31-32, vid. asimismo, Sara Benedí Lahuerta, "La regulación del uso del velo integral, ¿qué modelo adoptar en España?", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n° 28, 2012, p. 21.

mentales de la vida en sociedad"⁸⁹. En Bélgica los promotores de la ley de prohibición dicen haber pretendido defender un modelo de sociedad que hace prevalecer al individuo sobre sus vínculos filosóficos, culturales y religiosos en vista de favorecer la integración de todos, de modo que los ciudadanos compartan un patrimonio común de valores fundamentales que son el derecho a la vida, el derecho a la libertad de conciencia, la democracia y la igualdad del hombre y de la mujer.

Asimismo, también en Bélgica el TC no solo ha procedido a la elaboración jurisprudencial del concepto de "exigencias de la convivencia social", sino que además ha puesto en relación este nuevo concepto con el deber de sociabilidad inherente a los sujetos de derecho en una sociedad democrática, al entender que "la individualidad de todo sujeto de derecho de una sociedad democrática no puede concebirse sin que se pueda percibir su rostro, del que constituye un elemento fundamental" (considerando B.21). La convivencia democrática exigiría entonces que el sujeto se muestre como individuo, pues la sociabilidad sería un bien constitucionalmente tutelado al que se ordena la utilización del espacio públi-

⁸⁹ Vid. "Informe relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral", op. cit., p. 94.

co, de modo que convierte en obligación la predisposición a la interacción del sujeto. Así se deduce de las afirmaciones en la sentencia del TC belga, para el que "el legislador ha podido considerar que la circulación en la esfera pública, -que afecta por esencia a la colectividad-, de personas en las que este elemento fundamental de la individualidad no aparece, hace imposible el establecimiento de relaciones humanas indispensables para la vida en sociedad" (considerando B.21). Para desentrañar si la medida ha sido proporcionada en sentido estricto respecto del sacrificio exigido al derecho de libertad religiosa en su vertiente externa, los jueces de la ley consideran que, dado que "el ocultamiento del rostro tiene por consecuencia privar al sujeto de derecho, miembro de la sociedad, de toda posibilidad de individualización por el rostro cuando dicha individualización constituye una condición fundamental ligada a su misma esencia, la prohibición de llevar en lugares accesibles al público una vestimenta como esa, aunque sea como expresión de una convicción religiosa, responde a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática" (considerando B.21).

En Francia, la decisión del *Conseil Constitutionnel* no ha admitido a la postre en puridad la noción de orden público inmaterial para limitar un derecho fundamental, pero es

significativo que no niegue su existencia y que exista una velada alusión a las condiciones de vida en sociedad a través de la mención del art. 5 de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano. Es más, solo la prudencia, en parte justificada por una dudosa convencionalidad de la justificación de la medida y por su también dudosa proporcionalidad⁹⁰, es lo que parece que ha evitado proclamar abiertamente un nuevo entendimiento del orden público que, construido a partir del art. 5 de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano, permite a la ley prohibir conductas consideradas como contrarias a las reglas elementales de la vida en sociedad⁹¹.

Ahora bien, sin afirmarlo expresamente, el *Conseil constitutionnel* parece haber sentado los cimientos en esta decisión para una futura doctrina sobre el orden público inmaterial⁹². No se trata sin embargo del orden público

⁹⁰ Cfr. Véronique Champeil-Desplats, "Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public", *Revista Derecho del Estado*, n° 29, julio-diciembre de 2012, p. 71.

⁹¹ Vid. M. Verpeaux, "*Dissimulation du visage, la délicate conciliation* entre la liberté et un nouvel ordre public", op. cit., p. 2377.

⁹² Vid. Sarah Tahney, "La loi sur la dissimulation du visage: la fin de débat juridique?", *Cork Online Law Review*, núm. 31, March, 2011, p. 41.

inmaterial elaborado en el ámbito de la jurisprudencia administrativa, en el que se admite esa vertiente inmaterial a través de la moral pública, sino que en la decisión del *Conseil Constitutionnel*, parece darse legitimidad constitucional implícita a una nueva noción de orden público inmaterial, distinta de la moral pública e identificada con la base de unas exigencias de la convivencia en sociedad y que el Informe del Consejo de Estado francés había descartado por ser desconocida hasta el día de hoy en la jurisprudencia, y por su dudosa aceptación en una eventual decisión sobre su constitucionalidad.

Del mismo modo, en la sentencia del TC belga 145/2012 se justifica la prohibición en la necesidad para una sociedad democrática de no privar de subjetividad a sus individuos, de manera que exista una disponibilidad a ser interpelados por el otro, asegurándose así la interacción social y los procesos comunicativos intersubjetivos. Parece así asociarse la idea de humanidad a la de visibilidad del rostro, imprescindible para no despojar de individualidad al sujeto miembro de la sociedad, ya que condición necesaria para una sociedad democrática sería configurar el espacio público como espacio abierto al proceso comunicativo intersubjetivo. Ahora bien, la exigencia de llevar el rostro descubierto no resultaría entonces de un deber de respeto a sí mismos

basado en la dignidad humana esencial, sino que parece deducirse de un supuesto derecho de los demás a la comunicabilidad o a la sociabilidad, lo cual carece a mi juicio de asideros normativos, al menos en la Constitución española. Sea como fuere, la subjetividad individual adquiere de este modo una dimensión social, no en nombre exactamente de la dignidad, sino en nombre de lo que cabría denominar igualdad de condiciones de la comunicación intersubjetiva, derivable de una exigencia de apertura al otro, considerada necesaria para el funcionamiento de una sociedad democrática (considerando B.28).

Pero más bien se trata, no de un bien protegido constitucionalmente, sino de una suerte de condición implícita o previa del pacto social que no encuentra acomodo más que en lo que parece ser una comprensión inédita del orden público, que estaría dando cabida así a contenidos desconocidos hasta ahora.

En nuestro ordenamiento constitucional el orden público cabe preferentemente identificarlo con un orden no tanto formal, sino material, que solo es lícito identificar con un estado de cosas o con una situación de hecho por definición opuestos al desorden, lo cual exige la comprobación de que tal estado de hecho ha producido o puede producir pertur-

baciones en la normal convivencia ciudadana. Se infiere de ello, en primer lugar, que las medidas a adoptar para salvaguardar o restablecer el orden público deberán en principio estar circunscritas a unas coordenadas de espacio y de tiempo. En segundo lugar, la perturbación de la convivencia ciudadana es algo tan extenso y susceptible de englobar tantas hipótesis que, sin una comprobación casuística, -y abstracción hecha de la seguridad ciudadana (asimilada a la protección de personas y bienes frente a acciones violentas o calamidades)-, el resto de situaciones escapan a una definición normativa precisa, de manera que no admiten ser objeto de una formulación formal. En consecuencia, y en tercer lugar, solo procederá invocar el orden público como límite al ejercicio de un derecho fundamental cuando se haya acreditado la existencia de un riesgo cierto para la seguridad, la salud o la moralidad pública (STC 46/2001), además de atender la medida restrictiva en cuestión, -para que pueda resultar admisible en una sociedad democrática-, a una estricta observancia del principio de proporcionalidad.

Lo que sí parece evidente es que la noción de orden público inmaterial parece responder al intento de ampliar el orden limitativo de los derechos a un ámbito no cubierto por el principio de dignidad, dado que la eficacia

jurídica de la dignidad humana se ha venido limitando a las relaciones interpersonales, sin que su radio de acción alcance los comportamientos autónomos (y por tanto voluntarios).

Ello ha terminado por favorecer la aparición de lo que puede ser el sexto elemento del orden público en el derecho francés⁹³: las exigencias derivadas del "vivre ensemble", categoría que vendría a paliar las limitaciones del principio de dignidad por cuanto supone imponer un orden limitativo a ciertos comportamientos voluntarios. De este modo, la acuñación de la expresión "vivre ensemble" obedece más bien a un intento por identificar una serie de valores y principios estimados como necesarios en una sociedad democrática o para la convivencia social, y ello debido a que al principio de dignidad humana se le niega carácter limitador, al no concebirse como daño a la propia dignidad un comportamiento voluntario. Por tanto, se recurre a los principios de vida en sociedad, como instrumento más respetuoso con la autodeterminación del sujeto. Entre esos principios se incluiría la

⁹³ Vid. Gilles Lebreton, "Une limite à la diversité vestimentaire: éloge de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public", en Catherine Puigelier (dir.), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 704.

individuación de las personas, aspecto que formaría parte de un mandato dirigido a los poderes públicos para salvaguardar la autonomía relacional de los individuos, entendida como capacidad autónoma de relacionarse.

Pero sin duda, la justificación de la necesidad de la prohibición del velo integral, basada en que la persona oculta por el velo queda privada de su subjetividad y de su capacidad de interacción y comunicabilidad social, -ambas imprescindibles según el *mínimum* exigible de la vida en comunidad-, estaría poniendo de manifiesto la dificultad, cuando no la imposibilidad, de justificar la necesidad de la limitación impuesta al derecho de libertad religiosa ante la inexistencia de coacción o presión para llevar velo integral y la inexistencia de lesión de un derecho, ya sea propio o ajeno. Ya había advertido sobre ello previamente el Consejo de Estado francés en su Informe, al afirmar que no puede sostenerse el argumento de un menoscabo en el derecho de quien, voluntariamente, y por tanto sin imposiciones, escoge una vestimenta⁹⁴.

⁹⁴ Vid. Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière, 25 mars 2010. Existe una traducción al español: vid. "Informe relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral (Informe adoptado por la Asamblea General

La extracción jurisprudencial de estos principios de convivencia en sociedad a pesar de lo dicho es no obstante objetable. No hay ninguna referencia a la vida en comunidad o a la interacción o comunicatividad entre las posibles limitaciones a la libertad religiosa que menciona el CEDH⁹⁵, ni existe una categoría similar o equivalente a la de exigencias mínimas de la vida en común en otros países del entorno, ni tampoco tiene base en ninguna norma o tratado internacional⁹⁶. De hecho, se ha reprochado por esta razón al Tribunal constitucional belga haber incurrido en un activismo judicial insano⁹⁷. Resulta en efecto

Plenaria del Consejo de Estado francés)" "Informe adoptado por la Asamblea General Plenaria del Consejo de Estado francés", traducido por Enrique Guillén López, *Videtur quod. Anuario del pensamiento crítico*, 2009, p. 103.

⁹⁵ Vid. Michel Verpeaux, "*Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public*", *AJDA*, n° 42/2010, p. 2376.

⁹⁶ Vid. Evan Darwin Winet, "*Face-Veil Bans and Anti-Mask Laws: State Interests and the Right to Cover the Face*", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm. 35, Winter, 2012, p. 250.

⁹⁷ Algunas autoras consideran que el Tribunal constitucional belga ha incurrido en una especulación al considerar que el ocultamiento del rostro convierte en invisible un elemento esencial de la individualidad de la persona. Vid. Sailá Ouald Chaib and Eva Brems, "Doing Minority Justice Through Procedural Fairness: Face Veil Bans in Europe", *Journal of Muslims in Europe*, Volume 2, Issue 1, 2013, p. 11.

difícil entender incluido un objetivo de estas características dentro del respeto al derecho de los demás o como parte del orden público entendido al modo tradicional. Tanto si se entienden los principios de la vida en comunidad como una disposición a la comunicabilidad y a la interacción, o como un derecho al reconocimiento mutuo y recíproco, es difícil reconducir esta noción tanto al contenido de alguno de los derechos fundamentales ya existentes, como a alguno de los bienes constitucionalmente protegidos.

Por otra parte, cabe oponer a este enfoque, que quien renuncia al proceso comunicativo no renuncia a su dignidad, siempre y cuando esa renuncia se haga libremente. En tal sentido es defendible, por ejemplo, la existencia de un derecho individual a la *libertad de la sociedad* (vivir al margen de ella)⁹⁸.

Igualmente, admitir que existe la obligación de mostrar el rostro o de circular con el rostro descubierto lleva a erigir en derecho fundamental la posibilidad para cada uno de identificar toda persona que perciba, y hacerlo mediante su rostro⁹⁹. A ello se refería el

⁹⁸ Ibid., p. 159, nota 48.

⁹⁹ Vid. Louis-Léon Christians, Sophie Minette, Stéphanie Wattier, "Le visage du sujet de droit : la burqa entre religion et sécurité", *Journal des tribunaux*, Vol. 132, núm.13, p. 243.

Fiscal en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013 ya abordada antes.

En nuestro país, esta visión, que defiende la obligación de ir descubiertos por exigirlo los principios de convivencia social, resulta compartida por parte de la doctrina constitucionalista¹⁰⁰ y eclesiasticista¹⁰¹. Sin embargo, según otra orientación doctrinal resulta problemática tal identificación si esos valores y principios exceden lo que son los bienes y derechos constitucionales, pasando a conformar aquéllos una suerte de orden público inmaterial situado en un plano supranormativo y metapositivo¹⁰². Se estaría

¹⁰⁰ Vid. Blanca Rodríguez Ruiz, "¿Identidad o autonomía?: La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013, pp.75-104.

¹⁰¹ Así, por ejemplo, M^a Teresa Areces Piñol, estima que "cuando el ocultamiento de la cara tiene como consecuencia el privar al sujeto de derecho, miembro de la sociedad, de toda posibilidad de poderlo individualizar por su cara y, teniendo en cuenta que, esta individualización es una condición relacionada con su esencia, la prohibición del uso del velo integral islámico en los lugares accesibles al público, aún en el caso de que sea una expresión de una convicción religiosa, responde a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática". Vid. M^a Teresa Areces Piñol, "La prohibición del velo integral islámico. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, p. 40.

reconociendo de este modo, como apunta cierta doctrina, una suerte de "derecho natural de la democracia"¹⁰³. A análoga conclusión ha llegado también parte de la doctrina francesa, para la que la ley de 11 de octubre de 2010 ha consagrado "el derecho de descubrirse y la obligación de ser destapado el rostro" como derechos supraindividuales y supra-fundamentales, ya que se trata de derechos que se imponen a otros derechos fundamentales que poseen los individuos¹⁰⁴.

Habría que preguntarse no obstante si, para las tesis defendidas por este sector doctrinal, la capacidad autónoma para relacionarse como condición mínima de convivencia en el espacio público podría ser eliminada por el sujeto de manera legítima en algunos supuestos como el de quien no desea mostrar su rostro desfigurado por las quemaduras de un incendio y se oculta tras algún atuendo.

¹⁰² Vid. Benito Aláez Corral, "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", en Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, p. 155.

¹⁰³ Ibid., p. 243.

¹⁰⁴ Vid. Frédéric Dieu, "Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public?", *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, n° 48, 29 Novembre 2010, p. 39.

Las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que identifican en la disposición a la comunicación del individuo un bien a proteger en aras de la convivencia social presentan además una notable dificultad técnica para poder ser configuradas. De entrada, parece evidente que extraer la obligación de no autoexcluirse de la sociedad mediante el ocultamiento del rostro, pone en evidencia que tal deber sería correlativo a un difuso derecho de la sociedad a no hurtar la comunicabilidad e interacción intersubjetiva¹⁰⁵. Algunos autores se refieren a este respecto a "derechos de la sociedad", en algún país incluso con reconocimiento normativo¹⁰⁶, como aquel "conjunto de sistemas de comunicación sin los cuales no podría realizarse en suficiente grado ni la racionalidad de las personas"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ En efecto se estaría admitiendo, como explica Dieu, que la autonomía personal debe ceder ante la heteronomía social. Vid. F. Dieu, "Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public, op. cit., p. 38.

¹⁰⁶ Así, en Francia Verpeaux considera que el art. 5 de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano "consagra [...] un conjunto –que no puede ser sino bastante indeterminado– de derechos de la sociedad". Vid. M. VERPEAUX, "*Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public*", op. cit., p. 2376.

¹⁰⁷ Vid. Ángel Sánchez de la Torre, "Derechos sociales y derechos de la sociedad", *Persona y derecho*, núm. 41, 1999, p. 135.

Se parte de la premisa de que el presupuesto de la sociedad es la posibilidad previa de comunicación intersubjetiva, es decir, la actividad que tiene lugar entre sujetos mediante el trato, para lo que es necesaria la interacción, la intersubjetividad, el intercambio y la interferencia. Un argumento similar a éste ha estado presente en el intento de regular mediante ley en España la prohibición del velo integral y el burka¹⁰⁸ o en las propuestas que formula la doctrina italiana, basadas en la tutela del bien jurídico de la reconocibilidad de la persona en los espacios abiertos al público.

Para autores como Ceccanti, la reconocibilidad merece tutela como bien jurídico porque con ella "se expresa la voluntad de vivir juntos, de sentirse interpelado por el otro, de comunicar sin ventajas o desventajas informativas entre quien está cubierto y quien no lo está"¹⁰⁹. Propone por ello prohibir

¹⁰⁸ Vid. "El Gobierno se abre a una regulación nacional del uso del 'burka'", *El País*, 16 de junio de 2010. Sobre el debate de la proposición no de ley del Senado en la IX Legislatura (junio de 2010) en la que se instaba a la prohibición del burka, vid. Agustín Motilla, "La prohibición del burka islámico en Europa y en España: reflexiones "de iure condendo"", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVIII, 2012, en especial, p. 180.

¹⁰⁹ Vid. Stefano Ceccanti, "Se l'Italia si 'difende' dal burqa e dimentica la cittadinanza", *Reset, Rivista*

las formas de vestir que cubran el rostro en todo espacio público o lugar abierto al público, salvo los lugares de culto o manifestaciones tradicionales o peculiares de carácter artístico o deportivo, sin que sirvan motivos culturales o religiosos para quedar exonerados de la prohibición.

Sin embargo, la reconocibilidad no parece que sea en verdad un bien jurídico tutelable más que en la medida que sirva para preservar otros bienes constitucionalmente protegidos. No parece tampoco que deba concebirse como algo derivado de un principio que, como el de la dignidad humana, por sí mismo no expresa un contenido normativo definido si no es por relación a un bien constitucionalmente protegido. En efecto, sabido es que los principios constitucionales formales expresan menos contenido normativo que otros principios constitucionales que, por implícitos, no por ello dejan de tener mayor contenido normativo¹¹⁰.

bimestrale di política e cultura, núm. 134, 12 de marzo de 2013.

¹¹⁰ Cfr. Francisco Rubio Llorente *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, p. XIX.

IV. Sobre la renuncia a ejercer un derecho y la renuncia a la propia dignidad

Algunos autores han pretendido equiparar la aparición de una nueva comprensión del orden público a la ya existente en derecho privado para limitar la autonomía de la voluntad. La noción de orden público estaría experimentando una evolución enmarcada en un proceso más amplio de garantía de un "derecho constitucional civilizado". La previsión, que se encuentra en numerosos códigos civiles napoleónicos (belga, francés, español, etc.), de prohibición de la derogación, mediante la autonomía de la voluntad, de leyes que afecten al orden público o a las buenas costumbres, se interpreta en efecto como incorporación de un límite de civilidad que protege al individuo de vínculos contraídos mediante pactos contrarios al orden público o la moral pública, incluidos los de renuncia de derechos.

Aun dando por admitido dicho paralelismo con el orden público civil, éste tiende a preservar la dignidad del sujeto frente a una sujeción a la otra parte de tipo abusivo, mientras que la pretendida nueva comprensión del orden público constitucional pretende proteger la dignidad del individuo del ejercicio de su propia libertad, llevando así según un cierto sector doctrinal a una contradicción. En cambio, para otro sector, las restricciones

a la propia libertad individual persiguen ante todo proteger de una renuncia de derechos que, aunque consentida, se presume hecha con error, ignorancia, bajo presión individual o social o mediando una situación de necesidad para el renunciante¹¹¹. Dos tipos de situaciones suelen contemplar una mayoría de ordenamientos en tales casos: la nulidad de los pactos de renuncia de derechos y la perseguibilidad de delitos a pesar de haber mediado consentimiento de la víctima. En el primer caso, la renuncia pactada que contravenga el orden público será nula, mientras que en el segundo, el consentimiento prestado por la víctima no evita la responsabilidad penal del autor de la conducta. El uso voluntario del velo integral o del burka no es encuadrable sin embargo en ninguno de los dos supuestos anteriores; en un caso porque el uso de la vestimenta puede ser resultado de una decisión personal sin necesidad de pacto, y en otro porque el uso del atuendo voluntario no es resultado de un comportamiento heterónomo, sino autónomo.

Las restricciones impuestas a la renuncia voluntaria de derechos tienen lugar por tanto

¹¹¹ Cfr. Olivier de Schutter et Julie Ringelheim, "La *renonciation aux droits* fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange", Cridho Working Paper series 1/2005, p. 10.

solo cuando ha existido un acuerdo de voluntades o se ha prestado consentimiento, pero no cuando la renuncia es producto de la propia decisión del sujeto y no de una relación jurídica ni de una conducta pasiva. Debe por tanto estimarse que, aunque en numerosos ordenamientos cabe imponer límites a conductas que, consentidas o pactadas por el individuo, puedan resultar lesivas a su dignidad, el fundamento a tales restricciones queda invalidado cuando la supuesta renuncia es atribuible a la libre autodeterminación personal sin más. Incluso cabe añadir que, a nuestro juicio, el ocultamiento del rostro con el velo integral se presta mal a ser tratado como una renuncia de derechos o a la dignidad, pareciendo más adecuado considerarlo un ejercicio del derecho de libertad, pues es ese carácter de derecho de defensa el que determina un poder de autodeterminación a su titular, que dispone de este modo de un *agere licere* y de una *facultas agendi*¹¹². La renuncia por lo tanto podría admitirse a lo sumo respecto al ejercicio de un derecho, pero no respecto al derecho o bien jurídico en sí mismo¹¹³.

¹¹² Cfr. Pierfrancesco Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, 1991, Giappichelli, Torino, 1991, p. 237.

¹¹³ Sobre este aspecto, recientemente, vid. Ignacio Villaverde, "La renuncia de los derechos fundamentales", en Philippe Frumer e Ignacio Villaverde Menéndez, *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las*

V. La limitación de derechos en base al interés social mayoritario

No cabe duda de que la cuestión de fondo ante la que nos sitúa la prohibición del velo integral y del burka es la del ejercicio de los derechos fundamentales de una minoría frente a la mayoría social y como tal es necesario analizarlo. El cuidado de las leyes francesa y belga en establecer la prohibición general de ocultamiento del rostro sin hacer mención de atuendos específicos, así lo pone de manifiesto, intentando eludir así una más que probable declaración de inconstitucionalidad si la prohibición hubiera solamente afectado de manera singular al velo integral y al burka.

La constatación de que estamos ante un conflicto en el ejercicio de los derechos de una minoría frente a una mayoría social se desprende también de que la necesidad de limitar el derecho de llevar la vestimenta prohibida no se justifica en una colisión de derechos, sino en el conflicto con bienes jurídicos de interés público que, en cuanto tales, están vinculados a la colectividad y sujetos por tanto a un determinado entendimiento del interés general. Ello coloca a la minoría en una situación en la que sus expectativas funda-

libertades públicas, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 104.

das en un derecho carecen de reconocimiento y de protección jurídica, dificultando así la integración. Dicha dificultad será tanto mayor cuanto más estable sea la minoría que ve limitado su derecho por la acción normativa de la mayoría y cuanto mayor sea la improbabilidad para aquélla de acceder al ejercicio del poder normativo. Ciertamente ello no es óbice para que el carácter fundamental de un derecho siga siendo suficiente para que su ejercicio se afirme frente a todos, incluida por tanto la mayoría social, resultando así, en cuanto tal, indisponible su contenido para los poderes públicos. Pero no es menos cierto que no nos situamos aquí en el plano de la delimitación del contenido del derecho, sino en el de la limitación de su ejercicio, permitida para la preservación de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos siempre y cuando se haga proporcionalmente.

Incluso desde algunas posiciones se advierte que cuando la minoría pone en cuestión los derechos fundamentales de la mayoría o el interés general, la necesaria ponderación entre la distinta intensidad de los derechos en conflicto, sin llegar a subordinar la protección de los derechos al principio mayoritario, no debe hacerse hipertrofiando los derechos minoritarios para imponerlos sobre la voluntad mayoritaria, y, en el caso que nos ocupa, para la preservación de bienes que se apoyan en una

determinada concepción del interés general establecida por el legislador. En tales casos, según este posicionamiento, es admisible que la limitación de los derechos operada por el legislador pueda tener lugar en base a valores socialmente mayoritarios¹¹⁴. Varias muestras de ello las tenemos en la propia sentencia n° 145/2012 del Tribunal constitucional belga.

La admisión de límites a los derechos en base a bienes constitucionales comunitarios responde en realidad a la idea de que los derechos de la minoría pueden ser limitados por el interés general, y éste no sería otro que el de la mayoría. Son conocidas algunas manifestaciones de esta posición doctrinal con motivo precisamente del uso de símbolos religiosos en varios países europeos, en los que se ha interpretado que existiría un conflicto entre derechos individuales y ciertas valoraciones mayoritarias de los intereses generales que merecen, en caso de colisionar, una protección mayor que la de las posiciones jurídicas subjetivas. Sin embargo, la tesis de que la defensa del interés general, interpretado como interés de la mayoría, permite limitar los derechos individuales, no tiene acomodo

¹¹⁴ Cfr. José Antonio Montilla Martos, "La crítica a la protección de las minorías en Alemania", *Revista de estudios políticos*, núm. 106, octubre-diciembre, 1999, p. 128.

en la teoría general de los derechos fundamentales de la sociedad pluralista. De manera particular, la imposición por vía legislativa de reglas de interpretación o, simplemente, de adecuación de los valores constitucionales a concepciones mayoritarias carece de justificación en una Constitución pluralista en la que valores de diverso signo se limitan recíprocamente. Antes bien, la composición entre los distintos valores constitucionales debe de posibilitar la integración no solo política sino jurídica de las minorías, al mismo tiempo que excluye soluciones del tipo "todo o nada". La constitucionalidad de la limitación mediante ley de los derechos se torna de este modo en un juicio sobre la razonabilidad del criterio aplicado por el legislador. El juez constitucional, viene a adquirir de este modo un papel preponderante en la protección "reforzada" de las minorías frente a los valores mayoritarios.

La necesidad de una protección reforzada de las minorías ha guiado por ello a los planteamientos que entienden que la misma no debe acabar en la tutela subjetiva de los derechos individuales, sino que se debe rebasar dicho marco, para abarcar también los derechos entendidos como opciones valorativas generalmente asumidas¹¹⁵. Para sustentar esa

¹¹⁵ Cfr. José Antonio Montilla Martos, *ibid.*, p. 134.

protección, se acude al principio estructural del pluralismo, que serviría como asidero de una protección objetiva y principalista de los derechos fundamentales de la minoría ante la jurisdicción constitucional frente a la tradicional concepción estrictamente subjetiva. La vinculación de los derechos a normas de carácter principal que entraña esta postura metodológica, posibilita de esta manera prescindir, en la colisión de derechos, de planteamientos basados en la fuerza o el número.

Ahora bien, ello no supone aceptar que se haya de producir una merma en el ejercicio de los derechos de quienes pertenecen a la mayoría social, sino que las acciones limitadoras de los derechos deben de respetar la proporcionalidad resultante de comparar las ventajas que tiene para la minoría ejercer sus derechos respecto de los inconvenientes que ese mismo ejercicio tiene para los derechos de la mayoría. Es evidente que esta objetivación de los derechos implica la superación de su concepción en términos de *Abwehrrechte* (derechos de defensa). La protección del derecho fundamental trasciende así la situación jurídica subjetiva que determina el derecho subjetivo como regla, para adquirir una funcionalidad distinta, no ya como norma reguladora sino como norma principal.

VI. Las tesis de un ejercicio abusivo del propio derecho

Desde un punto de vista diferente, la necesidad de garantizar un *derecho constitucional civilizado* mediante la ampliación de los componentes del orden público se intenta justificar desde otras posiciones, no acudiendo a la prohibición de una supuesta renuncia de derechos, sino recurriendo a la construcción de un ejercicio abusivo del propio derecho, que tiene un reconocimiento en el art. 54 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Entre las notas definitorias de esta figura se incluye en efecto la producción de un daño que puede ser inmoral o antisocial¹¹⁶. No obstante, no han sido pocos los que han objetado el uso de esta figura en el campo del Derecho constitucional, dado que la teoría de los límites ya incorpora técnicas de argumentación que proporcionan abundantes criterios que, como la razonabilidad o la buena fe, protegen suficientemente los intereses en conflicto sin necesidad de recurrir a lo que se considera un trasplante procedente del Derecho privado¹¹⁷. Comoquiera que sea, no es

¹¹⁶ Cfr. Pietro Rescigno, *L'abuso del diritto*, Roma, Il Mulino, 1998, p. 124.

¹¹⁷ Vid. Miguel Revenga Sánchez, "Algunas consideraciones sobre el abuso de derecho y la cláusula de cierre de la Carta de derechos fundamentales de la Unión

infrecuente el recurso argumentativo del perjuicio o daño que el uso del velo integral ocasiona al principio de no discriminación de las mujeres.

Aun con las reticencias expuestas a la figura del abuso de derecho, el razonamiento en el que se apoya esta posición sería similar al que sirve para sostener en el ordenamiento español la incriminación de la colaboración en un suicidio, ya que si se legaliza la conducta, -aquí consistente en el uso de velo integral o burka en espacios públicos-, el riesgo de que se haga un uso abusivo puede llevar a que sea mayor el perjuicio que el beneficio de permitir dicha conducta¹¹⁸. Se trataría así de limitar el derecho ponderando el interés público en evitar abusos sobre las personas más desprotegidas frente al interés individual de vestir según la convicción religiosa. Resultarían por tanto de aplicación en este tipo de supuestos medidas de tipo paternalista al fal-

Europea", en A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè-Tirant lo Blanch, 2003, p. 247.

¹¹⁸ Vid. Carmen Tomás-Valiente Lanuza, "La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales", en AA.VV., *El derecho a la vida (Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 69.

tar alguno de los cuatro presupuestos que presumen la plena autodeterminación del sujeto: racionalidad, grado suficiente de ausencia de coerción, conocimiento de los hechos y voluntad estable en el tiempo¹¹⁹.

Por otra parte, pese a que la desprotección aquí puede ser entendida como situación de desigualdad de la mujer frente al varón por motivos culturales, no debe confundirse el argumento del ejercicio abusivo de un derecho con el argumento, mantenido también por parte de alguna doctrina española, que sostiene que el uso del velo integral vulnera el derecho a la igualdad de la mujer¹²⁰, pues en este caso no se estaría en rigor invocando el riesgo de una conducta que por permitirse puede llevar a un abuso sobre personas desprotegidas, sino que lo que se invoca es que el uso del velo integral es el producto de una discriminación, en cuyo caso son distintos los tipos de discriminación: la soportada por la mujer que porta el velo integral respecto al

¹¹⁹ Vid. Giorgio Maniaci, "Contro il paternalismo giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLI, n. 1, giugno 2011, p. 133 y ss. y más recientemente, ID. *Contro el paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹²⁰ Cfr. Sara Benedí Lahuerta, "La regulación del uso del velo integral. ¿Qué modelo adoptar en España?", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, p. 22.

género masculino (en cuyo caso nos movemos en el terreno de las discriminaciones en el ámbito familiar) y la discriminación de la mujer musulmana respecto al resto de mujeres no musulmanas. Sin embargo en ambos casos parece olvidarse que, aunque el principio de la autonomía de la voluntad se ha ido comprimiendo en beneficio de la no discriminación sexual, los particulares en sus relaciones jurídicas, pero sobre todo familiares, siguen disponiendo de una esfera residual garantizada por el derecho a la intimidad que les permite en ejercicio de su libertad tener conductas sexistas y, en consecuencia, discriminatorias¹²¹.

Distinta perspectiva emplean quienes ven en las mujeres que visten el velo integral islámico, no el sujeto pasivo de una discriminación, sino el sujeto activo, puesto que las mujeres que se cubren con él empeorarían las condiciones de ejercicio de los derechos para las mujeres musulmanas que no lo llevan, pero esa supuesta discriminación indirecta exige demostrar el concreto empeoramiento para el colectivo de mujeres sin velo.

¹²¹ Vid. Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 67.

VII. Certezas y dilemas en torno a la indiferencia de los fines perseguidos con el uso del velo integral

La limitación de los derechos individuales para beneficiar al propio sujeto como miembro de la colectividad, ha sido vista por la tradición liberal como una injerencia contraria a la autonomía individual, con la cual el Estado pretende imponer al individuo su propia noción del bien moral, incurriendo de este modo en un paternalismo rechazable¹²², por anular la autonomía personal, en este caso restringiendo la libertad moral que se presupone a todo individuo capaz de autodeterminarse¹²³. La autonomía individual

¹²² Cfr. Miguel A. Ramiro Avilés, "A vueltas con el paternalismo jurídico", *Derechos y Libertades*, núm. 15, junio 2006, p. 213, *in nota*.

¹²³ De hecho, en función del grado de capacidad para autodeterminarse, se vienen distinguiendo un *weak paternalism* en el que las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos se fundan en limitar la orientación que a los mismos dan individuos a los que se presume con capacidad para ejercer de un modo racional su autonomía, y ello con el fin de protegerlos. Esta modalidad de paternalismo se opondría en efecto al "paternalismo fuerte" (*strong paternalism*), dirigido a individuos con una autonomía débil por desconocimiento, información errónea, ignorancia, o por encontrarse de facto en relación de inferioridad respecto a otros. Sin embargo, en el paternalismo débil los poderes públicos estarían asumiendo un papel de agente moral, ya que intervienen en las decisiones de personas suficientemente competentes para

se presenta de este modo como un muro infranqueable para los defensores del paternalismo estatal.

Desde las posiciones críticas con el moralismo legal, cabe entender por lo tanto este tipo de intromisiones del Estado en la vida de sus ciudadanos o, mejor dicho, en su plan de vida, como incompatibles con la legitimidad democrática y con el Estado de Derecho, pues el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad debe implicar que nadie pueda resultar constreñido por opciones morales que no sean las propias, pues lo contrario supondría, para algunos, crear una policía legislativa de la moral social, o al menos de la moral del espacio público, de la que sería garante una mayoría representada en el Parlamento¹²⁴.

saber lo que les conviene, por lo que no resulta apropiado considerar la prohibición del velo integral como un caso de paternalismo jurídico, sino que en rigor se trataría de un caso de *moralismo legal*, en cuanto que la conducta prohibida no produce daño alguno para quien la realiza, sino que tan solo se prohíbe por resultar contraria a la moral social mayoritaria. Cfr. Trelaine Ito, "An Ethical Justification of State Paternalism: Restricting Individuals' Freedoms and Rights to Maximize Group Utility", *Humanities*, 2011, paper 3, p. 8.

¹²⁴ Vid. F. Dieu, "Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public?", op. cit., p. 42.

Sabido es, en efecto, que no es cometido del Derecho agotar la moral, puesto que solo se limita a asegurar coactivamente un mínimo ético necesario para una ordenada convivencia social que permita la consecución del bien común. Se plantea por ello la cuestión de si las frecuentes remisiones normativas en materia de derechos fundamentales a la moral pública son calificables como moralismo jurídico. Al respecto, se viene entendiendo que la moral como límite a la libertad de los ciudadanos debe abarcar aquellas normas morales elementales necesarias para evitar efectos socialmente dañosos que lesionen un bien jurídico, pero no aquellas otras que sirven para prohibir conductas que pueden simplemente perturbar la paz social, porque, como observa Roxin, el legislador "queda limitado en su tarea a proteger al individuo de los ataques de otros y a asegurarle una vida lo más libre y en el mayor bienestar posible, y nada tiene que ver con tal tarea el tutelar moralmente a ciudadanos adultos en contra de su voluntad"¹²⁵.

Así pues, mientras que no se vea perturbado el orden público o los derechos de los demás, todo atentado o conflicto con la sensibilidad social que produzca intransigencia,

¹²⁵ Vid. Claus Roxin y otros, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 22.

indignación o repugnancia, no puede justificar la prohibición de comportamientos que *prima facie* se hallan amparados por un derecho fundamental. Lo contrario, según algunos autores, llevaría hasta el punto de confundir ejercicio de los derechos y legislación, esto es, a la imposición de leyes para regular el comportamiento individual o pretender recluir las normas no escritas de civilidad en normas imperativas¹²⁶. El Estado carece en efecto de legitimidad para usar la coerción a fin de evitar que acciones o comportamientos individuales provoquen decepción, irritación, vergüenza, dolor, tristeza, turbación, desaprobación, cólera o indignación en los miembros de la sociedad o en los de grupos sociales.

Resulta por tanto incontrovertible que, desde las premisas de la concepción liberal de los derechos ínsita en nuestro texto constitucional, el ámbito de lo injusto aparece ligado a la constatación de la relevancia pública de la moral personal, que al cabo debe ser gestionada según la conciencia de cada cual, de modo que la moral se encuentra limitada solo de modo negativo en cuanto que debe de asegurarse la igual libertad de todos para dirigir sus actos y su comportamiento, seleccionando los

¹²⁶ Jean-Philippe Feldman, "Burqa: une loi dangereuse et inutile", *Recueil Dalloz*, 18/02/2010, p. 387.

medios más convenientes, a la consecución de fines que el Derecho no puede imponer. Solo el principio del daño a los demás actúa como justificación de las injerencias en la libertad personal. Desde este punto de vista, la regla general es el principio de libre desarrollo de la persona, lo que a su vez comporta adoptar como criterio moral el antipaternalismo, que impone decidir el bien para sí y no decidir por contra sobre el bien de los demás o de la sociedad en su conjunto.

La autonomía moral reconocida a los derechos de libertad en nuestra Constitución apunta de este modo al ideal de justicia, propio de la tradición liberal, en el que las limitaciones de la ley al disfrute de derechos no tienen por objeto la perfectibilidad humana, pues no es misión del poder público procurar que los ciudadanos se conviertan en héroes o en santos. Por tanto, mientras no se siga un daño para los demás en el ejercicio de la propia libertad, la pretensión de limitar un derecho cuando lo que resulta dañado es la propia dignidad por un acto voluntario, resulta de todo punto insostenible. Esta concepción de la libertad, deudora de la filosofía del individualismo utilitarista, lleva a la negación de los delitos contra uno mismo por faltar un perjuicio, como explicaba Bentham en su ensayo sobre la sodomía. Esta regla refleja bien la pretensión del paradigma liberal de los dere-

chos por erigirse en una teoría autónoma e imparcial de la justicia, equidistante de los distintos puntos de vista morales. Pero no es indiferente respecto a cualquier moral, pues bajo la concepción liberal de los derechos latén principios de justicia que suponen una adhesión a un determinado patrimonio ético y cultural, forjado en el proceso de construcción de la modernidad occidental, que en último término impone sus principios sobre otras identidades culturales¹²⁷.

Cabe advertir, no obstante, que la filosofía de los derechos fundamentales que tilda de moralismo legal la prohibición de cualquier tipo de conducta inocua para los demás, acarrea una segmentación que dificulta concebir un estatuto unitario del concepto de dignidad de la persona, de la que el sujeto podría desembarazarse con decisiones como la de someterse voluntariamente a esclavitud, puesto que, para la autonomía moral de la que parten los derechos del liberalismo, no existen deberes para consigo mismo, al fundarse la autodeterminación del sujeto en una dignidad autojustificada, según la cual será digno todo lo que cada uno hace mientras quiera hacerlo. Por eso, una misma conducta lesiva de la

¹²⁷ Vid. Mauro Piras, *Pluralismo religioso e moralità democratica. Saggi su Rawls e Habermas*, Trauben, Torino, 2010, p. 63.

dignidad puede ser prohibida cuando la realizan los demás, pero no en cambio cuando la realiza uno mismo, o bien cuando, realizándola otro, es consentida. Es decir, todo lo que haga el sujeto, por el hecho de quererlo, mientras no dañe a otros, se reputa digno desde este punto de vista. De donde resulta que nadie puede dañar su propia dignidad, al depender ésta del propio juicio.

Ahora bien, esta conclusión es resultado del principio de que nadie, ejerciendo sus derechos, puede dañarlos, porque precisamente en ello consiste la libertad. De este modo, dignidad y autodeterminación del sujeto se identifican. Por ejemplo, nadie puede solicitar la tutela del Derecho cuando la lesión en los propios bienes procede de actos propios (p.ej. la declaración de prodigalidad, art. 757.1 LEC). Siguiendo este razonamiento, si, por lo tanto, la propia libertad es un poder de disponer de sí mismo, contra lo hecho con uno mismo, nadie se dirigirá para exigir protección por ningún tipo de lesión. Sin embargo parece existir un consenso en que el orden público constitucional no debe permanecer ajeno frente a algunas manifestaciones que implican una autonegación de la propia dignidad, al menos cuando ésta tiene lugar mediante acuerdo con otro sujeto¹²⁸. Más discutible es

¹²⁸ Cfr. Juan Fernando López Aguilar, *Derechos*

que el orden público constitucional pueda intervenir frente a una autonegación exclusivamente unilateral.

Sea como fuere, la cuestión puede trasladarse de este modo a si cabe entender el orden público como algo más que la garantía de un ejercicio pacífico de los derechos fundamentales. El debate actual apunta hacia la comprensión del orden público como algo más amplio que el ejercicio pacífico de los derechos, al extenderlo a un núcleo de principios jurídicos y sociales del sistema constitucional y de la sociedad democrática que aparecen vinculados no a los derechos, sino a deberes de promoción de los poderes públicos en favor de bienes constitucionales como la igualdad y la comunicabilidad intersubjetiva. Se debe no obstante advertir sobre el riesgo de convertir el orden público en una cláusula general limitativa de los derechos fundamentales basada en intereses sociales mayoritarios escudándose en defender los valores de la democracia. Cabe concluir por ello con que la elasticidad del orden público no puede estar privada de conexión con los bienes y valores constitucionalmente protegidos, pero entre éstos no cabe negar que existan bienes de carácter comunitario expresión de los valores

fundamentales y libertad negocial, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 122.

de justicia que no están del todo ausentes en la concepción procedimental o formal de la democracia.

Así pues, todo intento de identificación de un orden público inmaterial con la "base mínima de exigencias recíprocas y de garantías fundamentales de la vida en sociedad" (en palabras del Consejo de Estado francés) o con las "exigencias fundamentales del contrato social implícitas y permanentes" remite a principios que no encuentran un reconocimiento expreso ningún texto constitucional. A través de esta, desconocida hasta ahora, cláusula limitadora de las condiciones de la vida en sociedad, se estaría por tanto admitiendo la existencia de una serie de límites implícitos a los derechos y libertades que resultarían esenciales para la comunidad.

Diversas objeciones merece también la utilización, como se ha hecho en Francia o Bélgica, de una norma penal para sancionar el incumplimiento de la prohibición de llevar velo integral en la vía pública. A la ya de por sí compleja cuestión de dar entrada a una rama de ordenamiento en la que rige el principio de intervención mínima, se debe añadir que, para prohibir una conducta, no es suficiente (aunque sí necesario) que sea considerada inmoral o incluso reprobable, sino que se exige un daño en el bien jurídico de los demás, único

presupuesto que justifica la tutela penal. De esta suerte, debe reputarse contrario a la *ratio* de la norma penal el pretender promover una moral colectiva o mayoritaria, en lugar de tutelar la seguridad. Tampoco se advierte que con el uso del velo integral se siga un daño en el sentimiento religioso de otros, ya que no debe confundirse la turbación interior ni el malestar psíquico que puede experimentar quien, desde creencias opuestas, contempla ante su vista una mujer ataviada con burka o velo integral, con la turbación provocada por una conducta dolosa con ánimo de ofender las creencias de otra confesión religiosa¹²⁹. El daño que justifica una protección penal en la prohibición del velo integral sería, como señala en su sentencia el TC belga, un daño de tipo social que, a falta de mejor definición, se identifica con un impreciso riesgo que pone en peligro el funcionamiento de una sociedad democrática fundada en la individualización de la persona, de la que el rostro es elemento fundamental, y que descansa en la condición de sujetos de derechos de sus miembros (considerando B.28). Sin embargo, incluir la individualidad de la persona como elemento necesario para una sociedad democrática otorgán-

¹²⁹ Vid. Francesco Palazzo, "La tutela della religione tra uguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione incostituzionale della bestemmia)", *Cassazione. penale*, 1996, vol. I, p. 52.

dole protección penal, parece en contraste con la jurisprudencia del TEDH, para la que "pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan una sociedad democrática. Aunque a veces sea necesario subordinar el interés de los individuos a los de un grupo, la democracia no conduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría, sino que exige un equilibrio que asegure a los individuos minoritarios un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante" (*Leyla Sahin c. Turquía*, STEDH de 10 de noviembre de 2005).

Por otra parte, la prohibición del velo integral puede considerarse que entra dentro de la categoría de delitos y faltas motivados culturalmente¹³⁰, circunstancia que debiera interpretarse *pro reo*, lo que, en línea con la doctrina de la *cultural defense* norteamericana¹³¹, debiera posibilitar una flexibilización o atenuación de la sanción o, en su caso, de la

¹³⁰ Sobre este concepto, vid. Fabio Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il Diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, en especial, p. 391.

¹³¹ Cfr. Damian W. Sikora, "Differing Cultures, Differing Culpabilities? A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing", *Ohio State law Journal*, Vol. 62, 2001, p. 1696.

pena que conlleve la infracción en caso de prohibición.

A partir de las consideraciones expuestas anteriormente, se observa, para concluir, la existencia de un déficit de bien jurídico que se encuentre amenazado o dañado para poder justificar una injerencia en los derechos fundamentales de libertad religiosa y a la propia imagen, de la intensidad de la prohibición del velo integral¹³². A menos que se defienda que los bienes jurídicos puedan extraerse sin más de valores sociales previos al Derecho, será irrelevante que los demás cataloguen, -como ya observara Stuart Mill en su ensayo sobre la libertad-, de necia o censurable una conducta, en base a la molestia, el desagrado, la desaprobación, la perturbación, la repugnancia o la indignación social que pueda generar la misma, de manera que ninguno de esos reproches son suficientes para amparar una limitación legítima a un derecho fundamental. Sin embargo, ello no quiere decir que no puedan

¹³² Esta impresión de ausencia de bien jurídico protegido es característica del moralismo jurídico, ya que cada vez que se castiga o prohíbe una conducta de la que no se deriva un daño o lesión para un bien, lo que se está protegiendo es una moral social o cultural. Cfr. Giovanni Fiandaca, "Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi", en Alberto Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 212.

existir riesgos para determinados bienes, sino que lo que se pretende poner de manifiesto aquí es que tales riesgos no pueden ser combatidos con la generalización de la restricción de un derecho o libertad. Como tampoco quiere decir que todo lo que forma parte del contenido de un derecho encontrará siempre protección, ya que no por estar amparada en un derecho, una conducta pasa a ser inocua para ciertos intereses públicos relevantes, así como igualmente no se puede afirmar que un derecho fundamental protege determinadas conductas en razón de su inocuidad para otros bienes. Conviene en efecto recordar que la injerencia en un derecho está permitida siempre y cuando esté en juego otro derecho o bien constitucional y que mientras dicha amenaza o daño no sea demostrable, el Estado no puede coaccionar con prohibición de conductas a las minorías que no comparten las concepciones morales de la mayoría social, pues iría contra los principios materiales del Estado de Derecho.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*

40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013)*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*

42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia*

43. P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*

44. C. Pinelli, M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*

45. B. Aláez Corral, J.J. Ruiz Ruiz *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*

