

MARCO CONSTITUCIONAL DEL USO DEL VELO Y DEL PAÑUELO ISLÁMICO EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA CONTEMPORÁNEA: ¿SEÑAS DE IDENTIDAD IDEOLÓGICA Y/O CULTURAL?¹

Salvador PÉREZ ÁLVAREZ

Profesor contratado doctor de Derecho eclesiástico del Estado. UNED
sperez@der.uned.es

RESUMEN

El término hiyab se ha utilizado habitualmente para hablar sobre el velo de las mujeres musulmanas como un deber impuesto por sus creencias religiosas. Más allá de esta realidad, esta expresión se utiliza para hacer referencia al Código de Conducta Indumentaria que algunos mandatos de la revelación divina contenidos en las fuentes primigenias del Derecho islámico imponen a los creyentes musulmanes. El resultado de estas contradicciones es que se centrará en el significado original de las normas del Derecho islámico clásico a saber, la idea de que llevar el velo completo y pañuelo en la esfera pública es un deber religioso para las mujeres musulmanas que viven en las sociedades democráticas. El estudio de esta cuestión es necesario a fin de establecer los requisitos que pueden condicionar el derecho a usar este tipo de vestimentas en la esfera pública conforme a los valores informadores del ordenamiento constitucional vigente.

Palabras clave: velo islámico, pañuelo islámico, libertad ideológica, derecho a la propia imagen, esfera pública, Derecho constitucional español.

ABSTRACT

The term hijab has commonly been used to talk about the veiling of Muslim women as a duty imposed by their religious beliefs. Beyond this fact, it is the manifestation of the Dress Code of Conduct that some mandates of the divine revelation contained in the original sources of Islamic Law imposed on Muslim believers. The result of these contradictions is that they focus on the original meaning of the rules of classical Islamic Law, namely, the idea that wearing the full veil and headscarf in the public sphere is a religious duty for Muslim women living in democratic societies. The study of this issue is necessary in order to establish requirements that may

¹ Trabajo realizado durante el disfrute de una estancia investigadora en el Centre for Law and Religion de la Universidad de Cardiff (Reino Unido), en el marco del Proyecto de I+D+I financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Presente y futuro de la diversidad ideológica y religiosa en España. Propuestas para la reforma de la ley orgánica de libertad religiosa», dirigido por Ana Fernández-Coronado.

condition the right to use this type of dress in the public sphere in accordance with the representative values of the Spanish Constitutional Law.

Keywords: Islamic veil, Islamic headscarf, ideological freedom, right to self-image, public sphere, Spanish Constitutional Law.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Begriff hidschab wird gewöhnlich verwendet, um den Schleier der muslimischen Frauen zu bezeichnen, der aus religiöser Verpflichtung des muslimischen Glaubens heraus getragen werde. Jenseits dieser Begriffsverwendung wird der Begriff jedoch als Allgemeinbegriff für den Kleidungsritenkodex benutzt, den einzelne Gebote der Göttlichen Offenbarung umfassen, so wie sie in den ursprünglichen Quellen des Islamischen Rechts erscheinen und den Gläubigen Musliminnen auferlegt werden. Das Ergebnis dieser Widersprüche ist, dass diese Kleiderordnung sich nur direkt auf die ursprüngliche Bedeutung der Normen des klassischen islamischen Rechts bezieht, d.h. auf die Anschauung, dass das Tragen des Hidschab und des Kopftuches in der Öffentlichkeit für die muslimischen Frauen, die in demokratischen Gesellschaften leben, eine religiöse Pflicht sei. Die Untersuchung dieser Frage ist notwendig, um die Anforderungen zu definieren, die das Recht auf das Tragen dieser Kleidungsstücke im öffentlichen Raum gemäß der Grundwerte der derzeit gültigen Verfassungsordnung beschränken können.

Schlüsselwörter: Muslimischer Schleier, muslimisches Kopftuch, ideologische Freiheit, Recht auf das Erscheinungsbild, öffentlicher Raum, Spanisches Verfassungsrecht.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL VELO Y EL PAÑUELO EN LA SHARI'A.—1. Las fuentes de la Shari'a.—2. Alcance y significado del velo y del pañuelo en la Shari'a.—III. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS POR EL USO DEL VELO Y DEL PAÑUELO EN EL DERECHO ESPAÑOL.—1. Una cuestión previa. Aspectos sociológicos de la realidad islámica española contemporánea.—2. El principio del personalismo como garante del pluralismo ideológico y cultural de la sociedad española contemporánea.—3. La libertad ideológica en el marco constitucional que condiciona el uso del pañuelo en España.—4. El uso del velo como una manifestación del derecho a la propia imagen.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO DEL VELO Y DEL PAÑUELO EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA CONTEMPORÁNEA.—1. Presupuestos que condicionan el uso del pañuelo y del velo como manifestaciones de la libertad ideológica y del derecho a la propia imagen.—2. Ámbitos de la esfera pública donde se ha cuestionado el uso público del velo y del pañuelo en la sociedad española contemporánea.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la libertad ideológica en la Constitución de 1978 y el paulatino crecimiento del movimiento migratorio en España son los

factores que han provocado profundas transformaciones en la sociedad española contemporánea desde el punto de vista de la pluralidad ideológica y religiosa². Este fenómeno ha tenido un claro reflejo en los profundos cambios sociales que han tenido lugar en nuestros pueblos y ciudades, lo que, a su vez, ha generado la necesidad de gestionar nuevas prácticas y actividades relacionadas con las convicciones de las personas. Las decisiones que adopten los poderes públicos en relación con todas ellas habrán de ajustarse a los parámetros constitucionales frente a los que no cabe aducir que son expresión de una cultura concreta, en nuestro caso la occidental, y que, por este motivo, pueda imponerse sobre las demás que coexisten en el territorio nacional³. El sentido de estas políticas legislativas no sólo servirá para ofrecer una respuesta lícita y legítima respecto a determinadas manifestaciones religiosas que, por ser diferentes, sean desconocidas por la mayoría de los ciudadanos, sino que, además, operaran como criterios que permiten enjuiciar la legitimidad de aquellas prácticas socioculturales que sean diversas a las que forman parte integrante de nuestra identidad nacional⁴.

Una de las colectividades que poseen tradiciones y señas de identidad diferenciadas son las comunidades musulmanas que residen en el territorio nacional, a pesar de la profunda influencia que ha ejercido el Islam en Europea en general⁵ y en España en particular⁶. Un claro exponente de este hecho social es el impacto en nuestra sociedad de determinadas vestimentas islámicas cuyo uso, en régimen de igual libertad, constituye un estándar del grado de integración y de respeto a la diferencia de estas comunidades en sociedades democráticas occidentales: nos referimos al uso del velo y del pañuelo en los distintos espacios de la esfera pública⁷. Desde el punto de vista jurídico, la utilización o no de estas prendas de vestir en España se encuentra estrechamente relacionada, como ya advir-

² Como advierten Hernando de Larramendi y García Ortiz, el fenómeno migratorio ha dado lugar a un proceso de «recomposición de lo religioso en la modernidad tardía». Vid. «Introducción», en M. HERNANDO DE LARRAMENDI y P. GARCÍA ORTIZ (eds.), *Minorías religiosas en Castilla-La Mancha*, Icaria-Fundación Pluralismo y Convivencia, Barcelona, 2009, p. 18.

³ R. SÁNCHEZ FERRIZ y C. ELÍAS MÉNDEZ, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, MINIM, Valencia, 2002, p. 39.

⁴ B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, p. 90.

⁵ J. VERNET, *Lo que Europa debe al Islam de España*, El Acantilado, Barcelona, 1999.

⁶ J. DE LUCAS, «La inmigración islámica: de nuevo religión y política en las sociedades multiculturales europeas», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 2, 2002, p. 229.

⁷ *Ibid.*, p. 234.

tieron anticipándose en el tiempo Sánchez Ferriz y Elías Méndez, con el conjunto de principios constitucionales que informan el pleno disfrute de la libertad ideológica de los ciudadanos en un país determinado⁸. El alcance y significado de los valores en juego operarán como criterios hermenéuticos que permitan enjuiciar la licitud jurídica del empleo de estas prendas de vestir en la sociedad española contemporánea. El análisis sobre el fondo de esta cuestión requiere, necesariamente, conocer cuál es el sentido y significado de estas prendas de vestir en la Shari'a, para poder determinar si constituyen una expresión de la identidad ideológica o cultural de las mujeres musulmanas que residen en España.

II. EL VELO Y EL PAÑUELO EN LA SHARI'A

1. Las fuentes de la Shari'a

La Shari'a o Derecho islámico originario se compone de una pluralidad de fuentes que pueden ser clasificadas atendiendo a su carácter primigenio o complementario⁹. Las fuentes primigenias del Derecho islámico son los textos del Corán y la Sunna, donde aparecen definidos los postulados dogmático-jurídicos concernientes al dogma de fe, a los actos culturales y a las normas de conducta que deben ser observados por el fiel musulmán a lo largo de toda su vida¹⁰.

El Corán es la fuente primigenia por antonomasia de la Shari'a¹¹ y en él aparecen contemplados los mandatos que fueron revelados por Alá al Profeta Mahoma que se encuentran sistematizados en 114 suras y cada una de

⁸ R. SÁNCHEZ FERRIZ y C. ELÍAS MÉNDEZ, *Nuevo reto para la escuela...*, op. cit., pp. 41-46.

⁹ J. NASIR, *The Islamic law of the personal status*, 3.^a ed., Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 2-3.

¹⁰ D. S. EL ALAMI y D. HINCHCLIFFE, *Islamic marriage and divorce laws*, CIMEL, Londres, 1996, p. 3.

¹¹ A pesar de esta consideración como fuente primigenia de la Shari'a, el Corán no es un auténtico Código jurídico debido a que, como aprecia Combalía Solís: 1) las suras y las aleyas no están estructuradas por áreas temáticas y por ello carecen de una lógica sistemática interna; 2) los versículos coránicos de carácter jurídico no exceden de la décima parte de su contenido; 3) el Corán no contiene la regulación de algunas instituciones y principios básicos del Derecho islámico, y 4) los jueces islámicos no aplican directamente las normas del Corán al caso concreto, sino que, en realidad, aplican las reglas interpretativas de su contenido que son fijadas por parte de las principales tradiciones ideológicas islámicas.

Vid. Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001, pp. 16-18.

ellas, a su vez, en versículos o aleyas¹². Por su parte, la Sunna es la segunda fuente más importante del Derecho islámico, pues en ella aparecen recogidos los dichos y hechos del Profeta Mahoma¹³ que, en sus orígenes, eran transmitidos de forma oral por los discípulos de Mahoma (*sahibes*) a los destinatarios de la voluntad divina (*tabies*)¹⁴. Ante el riesgo de perder el verdadero sentido de las enseñanzas proféticas a través de su transmisión oral, algunos *sahibes* empezaron a realizar algunas anotaciones escritas de las mismas, y en los albores del siglo IX de la era cristiana aparecieron las primeras compilaciones escritas de la Sunna. Aquellas que, con el devenir de los tiempos, fueron ratificadas como fuente primigenia por alguna Escuela Jurídica Islámica¹⁵ como auténticos códigos legislativos¹⁶.

Junto a las fuentes primigenias de este ordenamiento confesional, también creemos de interés referirnos, siguiendo el criterio de Estévez Brasa, a la eficacia normativa indirecta de la doctrina o *Fatwa* sentada por las tradiciones ideológicas o Escuelas Jurídicas Islámicas¹⁷ e, íntimamente relacionada con la anterior, con la denominada ley nueva o *Kanun*, que es el nombre que recibe la asunción estatal de las fuentes tradicionales del Islam a través de fuentes legislativas modernas en los países de influencia musulmana¹⁸. La labor exegética elaborada por los intérpretes de la Shari'a fue esencial para que tuviese lugar la consolidación del Derecho islámico¹⁹ a través de su esfuerzo de investigación y autenticación de las fuentes conocido con el nombre de *Ijtiba*²⁰. Las discrepancias entre los *Mudjtahidin* en cuanto a los criterios de interpretación y de aplicación de los mandatos revelados en las fuentes primigenias al caso concreto²¹, a su vez, supuso el nacimiento paulatino de las grandes tradiciones ideológicas o Escue-

¹² J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Labor, Barcelona, 1932, pp. 21-22.

¹³ M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 154.

¹⁴ «Que, para ser considerada auténtica, debe remontarse ininterrumpidamente hasta alguno de los compañeros del Profeta. De ahí que el "hadiz" conste de dos partes: el apoyo (*isnad*) en el que figuran los nombres de todos los transmisores hasta su origen y el texto o narración propiamente dicho (*matn*)». Cfr. Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹⁶ En la medida en que concretan y desarrollan, a través de un riguroso criterio sistemático, los principios e instituciones básicas del Derecho islámico. Vid. S. FERRARI, *El espíritu de los derechos religiosos. Judatismo, Cristianismo e Islam*, Gilberto Canal Marcos (trad.), Herder, Barcelona, 2004, p. 143.

¹⁷ M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸ D. S. EL ALAMI y D. HINCHCLIFFE, *Islamic marriage...*, *op. cit.*, pp. 35-37.

¹⁹ Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁰ S. FERRARI, *El espíritu...*, *op. cit.*, p. 192.

²¹ D. S. EL ALAMI y D. HINCHCLIFFE, *Islamic marriage...*, *op. cit.*, p. 35.

las Jurídicas del Islam²²: la doctrina heterodoxa o Chií y la doctrina ortodoxa o Suní²³. La evolución de esta corriente de pensamiento doctrinal dio lugar, a su vez, al nacimiento de cuatro corrientes doctrinales que, no obstante, se reconocen entre sí como Escuelas ortodoxas: *Hanafí*, *Malikí*, *Shaféí* y *Hanbalí*²⁴.

Lo normal es que en un mismo país o territorio coexistan dos o más tradiciones ideológicas, aunque siempre suele haber una mayoritaria o predominante que, a su vez, ejercen una influencia directa, entre otras materias, sobre aquellas cuestiones que inciden sobre el estatuto personal del creyente²⁵. Estas normas jurídicas estatales también forman parte del sistema de fuentes del Derecho islámico en el que son consideradas, como advierten algunos juriconsultos, como leyes nuevas no reveladas o *Kanun*²⁶, cuya finalidad primordial es «completar la estricta doctrina de la Shari'a en los términos del Derecho público y del Derecho civil general»²⁷. Dicho fenómeno da lugar a la identificación entre la regulación estatal y la confesional de las materias de interés común para el poder político y la autoridad islámica²⁸. El desarrollo legislativo del Derecho islámico a través de fuentes propias del ordenamiento jurídico interno no es uniforme. En realidad, varía de un Estado musulmán a otro en función de que se encuentre bajo la influencia jurídico-política de una ideología u otra²⁹, siempre que su contenido no contradiga los mandatos de revelación divina contenidos en el Corán y en la Sunna³⁰.

²² Como se ha señalado en la doctrina, durante los tres primeros siglos del proceso de consolidación del Derecho islámico cabe constatar la existencia de otras tradiciones ideológicas que o bien fracasaron o bien fueron finalmente asimiladas por las dos corrientes de pensamiento doctrinal predominantes. Vid. M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, op. cit., pp. 187-188.

²³ D. S. EL ALAMI y M. A. OXON, *The marriage contract in the Islamic law*, Graham & Trotman, Londres, 1992, p. 2.

²⁴ A pesar de que la tradición *Hanbalí* no es considerada como una escuela jurídica y, por tanto, fuente productora del Derecho por el resto de las tradiciones sunitas. Vid. J. NASIR, *The Islamic law...*, op. cit., pp. 17-20.

²⁵ Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad...*, op. cit., pp. 34 y 45-53.

²⁶ M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, op. cit., p. 183.

²⁷ Cfr. Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad...*, op. cit., p. 35.

²⁸ J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, op. cit., p. 107.

²⁹ S. ACUÑA y R. DOMÍNGUEZ, «El estatuto del musulmán en el Derecho matrimonial según el orden islámico», en A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 27-65, esp. p. 29.

³⁰ S. FERRARI, *El espíritu...*, op. cit., p. 281.

2. Alcance y significado del velo y del pañuelo en la Shari'a

La poca fiabilidad de muchas de las traducciones que se han realizado del Corán a lenguas occidentales ha generalizado el uso equivoco del término árabe *hiyab* que, habitualmente, es utilizado para hacer referencia al pañuelo como una manifestación de religiosidad de las creyentes musulmanas. La verdad de los hechos parece ser bien diferente. Aquel término se utiliza habitualmente para aludir a diferentes prendas de vestir mencionadas en diferentes versículos coránicos, por lo que la expresión *hiyab* se refiere, más bien, al Código de Conducta de Indumentaria Modesta que fue revelado por Alá en las fuentes primigenias de la Shari'a³¹. La existencia de estas imprecisiones terminológicas es lo que aconseja analizar cuál es el verdadero alcance y significado de los mandatos de la revelación divina que habitualmente vienen siendo utilizados como el sustrato ideológico del uso del velo y del pañuelo en las distintas esferas de su vida pública.

a) *El velo islámico*

La primera referencia al *hiyab* que nos interesa destacar a efectos de nuestro trabajo se encuentra recogida en la aleya 53 de la sura 33 que dice que: «¡Creyentes! No entréis en las habitaciones del Profeta a menos que se os autorice a ello para una comida. No entréis hasta que sea hora. Cuando se os llame, entrad y, cuando hayáis comido, retiraos sin poner os a hablar como si fuerais de la familia. Esto molestaría al Profeta y, por vosotros, le daría vergüenza. Alá, en cambio, no se avergüenza de la verdad. Cuando les pidáis un objeto hacedlo desde detrás de una cortina. Es más decoroso para vosotros y para ellas. No debéis molestar al Enviado de Alá, ni casaros jamás con las que hayan sido sus esposas. Esto, para Alá, sería grave»³². En este pasaje el término *hiyab* hace alusión a la *cortina* que utilizó el Profeta para deshacerse de uno de sus discípulos que, concluida la celebración de su boda con su prima Zaynab, conversaban con él en frente de su alcoba nupcial³³.

³¹ N. ANDÚJAR, «El velo, ¿principio fundamental del Islam?», 2005, artículo publicado en *Webislam.com* que puede ser consultado on line en <http://www.webislam.com/?idt=468>.

³² El texto en castellano del Corán del que se ha servido el autor puede ser consultado a través de la dirección web <http://www.intratext.com/x/esl0024.htm>.

³³ F. MERNISSI, *El barén político. El profeta y las mujeres*, Inmaculada Jiménez Morell (trad.), 2.ª ed., Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid, 2002, p. 103.

En este mandato coránico el velo tienen un significado «tridimensional, y las tres dimensiones coinciden muy a menudo. La primera es visual: sustraer a la mirada. La raíz del verbo *hayaba* quiere decir “esconder”. La segunda es espacial: separar, marcar una frontera, establecer un umbral. Y, por último, la tercera es ética: incumbe al dominio de lo prohibido. A ese nivel, no se trata ya de categorías palpables, que existen en la realidad de los sentidos, como lo visual o lo espacial, sino de una realidad abstracta, del orden de las ideas. Un espacio oculto por un *hiyab* es un espacio prohibido»³⁴. Así pues, en su sentido originario, el velo es la cortina que separa dos ámbitos espaciales del modo de vida de los creyentes musulmanes: 1) el ámbito privado, que es el que aparece representado en el pasaje coránico con la alcoba nupcial del profeta, y 2) la esfera pública, que aparece representada por el espacio donde permanece de pie el invitado que está conversando con Mahoma la tarde de su boda³⁵. Como se puede observar, la aleya 53 de la sura 33 del Corán no contiene ningún imperativo religioso que haga referencia al uso del velo por parte de las creyentes musulmanas de conformidad, por otra parte, con la interpretación de este mandato de la revelación divina llevada a cabo por las tradiciones ideológicas islámicas suní y chiíes³⁶.

Esta imposición es de origen político y su instauración perseguía como finalidad obligar a que las mujeres islámicas ocultasen en público las partes de su fisionomía que son expresión de su sexualidad con un velo, para así protegerlas de los instintos de deseo de los varones³⁷. En efecto, aquel pasaje coránico fue interpretado de forma discriminatoria contra la mujer³⁸ por parte de algunos juristas islámicos modernos adscritos a algunas corrientes doctrinales fundamentalistas³⁹, cuya doctrina fue el sustrato ideológico invocado por los gobernantes de algunos Estados musulmanes para imponer a las mujeres la obligación de vestir con algunas prendas de vestir muy extendidas entre

³⁴ Cfr. F. MERNISSI, «El Hiyab, el velo», 2002, artículo publicado en *Webislam.com* que puede ser consultado *on line* en <http://www.webislam.com/?id=468>.

³⁵ F. MERNISSI, *El harén político*, *op. cit.*, pp. 119-120.

³⁶ A. S. ROALD, *Women in Islam. The western experience*, Routledge, Londres, 2001, p. 267.

³⁷ F. MERNISSI, *Beyond the veil. Male-female dynamics in modern Muslim society*, Indiana University Press, Indiana, 1987, pp. 140-142.

³⁸ L. RUANO ESPINA, «Derecho e Islam en España», *Ius Canonicum*, núm. 86, 2003, p. 527.

³⁹ Nos referimos a las corrientes ideológicas Salafita y Wahhabita que han interpretado este mandato coránico en el sentido de que las mujeres musulmanas deben ocultar sus rostros con el velo por mandato expreso de los miembros de la familia a la que pertenecen. *Vid.* A. S. ROALD, *Women in Islam...*, *op. cit.*, pp. 271-288.

las mujeres persas en el Imperio Bizantino⁴⁰. Nos referimos al *niqab*, *khimar*, *jilmab* o *gatha* que son, entre otros muchos, los nombres que recibe el vestido que sirve para tapar el rostro y el cuerpo femenino, excepto los ojos, en Arabia Saudí y otros países del Golfo Pérsico y africanos⁴¹, y que, para simplificar, aludiremos genéricamente como *niqab* en nuestro estudio, y al *burka* afgano, que oculta completamente todo el cuerpo de la mujer, incluidos sus ojos, y que tiene una rendija que las permite ver, ocultando su mirada al mismo tiempo⁴². Los padres o, en su defecto, ascendientes masculinos pueden imponer el uso del velo a sus hijas o, en su caso, descendientes a partir de su primera menstruación hasta la fecha en que contraen matrimonio. A partir de ese momento es el marido quien decide cuándo, dónde y cómo deben ocultar sus rostros y otras partes de su fisonomía femenina, para evitar así que puedan ser observadas por varones que formen parte del núcleo familiar⁴³.

De ahí que, en suma, ni las fuentes primigenias de la Shari'a contienen ningún mandato religioso que imponga a las creyentes musulmanas vestir con el velo, ni tampoco parece claro que el empleo de estas vestimentas responda a una auténtica tradición cultural. La obligatoriedad de su uso emana de una interpretación intencionada e, incluso, discriminatoria de la aleya 53 de la sura 33 del Corán⁴⁴, cuya finalidad consistía en ensalzar el deseo del varón de impedir que sus esposas y sus descendientes púberes puedan ser observadas por otros hombres⁴⁵.

b) *El pañuelo islámico*

El segundo de los mandatos de la Shari'a que nos interesa destacar a efectos de nuestro estudio está contemplado en la aleya 59 de la sura 33 del Corán que dice que: «¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a las mujeres de los creyentes que se cubran con el manto. Es lo mejor para que se las distinga y no sean molestadas. Alá es indulgente, misericordioso». Este versículo no hace mención expresa al *hiyab*, sino que se refiere al pañue-

⁴⁰ Voz «Veil» (velo) en *The Oxford Companion to the Body Dictionary*.

⁴¹ A. S. ROALD, *Women in Islam...*, op. cit., pp. 262-263.

⁴² Cuyo uso fue impuesto a principios del siglo XX por el gobierno Talibán de Habibullah en Afganistán. Vid. voz «Burka» de la versión en castellano de la *Enciclopedia Wikipedia* que puede ser consultada *on line* a través del *link* <http://es.wikipedia.org/wiki/Burka>.

⁴³ U. WIKAN, *Behind the veil in Arabia*, UMI, Michigan, 1992, pp. 91-94.

⁴⁴ D. MORRIS, «La no obligatoriedad del velo», 2001, artículo publicado en *Webislam.com* que puede ser consultado *on line* en <http://www.webislam.com/?idt=2824>.

⁴⁵ U. WIKAN, *Behind the veil...*, op. cit., p. 106.

lo o manto, cuyo uso se remonta al Imperio Bizantino como un símbolo que reflejaba el estatus y prestigio social de la mujer⁴⁶. Cuando tuvo lugar la aparición del Islam revelado a Mahoma, la tradición de usar el pañuelo adquirió un cariz religioso que servía para distinguir a las creyentes musulmanas de las esclavas que, por el contrario, tenían prohibido cubrir sus cabellos con este tipo de vestimentas⁴⁷. Excepción hecha de la tradición ideológica islámica *Hanafita*⁴⁸, el resto de Escuelas Jurídicas Sunitas y Chií-tas, así como los escolares pertenecientes a las nuevas corrientes interpretativas de la Shari'a, consideran que las creyentes musulmanas deben utilizar estas vestimentas en los distintos ámbitos de su vida pública⁴⁹, a partir del momento en que ha tenido lugar su primera menstruación⁵⁰.

A mediados del siglo pasado, una buena parte de mujeres musulmanas que habían adquirido un cierto nivel de formación intelectual eran libres para cubrir o no sus cabellos con el pañuelo en sus países de origen o en otros Estados de influencia musulmana. En cambio, las creyentes residentes en zonas rurales que, por sus circunstancias económicas o familiares, no podían acceder a estudios de nivel medio o superior, seguían vistiendo con el manto como símbolo que, desde el punto de vista cultural, reflejaba su pertenencia a un alto estamento social en el seno de la circunscripción territorial donde residían⁵¹. El triunfo de la denominada Revolución Islámica en los países árabes llevó consigo una revitalización del uso del pañuelo. Los más comunes son el pañuelo corto que sirve para cubrir el cabello de la mujer y aquel otro más largo y rectangular que sirve para ocultar el cuello, los cabellos y el hombro de la mujer que los viste⁵², y en Irán la prenda del *chador*⁵³ que es la mantilla, generalmente negra, que recubre los cabellos y todo el cuerpo de la mujer dejando al descubierto su rostro⁵⁴. En los

⁴⁶ N. ANDÚJAR, «El velo, ¿principio fundamental...», *op. cit.*

⁴⁷ J. A. MARINA, *El rompecabezas de la sexualidad*, Anagrama, Barcelona, 2002, p. 92.

⁴⁸ A. S. ROALD, *Women in Islam...*, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁹ Q. ASIM, «The liberation of women», en K. MOADDEL y K. TALATTOF (eds.), *Contemporary debates in Islam*, MacMillan Press, Londres, 2000, pp. 174-175.

⁵⁰ F. MERNISSI, *Beyond the veil...*, *op. cit.*, p. 39.

⁵¹ N. ANDÚJAR, «El velo, ¿principio fundamental...», *op. cit.*

⁵² Voz «Hiyab» de la versión en castellano de la *Enciclopedia Wikipedia*.

⁵³ J. DE LUCAS, «La inmigración islámica...», *op. cit.*, p. 234.

⁵⁴ Estas características del *chador* obedecen al mandato de la revelación divina recogido en la aleya 31 de la sura 24 del Corán que afirma que: «Y di a las creyentes que bajen la vista con recato, que sean castas y no muestren más adorno que los que están a la vista, que cubran su escote con el velo y no exhiban sus adornos sino a sus esposos, a sus padres, a sus suegros, a sus propios hijos, a sus hijastros, a sus hermanos, a sus sobrinos carnales, a sus mujeres, a sus esclavas, a sus criados varones fríos, a los niños que no saben aún de las partes femeninas. Que no batan ellas con sus pies de modo que se descubran sus adornos ocul-

albores del siglo XXI, el uso del pañuelo se ha intensificado en los últimos años por parte de las mujeres musulmanas que residen en países occidentales⁵⁵, como expresión de su identidad ideológica y cultural en las sociedades de acogida⁵⁶. De ahí que, en suma, se trata de una auténtica tradición que hunde sus raíces en las fuentes primigenias de la Shari'a, cuya práctica en sociedades occidentales es una expresión visual de la realidad cultural a la que pertenecen⁵⁷.

III. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS POR EL USO DEL VELO Y DEL PAÑUELO EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Una cuestión previa. Aspectos sociológicos de la realidad islámica española contemporánea

En los últimos años ha tenido lugar un paulatino aumento de los movimientos migratorios de nacionales procedentes de países musulmanes hacia España y otros Estados de la Unión Europea. Así, en el devenir de los tiempos, el *Estudio demográfico sobre la población musulmana* elaborado por la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE) revela que, a fecha de 31 de diciembre de 2009, el censo de creyentes musulmanes que residen de forma regular en nuestro país se eleva a un total de 1.446.939 ciudadanos. De todos ellos 1.041.999 son nacionales de: Albania (1.714), Arabia Saudita (284), Argelia (5.350), Bangladesh (9.545), Benín (384), Burkina Faso (1.004), Camerún (5.524), Costa de Marfil (2.556), Egipto (2.990), Gambia (1.007), Guinea (778), Guinea-Bissau (6.212), Indonesia (1.316), Irán (2.582), Iraq (1.056), Jordania (1.148), Kazajstán (759), Líbano (1.431),

tos. ¡Volveos todos a Alá, creyentes! Quizás, así, prosperéis». En este caso el término *Hiyab* se refiere a las prendas de vestir que deben utilizar las mujeres musulmanas a partir de la edad de la pubertad para ocultar sus pechos y sus piernas en los distintos ámbitos de la esfera pública. Vid. N. ANDÚJAR, «El velo, ¿principio fundamental...», *op. cit.*

⁵⁵ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta: el velo islámico», en A. MOTILLA (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, p. 108.

⁵⁶ N. ANDÚJAR, «El velo, ¿principio fundamental...», *op. cit.*

⁵⁷ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 108.

Buena prueba de ello consiste en que cuando el monarca iraní Reza Shah prohibió el uso del *chador* en 1936, muchas mujeres que los usaban habitualmente como una manifestación de su libertad ideológica abandonaron voluntariamente el país hasta que se restableció su utilización por el gobierno emergente del triunfo de la Revolución Islámica en Irán. A este respecto vid. U. WIKAN, *Behind the veil...*, *op. cit.*, p. 108.

Malí (3.427), Marruecos (103.903), Mauritania (1.639), Nigeria (5.264), Pakistán (2.197), Senegal (8.639), Sierra Leona (991), Siria (2.429), Togo (423), Túnez (1.879) y Turquía (2.400). Mientras que los demás 404.940 creyentes musulmanes ostentan la nacionalidad española⁵⁸.

Si analizamos estos datos conforme a la encuesta de opinión elaborada por la agencia Metroscopia para el Ministerio de Trabajo e Inmigración en abril de 2010 sobre «La comunidad musulmana de origen inmigrante en España», resulta que el 12 por 100 de los entrevistados se han declarado musulmanes no practicantes, un 2 por 100 no se han pronunciado acerca de su nivel de religiosidad, el 52 por 100 de encuestados afirman que son musulmanes muy practicantes y el 34 por 100 restante se consideran practicantes ocasionales. Todo ello implica que, actualmente, residen en el territorio nacional 1.244.370 creyentes musulmanes aproximadamente, lo que equivale al 2,5 por 100 del total de la población; que, desde el punto de vista autonómico, se encuentran distribuidos geográficamente de la manera siguiente⁵⁹:

Comunidad Autónoma	Musulmanes extranjeros	Musulmanes españoles
Andalucía	137.832	92.924
Aragón	34.284	7.042
Asturias	4.616	484
Baleares	34.371	3.130
Canarias	29.904	31.982
Cantabria	3.167	378
Castilla-La Mancha	40.164	6.651
Castilla y León	24.457	4.098
Cataluña	337.572	30.518
Ceuta	2.993	30.050
Extremadura	9.263	6.042
Galicia	9.978	933
La Rioja	13.168	968
Madrid	121.752	112.326
Melilla	6.167	32.932
Murcia	73.320	1.501
Navarra	14.655	922
País Vasco	24.704	1.242
Valencia	119.632	40.817
TOTAL	1.041.999	404.940

⁵⁸ El «Estudio demográfico sobre la población musulmana» de la UCIDE puede ser consultado en el link: http://www.google.es/hl=es&q=%E2%80%9CEstudio+demogr%C3%A1fico+de+la+poblaci%C3%B3n+musulmana%E2%80%9D+ucide&aq=f&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=2b4ce1d560ee9626.

⁵⁹ La encuesta de opinión sobre «La comunidad musulmana de origen inmigrante en España» elaborada por Metroscopia puede ser consultada en la *web* oficial del Ministerio del Interior a través del link: http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/PDF_notas_de_prensa/2010/estudiio_com_musulmana_2009.pdf.

Una de las prácticas más extendidas entre las comunidades que aglutinan a estos creyentes musulmanes en España consiste, precisamente, en cubrir sus cabellos o, incluso, sus rostros, con el pañuelo y el velo islámico en distintos ámbitos de la esfera pública. La licitud ético-jurídica del derecho a usar este tipo de vestimentas ha sido puesta en tela de juicio en algunas ocasiones por parte del resto de agentes sociales que conforman el pluralismo ideológico y cultural de la sociedad española contemporánea⁶⁰ sin que, en tales casos, las autoridades públicas hayan gestionado debidamente esta cuestión atendiendo a los parámetros constitucionales en juego. Algunos Estados de la Unión Europea han resuelto casos controvertidos similares a los que se han suscitado en nuestro país en torno al debate público del velo y del pañuelo islámico⁶¹ a través de decisiones que responden, en la mayoría de los casos, a las políticas que han adoptado cada uno de estos países para gestionar la integración en las sociedades de acogida de los flujos de inmigrantes musulmanes⁶². Soluciones que, a corto o medio plazo,

⁶⁰ G. P. TAPINOS, «Inmigración e integración en Europa», en G. P. TAPINOS (dir.), *Inmigración e integración en Europa*, Barcelona, Fundación Paulino Tomás Doménech, 1993, pp. 19-23.

⁶¹ Como Francia, que promulgó la Ley núm. 228, de 15 de marzo de 2004 (*Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*), cuyo art. 2 prohíbe asistir con el velo islámico u otros símbolos que reflejaban ostensiblemente la posesión de una fe religiosa determinada en centros docentes públicos. *Vid.* JO de 17 de marzo de 2004.

Y, recientemente, el Parlamento francés ha aprobado la Ley núm. 1.192, de 11 de octubre de 2010 (*Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*), que prohíbe, implícitamente, el uso del *burka*, del *niqaq* y, en general, de cualquier prenda de vestir que impida reconocer la identidad de la persona que las lleva puestas en cualquier ámbito de la esfera pública. *Vid.* JO de 12 de octubre de 2010.

La legislación francesa puede ser consultada *on line* en la dirección *web* Legifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

Esta medida también está siendo objeto de debate público en Bélgica a raíz del anuncio, a través de los medios de comunicación social, de la tramitación parlamentaria de la *Proposition de Loi interdisant de porter dans les lieux et espaces publics des tenues vestimentaires masquant le visage*. *Vid.* Doc 53 0085/001 de la Cámara de los Diputados de Bélgica.

Medida que, anticipándose en los tiempos, también fue discutida por el Parlamento belga hace siete años al hilo de la tramitación parlamentaria de la *Loi insérant dans le Code pénal une disposition interdisant de porter dans les lieux publics des tenues vestimentaires masquant le visage*. *Vid.* Doc 51 0880/001 de la Cámara de los Diputados de Bélgica.

Las iniciativas legislativas de Bélgica pueden ser consultadas en francés y holandés en la dirección *web*: <http://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&rightmenu=right&cfm=ListDocument.cfm>.

⁶² En breve síntesis, las tendencias existentes en los países miembros de la Unión Europea para el tratamiento del fenómeno migratorio responden a las políticas siguientes: 1) «políticas integracionistas», que son las que persiguen como finalidad la equiparación de los colectivos de inmigrantes a la población autóctona en derechos y prestaciones sociales

podrían ser importadas al caso español siempre que se ajusten a las exigencias de aquellos principios constitucionales que, como señalan Ferrer Ortiz y Elías Méndez, juegan un papel fundamental cuando se trata de delimitar el régimen jurídico del derecho a usar estas prendas de vestir en un Estado de Derecho⁶³. Veamos, pues, cuáles son estos principios y valores constitucionales en el ordenamiento jurídico español vigente.

2. El principio del personalismo como garante del pluralismo ideológico y cultural de la sociedad española contemporánea

A tenor de lo dispuesto en el art. 1.1 de la Constitución Española de 1978⁶⁴: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; que, como advierte Fernández-Coronado, «delimitan el núcleo de condiciones necesarias que pueden llegar a operar como factores de limitación del ejercicio de los derechos fundamentales con carácter exclusivo»⁶⁵. En este esquema de valores debe incluirse el principio del debido respeto a la dignidad de la persona que aparece consagrado en el art. 10.1 de la Constitución⁶⁶. Pero es que, además, la dignidad no es sólo un valor esencial del ordenamiento jurídico español, sino que constituye al mismo tiempo el germen de todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución⁶⁷. La dignidad es, en suma, la que garantiza el pluralismo ideológico y cultural

a través de acciones públicas de signo positivo que procuran preservar, al mismo tiempo, las señas de identidad diferenciales de aquellos colectivos; 2) «políticas asimilacionistas», que tratan de asegurar el pleno disfrute de derechos y servicios sociales a los inmigrantes en condiciones de igualdad con el resto de la población, pero que, a diferencia de las anteriores, son realizadas mediante acciones homogeneizadoras que, a corto o medio plazo, comportan la pérdida de sus rasgos de identidad diferenciales, y 3) «políticas de exclusión social», que son las que, como su propio nombre indica, están orientadas a desincentivar los flujos migratorios y a restringir la participación de los inmigrantes en la vida política y social del país receptor. Sobre un análisis en profundidad de estos modelos *vid.* M. LEMA TOMÉ, *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 28-31.

⁶³ R. SÁNCHEZ FERRIZ y C. ELÍAS MÉNDEZ *Nuevo reto para la escuela...*, *op. cit.*, pp. 26-32.

⁶⁴ BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶⁵ Cfr. «Libertad de conciencia», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4022-4026, esp. p. 4025.

⁶⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 43.

⁶⁷ Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional. A este respecto *vid.* FJ 3.º de la STC 53/1985, de 11 de abril.

latente en la sociedad española actual⁶⁸, como «mejor marco posible para el libre desarrollo de la persona con radical libertad»⁶⁹.

La dignidad humana aparece configurada jurídicamente en el art. 10.1 del texto constitucional en torno al libre desarrollo de la personalidad y los derechos inviolables que le son inherentes o, como ha señalado la doctrina, en torno al principio del personalismo, cuyo fin esencial consiste en garantizar la realización efectiva del «derecho al reconocimiento y a la realización de la propia personalidad»⁷⁰. De este modo, el personalismo constituye el objetivo final y la misma razón de ser del conjunto de valores superiores y de principios jurídicos que informan el Estado social y democrático de Derecho⁷¹. Los poderes públicos asumen el compromiso de velar por el respeto y la protección efectiva del libre desarrollo de las distintas señas de identidad de cada persona en particular y, atendiendo a la dimensión social de la dignidad, de las colectividades en las que se integra⁷². Lo que se traduce, a su vez, en un imperativo impuesto a las instancias públicas de respetar y proteger las señas de identidad de los colectivos minoritarios que coexisten en nuestra sociedad, en su confrontación social con los elementos que conforman nuestras tradiciones nacionales⁷³. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...] constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar»⁷⁴.

Junto a lo anterior, debe ser tenido en consideración que el personalismo consagrado en el art. 10.1 es un personalismo de base social⁷⁵. Ello significa que el fundamento de los derechos y libertades fundamentales

⁶⁸ L. PRIETO SANCHÍS, «Principios constitucionales del Derecho eclesiástico español», en VVAA, *Manual de Derecho eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 36-37.

⁶⁹ Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia y laicidad*, t. I, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 312.

⁷⁰ Cfr. M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996, p. 28.

⁷¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores...*, *op. cit.*, p. 85.

⁷² D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, *op. cit.*, t. I, pp. 275-276.

⁷³ M. CARBONELL, «Constitucionalismo, minorías y Derecho», *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2000, p. 101.

⁷⁴ Cfr. FJ 4.º de la STC 120/1990, de 27 de junio.

⁷⁵ «Las relaciones del individuo con la sociedad son vistas por el liberalismo y la democracia de diferente manera: el primero separa al sujeto del cuerpo orgánico de la sociedad y lo hace vivir, por lo menos durante una larga parte de su vida, fuera del seno materno, y lo pone en el mundo desconocido y lleno de peligros de la lucha por la supervivencia; la segunda lo integra a los otros individuos semejantes a él, para que a partir de su unión la sociedad ya no sea recompuesta como un todo orgánico, sino como una asociación de individuos

no está constituido únicamente por la dignidad de la persona, sino por la igual dignidad de todas las personas⁷⁶. La realización efectiva de este valor espiritual entraña, entonces, una actitud positiva por parte de los poderes públicos que consiste en la obligación de promover y, por imperativo del art. 9.2 de la Constitución, remover todos los obstáculos⁷⁷ que, de uno u otro modo, dificultan el pleno ejercicio del haz de derechos derivados del libre desarrollo de la personalidad⁷⁸. Sólo así todos los ciudadanos serán jurídicamente iguales desde los puntos de vista formal y material⁷⁹. Esta exigencia del personalismo, aplicada a la cuestión que plantea al enjuiciamiento de la licitud jurídica del uso de las distintas clases de velo y de pañuelo islámico en la esfera pública, significa que las autoridades deben adoptar una actitud positiva o promocional de aquellas vestimentas cuyo uso constituya una seña de identidad ideológica y/o cultural de las creyentes musulmanas⁸⁰, para que puedan desarrollar plenamente, en condiciones de igual dignidad⁸¹, sus señas de identidad personal frente al resto de los ciudadanos⁸².

libres». Cfr. N. BOBBIO, *Liberalismo y democracia*, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1989, p. 51.

⁷⁶ G. SUÁREZ PERTIERRA, «La cuestión religiosa: vigencia de los 25 años de la Constitución», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ceriol*, núm. 40, 2002, p. 50.

⁷⁷ Por este motivo, el art. 9.2 de la Constitución vigente señala que: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

⁷⁸ En sentido similar, Alegre Martínez declara que la tutela efectiva de la dignidad implica la necesidad de crear «un entorno de libertad y justicia para que sea posible el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad y, por tanto, para que las personas puedan vivir conforme a su dignidad». Cfr. *La dignidad de la persona...*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁹ Como consecuencia precisamente de la igualdad esencial de todos los hombres y de la igualdad de oportunidades a que se refiere el art. 9.2 del texto constitucional. Sobre esta consideración *vid.* G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores...*, *op. cit.*, pp. 161-163.

⁸⁰ E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 27-28.

⁸¹ J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Las bases para la construcción del derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea (II)», en A. FERNÁNDEZ-CORONADO (dir.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Colex, Madrid, 2002, pp. 156-159.

⁸² «El objetivo fundamental no es eliminar esta diversidad, sino, más bien al contrario, establecer cómo pueden perdurar sociedades justas y estables compuestas por ciudadanos libres e iguales que están, sin embargo, divididos por doctrinas religiosas, filosóficas, éticas o morales que todas son razonables, aunque incompatibles entre sí». Cfr. M. J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 130.

3. La libertad ideológica en el marco constitucional que condiciona el uso del pañuelo en España

a) *La libertad ideológica y su proyección sobre la identidad cultural*

Consecuencia inmediata de la proyección de esta idea filosófica sobre el principio del personalismo en el campo jurídico es el reconocimiento, a nivel positivo, de la libertad de conciencia, que aparece implícitamente consagrada en el art. 1.1 de la Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico⁸³, y como derecho fundamental en el art. 16.1 bajo la terminología de libertad ideológica, religiosa y de cultos⁸⁴. Esta libertad puede ser definida, siguiendo a Llamazares Fernández, como el derecho «a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho; a la libre formación de la conciencia; a mantener unas u otras convicciones o creencias, así como a expresarlas o a silenciarlas; a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»⁸⁵. El objeto material de este derecho fundamental comprende cualquier tipo de convicciones, ya sean ideológicas o religiosas, de signo positivo o negativo⁸⁶, en que se fundamente cualquier cosmovisión del mundo⁸⁷, siempre que, eso sí, constituyan *auténticas convicciones*⁸⁸, esto es, como afirma Ortega y Gasset, aquellas creencias que «se confunden para nosotros con la realidad misma», que son «nuestro mundo y nuestro ser»⁸⁹.

Como afirma el Tribunal Constitucional, «la libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista basado en la

⁸³ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, p. 312.

⁸⁴ Desde el punto de vista etimológico, la expresión «libertad religiosa» hace alusión a una parte específica del contenido más genérico de la libertad ideológica. Sobre esta cuestión vid. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, p. 24. Por su parte, la terminología «libertad ideológica y religiosa» hace referencia, en realidad, a una misma libertad, la «libertad ideológica». En este sentido vid. M. C. LLAMAZARES CALZADILLA, «Libertad de conciencia y dignidad humana», en VVAA, *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 346-347.

⁸⁵ Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, pp. 21-22.

⁸⁶ N. Cost, *Religious freedom in a changing world*, Risk Book Series, Génova, 1992, p. 23.

⁸⁷ En este sentido se ha afirmado que «la ideología puede venir enmarcada por distintas formas discursivas: narrativa, dramática, coloquial, religiosa, política, filosófica o con pretensiones científicas; que no se agotan en ella». Cfr. A. SAÍNZ PEZENAGA, *Contra la ética. Por una ideología de la igualdad social*, Debate, Madrid, 2002, p. 31.

⁸⁸ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, p. 20.

⁸⁹ Cfr. *Ideas y creencias*, 2.ª reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 24.

tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último del ser humano»⁹⁰. Dentro de las opciones vitales de las que habla el Tribunal se encuentran aquellas tradiciones y costumbres que conforman la identidad cultural del propio individuo⁹¹ que, como su propio nombre indica, gira en torno a la idea de cultura o «realidad en la que se incluyen la religión o las creencias en general, la lengua, las costumbres sociales y tradiciones»⁹² que, desde el punto de vista del sujeto que las posee, «arrancan de su derecho a la propia identidad, expresión de la libertad de conciencia»⁹³. Una de estas costumbres puede consistir en utilizar prendas de vestir que sean expresión visible ante la sociedad de la identidad cultural⁹⁴, cuyo uso al amparo de la libertad ideológica sería una manifestación concreta del derecho a mantener unas u otras convicciones o creencias, así como a expresarlas y a comportarse de acuerdo con ellas⁹⁵. Sentadas estas premisas, la cuestión que debemos dilucidar en este momento es conocer si el uso de las distintas clases de velo y de pañuelo islámico constituyen o no una manifestación de la libertad ideológica de las creyentes musulmanas en cuanto vestimentas que expresan su identidad cultural.

b) *El uso del pañuelo y del velo a la luz del contenido de la libertad ideológica*

El uso del pañuelo en la realidad islámica contemporánea responde a imperativos religiosos de la Shari'a que, en el devenir de los tiempos, ha derivado en una auténtica tradición que forma parte de la identidad personal de la creyente musulmana que los viste. Consecuentemente, el uso del pañuelo por parte de una mujer islámica en España queda amparado

⁹⁰ Cfr. FJ 3.º de la STC 292/1993, de 18 de octubre.

⁹¹ M. LEMA TOMÉ, *Laicidad e integración...*, op. cit., p. 22.

⁹² Cfr. J. A. XIOL RIOS, «La libertad ideológica o la libertad de conciencia», en VVAA, *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Avocación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2001, p. 21.

⁹³ Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, p. 292.

⁹⁴ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», op. cit., p. 108.

⁹⁵ En sentido similar, si bien desde la perspectiva concreta del contenido del derecho de libertad religiosa, vid. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 25.

por su libertad ideológica siempre que, eso sí, lo vista en base a *auténticas convicciones*. Matiz que tiene suma importancia en el marco de un Estado laico y, por tanto, neutral ante el fenómeno ideológico, pues las creyentes musulmanas que los visten pueden adquirir los elementos de juicio necesarios para decidir, en base a sus convicciones, si desean continuar utilizándolos o no en el seno de la sociedad española para reafirmar su propia identidad cultural ante el resto de los ciudadanos⁹⁶.

Si el pañuelo es una manifestación concreta de la libertad ideológica de la mujer musulmana, esta premisa sirve de suyo para justificar que los padres eduquen a sus hijas menores de edad con arreglo a sus propias convicciones y a sus señas de identidad cultural en ejercicio del derecho consagrado en el art. 27.3 de la Constitución. A tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional, este precepto «garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotada para el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado»⁹⁷. Si atendemos a los fines de los planes de estudio insaturados en los distintos niveles de enseñanza por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁹⁸, la escolarización de la menor de edad musulmana contribuirá a que desarrolle su personalidad en diferentes ámbitos de su devenir vital⁹⁹, lo que, a su vez, le permitirá formar libremente su propia ideo-

⁹⁶ Sobre la influencia de los instrumentos de comunicación social y educativos sobre el derecho a la libre formación de la conciencia en un Estado laico *vid.* R. BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Gippichelli Editore, Turín, 2002, pp. 155-159.

⁹⁷ Cfr. FJ 1.º del ATC 276/1983, de 8 de junio.

⁹⁸ BOE de 4 de mayo de 2006.

⁹⁹ De conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, el sistema educativo vigente se encuentra orientado a la consecución de los siguientes fines:

«— El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos.

— La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad.

— La educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos.

— La educación en la responsabilidad individual y en el mérito y esfuerzo personal.

— La formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y solidaridad entre los pueblos, así como la adquisición de valores que propicien el respeto hacia los seres vivos y el medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales y el desarrollo sostenible.

logía o conciencia¹⁰⁰ para optar por vestir o no con el pañuelo como una expresión externa de su identidad ideológica y/o cultural¹⁰¹. En este sentido no se puede olvidar que el art. 6.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁰², reconoce expresamente la libertad ideológica a los menores de edad cuyo pleno disfrute será modulado progresivamente en función de su propia madurez¹⁰³, al tiempo que el tercer apartado de este precepto impone a sus padres o tutores legales el deber de cooperar con ellos para ayudarles a disfrutar del ejercicio de la misma «de modo que contribuya a su desarrollo integral».

Frente a las anteriores consideraciones, ya dijimos que el uso de las distintas clases de velo responde a una interpretación, intencionada y en sí misma discriminatoria, de algunos mandatos de la revelación divina por parte de algunos movimientos fundamentalistas islámicos que sirvieron, a su vez, como sustrato ideológico para imponer el uso coactivo de estas prendas de vestir a las mujeres que residen en algunos países musulmanes. Desde el punto de vista del complejo sistema de fuentes de este Derecho, se podría entender que las decisiones políticas y legislativas empleadas para imponer el uso de estas vestimentas ostentan la categoría de normas islámicas de origen estatal o *Kanun*. Por lo que cabría interpretar que la obligación de cubrir el

— El desarrollo de la capacidad de los alumnos para regular su propio aprendizaje, confiar en sus aptitudes y conocimientos, así como para desarrollar la creatividad, la iniciativa personal y el espíritu emprendedor.

— La formación en el respeto y reconocimiento de la pluralidad lingüística y cultural de España y de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad.

— La adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y artísticos, así como el desarrollo de hábitos saludables, el ejercicio físico y el deporte.

— La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales.

— La capacitación para la comunicación en la lengua oficial y co-oficial, si la hubiere, y en una o más lenguas extranjeras.

— La preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento».

¹⁰⁰ En este sentido nos hacemos eco de la opinión de Méndez de que el sistema educativo debe estar encaminado a fomentar, entre otros principios y valores, la libertad para formar libremente su conciencia que, a su vez, se erige como un límite del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y/o moral de sus hijos. Vid. E. MÉNDEZ, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Universidad de Valencia, Valencia, 2002, pp. 148-149.

¹⁰¹ A. CASTRO JOVER, «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación», *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2, 2002, p. 112.

¹⁰² BOE, núm. 15, de 17 de enero de 1996.

¹⁰³ FJ 9.º de la STC 154/2002, de 18 de julio.

rostro con alguna clase de velo constituye, consecuentemente, una manifestación de la libertad de conciencia de la mujer que las usa cuando reside en sociedades democráticas e ideológica y culturalmente plurales.

Si analizamos más detenidamente el uso del velo bajo esta perspectiva, las decisiones políticas y legislativas que, en los Estados de origen, imponen coactivamente el uso de este tipo de vestimentas podrían constituir, en el contexto de un Estado de Derecho, un acto de proselitismo abusivo¹⁰⁴. Todo ello bajo la consideración de que el uso del velo por parte de las mujeres musulmanas en sus países de residencia es una imposición de índole política¹⁰⁵ que no hunde sus raíces en ningún mandato religioso revelado en el Corán o en la Sunna profética. La misma conclusión es aplicable cuando se trata del uso del velo por parte de mujeres musulmanas que residen en España o en otras sociedades democráticas¹⁰⁶, cuando ello obedezca a las coacciones o amenazas vertidas por su esposo¹⁰⁷ que anulen su capacidad para decidir, libremente, si las viste o no¹⁰⁸. La conducta del esposo constituiría un acto proselitista que sería lesivo, en suma, de la dignidad humana y de la libertad ideológica de la creyente islámica¹⁰⁹, e incluso, en casos extremos, podría ser constitutiva del tipo delictivo contemplado en el art. 522.2 del Código Penal de 1995¹¹⁰ que condena a quie-

¹⁰⁴ Sobre esta idea de proselitismo abusivo *vid.* S. BUENO SALINAS y M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *Proselitismo religioso y Derecho*, Comares, Granada, 2002, pp. 1-11.

¹⁰⁵ Hasta el extremo de que la transgresión del deber de usar estas prendas de vestir por parte de las mujeres musulmanas es considerado como un altercado contrario a la salvaguarda del orden público en los Estados islámicos que imponen esta práctica a las creyentes musulmanas. *Vid.* F. MERNISSI, *Beyond the veil...*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 139-140.

¹⁰⁷ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 2.^a ed., t. II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 28-29.

¹⁰⁸ La calificación de la conducta del marido que impone coactivamente el uso del velo a su esposa como acto proselitista se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional de que: «Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica». *Cfr.* FJ 4.º de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁰⁹ Como aprecia Llamazares Fernández, la ausencia de voluntariedad para vestir o no con el velo islámico determina que la conducta del marido pueda ser calificada como proselitista. *Vid.* *Derecho de la libertad...*, *op. cit.*, t. I, pp. 298-299.

¹¹⁰ Aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuya última modificación

nes «fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen»¹¹¹.

Las anteriores consideraciones comportarían que los padres o tutores legales no podrían obligar a vestirse con ellos a sus hijas en los distintos ámbitos de su vida pública al amparo del art. 27.3 de la Constitución. Si atendemos al hecho de que el velo sirve para ocultar los rasgos visibles de feminidad de la creyente musulmana por voluntad expresa del varón, el uso del velo repercutiría negativamente sobre el libre desarrollo de la personalidad de la menor de edad, por lo que, al imponerlo, los padres estarían extralimitándose del fin último que persigue su derecho a elegir la formación moral de sus hijos en el ámbito extraescolar¹¹², consistente en actuar en interés del menor a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3 de la LOPJM¹¹³. Cuando la decisión de vestir con el velo obedezca a amenazas o coacciones, la conducta de los padres o tutores legales puede ser calificada de proselitista de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 141/2000 de que: «Frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad»¹¹⁴. E incluso, cuando se trate de amenazas o coacciones graves, la imposición de esta vestimenta a menores de edad podría dar lugar al tipo delictivo contemplado en el art. 522 del Código Penal.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que si se admite que, opinión que, insisto, no compartimos, la obligación de cubrir el rostro y el

se ha llevado a cabo por obra de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. *Vid.* BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, y BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010, respectivamente.

¹¹¹ Sobre un análisis en profundidad de este tipo delictivo *vid.* A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Una perspectiva eclesial de la protección penal de la libertad de conciencia», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 1, 2001, pp. 261-263.

¹¹² M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 101.

¹¹³ C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, *op. cit.*, p. 142.

¹¹⁴ Cfr. FJ 5.º de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

resto del cuerpo con un *burka*, *niqab* u otras prendas similares es una manifestación de religiosidad en el sentido antes indicado, la conducta de los varones residentes en España que imponen el uso obligatorio de las mismas a sus esposas y/o descendientes podrían ser considerados como actos proselitistas contrarios, en suma, al contenido del derecho de la libertad ideológica. Si se trata del uso voluntario de cualquier clase de velo por parte de las mujeres musulmanas, tampoco nos hallamos ante manifestaciones externas de sus señas de identidad cultural que hunda sus raíces en *auténticas convicciones*, pues las fuentes primigenias de la Shari'a no contienen ningún mandato de la revelación divina que haga referencia expresa a esta obligación religiosa de las creyentes islámicas. Pero, entonces, ¿existe algún derecho fundamental que ampare la decisión libremente adoptada de utilizar el velo en el Derecho español vigente?

4. El uso del velo como una manifestación del derecho a la propia imagen

Aunque la respuesta a la pregunta que hemos formulado anteriormente no es sencilla, nosotros entendemos que las mujeres musulmanas que, voluntariamente, deciden vestir con ambas clases de velo estarían ejercitando su derecho a la propia apariencia externa¹¹⁵ que, como ha dado a entender el Tribunal Constitucional¹¹⁶, forma parte integrante del derecho a la imagen¹¹⁷ como una forma de expresar externamente la dimensión moral de la persona¹¹⁸. Siguiendo a Llamazares Fernández, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 de la Constitución comprende la libertad de la persona «para elegir los elementos integrantes de su imagen externa: su corporeidad en primer lugar y sus posibles transformaciones y elementos añadidos»¹¹⁹.

¹¹⁵ A. CASTRO JOVER, «Inmigración, pluralismo religioso-cultural...», *op. cit.*, p. 111.

¹¹⁶ Así se deduce implícitamente de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia de 30 de octubre de 1980. *Vid.* FJ 4.º de la STC 170/1987 de 30 de octubre.

¹¹⁷ Sobre la consideración de que el derecho a decidir sobre la propia apariencia forma parte integrante del derecho a la propia imagen *vid.* B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 241-242; M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 88-91; L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 233-238, y D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, *op. cit.*, t. II, pp. 38-39.

¹¹⁸ A. LETURIA NAVARRA, «Identidad cultural y religiosa en el ámbito educativo del Estado español», en A. CASTRO JOVER y D. E. MAYA BARROSO (dirs.), *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en España y Colombia*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, p. 235.

¹¹⁹ *Cfr.* D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, *op. cit.*, t. II, p. 38.

Si la decisión de cubrir el rostro y el resto del cuerpo con un velo es libre y voluntaria, el disfrute del derecho a la propia imagen para reivindicar el uso de ambas clases de velo en España constituye, al mismo tiempo, una manifestación externa de lo que ha denominado la doctrina «expresiones no ideológicas», esto es, aquellos juicios e ideas que no se hallan vinculados con las creencias de su autor¹²⁰. Esta teoría se fundamenta en la doctrina del Tribunal Constitucional de que no todas las formas de expresar las propias ideas u opiniones constituyen una proyección de la libertad ideológica¹²¹, pues no son consustanciales a la propia esencia de la identidad de quien las emite, ya que pueden ser sometidas a juicios de contrastabilidad. Por ello precisamente, este tipo de ideas no se benefician del mismo grado de tutela jurídica que el ordenamiento vigente dispensa a los actos realizados al amparo de *auténticas convicciones*¹²² como sí es, por el contrario, el uso de las distintas clases de pañuelo por parte de las mujeres musulmanas.

La configuración jurídica del uso voluntario del velo como expresión del derecho a la propia imagen de la mujer que lo viste determina que los padres o tutores no podrán inculcar a sus hijas menores de edad que vistan con un *burka*, *niqab* u otras prendas similares al amparo de su derecho a elegir la formación moral y/o religiosa de sus hijos. Bajo la perspectiva del derecho consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, la imposición por parte de los padres de vestimentas que inciden sobre la imagen externa de sus hijas, «sobre todo en menores adolescentes en los que por la edad y el grado de madurez alcanzado es fácil presuponer su capacidad de obrar iusfundamental, serían claramente contrarias a este derecho fundamental»¹²³. Máxime cuando ambas clases de velo, en sí mismos considerados, poseen un significado discriminatorio que, como advierte Elías Méndez, podría repercutir negativamente sobre el libre desarrollo de la personalidad y formación integral de la menor en relación con las manifestaciones externas de su propia imagen¹²⁴, por lo que los padres estarían actuando, consecuentemente, en contra de su propio interés, que se erige como el principio constitucional de la protección sociojurídica de la misma¹²⁵. Conforme las menores musulmanas vayan creciendo y adquiriendo

¹²⁰ G. ROLLNERT LIEN, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 175-176.

¹²¹ FJ 10 de la STC 120/1990, de 27 de junio.

¹²² D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, pp. 20-21.

¹²³ Cfr. B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad...*, op. cit., p. 242.

¹²⁴ C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, op. cit., p. 139.

¹²⁵ M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad...*, op. cit., p. 64.

suficiente madurez para entender el verdadero significado de la imposición del uso del velo, podrán ejercitar su derecho a la propia imagen¹²⁶ para utilizar, en base a su autonomía de la voluntad, este tipo de vestimentas¹²⁷.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO DEL VELO Y DEL PAÑUELO EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA CONTEMPORÁNEA

1. Presupuestos que condicionan el uso del pañuelo y del velo como manifestaciones de la libertad ideológica y del derecho a la propia imagen

El uso por parte de las mujeres musulmanas de las distintas modalidades indumentarias de pañuelo y de velo se encuentra amparado, respectivamente, por el reconocimiento positivo de la libertad ideológica y del derecho a la propia imagen, lo que comporta, a su vez, que la utilización de ambas prendas de vestir musulmanas se encuentra sometido a los presupuestos y límites constitucionales que matizan el ejercicio de ambos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español vigente.

a) *El uso del pañuelo en la esfera pública como una manifestación de la libertad ideológica de los ciudadanos*

Si el uso del pañuelo es una manifestación externa de la libertad ideológica de la mujer que lo viste, el ejercicio de este derecho se encuentra condicionado por las exigencias derivadas del modelo de laicidad positiva consagrado en el art. 16.3 de la Constitución como mecanismo de gestión de la pluralidad ideológica y cultural en España¹²⁸. Este sistema se caracteriza por las notas de neutralidad ante este fenómeno y la separación entre el Estado y las comunidades ideológicas¹²⁹, y por el mandato impuesto a los poderes públicos en el segundo inciso de aquel precepto de que «ten-

¹²⁶ B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad...*, op. cit., p. 241.

¹²⁷ C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, op. cit., p. 139.

¹²⁸ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 41.

¹²⁹ G. SUÁREZ PERTIERRA, «La laicidad en la Constitución española», en J. MARTÍNEZ TORRÓN (ed.), *Estado y religión. Constitución española. Constitución europea*, Comares, Granada, 2006, p. 17.

drán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

Siguiendo a Suárez Pertierra, la cooperación con las comunidades religiosas e ideológicas es el tercer elemento del modelo de laicidad instaurado en España por el constituyente de 1978¹³⁰. El sentido de esta actitud colaboracionista del Estado no debe ser interpretado de manera estática, es decir, ajena a las exigencias y demandas de la sociedad española en un momento dado. En los albores del siglo XXI, la cooperación que forma parte integrante de la laicidad estatal persigue como finalidad primordial garantizar y promover el pleno disfrute de la libertad ideológica de los ciudadanos y de los grupos en que se integren¹³¹ erigiéndose, actualmente, como una *conditio sine qua non* para la convivencia en sociedades multiculturales¹³². Así se deduce expresamente de la doctrina del Tribunal Constitucional, que considera que los criterios hermenéuticos para comprender el dinamismo interno de este sistema de gestión del pluralismo ideológico y cultural de la sociedad española contemporánea son: «a) de una parte, el que surge del propio art. 16 CE, conforme al cual el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad, que se traduce en el mandato de que ninguna confesión tenga carácter estatal, contenido en el apartado 3, inciso primero, de dicho precepto constitucional, y b) el que hunde sus raíces en el art. 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido»¹³³.

En tanto en cuanto el uso de cualquier clase de pañuelo es una manifestación externa de la libertad ideológica de sus portadoras, el sistema de laicidad positiva comporta que las autoridades públicas deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar que las mujeres musulmanas puedan vestirlo en todos y cada uno de los ámbitos sobre los que se

¹³⁰ G. SUÁREZ PERTIERRA, «La laicidad en la Constitución...», *op. cit.*, p. 29.

¹³¹ A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, 2009, pp. 4-7.

¹³² Cfr. M. LEMA TOMÉ, *Laicidad e integración...*, *op. cit.*, p. 23.

¹³³ Cfr. FJ 7.º de la STC 46/2001, de 15 de febrero.

proyecta su vida pública¹³⁴ interviniendo, incluso, con medidas discriminatorias de signo positivo, en aquellos supuestos en que sea estrictamente necesario para que puedan manifestar externamente, en régimen de plena libertad, estas señas de identidad cultural¹³⁵, salvo que, excepcionalmente, el uso de este tipo de vestimentas deba ser limitado para la salvaguarda del orden público constitucional protegido por la ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 16.1 de la Constitución. Los elementos integrantes que componen este concepto jurídico indeterminado aparecen enumerados en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa¹³⁶, que prevé que: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática».

En todo caso, los límites de las manifestaciones externas de la libertad ideológica deben ser interpretados de manera restrictiva, de modo que se garantice la máxima amplitud del ejercicio de este derecho a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional 20/1990¹³⁷. Lo que comporta que los poderes públicos sólo podrán invocar el orden público constitucional español para limitar el uso de las distintas clases de pañuelo islámico en aquellos supuestos en los que la vestimenta con estas indumentarias sea manifiestamente contraria a los derechos y a las libertades de los demás y a la seguridad, la salud o la moral públicas¹³⁸. Pues, como ha advertido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 46/2001: «Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto»¹³⁹. Cuestión sobre

¹³⁴ A. CASTRO JOVER, «La función de la laicidad en una sociedad plural», en A. CASTRO JOVER y D. E. MAYA BARROSO (dirs.), *Derechos humanos...*, op. cit., p. 142.

¹³⁵ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 41.

¹³⁶ BOE, núm. 177, de 24 de julio de 1980.

¹³⁷ FJ 3.º de la STC 20/1990, de 15 de febrero.

¹³⁸ J. C. BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 286.

¹³⁹ Cfr. FJ 11 de la STC 46/2001, de 15 de febrero.

la que incidiremos con mayor profundidad, al hilo del análisis de los posibles conflictos a que puede dar lugar el uso del pañuelo en los ámbitos de la esfera pública que van a ser objeto de estudio en este trabajo.

b) *El uso del velo en la esfera pública como una manifestación del derecho a la propia imagen de los ciudadanos*

El uso voluntario del velo islámico es, como vimos, una manifestación de su derecho a la propia apariencia, cuyo pleno disfrute debe ser promovido por los poderes públicos en cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 de la Constitución. Según la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance y significado del más genérico derecho a la propia imagen, las instancias públicas deben garantizar y remover los obstáculos que dificulten a las creyentes musulmanas que usan estas vestimentas «la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública»¹⁴⁰. Todas las decisiones personales que conciernen al propio aspecto o apariencia física constituyen el primero de los elementos configuradores de la esfera personal de todo individuo¹⁴¹, que, por ello precisamente, ostenta un especial grado de protección en el ordenamiento constitucional vigente¹⁴². Sin embargo, esta tutela jurídica cualificada no puede ser interpretada en términos absolutos, sino que el disfrute del derecho a la propia imagen de un individuo cede «cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél»¹⁴³. De donde resulta, entonces, que si las mujeres musulmanas pueden vestirse con alguna clase de velo como manifestación de su derecho a la propia imagen, su uso podría limitarse legítimamente cuando existan intereses públicos o ajenos justificados para ello.

Así, de una parte, el *interés público* que legitimaría la restricción del uso del *burka*, del *niqab* o de otras prendas similares sería la salvaguarda de alguno de los elementos constitutivos del orden público constitucio-

¹⁴⁰ Cfr. FJ 2.º de la STC 81/2001, de 26 de marzo.

¹⁴¹ FJ 4.º de la STC 99/1994, de 11 de abril, y FJ 2.º de la STC 81/2001, de 26 de marzo.

¹⁴² FJ 5.º de la STC 156/2001, de 2 de julio.

¹⁴³ Cfr. FJ 5.º de la STC 99/1994, de 11 de abril.

nal¹⁴⁴ en aquellos supuestos en los que la utilización de estas prendas de vestir constituya un elemento desestabilizador de los distintos elementos que lo componen¹⁴⁵. Aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra limitado por el orden público, ya dijimos que el uso voluntario del velo en sociedades democráticas se fundamenta, en ocasiones, en la expresión externa de juicios u opiniones que no constituyen auténticas convicciones. La estrecha vinculación que existe entre el derecho a la propia imagen y la libre expresión de simples ideas en estos supuestos¹⁴⁶ justifica, a su vez, que la salvaguarda del orden público constituya, de suyo, un verdadero *interés público* que legitimaría las restricciones impuestas al uso del velo como una manifestación externa de la imagen o apariencia de la mujer que lo viste. A su vez, aunque el orden público no limita la libertad de expresión consagrada en el art. 20 de la Constitución¹⁴⁷, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar que: «De igual modo que una manifestación de la libertad ideológica puede traducirse en un acto de ejercicio de las libertades de expresión y/o de información, también cabe que una misma conducta infrinja tanto los límites marcados por el art. 20.4 CE como “el orden público protegido por la ley”»¹⁴⁸. Más aún, si el uso voluntario de estas prendas de vestir se basa en opiniones e ideas que, como tales, no son valores consustanciales a la identidad¹⁴⁹ ideológica y cultural de la mujer que las está utilizando, los elementos que conforman el contenido de aquel límite operaran como parámetros correctores de las disfunciones a que dé lugar el uso de las mismas en los distintos ámbitos de la esfera pública¹⁵⁰.

Por otra parte, el *interés ajeno* por antonomasia que limita el uso del velo como una manifestación específica del derecho a la propia imagen es el respeto a los derechos y libertades de los demás que, en cada caso concreto, pudieran verse afectados por su utilización en los espacios públicos¹⁵¹. Si el empleo de estas prendas de vestir no parece fundamentarse en auténticas convicciones que penetran en la esencia de la identidad y dig-

¹⁴⁴ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 39.

¹⁴⁵ A. LETURIA NAVARRA, «Identidad cultural...», op. cit., p. 235.

¹⁴⁶ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 39.

¹⁴⁷ G. ROLLNERT LIEN, *La libertad ideológica...*, op. cit., pp. 177-180.

¹⁴⁸ Cfr. FJ 12 de la STC 136/1999, de 20 de julio.

¹⁴⁹ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. I, p. 21.

¹⁵⁰ Sobre el orden público como elemento corrector de las disfunciones a que pueda dar lugar el ejercicio abusivo de los derechos fundamentales vid. J. C. BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público...*, op. cit., p. 286.

¹⁵¹ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 39.

nidad personal de la mujer que las viste, su derecho a proyectar mediante el *burka* o el *niqab* una apariencia que no se corresponde con su imagen real¹⁵² se encuentra limitado por todos aquellos intereses ajenos nacidos al amparo de sus relaciones profesionales¹⁵³ y, como afirma el Tribunal Constitucional, de todas las «relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula»¹⁵⁴. Pues, como medio para expresar una simple idea u opinión, nos hacemos eco de la afirmación de Llamazares Fernández de que «el derecho a no ser obligado a comportarse en contra de las propias opiniones no está protegido por el ordenamiento cuando esa conducta implique una violación de un mandato legal»¹⁵⁵.

2. Ámbitos de la esfera pública donde se ha cuestionado el uso público del velo y del pañuelo en la sociedad española contemporánea

La polémica que ha planteado el uso del velo y del pañuelo en España es prácticamente inexistente y los casos que se han dado a conocer a la opinión pública versan sobre: 1) la decisión de prohibir el *burka* y el *niqab* en algunos municipios de la Comunidad Autónoma de Cataluña¹⁵⁶ y restringir el uso del pañuelo a efectos identificativos por motivos de seguridad pública¹⁵⁷; 2) el uso de estas clases de *hiyab* en el ámbito escolar¹⁵⁸, y 3) el

¹⁵² M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵³ L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁴ Cfr. FJ 5.º de la STC 73/1982, de 2 de diciembre, y FJ 4.º de la STC 170/1987, de 30 de octubre.

¹⁵⁵ Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, *op. cit.*, t. I, p. 23.

¹⁵⁶ Noticia publicada en la edición digital de Europa Press y puede ser consultada en su *web* oficial a través del *link*: <http://www.europapress.es/epsocial/noticia-doce-ayuntamientos-catalanes-promueven-prohibicion-burka-20100613134524.html>.

¹⁵⁷ Así sucede cuando los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado instan a que las mujeres musulmanas muestren sus rostros completamente a efectos identificativos o para la obtención o renovación de su Pasaporte o NIF. O como ha acontecido recientemente en Vitoria, donde una musulmana de origen tunecino se negó a despojarse del *niqab* cuando se lo requirió el facultativo de una institución sanitaria pública a efectos identificativos antes de someterla a un examen ginecológico debido a que padecía un embarazo de riesgo.

Noticia publicada en la edición digital de *El País* y puede ser consultada en su *web* oficial a través del *link*: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/medico/juzgado/niqab/elpepisc/20100714elpepisc_7/Tes.

¹⁵⁸ En España el debate sobre el uso del velo en la opinión pública ha sido fruto del conflicto que se ha planteado recientemente como consecuencia de las decisiones adoptadas por los claustros de algunos centros docentes públicos de prohibir que una menor musulmana asistiera a clase con un *foulard*. Sobre las repercusiones de este hecho en la opinión pública *vid.* B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos...», *op. cit.*, p. 89.

desempeño de actividades profesionales por cuenta ajena¹⁵⁹. Veamos, pues, si quiera brevemente, los criterios que, a nuestro juicio, pueden condicionar el uso de estas prendas de vestir musulmanas en estos supuestos, a la luz de los presupuestos constitucionales que, como hemos visto, informan y condicionan el pleno disfrute de los derechos fundamentales en juego.

a) *La seguridad pública como límite al uso del velo y del pañuelo*

La *seguridad pública* como elemento integrante del más genérico orden público constitucional español es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 33/1982 como «aquella actividad dirigida a la protección de las personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, que son actividades inseparables y mutuamente condicionadas»¹⁶⁰. El mantenimiento de la seguridad ciudadana y la consecución de la paz social son, pues, los objetivos primordiales que persigue la salvaguarda de la seguridad pública y, al mismo tiempo, los presupuestos legitimadores de todas aquellas actuaciones policiales y medidas legislativas que limiten el ejercicio de la libertad ideológica y del derecho a la propia imagen por este motivo¹⁶¹. A tenor de la doctrina del Tribunal, estas actuaciones y decisiones pueden tener carácter preventivo o reactivo¹⁶², debiendo garantizar el mayor margen de libertad posible cuando afecten a manifestaciones externas de las creencias de los ciudadanos¹⁶³.

Respecto a las posibles repercusiones del límite de la seguridad pública sobre el uso del pañuelo y del velo en España, lo primero que debe ser tenido en consideración es que existen algunas prendas de vestir que, por sus características, pueden entrañar elementos desestabilizadores de la calma y paz social en cualquiera de los espacios de la vía pública. En este sentido creemos de interés traer a colación el voto particular que formuló Mendizábal Allende a la Sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucio-

¹⁵⁹ Que es lo que aconteció con una dependiente en una boutique de la empresa Aldeasa, a la que se prohibió vestir con el pañuelo mientras prestaba sus servicios en el *Duty Free* del aeropuerto de Islas Baleares. Sobre este caso *vid.* A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, pp. 131.132.

¹⁶⁰ Cfr. FJ 3.º de la STC 33/1982, de 8 de junio.

¹⁶¹ J. A. SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho comparado*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 246.

¹⁶² FJ 4.º de la STC 104/1989, de 8 de junio.

¹⁶³ FJ 11 de la STC 46/2001, de 15 de febrero.

nal que hacía referencia, entre otros extremos, al carácter intimidatorio y desestabilizador del mantenimiento de la paz social y la seguridad ciudadana que posee la prenda de vestir del *pasamontañas*, ya que sólo permite ver con dificultad los ojos de quien lo usa¹⁶⁴. Aunque en España no existe una norma legal que prohíba vestir con prendas que impidan reconocer la identidad de quienes las visten, el mantenimiento de la paz social y la seguridad ciudadana serían motivos más que suficientes para prohibir el uso de este tipo de vestimentas en las vías pública¹⁶⁵. Siguiendo el ejemplo francés¹⁶⁶, esta medida podría ser de carácter general para todos los ciudadanos, lo que comportaría, implícitamente, la prohibición del uso del *burka*, del *niqab* u otras prendas similares como manifestación del derecho a la propia imagen de la mujer que los usa voluntariamente. A título de propuesta, la dicción literal de esta norma podría ser: «Se prohíbe el uso de cualquier tipo de prendas o complementos de vestir que, por sus características, impidan identificar el rostro de las personas en lugares públicos, en establecimientos o locales abiertos al público y en la vía pública en orden al mantenimiento de la paz social y la seguridad ciudadana, sin perjuicio del uso de estas prendas por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuando 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 medida propuesta podría llevarse a cabo mediante la inclusión de un nuevo artículo en el Capítulo III, «Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana», de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que fue promulgada con la finalidad esencial de garantizar y promover la seguridad de todos los ciudadanos¹⁶⁷. Mediante una prohibición de este tipo, de alcance general para todos los ciudadanos, se evitarían posibles conflictos entre las comunidades musulmanas sitas en nuestro país que imponen el uso de estas prendas de vestir a las mujeres¹⁶⁸ y el resto de colectivos que

¹⁶⁴ Voto particular que formuló don Rafael de Mendizábal Allende a la STC 136/1999, de 20 de julio.

¹⁶⁵ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, nota 73.

¹⁶⁶ Art. 1 de la Ley núm. 1.192, de 11 de octubre de 2010 (*Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*).

¹⁶⁷ BOE, núm. 46, de 22 de febrero de 1992.

¹⁶⁸ Prohibición que, por otra parte, no se ajustaría a las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa contenidas en la propuesta de Resolución núm. 1.743, de 23 de junio de 2010, sobre islam, islamismo e islamofobia en Europa. La Asamblea entiende que los Estados miembros no deberían prohibir el uso del *burka*, del

conforman el pluralismo ideológico y cultural de la sociedad española contemporánea. Una vez adoptada la medida legislativa propuesta, los poderes públicos deberían tratar de evitar, con todos los medios a su alcance, las posibles consecuencias a que podría dar lugar esta prohibición en aquellos núcleos familiares donde los varones impedirían que sus mujeres o descendientes menores de edad desarrollaran con normalidad sus actividades sociales, profesionales o jurídicas sin el *burka*, el *niqab* u otras prendas similares. Como vimos anteriormente, estas conductas podrían ser calificadas como proselitistas e, incluso, si median amenazas o coacciones graves por parte del marido, actos que podrían ser denunciados al amparo de lo dispuesto en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁶⁹.

En relación con las posibles limitaciones al uso del velo y, especialmente, de las distintas clases de pañuelo en España por motivos de seguridad pública, debemos tener en consideración que el art. 20 de la Ley 1/1992 prevé que «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». Lo que justificaría, por tanto, que los miembros de seguridad puedan instar a las mujeres musulmanas se desprendan, momentáneamente, del velo cuando estén llevando a cabo un control policial de identificación en la vía pública e, incluso, del pañuelo cuando se utilice de forma tal que impida identificar completamente a la mujer que lo viste¹⁷⁰.

Por motivos de seguridad pública también se ha restringido el uso de cualquier clase de pañuelo en las fotografías que deben constar en el Documento Nacional de Identidad, de conformidad con lo dispuesto en el

niqab u otras clases de velo en la esfera pública, al tiempo que, paradójicamente, considerara necesario la imposición de aquellos límites legales al uso de estas vestimentas en aquellos casos en que sea necesario para garantizar el respeto de la dignidad humana, la igualdad y la libertad ideológica de las mujeres musulmanas.

¹⁶⁹ El art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, establece que: «La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Vid. BOE, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

¹⁷⁰ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, pp. 134-135.

art. 5.1.b) del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica, modificado por obra del Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre¹⁷¹. La expresión «cabeza descubierta» referida a la fotografía que debía constar en el DNI con arreglo a lo dispuesto en el art. 5 del Real Decreto 1553/2005, que asumía, a su vez, el criterio adoptado en el Real Decreto 196/1976, de 6 de febrero¹⁷², modificado por obra del Real Decreto 2002/1979, de 20 de julio¹⁷³, había permitido, en la práctica, que las creyentes musulmanas aportaran una foto con sus cabellos cubiertos con un pañuelo y a las monjas católicas vestidas con sus hábitos, siempre que lo llevaran puesto de tal forma que permitan conocer su identidad¹⁷⁴. Frente a la ambigüedad de este criterio, el art. 5 del Real Decreto 1553/2005, realizado a través del Real Decreto 1586/2009, exige que la fotografía que conste en el citado documento deberá ser «tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta». Esta medida persigue la finalidad esencial de procurar «la homogeneización y unificación de criterios respecto a alguno de los requisitos exigidos para la expedición del DNI, como es el de la fotografía, que además de no entorpecer el procedimiento, supondría una mayor claridad, tanto para los ciudadanos como para los funcionarios encargados de la tramitación»¹⁷⁵.

La reforma llevada a cabo en 2009 de la normativa reguladora del Documento Nacional de Identidad no se ha plasmado, sin embargo, en las características de la fotografía que deben constar en el documento identificativo del pasaporte cuya expedición se encuentra regulada en el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio¹⁷⁶. De conformidad con lo dispuesto en el art. 4.c) de la citada norma, el solicitante debe aportar una «fotografía 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». Lo que implica, por tanto, que las creyentes musulmanas o católicas puedan aportar fotos

¹⁷¹ BOE, núm. 265, de 3 de noviembre de 2009.

¹⁷² BOE, núm. 38, de 13 de febrero de 1976.

¹⁷³ BOE, núm. 202, de 23 de agosto de 1979.

¹⁷⁴ Aunque la literalidad de la norma prohibía implícitamente que las mujeres musulmanas pudieran aportar fotografías vestidas con el pañuelo o a las monjas con sus hábitos, en la práctica, muchas administraciones de policía venían admitiendo fotos del la cabeza cubierta con este tipo de vestimentas. A este respecto *vid.* A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 134.

¹⁷⁵ Cfr. Introducción del Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre.

¹⁷⁶ BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2003.

donde aparezcan con sus cabellos cubiertos con un pañuelo u otras ropas similares, siempre que dichas manifestaciones de su identidad ideológica y cultural las lleven puestas de modo que no impida identificar a la persona que las viste¹⁷⁷. Ante la disparidad de criterios existente entre la fotografía que debe constar en el DNI y en el pasaporte, lo lógico sería pensar que se debería llevar a cabo una reforma del art. 4.c) del Real Decreto 896/2003 exigiendo la aportación de una fotografía en los mismos términos que la redacción vigente del art. 5 del Real Decreto 1533/2005, ya que ambos documentos poseen el mismo valor identificativo a efectos legales¹⁷⁸.

La restricción del uso del pañuelo u otras vestimentas religiosas en los supuestos analizados constituyen restricciones de la libertad ideológica de las creyentes musulmanas que, a nuestro juicio, vendrían justificadas por el interés público preponderante en estos supuestos: la salvaguarda de la seguridad pública¹⁷⁹. El mantenimiento de la seguridad ciudadana y la paz social justificarían, asimismo, la adopción de restricciones a efectos identificativos cuando entren en el interior de edificios o lugares públicos destinados a la realización de funciones vinculadas con la seguridad del Estado. Por el contrario, las mujeres musulmanas que visten con pañuelo no deberían estar obligadas a mostrar completamente sus cabezas, a meros efectos identificativos, para poder acceder al interior de establecimientos privados abiertos al público o instituciones públicas donde se presten cualquier otro tipo de servicios o prestaciones, pues en estos casos el uso de estos complementos de vestir no afecta a la seguridad ciudadana ni tampoco a la paz social¹⁸⁰.

b) *El uso del velo y del pañuelo en el ámbito escolar*

El uso del velo y del pañuelo en el ámbito escolar se encuentra condicionado por el conjunto de principios que persigue el sistema educativo

¹⁷⁷ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, op. cit., p. 34.

¹⁷⁸ En este sentido, el art. 10.1 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, equipara el valor identificativo de ambos documentos al establecer que: «Los españoles podrán entrar en el territorio nacional, en todo caso, acreditando su nacionalidad. Los que pretendan salir de España habrán de estar provistos de pasaporte o documento que reglamentariamente se establezca en los términos de los acuerdos internacionales suscritos por España, que tendrán la misma consideración que el Documento Nacional de Identidad».

¹⁷⁹ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, op. cit., p. 35.

¹⁸⁰ R. SÁNCHEZ FERRIZ y C. ELÍAS MÉNDEZ, *Nuevo reto para la escuela...*, op. cit., p. 166.

vigente y las características propias del centro en cuestión, que varían entre sí según se trate de escuelas públicas o privadas.

— En centros docentes públicos.

Las actividades educativas que se imparten en *centros docentes públicos* se rigen por el principio de laicidad que se erige como el garante, en condiciones de igualdad real y efectiva, de la libertad de convicciones de los alumnos matriculados en el centro¹⁸¹ y del derecho reconocido a sus padres o tutores legales a orientar su formación religiosa o moral, hasta que tengan la suficiente madurez para elegir por sí mismos en base a sus propias convicciones¹⁸². En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que: «En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas, y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 de la Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita»¹⁸³. Las pautas interpretativas del Tribunal han quedado plasmadas en el art. 18 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación¹⁸⁴ vigente¹⁸⁵, pues establece que los «centros públicos desarrollarán sus actividades

¹⁸¹ B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos...», *op. cit.*, p. 106.

¹⁸² C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, *op. cit.*, pp. 141-143.

¹⁸³ Cfr. FJ 9.º de la STC 51/1981, de 13 de febrero.

¹⁸⁴ BOE, núm. 159, de 4 de julio de 1985.

¹⁸⁵ A este respecto, el art. 107.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, prevé que: «Los centros docentes que ofrezcan enseñanzas reguladas en esta Ley se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en la presente Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, así como por lo estable-

con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el art. 27.3 de la Constitución».

El principio de neutralidad ideológica impide la presencia de símbolos ideológicos o religiosos estáticos en este tipo de centros docentes¹⁸⁶, pues comportaría una confusión entre los fines estatales y los de las comunidades ideológicas y religiosas contrarios al sistema de laicidad positiva vigente en España de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁸⁷. Por presión del mandato de cooperación que matiza la neutralidad ideológica del centro docente, los profesores podrían desarrollar sus actividades educativas con vestimentas o símbolos que sean expresión de su identidad ideológica o cultural que: 1) no repercutan negativamente sobre el libre desarrollo de la personalidad de los destinatarios de las enseñanzas¹⁸⁸ atendiendo al grado de madurez de los mismos¹⁸⁹, y 2) no sean elementos desestabilizadores del orden público o perturben el normal desarrollo de las clases¹⁹⁰.

De conformidad con ambos criterios, entendemos que las profesoras musulmanas podrían acudir e impartir clase vestidas con un pañuelo, siendo más dudoso en el caso concreto del *chador* o, incluso, el hábito de una docente católica, pues son vestimentas que, por sus características, podrían ejercer una fuerte influencia sobre la libertad de creencias de los destinatarios de las enseñanzas¹⁹¹. El uso de ambas vestimentas por parte de las creyentes musulmanas, o, incluso, católicas, que imparten docencia en este tipo de centros, debe ser admitido o no por las autoridades educativas del centro caso por caso¹⁹², atendiendo a las convicciones y al grado de madurez de

cido en las demás normas vigentes que les sean de aplicación, sin perjuicio de lo previsto en los apartados siguientes de este artículo».

¹⁸⁶ B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos...», *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁸⁷ FJ 1.º de la STC 24/1982, de 13 de mayo; FJ 4.º de la STC 340/1993, de 16 de noviembre; FJ 3.º de la STC 177/1996, de 11 de noviembre; FJ 7.º de la STC 41/2001, de 15 de febrero; FJ 2.º de la STC 128/2001, de 4 de junio; FJ 6.º de la STC 154/2002, de 18 de julio, y FJ 3.º de la STC 101/2004, de 2 de junio.

¹⁸⁸ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁹ En los casos más dudosos la libertad ideológica o de conciencia del profesor que manifiesta sus creencias a través de símbolos ideológicos o culturales no puede superponerse al interés de los destinatarios de las enseñanzas. *Vid.* C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁹⁰ A. LETURIA NAVARRA, «Identidad cultural...», *op. cit.*, p. 235.

¹⁹¹ En sentido similar, si bien referido al uso del pañuelo por parte de las profesoras musulmanas de centros educativos públicos, *vid.* A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 123.

¹⁹² Aplicando el principio de proporcionalidad a la luz del contenido de los derechos fundamentales e intereses públicos en orden a la consecución de la solución que sea más

los estudiantes matriculados en el nivel educativo de que se trate¹⁹³. Por el contrario, no debería admitirse el desarrollo de las actividades docentes de profesoras cubiertas con un velo, ya que su uso obedece a interpretaciones de mandatos de la Shari'a que poseen un alcance y significado discriminatorio hacia la mujer, por lo que sí repercutiría negativamente sobre la libertad ideológica de los destinatarios de sus enseñanzas y, además, podría perturbar el normal desarrollo de las clases. La salvaguarda de ambos intereses públicos justificaría la restricción a esta expresión del derecho a la propia imagen de las profesoras musulmanas en este tipo de instituciones educativas, según la doctrina del TC a que nos hemos referido con anterioridad.

A semejantes conclusiones llegamos con respecto al derecho de las niñas musulmanas a acudir a clase con un pañuelo. De hecho, el modelo de laicidad positiva vigente exigiría que las autoridades educativas del centro de que se trate no sólo deben respetar la libre manifestación de sus convicciones mediante el uso de este tipo de señas de identidad ideológica y cultural¹⁹⁴, sino que, además, por presión de la función promocional de cooperación contemplada en el art. 16.3 de la Constitución, se encuentran obligadas a remover todos los obstáculos que dificulten su uso en el interior de la institución educativa¹⁹⁵. De lo contrario, estaríamos ante una vulneración indirecta e injustificada de la libertad ideológica de estas alumnas por parte de los órganos rectores del centro¹⁹⁶, en el contexto de un sistema educativo como el español que está orientado, entre otros fines, a «la formación en el respeto y reconocimiento de la pluralidad lingüística y cultural de España y de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad»¹⁹⁷. Tan sólo tendría sentido limitar el uso del pañuelo islámico u otras vestimentas similares por parte de las alumnas matriculadas en el colegio para asistir a aquellas actividades deportivas que, por sus características, no pudieran desarrollarse con normalidad con este tipo de prendas de vestir¹⁹⁸.

justa en cada caso concreto. Vid. J. ALGUACIL GONZÁLEZ-ARIELOS, «La proporcionalidad y el principio democrático; presupuestos e implicaciones de un debate constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 68, 2006, p. 140.

¹⁹³ B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos...», *op. cit.*, p. 122.

¹⁹⁴ C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

¹⁹⁵ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, *op. cit.*, t. II, p. 41.

¹⁹⁶ Según esta doctrina, «los derechos fundamentales pueden resultar vulnerados no sólo a través de actuaciones positivas de los poderes públicos, que incumplan en la obligación de respetarlos, sino además frente al incumplimiento de la obligación de garantizar tales derechos». Cfr. M. J. CABEZUDO BAJO, «El concepto de restricción de derechos fundamentales y su fundamento constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, p. 80.

¹⁹⁷ Art. 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación.

¹⁹⁸ Cfr. A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 120.

Mientras que, por el contrario, entendemos que las estudiantes matriculadas en centros docentes públicos no podrían acceder a ellos vestidas con un velo islámico, en tanto en cuanto prendas de vestir que podrían repercutir negativamente sobre la libertad ideológica de sus compañeros, que se erige, en estos casos, como el interés público que justificaría la restricción a esta manifestación del derecho a la propia imagen de las menores musulmanas que, por su grado de madurez, utilicen voluntaria y habitualmente este tipo de vestimentas musulmanas.

— En centros docentes privados.

Los centros privados que formen parte del sistema educativo estatal¹⁹⁹ pueden tener un carácter propio²⁰⁰ que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes²⁰¹. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el ideario de la institución educativa se encuentra limitado por «el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia. El ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tienen la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva [...] hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respecto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»²⁰².

El debido respeto a los derechos fundamentales de todos los actores que participan en el sistema educativo determina que, en principio, la existencia de un ideario propio no constituya una justificación objetiva al uso del pañuelo y del *chador* por parte de las profesoras musulma-

¹⁹⁹ Para lo cual es necesario que su apertura y funcionamiento haya sido autorizada por la Administración Pública que, en todo caso, valorará si la titulación académica del profesorado, las instalaciones pedagógicas y los puestos escolares del centro se ajustan a los requisitos contemplados en el Capítulo III de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación.

²⁰⁰ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 91.

²⁰¹ Art. 115.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación.

²⁰² Cfr. FJ 1.º de la STC 5/1981, de 14 de febrero.

nas que desarrollen sus actividades docentes²⁰³ en instituciones privadas que no tengan una ideología islámica²⁰⁴, excepto en aquellos supuestos en los que el carácter propio del centro sea manifiesta y abiertamente contrario al Islam²⁰⁵. En estos supuestos, el ideario del centro prevalece sobre la libertad del profesor a acudir a la institución educativa con este tipo de vestimentas, más si era plenamente consciente de esta circunstancia en el momento en que formalizó su contrato de trabajo con el centro²⁰⁶. Cuestión distinta es que durante la vigencia de su relación laboral exista un cambio sobrevenido de ideario que, por ese motivo, pase a ser abiertamente contrario a las señas de identidad ideológica o cultural que expresa la prenda de vestir con que desarrolla habitualmente sus actividades docentes, cuyas repercusiones serán analizadas más adelante en el apartado dedicado al uso del pañuelo y del velo en el ámbito de las relaciones laborales. Dentro de estos límites, las profesoras podrían cubrir sus cabellos con un pañuelo e, incluso, con un *chador* en escuelas privadas que no tengan ideario islámico, en función de su posible influencia en la libre formación de la conciencia de los destinatarios de las enseñanzas atendiendo a su grado de madurez, en los términos que acaban de ser expuestos en relación con el uso de estas prendas de vestir por las profesoras que trabajan en centros docentes públicos. En cambio, creemos que las docentes musulmanas no podrían vestir en este tipo de centros con un *burka*, un *niqab* u otras prendas similares, ya no sólo por la posible incompatibilidad de estas prendas de vestir con el carácter propio del centro, sino, sobre todo, por las posibles repercusiones negativas que podrían derivarse del uso de estas prendas de vestir sobre la libertad ideológica de los alumnos²⁰⁷.

El ideario propio del centro docente privado no es una causa objetiva y razonable a que se limite la libertad para formar la propia conciencia y

²⁰³ Que, en todo caso, deberán ser impartidas con pleno respeto al carácter propio de la institución educativa. En este sentido *vid.* S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 49.

²⁰⁴ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 127.

²⁰⁵ Todo ello de conformidad con los parámetros interpretativos fijados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 27 de junio de 1985. *Vid.* FJ 3.º de la STC 77/1985, de 27 de junio.

²⁰⁶ B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos...», *op. cit.*, pp. 116-117.

²⁰⁷ En la medida en que las decisiones tomadas por los organismos directivos de este tipo de centros deben velar, en todo caso, por el libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica y los demás derechos fundamentales de los alumnos matriculados en los mismos, en tanto en cuanto principios rectores del sistema educativo español. Sobre esta cuestión *vid.* M. A. ASENSIO SANCHEZ, *La patria potestad...*, *op. cit.*, pp. 96-98.

para manifestar las propias convicciones de los alumnos matriculados en el mismo²⁰⁸, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰⁹. El posible conflicto que, en ocasiones, pueda tener lugar entre las convicciones de los alumnos y el carácter propio de la institución educativa debe resolverse a favor de la libertad ideológica del menor, en la medida en que el derecho del titular del centro a dotarle de un ideario se encuentra subordinado al interés prevalente del menor a desarrollar libremente su personalidad²¹⁰ conforme a sus propias señas de identidad ideológica y cultural²¹¹. De ahí que, en principio, el ideario del centro no es un óbice para que las alumnas musulmanas matriculadas en el mismo asistan al colegio vestidas con un pañuelo o con *chador* como señas de su identidad ideológica y cultural²¹², cuyo uso sólo podrá quedar limitado para la práctica de aquellas actividades físicas o deportivas que, por naturaleza, sean incompatibles con este tipo de vestimentas²¹³.

El único supuesto en el que el ideario del centro sí podría limitar el uso del pañuelo por parte de las alumnas musulmanas escolarizadas en el mismo sería aquel en el que los estatutos de la institución impusieran como obligatorio llevar un uniforme que, por sus características, fuese incompatible con este tipo de vestimentas²¹⁴, lo que puede suceder, en la mayoría de los casos, con la prendas de vestir del *chador* y similares. En este sentido, el art. 115.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, deja claro que: «El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento por el titular del centro a los distintos sectores de la comunidad educativa, así como a cuantos pudieran estar interesados en acceder al mismo. La matriculación de un alumno supondrá el respeto del carácter propio del centro, que deberá respetar a su vez». De donde resulta que los padres conocían esta circunstancia antes de matricular a sus hijas en el centro²¹⁵, por lo que deberían haber optado por acudir a otro distinto en el que no se impusieran ningún tipo de código de conducta indumentaria prevaleciendo, por este motivo, el ideario de la institución sobre la libertad ideológica de la

²⁰⁸ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 91.

²⁰⁹ FJ 1.º de la STC 5/1981, de 14 de febrero, y FJ 10 de la STC 77/1985, de 27 de junio.

²¹⁰ M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad...*, op. cit., p. 97.

²¹¹ C. ELÍAS MÉNDEZ, *La protección del menor...*, op. cit., pp. 148-149.

²¹² B. ALÁEZ CORRAL, «Símbolos...», op. cit., p. 122.

²¹³ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», op. cit., p. 127.

²¹⁴ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, op. cit., p. 67.

²¹⁵ Pues, en este caso, debe ser tenido en consideración que «la elección del centro comporta la aceptación de su carácter propio y es equivalente a un contrato de adhesión». Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad...*, op. cit., t. II, p. 93.

menor de edad²¹⁶ que viste habitualmente con *chador*. En estos casos, el uso de este tipo de pañuelo islámico sí constituiría un elemento desestabilizador de la organización interna del centro privado, cuyo ideario actuaría en estas circunstancias «como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar —profesores, padres y alumnos—, pues de otro modo [...] quedaría privado de todo contenido real el derecho a establecer el carácter propio del centro»²¹⁷, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Las afirmaciones del Tribunal son las que, a nuestro juicio, servirían para invocar la ideología propia del centro privado como un interés público que justificaría la prohibición de que las estudiantes musulmanas puedan acudir al colegio cubiertas con un velo, como expresión externa de su derecho a decidir sobre la propia apariencia. Más cuando, por su significado, este tipo de vestimentas podrían repercutir negativamente sobre la dignidad humana y la libre formación de la conciencia de sus compañeros perturbando, por este motivo, el normal desarrollo de las enseñanzas y las actividades desarrolladas en la institución escolástica.

c) *El uso del velo y del pañuelo en las relaciones laborales*

La decisión de las mujeres musulmanas de vestir con el pañuelo o el velo también puede interferir en el desempeño de sus actividades profesionales por cuenta ajena. Los escasos casos controvertidos que se han planteado en España en relación con esta materia conciernen a trabajadoras que, habiendo sido apercibidas por el hecho de acudir al centro de trabajo con este tipo de vestimentas, fueron finalmente despedidas ante su negativa a seguir las recomendaciones de los órganos directivos de la empresa²¹⁸. La adopción de este tipo de decisiones forma parte de la libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la Constitución²¹⁹, en cuya virtud puede acordar «las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplica-

²¹⁶ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 120.

²¹⁷ Cfr. FJ 9.º de la STC 77/1985, de 27 de junio.

²¹⁸ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 120.

²¹⁹ En este sentido, el art. 38 de la Constitución prevé que: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

ción la consideración debida a su dignidad humana», a tenor de lo dispuesto en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. Como ha destacado algún autor²²⁰, a pesar de que la libertad organizativa del empresario no puede lesionar la dignidad humana ni los derechos fundamentales de los trabajadores²²¹, el Tribunal Constitucional ha dejado fuera de dudas que el pleno disfrute de los mismos sí puede verse afectado en el ámbito laboral por el cumplimiento de los deberes derivados del desempeño de su actividad profesional en el centro o puesto de trabajo²²². Todo ello implica que el uso del velo y del pañuelo por parte de mujeres musulmanas en el ámbito de sus relaciones laborales dependerá, en suma, de las posibles repercusiones derivadas del uso de este tipo de prendas de vestir sobre las condiciones y las características del servicio por cuenta ajena para cuyo desempeño ha sido contratada²²³. El conflicto que se puede plantear en relación con el uso de cualquier tipo de pañuelo en el ámbito laboral, en cuanto manifestaciones de la libertad ideológica de la mujer que los viste, «no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurren en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador al que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para [...] la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio»²²⁴.

Si la trabajadora venía desempeñando habitualmente su actividad profesional vestida con un pañuelo sin que ello perturbara aquellos intereses, las decisiones acordadas por el empleador en el ejercicio de su poder de dirección de la empresa que afectaran al uso de este tipo de vestimentas constituirían una restricción injustificada de la libertad ideológica de mujer, y su despido por este motivo debería ser calificado de improcedente en sede jurisdiccional²²⁵. En tal caso, el empresario podrá optar entre readmitir a la creyente musulmana para que desempeñe su actividad labo-

²²⁰ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 53.

²²¹ FJ 6.º de la STC 114/1989, de 22 de junio; FJ 2.º de la STC 266/1993, de 20 de septiembre; FJ 5.º de la STC 90/1997, de 6 de mayo; FJ 3.º de la STC 87/1998, de 9 de julio; FJ 5.º de la STC 144/1999, de 22 de julio; FJ 3.º de la STC 29/2000, de 31 de enero; FJ 5.º de la STC 144/1999, de 22 de julio; FJ 3.º de la STC 29/2000, de 31 de enero, y FJ 3.º de la STC 14/2002, de 28 de enero.

²²² FJ 2.º, *b)*, de la STC 204/1997, de 25 de noviembre.

²²³ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 131.

²²⁴ Cfr. FJ 2.º de la STSJ de Baleares, de 9 de septiembre de 2002.

Sobre los extractos de esta Sentencia que han sido citados *vid.* L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, *op. cit.*, nota 88.

²²⁵ A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 131.

ral vestida con un pañuelo o deberá pagarle las indemnizaciones correspondientes a la calificación del despido como improcedente²²⁶. En cambio, si este tipo de conflictos laborales sobrevenidos se plantean en relación con el uso del velo en el centro de trabajo, en la medida en que su uso es una simple expresión de la propia apariencia de la trabajadora, los órganos jurisdiccionales deberían calificar el despido de procedente, pues la decisión tomada por el empresario en el ejercicio de su poder directivo constituye un interés privado que, a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional, justificaría esta restricción de aquella manifestación de su derecho a la propia imagen proyectada sobre sus relaciones profesionales²²⁷. Más cuando, como vimos, el uso de ambas clases de *hiyab* posee un significado en sí contrario a la dignidad humana de la mujer²²⁸, cuya protección es, precisamente, el valor superior del ordenamiento constitucional que limita el alcance de las medidas acordadas por el titular del centro de trabajo que afecten a las vestimentas de sus empleados²²⁹.

Otro criterio que debe ser tenido en consideración en la resolución de los posibles conflictos laborales a que dé lugar el uso del velo y del pañuelo por parte de mujeres musulmanas es la actitud de buena o mala fe de la trabajadora en el contexto de su relación laboral con el empleador²³⁰. Si en el momento de formalizar el contrato de trabajo la creyente conocía de antemano que no podía acudir al centro de trabajo vestida con cualquier clase de pañuelo debido a que, por sus características, estas prendas de vestir eran incompatibles con el código de conducta indumentaria de la empresa o interfería manifiestamente con la prestación del servicio por cuenta ajena, su adhesión voluntaria a las obligaciones derivadas del contrato constituye un límite justificado y razonable al uso de este tipo de vestimentas como expresión de su identidad ideológica o cultural en el centro de trabajo²³¹. En estos supuestos, la creyente musulmana estaría actuando

²²⁶ Así se deduce de las previsiones contenidas en el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

²²⁷ A este respecto, ya hemos dicho que el derecho a decidir sobre la propia apariencia se encuentra limitado por todos aquellos intereses ajenos nacidos al amparo de sus relaciones profesionales y, como afirma el Tribunal Constitucional, de todas las «relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula». Cfr. FJ 5.º de la STC 73/1982, de 2 de diciembre, y FJ 4.º de la STC 170/1987, de 30 de octubre.

²²⁸ L. RUANO ESPINA, «Derecho e Islam...», *op. cit.*, p. 528.

²²⁹ L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, *op. cit.*, p. 234.

²³⁰ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 54.

²³¹ Así se deduce del criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 27 de octubre de 1997. El Tribunal considera que el debido respeto a la libertad ideológica de los trabajadores en el desempeño de sus actividades profesionales por

con mala fe, por lo que no puede invocar su libertad ideológica para negarse a cumplir con las obligaciones laborales que había aceptado voluntariamente, tal y como se puede deducir de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³² contenida en el juicio *Buscarini and others vs. San Marino*²³³ y en la decisión *Pichon and Sajous vs. France*²³⁴.

Más compleja es la situación que pueda plantarse en la práctica con respecto a aquellas trabajadoras de buena fe que venían desempeñando habitualmente su actividad profesional sin cubrir sus cabellos con un pañuelo islámico pero que, a lo largo de la relación contractual, se convierte al Islam y, en base a sus nuevas convicciones, reivindica su libertad ideológica para cumplir sus compromisos contractuales vestida con este tipo de vestimentas²³⁵. La resolución de este tipo de conflictos laborales debe ponderarse caso por caso por los órganos jurisdiccionales²³⁶, que deberán garantizar, en la medida en que la naturaleza de la relación contractual lo permita, el pleno disfrute de la libertad ideológica y la dignidad humana de la empleada musulmana²³⁷. Si atendemos a las exigencias derivadas del sistema de laicidad positiva vigente en España, el fallo judicial debería reconocer el derecho de la trabajadora a vestir con pañuelo o, incluso, con *chador*, en aquellos supuestos en que pudiera vestirlo de forma compatible con la obli-

cuenta ajena exige una actitud de buena fe por parte de la persona que va a ser contratada, «consistente en que [...] al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica».

Sobre los extractos de esta sentencia que han sido citados cfr. A. MOTILLA, «La libertad de vestimenta...», *op. cit.*, p. 132.

²³² La jurisprudencia del Tribunal puede ser consultada en francés y en inglés en la base de datos oficial de la Corte HUDOC a través del *link*: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

²³³ N. 39 del Juicio núm. 24.645/1994, *Buscarini and others vs. San Marino*, del TEDH de 18 de febrero de 1999.

²³⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que: «*It considers that, as long as the sale of contraceptives is legal and occurs on medical prescription nowhere other than in a pharmacy, the applicants cannot give precedence to their religious beliefs and impose them on others as justification for their refusal to sell such products, since they can manifest those beliefs in many ways outside the professional sphere*». Cfr. Decisión núm. 49.853/1999, *Pichon and Sajous v. France*, del TEDH de 2 de octubre de 2001.

²³⁵ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

²³⁶ Trazando, en suma, los límites de los derechos en juego a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Sobre el papel que ostentan los órganos jurisdiccionales en relación con los límites a los derechos fundamentales *vid.* J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIELOS, «Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 307.

²³⁷ A. CASTRO JOVER, «Libertad religiosa y descanso semanal», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VI, 1990, p. 304.

gación libremente asumida de utilizar un determinado uniforme y cumplir, con la debida diligencia, la actividad profesional que venía desempeñando voluntariamente²³⁸. Por el contrario, cuando el uso de estas prendas de vestir comporte un cambio sustancial de los términos de su relación contractual, el conflicto debería resolverse a favor de la libertad del empresario para resolver el contrato de trabajo si la empleada, en base a sus nuevas creencias, se negara a cumplir con sus obligaciones laborales sin el pañuelo, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional²³⁹.

Distinto es el caso de las trabajadoras musulmanas que reivindican la libertad para vestir con *burka*, *niqab* u otras prendas similares, como expresión de su derecho a decidir sobre su propia apariencia en el centro de trabajo, a sabiendas de que no podía utilizar este tipo de vestimentas en virtud de las obligaciones laborales que había comprometido voluntariamente desde el preciso momento en que formalizó su relación contractual con el empresario. Ante la actitud de mala fe de la trabajadora, este tipo de conflicto laboral debería resolverse de conformidad con la consideración del Tribunal de que «el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, el ejercicio del derecho, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»²⁴⁰. Lo que legitimaría, en conclusión, la decisión del empleador de despedir a aquellas creyentes que, reiteradamente, acudieran al centro del trabajo vestidas con el velo en contra de las decisiones adoptadas por los órganos directivos de la empresa.

²³⁸ El cambio de convicciones sobrevenido de la trabajadora de buena fe justificaría su decisión de usar el pañuelo combinándolo, en la medida de lo posible, con el uniforme, siempre y cuando el uso de este tipo de vestimentas no interfiera negativamente en la prestación del servicio ni perjudique a la imagen de la empresa. En este sentido *vid.* L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, *op. cit.*, p. 234.

²³⁹ El Tribunal Constitucional considera que: «Un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional». Cfr. FJ 1.º de la STC 19/1985, de 13 de febrero.

²⁴⁰ FJ 2.º, b), de la STC 204/1997, de 25 de noviembre.

V. CONCLUSIONES

El paulatino aumento de emigrantes procedentes de países de influencia musulmana en España ha llevado consigo el uso, cada vez más extendido, de las diferentes clases de velo y pañuelo por parte de las creyentes islámicas en los distintos ámbitos sobre los que se proyecta su vida pública. A diferencia de lo que ha sucedido en Francia y en otros países de nuestro entorno más cercano, esta realidad social no ha planteado conflictos significativos en nuestro país, reduciéndose a situaciones más o menos aisladas que, desafortunadamente, no han sido debidamente gestionadas por las autoridades gubernamentales conforme a los parámetros constitucionales que informan la actitud del Estado ante el fenómeno ideológico y cultural latente en la sociedad española contemporánea y, lo que es aún más grave, sin tener en consideración cuál es el verdadero alcance y significado del uso de estas prendas de vestir en las fuentes primigenias de la Shari'a.

La escasa fidelidad de las traducciones existentes del Corán y de la Sunna profética ha sido el factor determinante de que el término árabe *hiyab* se identifique habitualmente con la vestimenta del pañuelo islámico, cuando en realidad hace referencia al conjunto de vestimentas constitutivas del Código de Conducta Indumentario de los creyentes musulmanes. Al margen de esta apreciación, el Corán sí impone a las mujeres islámicas que cubran sus cabellos con un pañuelo a partir de la pubertad en los distintos ámbitos de la esfera pública, como símbolo que representa su condición social de mujer libre en el seno de la comunidad a la que pertenece. El uso de esta prenda de vestir constituye, en suma, una manifestación de religiosidad que, en el devenir de los tiempos, ha generado una tradición en la mayoría de los Estados de influencia islámica constituyendo, actualmente, una auténtica seña de identidad cultural. Las anteriores consideraciones nos han llevado a la conclusión de que el pañuelo islámico sí es una manifestación externa de la libertad ideológica de las creyentes musulmanas residentes en España, lo que comporta, a su vez, que los poderes públicos deben respetar y promover el uso de esta seña de identidad ideológica y cultural de las creyentes musulmanas en los distintos espacios de la esfera pública por presión del sistema de laicidad positiva instaurado por el ordenamiento constitucional vigente. En tanto en cuanto el uso de las diferentes clases de pañuelo es una manifestación externa de la libertad ideológica de sus portadoras, el mandato promocional de cooperación que caracteriza a aquel sistema comporta, además, la obligación impuesta a las

autoridades públicas de que adopten las medidas que sean necesarias para garantizar que las mujeres musulmanas puedan vestirlo en todos los ámbitos sobre los que se proyecta su vida pública.

Lo que comporta, en contrapartida, que la expresión de esta seña de identidad pueda ser restringida en aquellos supuestos en que sea estrictamente necesario para la salvaguarda de la moral, la salud y la seguridad pública, en cuanto elementos constitutivos del orden público constitucional protegido por la ley que limita el ejercicio de la libertad ideológica. Y, en concreto, las mujeres musulmanas deberían quitarse el pañuelo y mostrar sus cabellos cuando: 1) sea requerido a efectos identificativos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; 2) sea necesario para participar con normalidad en las actividades deportivas curriculares o extracurriculares organizadas por en centro docente de enseñanza donde se encuentren matriculadas; 3) el uso del *chador* u otras prendas similares por parte de profesoras islámicas pudiera ejercer una influencia sobre el derecho a la libre formación de la ideología o conciencia de los alumnos que, atendiendo a su edad y grado de madurez, carecen de uso de razón o de discreción de juicio, y 4) sea incompatible con las actividades profesionales o con las pautas de conducta indumentaria requeridas para el desempeño de un trabajo por cuenta ajena, cuyas características eran conocidas por la creyente islámica al tiempo de formalizar su contrato laboral con la empresa.

Frente a estas consideraciones, en este trabajo se ha tratado de reflejar que el Corán no contiene ninguna referencia expresa al uso del velo por parte de las mujeres como un imperativo categórico que pertenece al orden de la moral. La imposición de su uso en algunos Estados islámicos obedece, más bien, a la interpretación que han llevado a cabo algunos movimientos fundamentalistas de algunos versículos coránicos que, a su vez, han servido de inspiración para imponer coactivamente a las creyentes musulmanas el uso del *burka*, del *niqab* u otras prendas similares a partir de la edad de la pubertad en cualquier ámbito de la esfera pública. La finalidad primordial que persigue esta imposición consiste, esencialmente, en ocultar el rostro y los rasgos expresivos de la sensualidad de la mujer, para evitar que puedan ser objeto de deseo por parte de varones que no sean sus padres o sus legítimos esposos.

Todo lo anterior nos conduce a la conclusión de que, desde el punto de vista jurídico, la conducta de los creyentes musulmanes que imponen coactivamente el uso del velo a sus esposas o descendientes en España podría constituir un acto de proselitismo abusivo contrario, en suma, a su liber-

tad y dignidad humanas. Las mujeres que se cubren voluntariamente con el velo en la sociedad española no hacen más que disfrutar con plenitud de su derecho a decidir sobre la propia apariencia, que se erige, a su vez, en una manifestación externa del derecho a la propia imagen. Esta configuración jurídica del uso del velo determina, a su vez, que puede ser restringido cuando medie un *interés público o privado* justificado para ello. Uno de estos intereses consiste en la salvaguarda de la seguridad ciudadana que, en abstracto considerado, constituye un motivo más que suficiente para que el legislador estatal prohibiera el uso de cualquier tipo de vestimenta que impida identificar el rostro de la persona que lo porta disturbando, de ese modo, la paz social en todos los ámbitos de la esfera pública. Siguiendo de cerca el ejemplo francés, la medida propuesta podría llevarse a cabo mediante la reforma de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que fue promulgada con la finalidad esencial de garantizar y promover la seguridad de todos los ciudadanos. Mediante una prohibición de este tipo, de alcance general para todos los ciudadanos, se evitarían posibles conflictos entre el Estado y las comunidades musulmanas que imponen el uso de estas prendas de vestir a las mujeres, y el resto de colectivos que conforman el pluralismo ideológico y cultural de la sociedad española contemporánea.