

# DERECHOS Y ESPACIO PÚBLICO

---

Cátedra de amparo de derechos y libertades

JORNADA ORGANIZADA POR LA  
CÁTEDRA DE AMPARO DE DERECHOS Y LIBERTADES  
CELEBRADA EN OVIEDO EN MAYO DE 2013



ediuno  
Ediciones de  
la Universidad  
de Oviedo



Procuradora General  
del Principado de Asturias



# **SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS**

BENITO ALÁEZ CORRAL  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Oviedo*

## **1.- Símbolos religiosos en los espacios públicos, neutralidad religiosa y ejercicio multicultural de los derechos fundamentales**

La presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, sea por ejemplo la colocación por el Estado de crucifijos en edificios o instalaciones de titularidad pública, sea el tránsito por ellos de personas ataviadas con un velo islámico, plantea la necesidad de clarificar qué papel juega el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de ellos y de la neutralidad religiosa del Estado. La cuestión a analizar se refiere al uso por los particulares o por el Estado de símbolos religiosos en los espacios públicos, lo que abarca tanto las vías públicas como los edificios públicos u otros espacios en los que se desarrollan actividades encomendadas a las administraciones públicas. Múltiples casos conflictivos salpican la actualidad desde los últimos años, aunque en los últimos tiempos, como consecuencia de la crisis económica, estas cuestiones hayan pasado a un segundo plano y la atención se centre en las cuestiones derivadas de la pobreza y del impacto de la crisis eco-

nómica en la vida de los ciudadanos. Con todo, se trata de una cuestión muy controvertida en Europa y en España desde que el espacio público se ha convertido en espacio de multiculturalidad, es decir, desde que se hace preciso regular la coexistencia de la cultura/religión mayoritaria de un país con otras culturas. En este sentido, de las tres alternativas posibles: adaptación recíproca (acomodación) a las diferencias culturales, asimilación de la cultura mayoritaria por parte de las minorías culturales/religiosas o neutralización cultural del espacio público, ya adelanto que, en mi opinión, solo la primera es congruente con el modelo de democracia constitucional recogido por la CE de 1978.

Sin embargo, el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos no constituye únicamente un problema de multiculturalismo, sino sobre todo de ejercicio (multicultural o no) de los derechos fundamentales en el espacio público, puesto que incluso en una sociedad cultural y religiosamente homogénea es posible una diversidad de actitudes respecto del tratamiento que deba recibir el fenómeno religioso en el espacio público, en función de cómo deban ser las relaciones entre la Religión y el Estado, que es el encargado de organizar la convivencia en dicho espacio. La necesidad de respetar el contenido constitucional de los derechos fundamentales, también en los ámbitos en los que están involucradas las relaciones Religión-Estado, es independiente de que sean españoles o extranjeros los portadores de aquella pluralidad cultural o de que a través de los mismos se forje una u otra cultura social, por muy mayoritaria que esta sea.

Si contemplamos las resoluciones judiciales españolas que ya se han ido dictando en relación con algunos de los casos conflictivos de la prohibición/presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, vemos que abarcan cuestiones muy diversas,

se centran en situaciones contextuales muy concretas y los fallos de las mismas tienen sentidos diversos y contrapuestos. Así, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 14 de febrero de 2013, anula la prohibición municipal del velo islámico integral impuesta por el ayuntamiento de Lleida respecto del acceso y permanencia en instalaciones municipales o espacios de titularidad municipal. Por otro lado, la petición de la asociación Escuela Laica de Valladolid de que se retiren los crucifijos del colegio público Macías Picavea fue resuelta en segunda instancia por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 14 de diciembre de 2009, en un sentido solo parcialmente positivo, pues ordena la retirada únicamente cuando los padres invoquen la afectación de su libertad religiosa o la de sus hijos, pero no admite que se tengan que retirar de oficio por la Administración. Volviendo al ámbito de la indumentaria personal de corte religioso, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid, de 4 de febrero de 2012, avaló la prohibición impuesta por un colegio público a una alumna a la que se impedía portar un velo islámico no integral durante las actividades escolares. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 6 de noviembre de 2012, desestimó la petición de retirada del crucifijo del pleno municipal del ayuntamiento de Zaragoza. Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2010, también desestimó, aunque por razones meramente procesales, la petición de una abogada de origen marroquí a la que el magistrado Gómez Bermúdez había impedido permanecer en los estrados de la Audiencia Nacional portando un velo islámico no integral.

En el tratamiento de este problema por parte de estas resoluciones judiciales mencionadas, pero tam-

bién de los medios de comunicación, se observa lo siguiente: en primer lugar, predomina un enfoque absolutista, de derecho objetivo, de la cuestión de si el Estado puede colocar crucifijos en los espacios públicos o de si se debe permitir a una mujer/niña portar un velo islámico en el espacio público. La cuestión se pretende resolver descontextualizadamente a partir del tipo de relación normativa que la Constitución habría establecido entre Religión y Estado, es decir, al tipo de neutralidad religiosa del Estado impuesta en la Constitución. Paradójicamente, ello conduce a que se afirme mayoritariamente respecto de la presencia del crucifijo, que debe ser tolerado porque somos un país aconfesional (neutralidad activa o positiva), mientras que respecto de la presencia del velo islámico se pone el acento, al contrario, en que España es un país laico (neutralidad negativa) y por tanto no se debe permitir. Este enfoque absolutista de derecho objetivo tiende, en segundo lugar, a confundir la distinta posición en que se encuentran los ciudadanos y los poderes públicos respecto del ejercicio de los derechos fundamentales: cuando el Estado (los colegios públicos, incluidos los Consejos escolares, también son poderes públicos) coloca crucifijos o prohíbe llevar velo islámico no está ejerciendo ningún derecho fundamental, pues por regla general no puede ejercer este tipo de derechos fundamentales de libertad, mientras que cuando los ciudadanos portan símbolos religiosos, sea un crucifijo o un velo islámico, sí están ejerciendo sus derechos fundamentales, aunque estos sean limitables. En tercer lugar, como colofón de lo anterior, no se entiende o no se asume que la esencia de la democracia constitucional consiste en garantizar los derechos de la minoría (la más pequeña de las cuales es el individuo) frente a las decisiones de

la mayoría. Para que siempre se imponga como ley suprema la voluntad de la mayoría sería preciso desposeer a nuestro sistema legal de una Constitución como norma suprema, tal y como sucede en el Reino Unido. Pero allí, donde existe una Constitución que garantiza derechos y libertades como expectativas de unos pocos molestas para la mayoría (esto es, como garantías contra-mayoritarias), la democracia no se identifica con el Gobierno de la mayoría sino con un Gobierno de la mayoría que respeta los derechos de la minoría. De la misma manera, en cuarto lugar, tampoco se acepta, como contrapartida a lo anterior, el necesario carácter políticamente abierto de la Constitución democrática, que, aunque garantiza derechos y espacios de libertad para las minorías, no los predetermina completamente, sino que deja a las mayorías parlamentarias o gubernativas amplios márgenes para la concreción de sus políticas de derechos fundamentales, precisamente porque ello constituye el necesario contrapeso mayoritario con respecto a la protección que a las minorías otorga la garantía contra-mayoritaria de la Constitución. Sin ese contrapeso mayoritario habría que estar cambiando la Constitución permanentemente, cada vez que se modificase la percepción social de qué expectativas deben ser garantizadas, lo cual minaría la estabilidad y función de la Constitución. Ello implica, en relación con el principio de neutralidad religiosa del Estado, un amplio margen para el desarrollo de políticas más o menos laicistas, o más o menos cooperativas con las religiones, sin que ello esté predeterminado constitucionalmente. En quinto y último lugar, hay que tener en cuenta que nuestra Constitución, por decisión de quienes la aprobaron, está abierta al Derecho internacional especialmente en materia de derechos humanos y considera que la

interpretación de los derechos fundamentales que se desprende de lo que digan el legislador o el juez internacional es vinculante como criterio interpretativo para España (art. 10.2 CE).

A partir de estas necesarias observaciones críticas que hay que tener en cuenta en el análisis de la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos para no confundir las expectativas de *constitutione ferenda* con el marco constitucional vigente, abordaré con un poco más de detalle dicha problemática en dos partes diferenciadas: en una primera ahondaré en la constitucionalidad de la colocación de crucifijos por el Estado en los espacios públicos, especialmente en la escuela pública, que es el espacio más controvertido; y en la segunda parte abordaré la constitucionalidad de las prohibiciones del uso del velo islámico (integral o no) en los espacios públicos por parte de los ciudadanos.

## **2.- Crucifijos colocados por el Estado en los espacios públicos**

En lo que se refiere a la primera cuestión, la de los crucifijos que el Estado coloca (o tolera) en los edificios e instalaciones públicas, como ya adelanté, creo erróneo el enfoque que lo considera un problema de derecho objetivo relativo a las relaciones Religión-Estado, pues el mismo o bien desconoce las posibles injerencias que de dicha presencia se pueden derivar para los derechos fundamentales de los ciudadanos, o bien tiende, inversamente, a magnificar su posible injerencia en todos los supuestos y contextos.

Para un análisis ordenado de este complejo de problemas, es preciso, en primer término, abordar la cuestión de si cabe entender que el crucifijo es un símbolo

religioso para, en segundo lugar, analizar la incidencia de dicho símbolo religioso en el principio de neutralidad religiosa del Estado, lo que solo se podrá hacer, en tercer lugar, teniendo en cuenta la instrumentalidad de dicho principio respecto de la garantía constitucional de la libertad religiosa negativa.

*a) Carácter parcialmente «religioso» del crucifijo como símbolo*

En principio pudiera parecer innecesario definir lo que sea un símbolo religioso. Sin embargo, la praxis actual pone de manifiesto cómo muchas veces es preciso clarificar si un determinado símbolo posee un carácter religioso o no, o incluso si se puede predicar de él un carácter simbólico respecto de una determinada creencia o confesión religiosa. Ello tiene relación tanto con la distinción entre la libertad ideológica y la libertad religiosa, entendida esta última como libertad de creencias (STC 141/2000, de 29 de mayo, F. J. 4.º), y de la que son manifestaciones aquellos símbolos, como con la posible injerencia del Estado en cuestiones religiosas, que no se produciría si se le atribuye al crucifijo un significado meramente cultural y no religioso.

En lo que respecta a los criterios para valorar la religiosidad de un símbolo como el crucifijo, estos se pueden clasificar fundamentalmente en dos grandes grupos: los de carácter subjetivo y los de carácter objetivo. El criterio subjetivo pone en manos del sujeto que ejerce la libertad religiosa la determinación de si el acto o manifestación posee carácter religioso o no. Desde este punto de vista, la definición del objeto del derecho fundamental debería corresponder siempre a la comprensión que tenga el sujeto que lo ejerce, y el problema de la inclusión o exclusión de unas u otras

conductas en la garantía constitucional de la libertad religiosa quedaría reducido a un problema de limitación o delimitación de su contenido. Sin embargo, detrás de tales razonamientos se esconde una concepción liberal de los derechos, entendidos como ámbitos de libertad preestatales definibles por el individuo, difícilmente compatible con la supremacía constitucional, llegándose, en tal caso, al extremo de que toda conducta podría ser objeto simultáneamente de cualquier derecho fundamental o que todos los derechos fundamentales se reducirían a uno: la libertad de actuación, lo que además de jurídicamente disfuncional, no se corresponde con el estatus constitucional de la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y no como un derecho fundamental (art. 1.1 CE). Frente a él, el criterio objetivo prescinde por completo de la significación subjetiva que pretenda atribuirle el individuo a uno u otro comportamiento y define el ámbito de protección del derecho fundamental a partir de la concreta concepción objetiva de la que haya partido la norma suprema a la hora de introducir en su articulado conceptos como los de «culto», «religión», «creencia», «ideología», etc. Aplicado a los símbolos (y en particular al crucifijo), ello implicaría que, sobre la valoración individual y subjetiva de su significado, deba prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social (STC 34/2011, de 28 de marzo, F. J. 4.º). En mi opinión, el riesgo que se corre con este criterio objetivo es doble: por un lado, cabría que el sentido objetivo que se preste al objeto protegido por los derechos fundamentales fuese una precomprensión sociológica de los conceptos mencionados, que esté al margen de su concreto contenido normativo-constitucional, permitiendo a la mayoría fagocitar los derechos de la minoría; y, por otro lado,

también cabría que el Estado, al realizar esa valoración objetiva, perdiese el carácter neutral que debe mantener en materia religiosa e ideológica (STC 46/2001, de 15 de febrero, F. J. 4.º).

Por todo lo anterior, si la democracia constitucional tiene como razón de ser garantizar expectativas de la minoría frente a la mayoría a través de los derechos fundamentales, la religiosidad del símbolo hay que medirla a partir de un criterio subjetivo, valorado objetivamente por el Estado en su razonabilidad, porque lo relevante es lo que presuma razonablemente la persona (no el colectivo religioso mayoritario) que utiliza el símbolo o la que (en el caso del crucifijo colocado por el Estado) se ve confrontado con él. Ciertamente, el significado de un símbolo trasciende a sí mismo y a sus orígenes, y puede verse enriquecido por el transcurso del tiempo (STC 94/1985, de 29 de julio, F. J. 7.º), e incluso puede impregnarse de la historia cultural y política de la comunidad a la que simboliza variando parcialmente su significado original (STC 34/2011, de 28 de marzo, F. J. 4.º), pero ello no implica necesariamente que la valoración subjetiva del símbolo pase a estar subordinada a la valoración objetiva o social del mismo, pues ello desvirtuaría el significado subjetivo que tienen los derechos fundamentales como garantías de expectativas de los ciudadanos. El equilibrio se puede alcanzar, en mi opinión, si al ciudadano se le exige: 1.º) un nivel mínimo de coherencia moral e intelectual al afirmar la religiosidad del símbolo y 2.º) la existencia para él de una seria vinculación de ese símbolo con las preguntas o cuestiones últimas acerca de la existencia humana, objetivamente razonable.

En consecuencia, entiendo que conforme a las garantías iusfundamentales previstas en la CE de 1978, el crucifijo puede ser considerado por algunos ciudadanos

como un símbolo de, al menos parcialmente, significado religioso. No posee solo un significado religioso, ni tampoco está absolutamente secularizado, según lo que opine la mayoría social. Para llegar a esta conclusión creo que hay que tener en cuenta varios elementos. Primero, como ya hace casi veinte años puso de relieve el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 93, 1), no es lo mismo una cruz que un crucifijo, aunque simbólicamente puedan tener un significado genérico semejante, pues la capacidad de abstracción y de percepción de los destinatarios visuales del crucifijo es distinta según se trate de adultos o de niños. No es idéntico el cuerpo desnudo de una persona clavado en una cruz que la cruz sin el cuerpo desnudo. Segundo, el contexto en el que se coloca o tolera la presencia del crucifijo por el Estado también es importante. No es lo mismo ver una cruz –normalmente no suele ser un crucifijo– en un blasón, en una bandera, en una estatua, en un relieve o en cualquier otro elemento del patrimonio histórico-artístico o cultural, que verlo en un aula escolar, en un aula de religión o en un hospital. En función del contexto, las posibilidades de atribuirle un significado religioso al crucifijo serán mayores o menores. Tercero, el crucifijo o la cruz son considerados por la jurisprudencia europea como símbolos religiosos pasivos (STEDH Gran Sala, *Lautsi contra Italia*, de 18 de marzo de 2011), no como símbolos religiosos activos en lo que se refiere a la transmisión de su significación religiosa, al menos comparados con la oración u otras manifestaciones de la libertad de culto en las que tiene una participación activa el sujeto que ejerce su libertad religiosa a través del símbolo. No obstante considero en relación con este punto, que hay que tener en cuenta el destinatario del mensaje simbólico, siendo más pasivo para el ciudadano medio, mayor de edad, adulto, que para un niño, para quien dependiendo del contexto

sociocultural puede tener un impacto psicológico más proselitista o perturbador que para el resto de los ciudadanos.

*b) Neutralidad religiosa, crucifijos y confusión de funciones*

El principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, sea cual sea el término con el que se designe («neutralidad», «laicidad», «laicismo» o «aconfesionalidad») y con independencia de que haya sido expresamente previsto como un principio o valor fundamental del Estado, hace referencia al modo y a la manera en que deben discurrir las relaciones entre el poder público y los particulares en el ámbito de la libertad religiosa, por lo que afecta de manera directa al problema del uso de símbolos religiosos en los espacios públicos. La neutralidad del Estado en materia religiosa se opone tanto a la confesionalidad como a la hostilidad hacia el fenómeno religioso. Constituye la manifestación jurídico-constitucional expresa o implícita de la relación existente entre dos preceptos constitucionales, habituales en las constituciones democráticas: el que garantiza la libertad religiosa («cláusula de libre ejercicio») y el que prohíbe la confesionalidad del Estado («cláusula de establecimiento»).

Desde la perspectiva de la cohesión entre la neutralidad y la colaboración del Estado en el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los ciudadanos, cabe distinguir dos grandes modelos: la denominada «neutralidad estricta», «distante» o «pasiva», y la denominada «neutralidad abierta», «pluralista» o «activa», pudiendo hablarse también de modelos intermedios entre ambos. Unos y otros modelos de neutralidad aparecen reflejados, con diversos grados de desarrollo, en la jurisprudencia constitucional nor-

teamericana y europea con carácter sucesivo a lo largo del tiempo. La principal diferencia existente entre ellos reside, en síntesis, en la distinta actitud normativa (negativa o positiva) que debe adoptar el Estado frente al fenómeno religioso con la finalidad de preservar la separación entre la Iglesia y el Estado y, al mismo tiempo, garantizar la libertad religiosa.

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

la dimensión objetiva de todo derecho fundamental (también de la libertad religiosa) y que obligaría a los poderes públicos a optimizar las condiciones de ejercicio de la libertad garantizada (art. 9.2 CE en relación con el art. 53.1 CE)

En efecto, la transformación del Estado liberal en un Estado social y democrático de derecho ha hecho cada vez más necesario que el Estado pase de una actitud de total indiferentismo hacia el fenómeno religioso a una cooperación con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio pluralista de su libertad religiosa, produciéndose esta en términos directos o indirectos. Al indiferentismo y la radical separación entre el Estado y el fenómeno religioso del modelo de «neutralidad estricta», presente en buena parte de la jurisprudencia norteamericana hasta principios de los años ochenta y en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés hasta los años noventa, le viene siguiendo una comprensión del principio de neutralidad más abierta que permite la cooperación del Estado con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio de la libertad religiosa, si bien de forma desigual en cuanto a los instrumentos utilizables o en cuanto a los ámbitos en los que esta sea posible. Con todo, los instrumentos de cooperación, incluida la colocación del crucifijo en los espacios públicos, habrían de respetar unas exigencias que genéricamente había enunciado la Corte Suprema de los EE. UU. en el llamado «test Lemon» (*Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 [1971]), entre las que se encuentran: 1.º tener una finalidad secular y, por tanto, no dirigirse directamente a promover una finalidad religiosa, 2.º que el beneficio para una confesión religiosa sea un efecto secundario y no primario de la medida adoptada y 3.º que no conlleve una excesiva involucración estatal en asun-

tos religiosos que ponga en peligro la separación de funciones entre Estado y sociedad.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, los arts. 9.2, 16.3, 27.3 y 9 CE han optado por un modelo de neutralidad pluralista o abierta, que permite al Estado un fomento directo de las actividades de los particulares dentro del respeto al pluralismo, a ciertas exigencias del principio de igualdad y a la separación entre las funciones estatales y religiosas (STC 24/1982, de 13 de mayo, F. J. 1.º). La Constitución reconoce expresamente que ninguna confesión tendrá carácter oficial, con lo que se garantiza la separación entre las funciones estatales y las religiosas, pero, al mismo tiempo, garantiza la libertad religiosa de los individuos y las comunidades, no solo en su vertiente negativa, como un derecho de reacción frente a la injerencia estatal (STC 177/1996, de 11 de noviembre, F. J. 9.º), sino también en su vertiente positiva a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, considerando el pluralismo religioso como un valor objetivo que debe ser preservado por el Estado, e imponiéndole, para ello, específicos deberes de cooperación en materia religiosa (STC 24/1982, de 13 de mayo, F. J. 4.º). Así, al mandato genérico del art. 9.2 CE de remover los obstáculos que –también en materia religiosa– impiden que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas, se añade la específica obligación del art. 16.3 CE para que el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas de los españoles, mantenga las correspondientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones, mandato del que son reflejo el art. 2 de la LOLR, los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, por las que se regulan los Acuerdos

con las confesiones evangélica, israelita e islámica respectivamente.

Si centramos nuestra atención, por ejemplo, en la aconfesionalidad y la cooperación religiosa en los centros escolares de titularidad pública, la neutralidad del Estado exige, ciertamente, que estos carezcan de ideario propio, maximizándose con ello su neutralidad ideológica y religiosa (art. 18.1 LODE), pero, al mismo tiempo, en la medida en que el art. 27.3 CE obliga al Estado a garantizar el derecho de los padres a decidir qué educación religiosa y moral han de recibir sus hijos, se permite (que no se obliga) configurar el sistema educativo de modo que se pueda impartir enseñanza religiosa en los centros públicos (STC 5/1981, de 13 de febrero, F. J. 9.º). Ello, unido a la obligación positiva de cooperación con el ejercicio libre de la religión que pesa sobre el Estado, justificaría que en las aulas en las que se imparte la asignatura de Religión o en otros locales habilitados al efecto por el centro escolar público para la asistencia religiosa a los alumnos, el centro pueda colocar símbolos religiosos de la confesión o confesiones correspondientes sin que ello devenga inconstitucional, como ya se admitió respecto de la adquisición por parte del Ministerio de Defensa de locales adscritos a la realización de actos de culto (ATC 616/1984, de 31 de octubre, F. J. 3.º).

¿Excluye esto que dichos centros escolares públicos puedan utilizar cualquier símbolo religioso, como el crucifijo, fuera de esas aulas u horas de clase de religión por comprometerse con ello la neutralidad religiosa del Estado? Ello vendría así obligado si la colocación del crucifijo por el Estado implicase una confusión de las funciones religiosas y las funciones públicas o también si conllevara una injerencia ilegítima en el ejercicio de los derechos fundamentales de

los ciudadanos confrontados con la presencia del crucifijo en un espacio público.

Por lo que se refiere a la primera de estas dos cuestiones, la confusión de funciones estatales y religiosas, si se aplica el esquema argumental que, con variaciones, se deriva de la jurisprudencia del TC, del TEDH y de la Corte Suprema de los EE. UU., resulta que para ser constitucionalmente lícita, en primer lugar, la colocación del crucifijo debe perseguir una finalidad seglar y no una finalidad religiosa, es decir, el crucifijo debe colocarse con una finalidad que no sea la del culto por parte del Estado o su identificación con el culto de una determinada confesión religiosa. En este sentido, dado que la neutralidad que prevé la CE de 1978 en materia religiosa es activa y permite a los poderes públicos tener en cuenta las creencias de la sociedad española, mantener las relaciones de cooperación que estime convenientes con la Iglesia católica y las demás confesiones y facilitar las preferencias religioso-culturales de la mayoría visibilizando sus símbolos religiosos, como el crucifijo, la cesión del espacio público para la expresión por los ciudadanos de sus creencias religiosas podría constituir el fin seglar que la propia CE ha establecido. En segundo lugar, aunque persiga una finalidad seglar, la colocación o tolerancia de los crucifijos no ha de conllevar ni la promoción ni la inhibición de la práctica de ninguna religión. Este segundo requisito puede ser más discutible y depende en buena medida de lo cerrada o abierta que sea la comunidad humana en la que se exponga, del impacto proselitista que pueda tener sobre quienes lo ven, de las circunstancias personales de los destinatarios, del tiempo de presencia ante el crucifijo, así como de la consideración más activa o más pasiva del crucifijo como símbolo religioso. En todo caso la STEDH, Gran Sala, Lautsi contra Italia, de 18 de marzo de 2011, se ha inclinado por afirmar que el crucifijo en general no tiene ese carácter proselitista de la

religión cristiana, apoyándose sobre todo en su carácter pasivo como símbolo, en contraposición al velo islámico, que considera un símbolo religioso activo. Y en tercer y último lugar, la colocación de los crucifijos tampoco debería conllevar una implicación excesiva del Estado en la materia religiosa. Aquí el problema está en determinar qué es excesivo. ¿Hay una implicación excesiva cuando el Estado tolera que exista un crucifijo en un pleno de un ayuntamiento, en un colegio, etc.? No hay ninguna resolución judicial al respecto, pero si tenemos en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre otras implicaciones de los poderes públicos en actividades religiosas, como la impartición en un colegio público de la asignatura de Religión, la existencia de capellanes castrenses como miembros de las Fuerzas Armadas o más recientemente el patronazgo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla por la Virgen de la Inmaculada Concepción, supuestos todos ellos cuya constitucionalidad ha sido confirmada, difícilmente se puede concluir que la presencia del crucifijo vaya a ser declarada inconstitucional por implicación excesiva del Estado en las funciones religiosas.

En resumen, con el modelo de neutralidad activa (cooperativa), tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta muy difícil, cuando no imposible, deducir la inconstitucionalidad de la colocación estatal de crucifijos en los espacios públicos como consecuencia de una confusión de funciones estatales y religiosas proscritas por el mandato de aconfesionalidad constitucionalmente previsto.

### *c) Neutralidad religiosa, crucifijos e injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos*

Ahora bien, aun no produciéndose confusión entre las funciones estatales y las religiosas, la coope-

ración del Estado en materia religiosa podría devenir inconstitucional y por tanto contravenir el principio de neutralidad activa si la colocación de los crucifijos en los espacios públicos por el Estado conlleva una injerencia, un menoscabo, en algún derecho fundamental de los individuos que se ven confrontados con ellos.

Básicamente se pueden ver afectados dos derechos fundamentales como consecuencia de la confrontación del ciudadano con los crucifijos colocados por el Estado en un espacio público: la libertad religiosa y el derecho a la educación. La libertad religiosa se ve afectada en su vertiente negativa, en tanto inmunidad de coacción que obliga al Estado a no coaccionar al ciudadano en su opción religiosa, a prohibir que otros le coaccionen y a no concurrir con él en el acto de fe, y se ve reforzada por el derecho a no manifestarse sobre las propias creencias (art. 16.2 CE). El derecho a la educación, por su parte, se vería afectado solo en el caso de que los niños se vean confrontados con los crucifijos en los centros escolares públicos en la medida en que este derecho garantiza una educación cuyo objeto ha de ser el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE), garantizando también a los padres que la formación religiosa y moral de sus hijos discorra acorde con sus convicciones, es decir, proteja frente al adoctrinamiento ideológico o religioso por parte del Estado (art. 27.3 CE).

Para analizar la posible injerencia en estos dos derechos fundamentales es preciso tener en cuenta que la neutralidad religiosa del Estado es concebida como el reverso de la libertad religiosa, es decir, que la neutralidad religiosa existe constitucionalmente para garantizar la libertad religiosa, siendo indiferente que la neutralidad religiosa sea pasiva (laicidad francesa)

o activa/cooperativa (aconfesionalidad alemana, italiana o española). La neutralidad religiosa no se garantiza constitucionalmente como un fin en sí mismo, sino como un instrumento al servicio del ejercicio de la libertad religiosa (positiva y negativa). Ahora bien, mientras la dimisión subjetiva de la libertad religiosa genera derechos subjetivos, es decir, permisos, mandatos o prohibiciones que habilitan a los ciudadanos a realizar ciertas conductas (practicar su credo, formar libremente su conciencia, etc.), la dimensión objetiva de la libertad religiosa, plasmada en la cooperación, no genera *ex constitutione* ningún derecho subjetivo para los ciudadanos, sino que únicamente le confiere a esta un valor objetivo para la sociedad y por tanto para el ordenamiento jurídico. Ello explica que el Estado, aun siendo neutral, tenga el deber de cooperar para facilitar el disfrute de la libertad religiosa por los ciudadanos, pero sin que de ello se deduzca que los ciudadanos tengan un derecho subjetivo de rango constitucional a que el Estado adorne los espacios públicos con símbolos para su mejor disfrute de la libertad religiosa, sino que ello pertenece a las denominadas políticas de derechos fundamentales, decididas por las mayorías parlamentarias y gubernativas.

Si se tiene en cuenta que el crucifijo solo tiene parcialmente carácter religioso, la variabilidad del tiempo de exposición ante el mismo, así como las diferentes edades de las personas que tienen que verse confrontadas con él —que puede influir en la neutralización de su significado religioso—, resulta que la colocación de crucifijos por el Estado en espacios públicos sí podría implicar en algunos casos una coacción en la libre formación de la conciencia y de las creencias (libertad religiosa negativa) a la que tienen derecho los ciudadanos, aunque dicha injerencia deba ser mínimamente demostrada. Precisamente esta falta de hincapié en de-

mostrar la injerencia en la libertad religiosa negativa de los jóvenes alumnos confrontados con el crucifijo, más que la injerencia en los derechos educativos de los padres o la vulneración de la neutralidad religiosa (pasiva) del Estado en materia religiosa (laicidad), explica, en mi opinión, que el TEDH revocase en la STE-DH Gran Sala, *Lautsi contra Italia*, de 18 de marzo de 2011, la decisión tomada por la Sala en el mismo caso en 2009. En efecto, la recurrente Sra. Lautsi se obstinó en tratar la cuestión como un problema de derecho objetivo: laicidad del Estado y confusión de funciones, no como un problema de afectación o vulneración de los derechos subjetivos, y se centró demasiado en sus derechos como madre a elegir la formación religiosa y moral para sus hijas acorde con sus convicciones (art. 1 Protocolo n.º 2 al CEDH y art. 27.3 CE), no acreditando suficientemente que la presencia del crucifijo en las aulas implicaba una injerencia en la libertad religiosa negativa y en el derecho a la educación para el libre desarrollo de la personalidad de estas (unas niñas de 11 y 13 años de edad cuando acontecieron los hechos). El TEDH deja cerrado el camino del derecho objetivo como vía para impugnar la vulneración del principio de neutralidad religiosa del Estado por colocación de crucifijos en espacios públicos, pero creo que aún permanece abierta la posibilidad de que, si se prueba la efectiva injerencia de la presencia del crucifijo en la libertad religiosa negativa del ciudadano, se reduzca el margen de apreciación del Estado en la configuración de su neutralidad religiosa activa y se pueda prohibir su colocación en ciertos contextos y frente a ciertas personas. En el caso de nuestro país hay que tener en cuenta, además, que la Constitución, de manera explícita, contiene un derecho a no declarar las propias creencias como una concreción de la garantía de la libertad religiosa negativa (art. 16.2 CE).

Pretender, como hizo la Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 14 de diciembre de 2009, que el crucifijo solo debe ser retirado de las aulas públicas cuando lo pidan los padres afectados, implica no tener en cuenta que esos padres van a tener que revelar las creencias propias o de su hijo (o su no-creencia) para justificar por qué se ven afectados en su libertad religiosa negativa, lo que no creo que sea compatible con esta última garantía constitucional.

### **3.- Velo islámico en los espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales**

#### *a) Nuevas y viejas prohibiciones de uso del velo islámico en los espacios públicos*

La sicosis que el terrorismo islamista ha desatado en las sociedades occidentales tras los atentados del 11-S, 11-M y 7-J, y en parte también –en el caso particular de España–, la reciente percepción social de choque cultural entre la cultura islámica y la cultura de raíces judío-cristianas mayoritaria, como consecuencia del espectacular incremento de la población inmigrante durante la primera década del siglo XXI, ha conducido al rechazo social y a los intentos de prohibición del uso de una pluralidad de prendas femeninas que se presentan bajo el topos genérico de velo islámico: un velo islámico integral, como el *Burqa* o el *Niqab*, que deja cubierto el rostro y hace irreconocible a la persona, pero también un velo islámico no integral, como el *Hijab* o el *Chador*, que con distinta longitud solo cubre el cabello, el cuello y parte del tronco, dejando al descubierto el rostro.

Lo que resulta constitucionalmente problemático es la prohibición del uso libre del velo islámico, dado

que esta conducta puede ser expresión del ejercicio de sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la libertad religiosa. La prohibición de un uso coaccionado del velo islámico (integral o no integral) no es constitucionalmente problemática, puesto que la ilicitud de la coacción, unida al mandato positivo de protección de la libertad individual que pesa sobre los poderes públicos ex art. 9.2 CE, justifican plenamente las sanciones penales y administrativas que se impongan a quienes obliguen a una mujer (mayor o menor de edad) a llevar velo islámico integral.

Más allá de su tolerancia, en la mayor parte de los casos la actitud prohibitiva de algunos Estados miembros de la Unión Europea frente al velo islámico se puede reducir a dos modelos. En efecto, en algunos Estados europeos, como Bélgica o Francia, se ha pasado de la prohibición parcial del velo islámico (integral o no) en ciertos espacios públicos como el escolar (art. 141-5-1 del Código francés de la educación, tras su modificación por la Ley 2004-228, de 15 de marzo) a la prohibición general del velo islámico integral en todas las vías y espacios públicos. Dicha prohibición se articula mediante leyes penales que castigan con pena-multa y cursos cívicos obligatorios (Ley francesa 1192-2010 de prohibición de ocultación del rostro en espacios públicos, de 11 de octubre) o incluso con privación de libertad para quienes porten un velo integral en la vía o en los espacios públicos (Ley belga prohibitiva del uso del velo integral en espacios públicos, de 1 de junio de 2011). Aunque también ha habido diversas propuestas políticas (parlamentarias o gubernamentales) para introducir una prohibición general del velo islámico integral en Holanda, Noruega y Dinamarca, las mismas no han fructificado legislativamente.

Frente a este modelo franco-belga, otros Estados europeos, como Alemania, Reino Unido o Italia, no han

adoptado legislativamente prohibiciones del velo islámico (integral o no). Su uso se prohíbe, en su caso, parcial e indirectamente a través de obligaciones legales de identificación, para el caso de un contacto ocasional con el poder público en espacios en los que las relaciones de sujeción general permiten a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado la identificación de las personas por razones de seguridad pública, investigación del delito, etc., o parcial y directamente como consecuencia de prohibiciones sectoriales de llevar símbolos o vestimentas de carácter religioso, circunscritas a ciertos espacios públicos afectos o sometidos a una relación de sujeción especial, como centros escolares, edificios administrativos, hospitales públicos, Salas de Justicia, etc., en los que el interés o servicio público justifican esa restricción de la libertad religiosa.

En España, ni la vigente Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (LOLR), ni ninguna otra disposición legal, han previsto hasta el momento explícitamente una prohibición general del velo islámico (integral o no) en los espacios públicos. Y para solucionar muchos de los conflictos surgidos a raíz del incremento de la población inmigrante existente en nuestro país y, consiguientemente, de la pluralidad religiosa y cultural que genera la inmigración, se ha echado mano del acervo legal existente para deducir interpretativamente de los diversos textos legales y reglamentarios sectoriales, sobre todo en materia educativa, prohibiciones implícitas del uso del velo islámico en ciertas relaciones sociales y en ciertos espacios públicos. Así, por ejemplo, en el ámbito educativo, el Instituto Público de enseñanza secundaria de Pozuelo de Alarcón, en aplicación del art. 32.4 c) de su Reglamento de Régimen Interno, dispone que «los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros. En el interior

del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza», por lo que no permitió a una niña musulmana asistir a clase con un Hijab, prohibición que ha sido avalada en 2012 por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid.

En el ámbito judicial, el 23 de septiembre de 2009 el juez Javier Gómez Bermúdez solicitó que se ausentase de su Sala de la Audiencia Nacional una testigo que se negó a declarar sin el Burqa, con base en la imposibilidad de valorar la veracidad de su testimonio. El 29 de octubre de ese mismo año, en un asunto cuya decisión contrasta con la dictada por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 27 de junio de 2006 en un supuesto similar, la abogada Zoubida Barik Edidi, de origen marroquí y nacionalidad española, estando en los estrados de una Sala de vistas de la Audiencia Nacional revestida con toga y con un Hijab, fue expulsada por el mismo juez al negarse a quitarse el velo islámico, con base en una polémica interpretación del art. 37.1 del Estatuto de la Abogacía y del art. 33 del Reglamento de Honores, Tratamiento y Protocolo en los Actos judiciales solemnes. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestimó el recurso de la abogada sin entrar en el fondo del asunto, al considerar que el acto del juez Bermúdez era un acto jurisdiccional (del orden penal) y no un acto administrativo, por lo que debería haberse impugnado por los cauces jurisdiccionales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de 2 de noviembre de 2010, F. J. 7.º).

En el ámbito administrativo, también se deduce una prohibición de uso del velo integral implícitamente a partir de la obligación impuesta por el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula

la expedición del Pasaporte ordinario y sus características, y por el Real Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad, de que se utilicen fotografías del «rostro del solicitante, tamaño carné, en color y con fondo claro, liso y uniforme, tomada de frente, y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que impida la identificación de la persona».

Pero quizás lo que haya suscitado más polémica ha sido la aprobación por parte de diversos ayuntamientos catalanes (Lleida, Reus, Barcelona, Tarragona) de ordenanzas municipales que introducen de forma expresa, bajo multa pecuniaria, prohibiciones parciales del uso del velo islámico integral en espacios de titularidad municipal, con una finalidad preventiva desde el punto de vista de la seguridad y de la identificación de los usuarios de los servicios municipales. Sin embargo, la prohibición de la ordenanza municipal de Lleida ha sido declarada ilegal por STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de febrero de 2013.

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

Para el análisis de este problema se ha de partir de algunas de las conclusiones a las que se llegó en el análisis de la presencia de los crucifijos en los espacios públicos. De una parte, hay que tener en cuenta la distinta consideración de los símbolos religiosos según los utilicen los ciudadanos o los poderes públicos. Como ya se dijo con respecto al crucifijo, la posición de los poderes públicos y de los ciudadanos es distinta en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que por regla general los primeros no disfrutan de derechos fundamentales,

por mucho que algunos como los Consejos escolares sean órganos de participación social. Los ciudadanos, incluso quienes se encuentran en una relación de sujeción especial como titulares de un cargo o función pública (jueces, abogados, maestros, alcaldes, etc.) o como beneficiarios de un servicio público (alumnos, pacientes, etc.), disfrutan de sus derechos fundamentales también bajo esa relación, aunque de forma menos extensa, dado que los mismos son limitables más intensamente que cuando están en sus vidas privadas, en sus domicilios o en las vías públicas, es decir, en relaciones de sujeción general. De otra parte, el carácter simbólico-religioso del velo islámico depende de que se lo atribuya el individuo, no de que se lo atribuya la mayoría social ni mucho menos el Estado, porque, si dependiera de la valoración del poder público, se conferiría a este un poder para definir lo que es religioso y lo que no lo es, que conculcaría su deber de neutralidad religiosa y vulneraría la libertad religiosa del individuo.

La primera pregunta que es preciso responder, por tanto, es la relativa a si el uso del velo islámico es ejercicio de algún derecho fundamental, pues solo si lo fuera podrá responderse después a la pregunta de bajo qué condiciones es limitable. Una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a la libertad religiosa protegida por el art. 9 CEDH y al uso del pañuelo o velo islámico, y de diversos tribunales constitucionales y supremos europeos, como el alemán (BVerfGE 108, 282, 299), el Comité Judicial de la House of Lords Británica (*R (Shabina Begum) v. Head-teacher and Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15) o el Consejo de Estado Italiano (Sentencia del Consejo de Estado de 19 de junio de 2008), así lo corroboran. Entre muchas Sentencias, cabe mencionar la STEDH, de 15 de febrero de

2001 (caso *Dahlab contra Suiza*), la STEDH, de 29 de junio de 2004 (caso *Leyla Sahin contra Turquía*), y las SSTEDH, de 4 de diciembre de 2008 (caso *Kervanci contra Francia* y caso *Dogru contra Francia*), todas ellas relativas a la prohibición del uso del velo islámico en el contexto escolar; la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1978 (caso *X contra el Reino Unido*), relativa a la obligatoriedad del uso del casco y la implícita prohibición de uso del turbante *Sikh* por los motociclistas; la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1993 (caso *Karamandu contra Turquía*), o la STEDH, de 11 de enero de 2005 (caso *Phull contra Francia*), relativas respectivamente a la obligatoriedad de identificarse con la cabeza descubierta para obtener servicios administrativos como la expedición de un diploma universitario y a la obligatoriedad de descubrir la cabeza en los controles de seguridad aeroportuarios. Sintéticamente se puede decir que esta jurisprudencia considera, en principio, el uso del velo islámico en espacios públicos como una conducta amparable por el derecho a la libertad religiosa del CEDH, siempre que sea la «efectiva expresión» de las creencias religiosas de la mujer que lo porta; pero también considera que es susceptible de prohibición siempre que el Estado lo haga por ley y demuestre que era una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás, sin que al hacerlo tengan un margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas o de su forma de manifestación.

Además, en la medida en que se trata de un acto de configuración de la apariencia exterior de la propia figura humana, portar un velo islámico (una cruz cristiana, un kippa judío, etc.) también puede ser considerado

la expresión del derecho a la propia imagen. En efecto, aunque la jurisprudencia constitucional apenas se haya ocupado hasta el momento de esta faceta del objeto del derecho a la propia imagen y se haya centrado en la facultad de disponer sobre la representación gráfica de la figura humana más que en la configuración exterior (visible) de dicha figura, sí que cabe deducir, de las pocas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional se ha visto confrontado con el problema de la limitación de la apariencia exterior de la persona, que se trata de una conducta (limitable) enmarcada en la protección del derecho a la propia imagen (STC 170/1987, de 30 de octubre, y STC 84/2006, de 27 de marzo), lo cual ha sido expresamente afirmado por la jurisdicción ordinaria (STS [Sala 1.<sup>a</sup>], de 17 de septiembre de 2007, F. J. 1. 3.<sup>o</sup>).

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

var velo islámico estaría también abstractamente protegida por el derecho fundamental a la propia imagen.

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

Aunque se afirme la abstracta protección del uso del velo integral por los derechos a la libertad religiosa o a la propia imagen, el ejercicio de esos derechos no es ilimitado, sino que el mismo, como todos los derechos, está sometido a límites (STC 2/1982, de 29 de enero, F. J. 5.º). Ahora bien, ello no permite a la mayoría social decidir libremente cuándo, por qué cauce normativo y con qué finalidad impone límites a aquellos derechos con tal de que sean generales y aplicables a todo el mundo sin distinción y persigan la paz social, sino que, por imperativo constitucional, los mismos tienen que perseguir un interés general constitucionalmente legítimo, es decir, tienen que estar previstos expresamente en una norma constitucional o derivarse implícitamente de la garantía de otros derechos o bienes constitucionales (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. J. 11.º, o STC 14/2003, de 30 de enero, F. J. 9.º). En otras palabras, cuando se trata de la limitación de los derechos fundamentales, las constituciones democráticas, en particular la española, no son equidistantes respecto del conflicto entre mayoría y minoría, sino que se interponen directamente en favor de la minoría que ejerce sus derechos en el espacio público, limitando la capacidad de actuación del poder público y sometiendo su poder para limitar/delimitar esos derechos a estrictas exigencias formales –los límites deben establecerse por norma con rango de ley de forma cierta y clara– y materiales –los límites deben establecerse solo cuando sea necesario en una sociedad democrática para proteger ciertos bienes o derechos de rango constitucional, y deben aplicarse proporcionalmente–.

Por lo que refiere a las garantías de carácter formal, la principal se refiere a la exigencia de que la regulación material que limite o regule el ejercicio de un derecho fundamental de los regulados en el Capítulo 2.º del Título I de la CE, como la libertad religiosa o el derecho a la propia imagen, posea rango legal (STC 49/1999, de 5 de abril, F. J. 4.º y la STS de 14 de febrero de 2013 [sala de lo Contencioso-administrativo] F. J. 9.º). Podría pensarse que, en la medida que limitar es afectar a un elemento esencial del derecho fundamental, se requeriría que fuera una Ley Orgánica la que estableciese los supuestos en los que se puede usar el velo islámico (integral o no). Pero, incluso aunque se aceptase que la prohibición del uso del velo islámico en ciertos espacios públicos no conlleva en sí misma una limitación de los derechos del afectado, en el sentido de una reducción del haz de facultades iusfundamentales protegidas por la libertad religiosa/la propia imagen, sino únicamente una regulación de su ejercicio, es decir, la determinación del tiempo, espacio y modo en que se puede realizar la conducta iusfundamental consistente en llevar el velo islámico, que quedaría excluida solo en aquellos espacios y momentos en los que la comunicación requiere un contacto gestual y visual o la adecuada identificación de la persona para el acceso a un servicio o un edificio público, ello tendría que hacerse por ley (art. 53.1 CE) del Estado o de las comunidades autónomas (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. J. 11.º; STC 53/2002, de 27 de febrero, F. J. 12.º; y STC 133/2006, de 27 de abril, FF. JJ. 4.º-5.º). De ahí que la flexible interpretación del TEDH respecto al concepto de «Ley» limitativa de la libre manifestación de las creencias, que incluye tanto las normas aprobadas por el Parlamento como las disposiciones reglamentarias de los Gobiernos de los Estados, sea un estándar común

convencional que no alcanza el mínimo de garantía formal previsto por la Constitución y deba aplicarse esta última garantía formal más elevada.

Con base en lo anterior, hay que preguntarse por la conformidad con estas garantías constitucionales formales de las disposiciones reglamentarias municipales que prohíben el acceso a edificios o instalaciones municipales portando un velo integral o de los Reglamentos de Régimen Interno de centros escolares públicos que prohíben cualquier tipo de velo o prenda que cubra la cabeza, pues los mismos podrían carecer del adecuado rango legal para limitar/regular el ejercicio de la libertad religiosa o la propia imagen.

Por lo que respecta a la cobertura legal de las ordenanzas municipales españolas prohibitivas del velo islámico integral, esta se ha pretendido ver, con carácter general, en los arts. 4.1 y 84.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), que permiten al municipio intervenir en la actividad de los ciudadanos en el ámbito de sus competencias, algunas de las cuales son, conforme al art. 25.2.a) y c) LBRL, la seguridad en lugares públicos y la protección civil; y, por lo que respecta a la tipificación de las infracciones y sanciones en caso de contravención de las prohibiciones contenidas en las ordenanzas, en los arts. 139 a 141 LBRL, conforme a los cuales,

para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

La abstracción de la legislación citada a la hora de definir los límites de las manifestaciones, de las convicciones religiosas o el derecho a la configuración exterior de la imagen, se pretendería salvar con la flexible interpretación que ha realizado la jurisprudencia constitucional del cumplimiento de la reserva de ley en el caso del desarrollo de las materias reservadas por parte de las ordenanzas municipales (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FF. JJ. 10.º y 18.º, STC 132/2001, de 8 de junio, F. J. 6.º). Sin embargo, la reciente STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de febrero de 2013, ha negado dicha cobertura legal a la ordenanza municipal de Lleida en lo que se refiere a la prohibición de acceder y permanecer en edificios e instalaciones municipales con velo islámico integral, argumentando que la cobertura de la LBRRL no es suficiente y se refiere sólo a la facultad de las autoridades locales para decidir sobre sus servicios, la convivencia en el municipio o las malas conductas y las multas correspondientes que pueden ser impuestas, pero no sobre las prohibiciones que limitan el ejercicio de un derecho fundamental, cuestión esta última que es una regulación diferente. No obstante el TS sí admite la cobertura legal en lo que se refiere a la obligación de quitarse el velo islámico integral para acceder a los servicios de transporte municipal.

En mi opinión, las prohibiciones previstas en estas ordenanzas municipales tendrían suficiente cobertura legal en la LBRRL siempre que se interpreten de forma constitucionalmente adecuada. Dado que su función es concretar los límites legalmente establecidos sobre los derechos fundamentales de los habitantes del municipio que porten ciertas vestimentas con el fin de tutelar bienes o valores de rango constitucional, como el correcto funcionamiento de los servicios

municipales, dichas concreciones reglamentarias deben tener una conexión racional con las finalidades constitucionalmente legítimas previstas en la LRBRL, e igualmente, su aplicación en el caso concreto por las autoridades municipales o por los tribunales debe estar guiada por el respeto a esta exigencia de la reserva de ley, lo que implica, por ejemplo, que no se pueda suponer automáticamente que cualquier ocultamiento del rostro supone un menoscabo para la seguridad pública o para el buen funcionamiento de los servicios municipales, y que la prohibición solo sea legítima si se refiere a los controles de identidad para el acceso a las instalaciones y servicios municipales que lo requieran pero no para la permanencia en los mismos.

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

do con la debida cobertura legal mínima en la LODE, sin que por ello quepa presumir automáticamente que toda norma reglamentaria de régimen interno es un límite absoluto por sí mismo a los derechos fundamentales de los educandos, ni que las limitaciones en ellas recogidas siempre y en todo caso persigan la finalidad constitucionalmente legítima de respetar los derechos de los demás alumnos, el adecuado funcionamiento del servicio educativo o el cumplimiento de las obligaciones escolares que incumben a los alumnos. Dado que su función solo puede ser concretar aspectos de detalle de los límites constitucional y legalmente establecidos a los derechos fundamentales de los alumnos, dichas concreciones reglamentarias deben tener una conexión racional con las finalidades constitucionalmente legítimas previstas en la LODE, e igualmente, su aplicación en el caso concreto por las autoridades educativas o por los tribunales debe estar guiada por esta exigencia de la reserva de ley, además de por el principio de proporcionalidad y por el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales limitados. Así, por ejemplo, habría que ver en cada caso concreto si determinada prenda que cubre la cabeza produce distracciones en el resto del alumnado que perjudiquen el disfrute de su derecho a la educación, no pudiendo darse por sentado apriorísticamente.

Finalmente, por lo que se refiere a la regulación legal de las limitaciones al uso del velo islámico por parte de los profesores, algo que aún no ha generado polémica judicial en nuestro país, el mandato de neutralidad ideológica y de garantía de la eficacia de la función educativa impuesto por el art. 52 de la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto básico del empleado público, y por el art. 18 LODE, da cobertura legal suficiente, en mi opinión, a las proporcionales prohibiciones del uso del velo islá-

mico por parte de los docentes en el espacio público escolar. De unos y otros preceptos legales se deducen los derechos, bienes y valores de rango constitucional que operan como límites a las libertades de los discentes y de los docentes durante el desarrollo de sus funciones, en base a los cuales cabría dictar disposiciones reglamentarias prohibitivas del velo islámico (integral o no), sobre todo en la medida en que, en nuestro contexto cultural, el velo islámico integral puede ser considerado, además de como una muestra de pérdida de neutralidad del docente, como un obstáculo para la adecuada comunicación entre alumno y profesor (Sentencia del Tribunal de Apelación de Trabajo para Inglaterra y Gales, de 30 de marzo de 2007, *Azmi v. Kirklees Metropolitan Borough Council* [2007] UKEAT 0009\_07\_3003).

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

Además de la genérica exigencia de que los límites respeten el contenido esencial del derecho fundamental, que impone el art. 53.1 CE, es decir, que no hagan irreconocible o impracticable la garantía de libertad que contiene el derecho fundamental, nuestro sistema constitucional exige que la limitación de la libertad religiosa/propia imagen persiga una finalidad constitucionalmente legítima. El art. 9 CEDH prevé como tal «la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás». Por su parte, de la CE de 1978 se desprende que las limitaciones de ambos derechos solo las puede establecer la ley para concretar la protección de otros derechos fundamentales o bienes de rango constitucional, así como, en

el caso de la libertad religiosa, para proteger el orden público (art. 16.1 CE), del que forman parte, según el art. 3 LOLR, la seguridad pública, la salud pública y la moral pública (entendida, según la STC 62/1982, de 15 de octubre, F. J. 3.º, como un mínimo ético recogido por el ordenamiento constitucional).

La supremacía del texto constitucional escrito, que proclama el art. 9.1 CE (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, F. J. 4.º), la inexistencia de un haz de valores suprapositivos sustraídos a la reforma constitucional (STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 7.º, y STC 103/2008, de 11 de septiembre, F. J. 4.º) y, sobre todo, la profusión y detalle con los que nuestra CE de 1978 recoge tanto los derechos fundamentales garantizados como sus límites y concretas técnicas de garantía, hacen incompatible con nuestro sistema constitucional apelar a la protección de un orden público inmaterial para prohibir el uso del velo islámico, como sin embargo se ha hecho en Francia (Decisión del Consejo Constitucional 2010-613, de 7 de octubre de 2010) o en Bélgica (Decisión del Tribunal Constitucional 145/2012, de 6 de diciembre de 2012), al menos si tal orden público inmaterial se refiere a «un conjunto de exigencias mínimas de la vida en sociedad» distintas de las juridificadas como límites constitucionales de los derechos implicados.

Aplicado lo anterior a las prohibiciones del uso del velo islámico, resulta que las finalidades constitucionalmente legítimas que aparecerían como posibles justificaciones de dichas prohibiciones serían: la dignidad de la mujer (vinculada al respeto de la igualdad de género), la seguridad pública, la protección de los derechos fundamentales de los demás y el correcto funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos, unas referibles al velo integral y al no integral y otras solo referibles al integral.

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

Como primera –y principal– justificación material de la prohibición general del velo islámico, en todos o algunos espacios públicos, se suele invocar que aquel es un símbolo de dominación machista, contrario a la dignidad de la persona (mujer) y a la igualdad de género, bienes que el Estado tiene ex arts. 9.2 y 10.1 CE la obligación de proteger. Sin negar que, efectivamente, el velo islámico (sobre todo el integral) pueda ser interpretado socialmente como un instrumento de aislamiento, discriminación y denigración de la mujer, las posibilidades de que la dignidad de la mujer y la igualdad de género operen como un bien constitucional delimitador de la libertad religiosa o de la propia imagen de la mujer que voluntariamente pretende portar el velo islámico integral en público son, en mi opinión, realmente reducidas.

En efecto, dejando a un lado el hecho de que en nuestro sistema constitucional la dignidad de la persona no ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental autónomo (STC 120/1990, de 27 de junio, F. J. 4.º), sino como un valor jurídico fundamental que se refleja en algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, un primer problema que aparece es que, pretender aplicar esta finalidad constitucionalmente legítima a los casos en los que la mujer lleva voluntariamente el velo presupone una construcción de la dignidad de la persona y del principio de igualdad de género, alejada de la configuración individualista que les ha dado la CE de 1978 y basada –quizás inconscientemente– en la antidemocrática idea de «todo para la mujer pero sin la mujer». Como se desprende de la STEDH, de 17 de febrero de 2005 (caso *K. A. y A. D. contra Bélgica*),

no cabe construir la dignidad humana al margen de la valoración de esa dignidad que lleva a cabo la propia persona con el libre ejercicio de sus derechos fundamentales. En otras palabras, si es o no indigno para las mujeres musulmanas llevar el velo, es a ellas a quien les compete valorarlo en el ejercicio de sus libertades fundamentales, y no a la mayoría social con su valoración cultural paternalista, salvo que se pudiese demostrar objetivamente una relación de causa-efecto entre dicho mensaje machista e indigno que se desprende del uso del velo islámico para la mujer y un concreto empeoramiento en España de las condiciones de ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de las mujeres (especialmente las musulmanas). Así pues, este es un argumento muy poderoso en contra de la pretensión del Estado de prohibir con carácter general el velo integral islámico en los espacios públicos por su carácter indigno para quienes lo portan o para el grupo al que pertenecen. La democracia constitucional española es una democracia de individuos y de los grupos en los que se integra, no una democracia de grupos que se sirven de los individuos para lograr sus fines colectivos. No en vano, tanto el art. 9.2 CE como el art. 10.1 CE se refieren a la «(...) libertad e igualdad de los *individuos* y de los *grupos* en los que se integra (...)» y a la «dignidad de *la persona*» (la cursiva es nuestra), anteponiendo a esta en singular sobre el colectivo al que se protege para proteger a la persona individual.

## **2.- La seguridad pública**

Como segunda finalidad justificativa de la prohibición del velo islámico (ahora solo del integral) en los espacios públicos aparece, sobre todo tras la psicosis

colectiva que ha desatado el terrorismo islamista del 11 de septiembre de 2001, la protección de la seguridad pública, mencionada por el art. 3 LOLR, en consonancia con el art. 9 del CEDH, como un elemento del orden público limitativo de las manifestaciones de la libertad religiosa.

Conforme a la jurisprudencia constitucional (STC 33/1982, de 8 de junio, F. J. 5.º, y STC 59/1985, de 6 de mayo, F. J. 2.º), la seguridad pública debe interpretarse en el sentido de seguridad ciudadana, es decir, en el sentido de una seguridad que redunde en el beneficio de los ciudadanos y no de abstractos e inmateriales intereses del orden público. Lo cierto es que hasta el momento no se ha podido establecer de forma racionalmente constatable una correlación causa-efecto entre que las mujeres porten el velo integral islámico y que haya un mayor riesgo de atentados terroristas u otras amenazas más leves para la seguridad pública en España. Es más, la STEDH, de 23 de febrero de 2010 (caso *Arslan y otros contra Turquía*), ha afirmado expresamente que el simple hecho de encontrarse en la vía pública un grupo de personas vestidas de una forma concreta –en este caso era un turbante, un «salvar» y una túnica negra– no constituye una amenaza para el orden público (en su versión de seguridad pública) o una coacción sobre los demás.

Es verdad que, en virtud de lo dispuesto en el art. 20 de la vigente Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana,

los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que *el conocimiento de la identidad* de las personas requeridas *fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la*

*presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (la cursiva es nuestra),

estándose, en los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y lo mismo vale para el art. 10 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre los documentos de identidad personal como el DNI y el Pasaporte, conforme al cual, con esa finalidad identificadora de la persona, preventivamente protectora de la seguridad ciudadana, los documentos de identidad se expedirán de modo que permitan la plena identificación de la persona. Pero, la posibilidad de estos controles no implica una prohibición general de cubrirse el rostro, sino únicamente la obligación de descubrirse para la identificación cuando la persona sea requerida en un control de identidad necesario para el cumplimiento de las funciones que las leyes encomiendan a los cuerpos y fuerzas de seguridad, es decir, prohibiciones parciales de uso del velo islámico integral en ciertos contextos (controles de identidad) y en ciertos espacios públicos.

Por último, en lo que se refiere a la seguridad pública derivada del tráfico de vehículos a motor, tampoco resultaría inconstitucional, dada su vinculación con la protección de la seguridad ciudadana, la prohibición sectorial de utilizar el velo islámico integral durante la conducción de un vehículo a motor, deducible del art. 11 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Seguridad Vial, que impone a los conductores la obligación de «estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos» y para ello «mantener su propia libertad de movimientos, el campo necesario de visión y la atención permanente a la conducción

(...)», capacidades que se pueden ver menoscabadas con prendas que cubren los ojos o reducen el ángulo de visión como el Burqa o el Niqab.

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

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

Por lo que se refiere a los derechos de los alumnos y al funcionamiento del servicio público de la educación, la escuela en general, y la escuela pública muy en particular, constituye un ámbito vital en el que se dan encuentro la sociedad y el Estado, por lo que forma parte de la función de la educación fomentar la presencia del pluralismo cultural e ideológico, en tanto expresión de los principios y valores constitucionales de la democracia (art. 1.1 CE) y los derechos fundamentales que constituyen los fines de la educación (art. 27.2 CE). La escuela es, pues, el ámbito de la administración pública en cuyo interior más claramente se debe manifestar el aspecto abierto y pluralista de la neutralidad activa del Estado en materia religiosa. Como consecuencia de lo anterior, una parte de la formación educativa de los alumnos consiste en que estos puedan portar símbolos

que expresen sus creencias religiosas, al igual que el que se puedan ver confrontados con los símbolos de creencias distintas a las suyas propias de los que hacen uso sus compañeros o los profesores, integrándose dicha pluralidad cultural y religiosa en el proceso educativo democrático. La finalidad justificativa de la prohibición del uso del velo islámico por parte de profesores y de alumnos ha de verse en las distorsiones en el proceso de comunicación y aprendizaje entre profesor y alumno, que se derivan de la barrera a la comunicación gestual/visual que podría suponer el velo integral de una profesora o de una alumna, o de las distracciones de la atención o el rendimiento escolar que eventualmente se pudieran derivar de una prenda o símbolo como el velo no integral. Por tanto, en contra de lo que pudiera desprenderse de una precipitada interpretación del art. 36 RD 732/1995, sobre derechos y deberes del alumnado, es el derecho a la educación de los demás alumnos, y no su libertad de conciencia o el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que reciben sus hijos, lo que debe servir para delimitar el uso de símbolos religiosos por parte de los alumnos. Ello se debe a que la necesaria pluralidad y apertura, que deben presidir la función educativa estatal, delimitan la extensión de la libertad religiosa negativa de aquellos alumnos o padres que pretenden (en contra de los fines asignados constitucional y legalmente a la educación en los centros públicos) una educación monolítica en lo cultural, lo ideológico o lo religioso. Solo así se puede entender que el art. 16.1 b) RD 732/1995, contemple, como una forma de garantizar el derecho a la libertad de conciencia de los alumnos de los centros sostenidos con fondos públicos, el «fomento de la capacidad y actitud crítica de los alumnos que les posibilite la realización de opciones de conciencia en libertad». Si tal uso de símbolos religiosos

menoscaba o no el derecho a la educación de los demás y el correcto desenvolvimiento material u organizativo de la función educativa del centro escolar es algo que debe ser determinado teniendo en cuenta en cada caso la actitud y circunstancias personales de quien lo porta, y las concretas consecuencias en la educación de los demás alumnos.

En relación con los profesores, la panorámica es parcialmente divergente. Los profesores de los centros escolares públicos se encuentran en el ámbito educativo en una relación de sujeción especial (STC 93/1984, de 16 de octubre, F. J. 3.º; STC 47/1990, de 20 de marzo, F. J. 4.º; STC 24/1999, de 8 de marzo, F. J. 4.º; y STC 132/2000, de 8 de junio, F. J. 4.º), lo que implica una posibilidad de limitación de sus derechos fundamentales por parte del legislador más intensa, precisamente por la necesidad de que se satisfaga eficazmente la función educativa que se desarrolla en ese espacio público y que involucra personalmente a docentes y discentes. En este sentido, el docente debe representar un punto de referencia común en la formación de los alumnos a su cargo, con una ascendencia tanto mayor cuanto más iniciales son los niveles del sistema educativo de los que se esté hablando. Pero ello no quiere decir que tenga que representar un punto de referencia con un único contenido o sin contenido material. Con todo el art. 52 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto básico del empleado público, dispone que,

los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: *objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público*, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promo-

ción del entorno cultural y medioambiental, y *respeto a la igualdad entre mujeres y hombres*, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes (la cursiva es nuestra).

Y por su parte, el art. 18 LODE establece respecto de los docentes de los centros escolares públicos que desempeñarán sus funciones «con sujeción a los principios constitucionales, *garantía de neutralidad ideológica* y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución», así como que la Administración educativa competente y, en todo caso, los órganos de Gobierno del centro docente «velarán por la *efectiva realización de los fines de la actividad educativa*, la mejora de la calidad de la enseñanza y el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo» (la cursiva es nuestra). Deducir de ello que el profesor tiene vedado todo uso de simbología religiosa, sería, en mi opinión, ir demasiado lejos. La apertura y pluralismo que caracteriza a la neutralidad estatal es un mandato en el ámbito escolar, pues representa la única vía para transmitir a los alumnos una formación plural y basada en el respeto a los valores y principios democráticos (art. 27.2 CE). El profesor tiene que representar un punto de referencia plural y no único, lo cual solo es concebible si él mismo es visto como una parte activa y explicativa de la pluralidad social existente, pero no si se mantiene distante y desvinculado de esa pluralidad. Solo cuando el uso del velo integral, en función de las circunstancias concretas, impida el desarrollo de la función docente en ese marco democrático abierto y pluralista estaría justificada la prohibición del velo islámico, lo que sucede en todos los casos del integral (por la falta de comunicación visual entre alumno y profesora) y en algunos casos del no integral (con alumnos muy

pequeños o con dificultades educativas o cognitivas). La libertad de conciencia del alumno o el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones sólo justificarían la prohibición frente a un uso abusivo y adoctrinador del velo por parte del docente.

De igual manera, aunque no se enmarquen en ninguna relación de sujeción especial, el uso y acceso de los ciudadanos a los edificios públicos municipales se encuentra condicionado por el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos allí prestados, expresión del ejercicio por parte de los entes locales de las competencias que la LBRL les confiere en garantía de su autonomía local (art. 137 CE), por el eficiente funcionamiento de las administraciones públicas que con carácter general prescribe el art. 103 CE, y finalmente, por su competencia para tutelar los bienes integrantes del dominio público (art. 132 CE). Todas ellas son finalidades constitucionales justificativas de las prohibiciones de acceso a edificios o servicios de titularidad municipal sin previa identificación, no así de las prohibiciones de permanencia en dichos edificios, como sin embargo han previsto las ordenanzas municipales recientemente aprobadas en distintos ayuntamientos. La identificabilidad de los usuarios de los servicios públicos municipales o del acceso a los edificios municipales, es una medida razonable para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios públicos municipales y la eficacia de la Administración municipal, por más que estemos acostumbrados a una dejación de funciones en este ámbito y a que apenas se controle quienes usan los servicios municipales sin ser población del respectivo municipio a los efectos del art. 15 LBRL, ni la identidad y las condiciones de seguridad de quienes acceden a los edificios públicos municipales. Mien-

tras que el uso de la vía pública o del espacio público abierto en general es anónimo, el uso de los edificios municipales o de los servicios públicos municipales no lo es, y ello puede justificar sectorialmente esa limitación de la libertad religiosa o del derecho a la propia imagen.

Finalmente, las prohibiciones de uso del velo islámico por parte de abogados, testigos, y quizás también en el futuro de jueces y magistrados, que se pretenden deducir de las obligaciones legales (LOPJ y diversa legislación procesal) y reglamentarias (art. 37.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Abogacía, y art. 33 del Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre, de Honores, Tratamiento y Protocolo en los Actos judiciales solemnes) y que pesan sobre aquellos, están justificadas constitucionalmente por la garantía del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 117 CE) y por la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24 CE), lo que habría que apreciar en cada caso o situación concreta. En efecto, uno y otro bien constitucional se podrían ver comprometidos por la apariencia de parcialidad ideológica o religiosa de los jueces, así como por la merma en sus capacidades cognitivas para la dirección del proceso y la emisión de una resolución que experimentarían las juezas o magistradas portadoras del velo islámico integral en la Sala. Pero también se verían comprometidos por la merma en la capacidad comunicativa con el órgano jurisdiccional y con las propias partes –incluido su defendido– que experimentarían las abogadas ataviadas con un velo integral o, en fin, por la dificultad de valorar la veracidad del testimonio aportado en un procedimiento penal por una testigo ataviada con un velo islámico integral, lo que además comprometería el derecho a la presunción de inocencia del acusado, que implica el

derecho a no ser condenado sin suficientes pruebas de cargo, y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del inculpado o de la acusación privada. De ahí que en una relación de sujeción especial, como la que se entabla con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional o de la colaboración con la Administración de Justicia, los participantes en la misma puedan ver limitada temporalmente de forma más intensa una de las facultades que forman parte de su libertad religiosa/derecho a la propia imagen, sin perjuicio, eso sí, de que los órganos jurisdiccionales o administrativos que deduzcan esa prohibición limitativa de las libertades constitucionales de quienes ejercen o colaboran con la función jurisdiccional, la deban aplicar respetando el principio de proporcionalidad.

## Bibliografía

ALÁEZ CORRAL, B., «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 67, 2003.

— «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2011.

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

ARECES PIÑOL, M. T., «La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013.

BARRERO ORTEGA, A., «El vía crucis judicial de unos padres quisquillosos», en Miguel Revenga y otros (coords.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, CEPyC, 2011.

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

BÖCKENFÖRDE, E. W., «“Kopftuchstreit” auf den richtigen Weg?», *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 723, 2001.

BONCOMPAGNI, A., «Il velo islamico di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo tra laicità e pluralismo», *Rivista di studi politici internazionali*, n.º 293, 2007.

CAÑAMARES ARRIBA, S., «Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010.

— «El empleo de simbología religiosa en España», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n.º 11, 2006.

COLAIANNI, N., «Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010.

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

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

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

ELOSEGUI ITXASO, M. (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2012.

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

FRAILE ORTIZ, M., «The islamic headscarf: does the context matter?», *InDret*, n.º 3, 2008.

GROMITSARIS, A., «Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 121, 1996.

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

HUNTINGTON, Samuel P., «The clash of civilizations?», *Foreign Affairs*, vol. 72, 1993.

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

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

LÓPEZ CASTILLO, A., «Acerca del derecho a la libertad religiosa», *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 56, 1999.

LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986 (3.<sup>a</sup> edición).

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y Religión*, n.º 4, 2009.

MCGOLDRICK, D., «Religion in the European Public Square and in European Public Life. Crucifixes in the Classroom?», *Human Rights Law Review*, n.º 3, 2011.

MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M., «Reflexiones jurídicas entorno a los símbolos religiosos», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010.

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

MOUALHI DJAOUIDA, «Mujeres musulmanas: estereotipos occidentales versus realidad social», *Papers*, n.º 60, 2000.

MÜCKL, S., «Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse - Kopftuchverbot für Lehrerinnen?», *Der Staat*, n.º 1, 2001.

— «Crucifijos en las aulas: ¿lesión a los derechos fundamentales?», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 23, 2010.

NARANJO DE LA CRUZ, R., «Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)», *Revista de Derecho político*, n.º 86, 2013.

OFFE, C., «Homogeneity and constitutional democracy: copying with identity conflicts through group rights», *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n.º 2, 1998.

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

POLO SABAU, J. R., «Libertad de creencias y orden público en la Constitución española: claves de interpretación», *Foro*, vol. 15, n.º 2, Nueva época, 2012.

PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup>, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

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

REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional del hijab», *Revista General de Derecho constitucional*, n.º 10, 2010.

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

RUIZ MIGUEL, A., «Para una interpretación laica de la Constitución», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 18, 2008.

RUIZ RUIZ, J. J., «La prohibición del velo islámico en la escuela pública: la perspectiva de la igualdad de género», *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 92, 2011.

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

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

SIMON YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi», *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 43, 2012.

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