

LA PROHIBICIÓN DEL VELO ISLÁMICO EN LA ENSEÑANZA PÚBLICA: LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE GÉNERO (*)

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL VELO Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS VALORES DE IGUALDAD Y LIBERTAD APLICADOS A LA ENSEÑANZA.—III. EL VELO ISLÁMICO Y SU INTERPRETACIÓN COMO PRENDA *IN RE IPSA* CONTRARIA A LA IGUALDAD DE GÉNERO.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVES ANOTACIONES SOBRE LOS LÍMITES DEL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL APLICABLES AL VELO EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La llamada cuestión del velo —término que por cierto se está imponiendo frente al significado que ha venido teniendo de una prenda hoy en desuso (1), y que por precisión terminológica haría más aconsejable usar el término chador o pañuelo islámico, que designa el velo musulmán—, está haciendo que la libertad religiosa esté perdiendo el carácter de un derecho fundamental *pacificado* para pasar a situarse entre los más conflictivos, especialmente en Europa (2).

(*) Este trabajo es resultado del proyecto de investigación I+D+i DER2010-20707 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y que lleva por título «Alianza de Civilizaciones y derechos de la diversidad cultural».

(1) El diccionario de la RAE en efecto lo define como «prenda del traje femenino de calle, hecha de tul, gasa u otra tela delgada de seda o algodón, y con la cual solían cubrirse las mujeres la cabeza, el cuello y a veces el rostro».

(2) *Vid.* GRIMM (2009): 2369.

Ciertamente una explicación a los conflictos que el velo está suscitando en Europa se encuentra en las masivas oleadas de inmigración procedente de países musulmanes. Durante años, al menos desde un punto de vista jurídico, la limitación por los poderes públicos del uso del velo parecía estar reservada a los países en los que la admisión del velo en la escuela chocaba con el principio constitucional de laicidad y el carácter militante de sus democracias. Francia y Turquía se podrían considerar a estos efectos la referencia del modelo abolicionista del velo. En el otro extremo, frente a los modelos de inspiración republicana como el francés, el modelo liberal por excelencia ha estado representado por el británico. En medio de ambos se situaba un conjunto de países de laicidad débil o activa entre los que cabe encuadrar a España (3). En ninguno de ellos figura por el momento una prohibición expresa en normas legislativas sobre el uso del velo por los alumnos, por lo que los conflictos que se habían venido planteando por lo general se habían resuelto en sede jurisdiccional a favor del uso del velo en las aulas. Así pues, en la labor de determinar si la libertad religiosa encuentra un límite constitucional implícito en la neutralidad del Estado, los sistemas de *laicidad débil* en su mayoría habrían declarado su compatibilidad. En cuanto a los límites explícitos, la mayoría de sistemas constitucionales europeos imponen el orden público como única cláusula expresa, validante de una restricción de los poderes públicos al ejercicio de la libertad religiosa. Los límites implícitos en cambio se han de seguir identificando con la ponderación con otros derechos y los principios estructurales democráticos esencialmente.

La situación apenas descrita empieza a invertirse a partir de un debate social cada vez más intenso en la medida que también más intensa era la exigencia de algunas estudiantes de usar vestimentas por decir así ocultadoras de su cuerpo. El ejemplo más claro es el del Reino Unido, país que debe gran parte del debate sobre la vestimenta islámica al uso de otras prendas como el *niqâb* (un velo facial que sólo deja al descubierto los ojos) (4). Sea como fuere, tanto el debate en Francia como en el Reino Unido sobre la conveniencia de regular —y limitar— el uso de prendas de carácter islámico marcan un punto de inflexión para el resto de países europeos en los que la cuestión se encuentra en su mayoría ausente de regulación legislativa. Aun así, las soluciones adoptadas en países de nuestro entorno distan mucho de ser homogéneas (5). Conviene dejar apuntado además que la «irrupción» de otras prendas en la vestimenta femenina, como el

(3) Para una visión general de la cuestión del velo en la escuela en España, *vid.* ALENDA SALINAS (2005).

(4) *Vid.* MALIK (2008): 128.

(5) Para un reciente análisis comparado *vid.* BRIONES MARTÍNEZ (2009), quien adopta un enfoque descriptivo, pero crítico con el multiculturalismo, poniendo el acento en el riesgo de un

burqa o el propio *niqâb* (6), no debería a mi juicio inclinar al legislador o a las resoluciones jurisdiccionales a avalar prohibiciones basadas en razonamientos *slippery-slope* (en pendiente), como parece haber sido el caso de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso *Şahin* (7).

En el ámbito educativo debe además introducirse una importante precisión: mientras que la posición iusfundamental de los profesores es de superioridad y de neutralidad, la de los alumnos reviste caracteres distintos, ya que en el ámbito educativo sus creencias y la libertad de profesar una religión es una esfera que ha de ser inmune a quien ostenta esa posición de superioridad. Reflejo de esta distinta posición iusfundamental es que en determinados países (Alemania, Holanda, Suiza) se haya introducido una prohibición general del uso del velo en la indumentaria de los profesores, mientras que las alumnas tienen reconocida la libertad de llevarlo. Si la posición iusfundamental del enseñante parece plantear menos dudas a la hora de imponer una limitación proporcional a otros derechos y principios, no sucede lo mismo en el caso de las alumnas con velo, sustancialmente porque los derechos y principios en juego no son estrictamente los mismos que se tienen en cuenta en el caso de las profesoras.

En España, donde no existe ni prohibición ni limitación expresa de la prenda con carácter general, las restricciones al uso del velo en la escuela han generado situaciones de conflicto sólo en el caso de estudiantes de centros públicos, mientras que no se ha producido ninguno hasta donde se me alcanza en el caso de docentes. En todos los casos se pretende hacer valer el uso del velo como manifestación externa del ejercicio de la libertad religiosa frente al derecho de

ejercicio abusivo del derecho a la libertad religiosa que en ciertos casos puede tener el cubrirse con velo, pág. 23 y para un estudio más extenso, *vid.* MOTILLA (2009).

(6) La constitucionalidad de la prohibición del *niqab* en la enseñanza pública ha sido incluso avalada por países que tienen la *sharia* como fuente del Derecho como Egipto en el caso *Ali Wassil c. Ministro de Educación*, sentencia en la que partiendo de que los preceptos de El Corán sobre la modestia femenina están sujetos a adaptación al tiempo de la sociedad en que se aplique, remarca que el vestido de la mujer debe ser un signo de su piedad, pero no debe impedirle de tomar toda la parte que le corresponde en la marcha de la sociedad, concluyendo que debe encontrarse un justo medio entre no mostrar la belleza de la mujer y no impedir su despertar y su participación en las actividades que exijan sus necesidades y el bien de la sociedad. El Tribunal precisa que la única parte que no debe estar al descubierto es el pecho y su parte superior. Diario oficial de Egipto, núm. 212 de 30 de mayo de 1996, págs. 1026–1041. Un breve comentario a esta sentencia de donde tomo la cita puede verse en CORREA (2006): 259-260.

(7) La posibilidad de que la Sentencia *Şahin* se funde en un razonamiento *slippery-slope* es apuntada por Borovali, quien afirma que aunque el razonamiento no se encuentra de manera expresa en la Sentencia, parece estar presente al aceptar —o no rebatir— la defensa que del mismo hacía el Gobierno turco. *Vid.* BOROVALI (2009): 2595.

autonomía del que son titulares los centros públicos para establecer normas de orden y disciplina (8).

Un derecho fundamental puede ser válidamente restringido si existe una justificación constitucional para ello. En el caso de la Constitución española (en adelante, CE), es ella misma la que impone el límite del orden público al derecho de libertad religiosa (art. 16.1). A su vez los derechos fundamentales se limitan unos a otros recíprocamente y lo mismo cabe decir de otros bienes, principios y valores protegidos constitucionalmente. Existen, sin embargo, casos en los que la restricción a un derecho fundamental puede provocar una lesión directa o indirecta de otro derecho fundamental. Ello sucede especialmente cuando la restricción del derecho fundamental puede encerrar una discriminación negativa. En el caso español y tratándose del velo musulmán, la discriminación puede además tener un carácter múltiple, al afectar a personas de una minoría cultural que son mujeres.

Frente a este enfoque multiculturalista que trata de preservar a la mujer de un trato desventajoso respecto a las que pertenecen a la cultura mayoritaria, cabe oponer una interpretación distinta de la igualdad y no discriminación de la mujer no como «límite a los límites» del derecho fundamental, sino como límite impuesto al ejercicio de la libertad religiosa por un bien constitucional que merece la acción tuteladora del Estado. Configurada de este modo la igualdad y no discriminación, no se puede definir entonces como un derecho al faltar la nota de la alteridad, sino que se trata de un valor objetivo del ordenamiento externo al propio derecho. En este sentido, si se estima que el velo islámico en las estudiantes es el producto de la discriminación de un grupo cultural atentatoria contra la igual dignidad de la mujer que lo lleva, cabe presuponer que el derecho está siendo ejercido en contra de su propio interés. Aceptar esta afirmación no está empero exento de dificultades. Entre éstas pueden señalarse la de que el ejercicio de la mayoría de derechos fundamentales al menos en nuestro ordenamiento no está ordenada a ningún fin con la salvedad, relevante, del derecho a la educación. Asimismo, parece ponerse de manifiesto que el ejercicio multicultural de los derechos puede revelarse como perjudicial para

(8) En relación con la sujeción de los alumnos a las normas de convivencia y de régimen interno en centros de enseñanza en nuestro país, *vid.* ALÁEZ CORRAL (2003); subrayando la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de los alumnos si se respetan los «límites de los límites» establecidos por nuestro legislador orgánico, entre ellos el respeto al libre desarrollo de la personalidad y la formación en principios democráticos de convivencia y, si se trata de un centro privado, la proporcionalidad del régimen interno respecto a la finalidad de dicho ideario, de donde se seguiría que en los centros públicos o concertados el uso del velo debe ser permitido en principio, págs. 114 y 115.

las mujeres (9). De igual modo, surgen importantes interrogantes en torno a si aun aceptando un «mal ejercicio» de su derecho amparado por la libertad religiosa, deba carecer de relevancia el consentimiento de quien voluntariamente acepta cubrirse con el velo aunque padezca su dignidad, contrariando así el principio de *volenti non fit iniuria* (10).

Nuestro propósito aquí es ofrecer un breve examen de la doctrina emanada en distintas jurisdicciones europeas sobre el velo islámico en la educación pública, señaladamente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y analizar si su prohibición puede tener alguna cabida en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente vinculándolo a la invocación del principio de igualdad y no discriminación por razones de género (art. 14 CE).

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL VELO Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS VALORES DE IGUALDAD Y LIBERTAD APLICADOS A LA ENSEÑANZA

La primera vez que una Sentencia de Estrasburgo se ocupaba del fondo del asunto del velo en una estudiante fue en el caso *Şahin* (11), si bien no era la primera sentencia sobre la cuestión del velo en la escuela pública, ya que con anterioridad el Tribunal hubo de pronunciarse sobre el uso del velo en los centros de enseñanza con motivo del caso *Dahlab* (12), en el que una profesora impartía sus clases a niños portando el velo en Suiza (13).

El uso del velo en alumnas de los centros de enseñanza públicos está amparado por el artículo 9 del CEDH que protege la libertad de profesar una religión y sólo puede ser limitado si contraviene el orden o seguridad públicos o se causa una lesión en el derecho de los demás o en otros bienes y valores protegidos por el Convenio. Es patente que en el ámbito escolar y de la enseñanza son las lesiones al derecho de los demás las que pueden alterar el ambiente de convivencia pacífico y de tolerancia que es necesario preservar para el ejercicio del derecho

(9) Reproduciendo el título del conocido ensayo de Okin. Susan MOLLER OKIN (1999). En este sentido además véase el trabajo de Antonella BESUSSI (2004), para quien «el reconocimiento de libertades a las comunidades culturales garantiza en muchos casos control de los hombres sobre las mujeres incompatible con cualquier posibilidad de un libre gobierno de sí por parte de ellas», pág. 441.

(10) GIANLUIGI PALOMBELLA (2004): 390.

(11) Para un comentario crítico *in extenso*, *vid.* RELAÑO PASTOR y GARAY (2006).

(12) *Dahlab c. Suiza*, núm. 42393/98 (15 de febrero de 2001).

(13) Un repaso a todas las sentencias del TEDH sobre la cuestión del velo, en RORIVE (2009): 2669-2698.

a la educación. A este fin estaría ordenado el principio de laicidad turca, que impone al Estado un deber de neutralidad e imparcialidad pero al mismo tiempo un deber de asegurar que los distintos grupos religiosos se toleran entre sí. Sin embargo, la laicidad no resulta en sí incompatible con el uso del velo en el ámbito escolar como el propio Tribunal europeo ha reconocido, ni puede erigirse en una justificación válida para limitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. La legitimidad de la limitación a la manifestación de las creencias ha de provenir de la proporcionalidad de la misma, para lo cual es necesario examinar si el fin perseguido es legítimo y si la medida es necesaria para una sociedad democrática sin que sea desproporcionada. Estos tres criterios configuran el llamado test de proporcionalidad.

En la medida que el fin perseguido por la prohibición del velo sea la protección del derecho de los demás puede entenderse como justificada. Pero exigiría en buena razón probar o demostrar que del uso del velo se sigue una lesión para los derechos de los demás. En este punto los jueces de Estrasburgo parecen renunciar a examinar si el uso del velo en las clases a las que asistía la universitaria turca produjo alguna lesión al derecho de los demás estudiantes ya que remite a la apreciación de las autoridades nacionales determinar si el velo conlleva un riesgo de lesión a los derechos de los demás. Éste es uno de los aspectos más criticados de la doctrina contenida en *Şahin*. Al renunciar a determinar si de las circunstancias concretas se ha podido derivar una lesión al derecho de los demás, el test de proporcionalidad queda reducido a una mera ponderación entre principios en abstracto, sin aportar nada más que justifique que se ha llevado a cabo un verdadero control sobre el margen de apreciación estatal en el caso concreto y que demuestre que haya podido existir presión, proselitismo o transgresión del orden público (14). En un sentido muy parecido se expresa el voto particular de la jueza Tulkens formulado en la sentencia *Şahin*.

Así pues, en cierto modo el Tribunal habría llevado a cabo una aplicación preventiva de la lesividad acreditando la existencia de un riesgo para el derecho de los demás derivado del uso de velo en las clases. A tal conclusión cabe llegar, en efecto, si se tienen en cuenta las afirmaciones que, reiterando la doctrina asentada en *Dahlab*, realiza el Tribunal en torno al carácter de potente manifestación de la religión que conlleva cubrirse con el velo islámico. Ello supone adoptar como parámetro el del riesgo que para la libertad negativa de los demás

(14) Así, *inter alia*, Bleiberg considera que la decisión en *Şahin* de justificar la prohibición del velo «se razonó de modo incorrecto». *Vid.* BLEIBERG (2005): 131.

puede tener el velo al poder ser percibido como acto de presión o de proselitismo (15).

Sin embargo, no creemos, en contra de lo que se ha apuntado, que en la sentencia *Şahin* el Tribunal pretenda fundamentar exclusivamente su decisión en la existencia de una lesión al derecho de los demás.

La corte de Estrasburgo es cierto que en *Şahin*, concreta el fin legítimo de la medida en la protección del derecho de los demás, pero aporta otros argumentos que tienen más que ver con el carácter objetivo que tienen los derechos en un ordenamiento democrático que con su efectiva lesión. Al respecto, los magistrados cuestionan la compatibilidad de determinadas obligaciones religiosas con el carácter instrumental que corresponde al derecho a la educación en una sociedad democrática e igualitaria. Desde esta perspectiva, que tiene en cuenta la naturaleza y función del derecho a la educación en una sociedad democrática, pierden peso en mi opinión las críticas que ha recibido esta sentencia por la deficiente o nula demostración de una lesión efectiva al derecho de los demás por asistir a clase con velo. En efecto, el Tribunal no vincula la legitimidad de la prohibición a la producción de una lesión efectiva a los derechos de los demás, sino que justifica la medida por estimar que el atuendo musulmán resulta contrario a los valores democráticos, en especial al principio de igualdad entre hombres y mujeres. Tal principio cobra especial relevancia si se trata además de un ámbito como el educativo, en el que el valor de la igualdad debe presidir la transmisión de valores que comporta el derecho a la educación. Entre los valores en los que se ha de educar ocupa en efecto un lugar destacado la igualdad entre hombres y mujeres. El derecho a la educación desde esta perspectiva tiene su contraparte en el deber del Estado de educar en principios y valores democráticos, entre ellos la igualdad de mujeres y hombres. En esta clave interpretativa debe entenderse el pronunciamiento que realiza el Tribunal recordando su doctrina establecida en *Dahlab*, afirmando que «parece difícil reconciliar el uso de un velo islámico con el *mensaje* de tolerancia, respeto de los demás y, por encima de todo, con el principio de igualdad y no discriminación que todos los profesores deben transmitir a sus alumnos en una sociedad democrática» (16).

La conciliación del velo con la igualdad de sexos aparece también en la decisión de la jurisdicción constitucional turca que declaraba inconstitucional la disposición legal que permitía el uso del velo en los establecimientos educativos

(15) En *Dahlab*, el Tribunal protege la libertad negativa de padres y alumnos haciendo derivar de ella un derecho de menores y padres a que se les garantice que la escuela es un espacio «libre a la exposición de influencias religiosas no deseadas». *Vid.* PEDAIN (2004): 537.

(16) *Vid.* *Dahlab c. Suiza*, núm. 42393/98 (15 de febrero de 2001), párr. 13 y *Şahin c. Turquía*, párr. 111.

y que los magistrados de Estrasburgo estiman legítima (17). En dicha sentencia el Tribunal turco afirmaba que la norma legal que permitía el uso del velo no resulta conciliable con el principio de igualdad de sexos, que se desprende, entre otros, de los valores republicanos y revolucionarios establecidos en el preámbulo y en el artículo 174 de la Constitución. Más concluyente aún se muestra la Gran Cámara en el asunto *Şahin* cuando entra a enjuiciar la Sentencia de Sala, que confirma poniendo el énfasis en el carácter protector que tiene la interdicción del velo tanto para la igualdad de las mujeres como valor esencial de la democracia turca así como para la minoría —musulmana o no— que no observa el precepto coránico de cubrirse la cabeza. Reproduciendo el contenido de la sentencia de Sala el Tribunal expone en efecto que «la Corte hace notar que el sistema constitucional turco pone el acento sobre la protección de los derechos de las mujeres. La igualdad entre sexos, reconocida por el Tribunal Europeo como uno de los principios esenciales subyacentes al Convenio y objetivo de los Estados miembros del Consejo de Europa igualmente ha sido considerado por el Tribunal Constitucional turco como un principio implícitamente contenido en los valores inspiradores de la Constitución» (18).

Aun admitiendo el Tribunal que es el principio de laicidad el que proporciona legitimidad a la prohibición del velo en la Universidad, su validez como fin legítimo no es determinada de manera aislada, sino sólo en la medida en que sirve para proteger la igualdad de hombres y mujeres. El carácter instrumental de la laicidad en el ámbito educativo aparece así como elemento esencial en el test de proporcionalidad por cuanto está ordenado a satisfacer las exigencias de la igualdad de género. La sentencia recoge así la relevancia que tiene el espacio educativo como ámbito sujeto a la intervención pública en el que recae sobre el Estado el deber de promoción y transmisión de valores democráticos dentro de los cuales la igualdad de las mujeres respecto a los hombres ocupa un lugar central. Al respecto señala el Tribunal que «visto el contexto descrito [...], es el principio de laicidad tal como lo interpreta el Tribunal Constitucional la consideración primordial que ha motivado la interdicción de llevar símbolos religiosos en las universidades. En un contexto como éste, donde los valores del pluralismo, del respeto al derecho de los demás y, en particular, de la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, *son enseñados y aplicados en la práctica*, puede entenderse que las autoridades competentes hayan querido preservar el carácter laico de su establecimiento y así estimar como *contrario a estos valores*

(17) Sentencia de 7 de marzo de 1989. El precepto declarado inconstitucional era el artículo 17 provisional de la Ley 2547.

(18) *Şahin c. Turquía*, párr. 115.

aceptar llevar vestidos religiosos, incluido como en este caso el pañuelo islámico» (19) (cursivas mías).

Ahora bien, en el párrafo de la sentencia apenas transcrito el Tribunal hace uso de la doctrina del margen de apreciación estatal. Ello quiere decir que no existiendo un consenso a nivel europeo sobre la necesidad de prohibir el velo a las estudiantes, declara aceptable y razonable la interpretación de las autoridades turcas, especialmente en cuanto al significado de la laicidad como principio garante de la transmisión de valores democráticos en la educación, y entre ellos, la igualdad. Es cierto que el especial contexto turco es también tenido en cuenta por el Tribunal al referirse a la instrumentalización que desde el extremismo político podría hacerse del uso de la prenda como modo de hostigamiento o de presión hacia quienes no comparten la idea de una islamización política. Sin embargo, el razonamiento de la sentencia no consiste en dejar a la apreciación de las autoridades turcas si el velo puede ser contrario en sí mismo a la igualdad entre hombres y mujeres, sino en afirmar rotundamente tal carácter discriminatorio de la prenda. El valor discriminatorio del velo no sería de este modo objetable ni estaría comprendido dentro de ese margen dejado a las autoridades nacionales (20). En virtud de ello, no puede decirse que el Tribunal practique la autocontención o *self-restraint* en beneficio del margen de apreciación estatal, sino que más bien lo que consigue es anularlo. En efecto, según parece y a ojos del Tribunal, los valores que el velo transmite no proceden de la percepción de sus receptores sino que derivan de su mismo significado como prenda islámica: el velo transmite una serie de valores porque son atribuibles a la prenda en sí o

(19) *Şahin c. Turquía*, párr. 116.

(20) Por ello cabría plantearse si un hipotético levantamiento de la prohibición llevaría al TEDH a declararlo contrario a los valores del Convenio en el supuesto de una demanda fundada en una invasión de la libertad negativa a no sentirse presionada por el uso del velo. En febrero de 2008 el partido en el Gobierno del Primer Ministro Erdogan, apoyó con sus votos en el Parlamento una ley de reforma constitucional que, aunque no mencionaba de manera expresa el *hijab*, se entiende que levantaba la prohibición al introducir en la Constitución el derecho a un trato igual por parte de las instituciones y el derecho de todos a no ser privados del derecho de acceso a la educación superior. La ley de reforma obtuvo el voto de una muy amplia mayoría (411 votos contra 103), pero finalmente fue recurrida por el partido de oposición *Partido del Pueblo Republicano*, y declarada inconstitucional el 5 de junio de 2008 por resultar contraria al secularismo del Estado, contando además con la oposición de algún magistrado que negaba la competencia del Tribunal Constitucional para ejercer un control sobre el contenido de una reforma constitucional. La propia Sentencia del Constitucional turco se apoya en los casos *Dahlab*, *Şahin* y *Refah Partisi* para fundamentar la inconstitucionalidad de la ley de reforma en motivos contrarios al orden público concretados en la presión que el velo produce en mujeres no creyentes o en musulmanas que no desean llevarlo, así como en el riesgo de politización en los campus, además de atentar contra el principio de laicidad. *Vid.* CENGİZ UZUN (2009): 268.

más bien cabría decir que son imputables al precepto religioso que lo sustenta, de donde se sigue que dicha vestimenta representa unos determinados valores con independencia de que puedan o no ser percibidos de esa manera. Creo que a ello hace referencia la sentencia cuando reconoce que la laicidad trata de armonizar la fuerte vinculación del Estado turco a los derechos de la mujer y al estilo de vida secularizado con la adhesión de la población mayoritaria a la fe islámica.

Sin embargo, el Tribunal no agotó el tratamiento del velo en el específico contexto turco sólo como símbolo religioso discriminatorio, sino que a la par de su significado «poco conforme» a la igualdad entre hombres y mujeres reconocida como valor esencial del Convenio, la sentencia lo abordó como signo de instrumentalización y confrontación política contrario al principio de libertad plasmado en el secularismo estatal (21). A este respecto no hay que olvidar lo que el Tribunal dijo en *Refah Partisi* sobre la existencia de una politización del asunto del velo y en la que el Tribunal avalaba la decisión del Tribunal Constitucional turco de ilegalizar ni más ni menos que al partido político en el Gobierno por tener un supuesto plan para instaurar la *sharía* (22). Abordado desde esta perspectiva el secularismo no sólo parece amparar la libertad de escoger creencias y de profesar una religión, sino que además garantiza el liberarse de la religión (*freedom from religion*) (23), incluyendo dentro del orden público la protección de la libertad negativa de las estudiantes musulmanas que pueden sentirse presionadas por no cubrirse con el velo. Pero también en *Refah Partisi* se hace hincapié en que la ley islámica es contraria a los principios del CEDH, y muy en particular por lo que se refiere a los derechos de la mujer, de tal modo que el programa de implantar la ley islámica no sólo resulta contrario al Convenio por atentatorio contra la libertad sino también contra la igualdad de derechos de la mujer.

Esta doctrina es la que aparece corroborada en *Şahin* en la que tanto la igualdad como la libertad fundamentan la legitimidad y proporcionalidad de la prohibición del velo invocando la laicidad como principio instrumental de tutela de ambos valores. A resultas de ello cabría entender que la prohibición de llevar velo en otro contexto en el que no exista una mayoría social ni política que pueda instrumentalizarlo como medio de presión debería hallar fundamento no en la libertad negativa de los demás a no verse sometido a presiones, sino

(21) Como apunta Guillén, el velo en el caso turco «es también, se quiera o no, el alineamiento con una corriente de pensamiento que es percibida como amenazadora para el sistema constitucional por una parte de la población». *Vid.* GUILLÉN LÓPEZ (2004): 266.

(22) *Refah Partisi y otros c. Turquía* (2003), 37 E.H.R.R.

(23) *Vid.* REBOUCHÉ (2009): 720.

en la transmisión en un ámbito como el educativo de valores discriminatorios incompatibles con el Convenio Europeo. Resulta oportuno para dilucidar esta cuestión referirse a otros Estados miembros del Consejo de Europa que, como Francia, y en un contexto muy distinto del turco, han prohibido el uso del velo para afirmar igualmente el principio de laicidad (24), que en este país adquiere tintes de una «religión de Estado» (25).

De hecho, tras el primer pronunciamiento sobre el fondo de una demanda por prohibición del velo que supuso el caso *Şahin* en 2004 (la Sala 4.^a) y en 2005 (la Gran Sala), cabía albergar dudas sobre si el TEDH avalaría la prohibición francesa del velo, puesto que en el caso de Turquía fue determinante el carácter minoritario de las estudiantes que eligen no cubrirse con el velo y cuya libertad se pretende proteger de la presión que un entorno políticamente hostil puede ejercer sobre ellas.

Francia fue demandada a raíz de la prohibición del velo en establecimientos educativos no universitarios introducida en 2004 por la ley de símbolos ostensibles (26). Mientras que en Turquía la libertad negativa que se pretende proteger es la de otras creyentes musulmanas que optan por no usar el velo, en Francia no es la presión percibida por otras creyentes musulmanas la que justifica la prohibición, sino la presión percibida por los demás estudiantes, no sólo de religión musulmana, sino de otras religiones, incluidos los no creyentes. Esto es lo que se desprende, en efecto, a tenor de lo que establece la Circular de 18 de mayo de 2004 en su primer apartado: «Preservando las escuelas, los colegios e institutos públicos, que tienen la vocación de acoger a todos los niños, sean creyentes o no creyentes y cualquiera que sean sus convicciones religiosas o filosóficas, de las presiones que pueden producirse de manifestaciones ostensibles de pertenencia religiosa, la ley garantiza la libertad de conciencia de cada uno.» La circular no se refiere, por tanto, a la presión entre creyentes musulmanas, aspecto que podría llevar a interpretar el velo como presión para hacer cumplir un precepto religioso, sino a la presión que pueden percibir los menores al convivir con la exhibición de pertenencia a determinadas religiones. No es intrascendente aquí recordar que la prohibición no se extiende al ámbito universitario, por lo que cabe traer a colación la mayor protección que para el TEDH merece la libertad negativa de los demás cuando se trata de menores, como ya expuso en *Dahlab*.

(24) Para un estudio de las previsiones de la ley de 2004 aplicando la jurisprudencia del velo recaída con anterioridad, *vid.* BOUSTEAD (2007): 167-196.

(25) *Vid.* LASAGABASTER (2004): pág. 93.

(26) Loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004. JORF n.º 65 du 17 mars 2004, pág. 5190.

Tras la entrada en vigor de dicha ley el TEDH se ha ocupado en 2009 de las primeras demandas contra Francia por la aplicación de la ley «anti velo», tras varios años de su aplicación al tener que agotarse las instancias de la jurisdicción ordinaria antes de demandar a un país. Aun así, y con la ley ya en vigor, el Tribunal había abordado ya en varias ocasiones la prohibición de usar el velo, si bien por incumplimiento de las normas de centros escolares y por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley de 2004. Los casos resueltos antes de la vigencia de la ley tienen en común la expulsión de alumnas ante su negativa de despojarse del velo en clases de educación física, incumpliendo, por tanto, las normas del centro. En la primera de ellas (caso *Dogru*) el Tribunal ya abordaba la cuestión del velo en el contexto francés desde el punto de vista general de los principios y derechos implicados en el caso y no desde la perspectiva de una efectiva lesión, lo que permitió en opinión de parte de la doctrina adelantar que la nueva regulación francesa mediante ley sería declarada conforme al Convenio ante eventuales demandas por aplicación de la misma (27). En efecto, en la sentencia *Dogru* se argumenta que «una actitud que no respeta el principio del secularismo no deberá ser necesariamente aceptada como cubierta por la libertad de manifestar la propia religión y no gozará de la protección del art. 9 del Convenio» (28). Posteriormente, en 2009 el TEDH, mediante varias sentencias de la Sala 5.^a dictadas el mismo día, el 30 de junio, resuelve otro conjunto de demandas, esta vez por actos llevados a cabo nada más entrar en vigor la ley sobre símbolos religiosos a la *rentrée* escolar del curso 2004-2005 (casos *Aktas*, *Bayrak*, *Gamaleddyn*, *Ghazal*, *J. Singh* y *R. Singh*) (29). En este grupo de sentencias el Tribunal avala la prohibición francesa recordando que llevar símbolos religiosos no es en sí atentatorio contra el principio de laicidad, pero corresponde al Estado en cuestión ejercer la mayor vigilancia para que el uso de símbolos religiosos no se convierta en un acto de ostentación, porque ello se convertiría en fuente de presión y de exclusión (párr. 2). El Tribunal insiste además en que es en el ámbito escolar donde la defensa de la laicidad parece primordial, reiterando la doctrina ya contenida en *Refah Partisi* y para el caso de Francia en *Dogru*, conforme a la cual una actitud no respetuosa del principio de laicidad no será necesariamente aceptada como parte de la libertad de manifes-

(27) *Vid.* MAZZA (2010): 312.

(28) STEDH *Dogru c. Francia*, núm. 27058/05, párr. 72.

(29) Sentencias *Tuba Aktas c. Francia* (núm. 43563/08), *Bayrak c. Francia* (núm. 14308/08), *Gamaleddyn c. Francia* (núm. 18527/08), *Ghazal c. Francia* (núm. 29134/08), *J. Singh c. Francia* (núm. 25463/08) y *R. Singh c. Francia* (núm. 27561/08), todas ellas de fecha 30 de junio de 2009.

tar la propia religión y no podrá beneficiarse en consecuencia de la protección que otorga el artículo 9 CEDH.

En las sentencias citadas contra Francia el TEDH se limita a remitir al *corpus* jurisprudencial anterior sobre la prohibición del velo para la salvaguardia de los derechos de los demás pero sin hacer mención a la compatibilidad de su uso con el principio de igualdad. Al hacerlo, el Tribunal elude explicar suficientemente por qué, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación nacional, en unas circunstancias y no en otras está justificado prohibir el velo para proteger el derecho de los demás, y por qué en cambio ante distintas situaciones y ante el diverso significado de los principios constitucionales de cada país procede extender los efectos del velo como si éstos fueran universales (30). No se explica en definitiva bajo qué circunstancias podría permitirse el uso del velo en la escuela.

A la luz de la doctrina asentada en los casos sobre el velo en Francia, para que el sacrificio del derecho satisfaga el juicio de proporcionalidad no es menester, por lo tanto, que se haya consumado una lesión al derecho de los demás, porque según esta jurisprudencia la protección al derecho de los demás no tiene en este caso un carácter reparador sino preventivo. Esta visión contrasta fuertemente con la sostenida por el Consejo de Estado francés en los años previos a la Ley de 2004, puesto que la mera prevención del proselitismo, la provocación, la propaganda o la presión no resultaban suficientes a juicio de la Alta jurisdicción para prohibir el uso del velo, sino que debía examinarse caso por caso el tipo de uso del velo en cada estudiante y sus efectos sobre la convivencia escolar. En la doctrina del *Conseil d'État* quedaba, pues, de manifiesto que el uso del velo no se opone al orden público ni al principio estructural de la laicidad, sino que debía examinarse a la luz de la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de los demás.

A los efectos que aquí importan el silencio guardado por el Tribunal en torno al significado discriminatorio del velo en las sentencias referidas a Francia no debe, según creo, tomarse como un alejamiento de anteriores pronunciamientos en torno al carácter discriminatorio que comporta el precepto religioso que lo impone y la legitimidad de su prohibición en el ámbito de una educación en los valores del Convenio. La principal razón es que dentro del contenido de la laicidad francesa debe entenderse comprendida la lucha contra la exclusión y contra la discriminación. De hecho la ley de 2004 ha supuesto el abandono de la laicidad como protectora de los derechos de los demás para pasar a integrar dentro de su contenido la tutela de la igualdad y dignidad de la

(30) *Vid.* NIGRO (2008): 87.

mujer (31). A este carácter instrumental se refiere la circular de 18 de mayo de 2004 que desarrolla la ley francesa cuando afirma que «la laicidad no se concibe sin una lucha determinada contra todas las formas de discriminación». Asimismo la igualdad aparece en esta circular como un valor indisoluble de la finalidad a la que aparece ordenado el derecho a la educación, especialmente en lo que se refiere a la igual dignidad de los seres humanos y a la igualdad entre hombres y mujeres. Se trata en definitiva de la igualdad en sentido formal (32). El principio de laicidad vendría a mantener, por tanto, una relación de medio a fin con el principio de igualdad de género, que cobra una especial fuerza en el ámbito de la educación donde la ausencia de la ostentación religiosa debe favorecer el pluralismo. Hasta tal punto es así que la sentencia *Şahin* estima que estos dos últimos principios son interdependientes de tal modo que se refuerzan y se complementan mutuamente (33).

Aunque la no discriminación de la mujer se presente, como se acaba de ver, como objeto implícito del principio de laicidad en la educación, ello no condena al velo como prenda *in re ipsa* contraria a la igualdad de género puesto que habrá que determinar si el llevarlo puede interferir e incluso contradecir los valores en los que se educa en la edad escolar y más aún debe determinarse si su uso en clase supone no ponerlos en práctica (34).

III. EL VELO ISLÁMICO Y SU INTERPRETACIÓN COMO PRENDA *IN RE IPSA* CONTRARIA A LA IGUALDAD DE GÉNERO

Antes de abordar si se puede considerar el velo como un atuendo *in re ipsa* contrario a la igualdad de género en nuestro ordenamiento, bien sea de manera directa o indirecta, es pertinente referirse a la jurisprudencia sobre el velo en Alemania y más en concreto a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal en el caso *Ludin* en 2003 (35). El objeto del recurso fue una

(31) *Vid.* Alessandro FERRARI (2005): 216. En idéntico sentido, Florence ROCHEFORT (2004): 95.

(32) *Vid.* Nicola FIORITA (2009): 105.

(33) *Cfr.* *Şahin c. Turquía*, Sección 4.ª, párr. 104.

(34) Me apoyo en las tesis de Teitel, quien en el asunto del *hiyab* estima que el margen de apreciación nacional aplicado en la jurisprudencia sobre el velo va más allá de una mera deferencia a los estados, adquiriendo la importancia de un valor democrático *a se*. *Vid.* TEITEL (2007): 59.

(35) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, 2 BvR 1436/02, A.I.1 (F.R.G.), 24 de septiembre de 2003. Se han publicado varios comentarios y análisis de esta sentencia en castellano: *vid.* MARTÍN VIDA, MÜLLER-GRUNE (2004): 313-337; ROSELL (2009): en especial, págs. 188 y ss. Esta mujer de origen afgano que vivía en Alemania desde los diez años

resolución administrativa que denegaba el nombramiento como funcionaria en la enseñanza escolar de la señora Ludin por llevar velo. El Tribunal declaró inconstitucional la resolución recurrida por resultar contraria a dos preceptos constitucionales aplicados de manera combinada: tanto el artículo 33 GG que reconoce el derecho de acceso a los cargos públicos y los derechos funcionariales con independencia de la confesión religiosa, y el principio de no discriminación por la pertenencia o no a una confesión, como el artículo 4.1 y 4.2 GG, que establece que la libertad de conciencia y la libertad de profesar creencias religiosas y filosóficas son inviolables. Con todo, el Tribunal entiende que una resolución administrativa limitadora de un derecho es inconstitucional por carecer de base legal, lo que, al remitir de nuevo al Tribunal Supremo Administrativo la resolución del caso, junto a la exigencia de cobertura legal, que defiere al legislador de los Länder en este caso el establecer los límites al derecho de llevar velo, motivó que el Land de Baden-Württemberg se apresurara a legislar (36), de modo que cuando hubo de sustanciarse de nuevo en la alta instancia judicial administrativa el recurso de la Sra. Ludin, volvió a recaer sentencia desestimatoria a su pretensión (37). Leyes similares se adoptaron tras el fallo del Constitucional en la mitad de los Länder y que en un sector doctrinal se reputan inconstitucionales (38).

En lo que a la igualdad se refiere, la sentencia del Alto Tribunal deslinda la posible afectación de dicho principio por un ejercicio de la libertad religiosa del ejercicio debido a otras motivaciones o circunstancias apartadas de la religión y que se trajeron a colación en la fase de juicio oral. Esas otras motivaciones

y que obtuvo la nacionalidad en 1995, una vez superados los dos últimos exámenes de Estado preceptivos en 1998 y la preparación para trabajar como profesora en las *Grundschule* (escuelas de primaria), y estando a punto de concluir el *Referendariat* o periodo de prácticas, vio cómo el *Oberschulamt* de Stuttgart (Inspección Educativa) denegó su solicitud al cuerpo de funcionarios de enseñanza primaria por no «reunir la suficiente cualificación personal» al persistir en el uso del velo mientras impartiera clase. La candidata a profesora recurrió en primer lugar en vía administrativa sin encontrar satisfacción a sus alegaciones, entre las que figuraba la de que el velo no sólo constituía un rasgo de su personalidad sino que también era una manifestación de sus convicciones religiosas, y que al ser el cumplimiento de un precepto de El Corán, el velo era parte de su identidad islámica. Contra esta resolución del recurso administrativo Ludin entabló un proceso contencioso contra la Inspección ante el *Verwaltungsgericht* del Land de Baden-Württemberg por violación de su derecho a la libertad religiosa y a un trato igual con fallo desfavorable. Recurrida la sentencia ante el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo), los motivos de inconstitucionalidad expuestos en su demanda fueron rechazados. El paso siguiente fue recurrir ante el *Bundesverfassungsgericht*.

(36) Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes, de 1 de abril de 2004 (GBl, pág. 178).

(37) BVerwG, NJW 2004, 3581.

(38) Entre otros puede consultarse VON CAMPENHAUSEN (2004).

o usos del velo no estarían, por tanto, amparadas por la libertad religiosa. De ahí que sea inexcusable dirimir si la pretensión de enseñar con velo recae en la esfera protegida por la libertad religiosa o si, como se alegaba en el juicio oral, podría no resultar amparada por tal derecho al deberse a un ejercicio cultural, político o de índole patriarcal. Se trataba en definitiva de estimar si el velo no es sólo una prenda religiosa sino si además es un símbolo que excede tal significado, resultando ser un símbolo vinculado a una tradición cultural, o símbolo de sumisión de la mujer al hombre o incluso símbolo expresivo de posturas fundamentalistas. En la medida en que la estricta observancia religiosa pudiera ir acompañada de un proselitismo en la enseñante cubierta con el velo, se estarían promoviendo y transmitiendo valores incompatibles con los de una sociedad democrática, desbordando los límites que restringen el ejercicio externo de la libertad religiosa en el ámbito educativo. El Tribunal Constitucional alemán se decanta por conceder relevancia a las intenciones subjetivas de la actora alejándose de una aplicación preventiva de posibles lesiones causadas a los derechos fundamentales de los demás al estimar que la recurrente ha explicado de manera plausible que su decisión de llevar velo no tiene por efecto la propaganda. Ahora bien, este pronunciamiento no excluye que el velo pueda ser manifestación de valores contrarios a la igualdad de la mujer o al respeto y tolerancia de los demás (39). Simplemente y de acuerdo con el contenido de la sentencia, tal apreciación corresponde efectuarla al legislador.

Así pues, la elección de llevar el velo en sus clases es examinada como una facultad de manifestación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, y como es habitual cuando se trata del límite de los derechos, el examen se centra en los derechos que pueden verse afectados dentro del ámbito de la escuela pública para proceder a ponderar su afectación, aplicando el habitual juicio de proporcionalidad, en este caso entre el deber del Estado de supervisar la educación, el derecho de los padres a educar y criar a sus hijos y la libertad negativa de los escolares. En cuanto a la supervisión, un límite al contenido prestacional del derecho fundamental a la educación viene dado por el deber de neutralidad del Estado, pero el Tribunal Constitucional restringe este límite al Estado en sentido estricto, no pudiéndose extender a sus agentes o funcionarios, cuya libertad de creencias se encuentra protegida por la libertad religiosa del artículo 4 GG (40). De ahí que incluso en el ámbito escolar quepa negar la existencia de un derecho de los padres a que sus hijos no tengan que soportar la presencia de símbolos religiosos en el ámbito escolar cuando son atribuibles al ejercicio de la libertad

(39) *Vid.* Gabriella MANGIONE (2005): 231.

(40) BVerfGE 108, 282 (299-301 y 305-306).

religiosa de las personas. Mayor dificultad presenta para el Tribunal en cambio determinar si queda afectada la libertad negativa de los escolares. El Tribunal reconoce a estos efectos la competencia de los Länder para establecer prohibiciones o limitaciones que impidan influencias inapropiadas en los escolares. El Tribunal en este punto razona con las nociones de *peligro abstracto y concreto* para precisar el impacto que puede tener el uso de la prenda islámica sobre los alumnos. Sin embargo, ante la negativa de la enseñante a despojarse del velo, el Tribunal entiende que no ha podido existir un riesgo concreto para la libertad negativa de los escolares ya que dicha negativa fue la que precisamente impidió la incorporación de la Sra. Ludin a la enseñanza pública (41). Y en cuanto a la existencia de un peligro abstracto, este concepto por propia definición no depende de pruebas o hechos que hayan motivado una lesión concreta al derecho fundamental de los alumnos, sino que hace referencia a consecuencias jurídicas determinables a partir de la definición de un supuesto de hecho, definición que sólo puede corresponder al legislador en su tarea de regular las condiciones de ejercicio de los derechos de los funcionarios de la enseñanza que, debe recordarse, se encuentran en una relación jurídica iusfundamental de sujeción, por cuanto aceptan voluntariamente las limitaciones impuestas por el Estado cuando acceden a la carrera funcionarial (42).

A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán precisa también cuáles son las diferencias entre el uso del velo en la escuela por parte de una profesora y el sentido del crucifijo que cuelga de las paredes de un aula. Mientras que en el primer caso la profesora manifiesta sus propias creencias aun actuando como poder público, en el caso del crucifijo es el propio Estado el que impone el símbolo de la mayoría religiosa dentro del aula (43).

(41) Debe hacerse constar que a pesar de que la Sra. Ludin declaró en su día en la entrevista previa a su evaluación de aptitudes con la dirección del centro público que la rechazó que estaba lejos de su intención adoctrinar a los escolares en doctrinas del Islam o influir en ellos, aceptó trabajar mientras se resolvía su recurso para una escuela confesional perteneciente a la Federación Islámica en Berlín y estrechamente vinculada al Grupo Mili Görus, un grupo islamista radical según informes del Ministerio del Interior. Interrogada sobre si era consciente de la ideología de este centro islamista, la Sra. Ludin afirmó desconocer por completo el ideario en el que se inspiraba el mismo. *Vid.* HEINING (2007): 184.

(42) BVerfGE 108, 282 (298).

(43) Para un análisis comparado de la jurisprudencia sobre el velo y sobre el crucifijo en las distintas jurisdicciones europeas, así como en el Tribunal de Estrasburgo, *vid.* MANCINI (2009): pág. 2642, criticando algunas decisiones judiciales como la del Tribunal Superior de lo Contencioso de Baviera (*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*), que tienden a oponer Cristianismo como religión neutral frente a Islam político y no neutral, como razonamiento legitimador del crucifijo en las aulas.

Así pues, aun cuando todas las instancias judiciales del derecho interno que intervinieron en el caso *Ludin* interpretaron de manera incidental el velo como vestimenta *in re ipsa* que puede implicar un significado discriminatorio, la cuestión no es abordada por la Sentencia *Ludin*.

Alemania no es el único país dentro del Consejo de Europa que ha dejado abierta la cuestión de si el velo islámico puede ser interpretado como un símbolo producto de un precepto islámico contrario a la igualdad entre sexos y que pudiera inculcar en el caso de las escuelas públicas valores antidemocráticos o promotores de la desigualdad de género. Las instancias judiciales británicas tampoco abordan el conflicto de derechos que genera la prohibición de prendas islámicas como un conflicto entre derecho de libertad religiosa y protección del principio de igualdad de género, como se puso de manifiesto en el caso *Begum* (44) y con una prenda como el *jilbab*. Parece que en idéntico sentido se han pronunciado las Comisiones de igualdad y no discriminación en Holanda y el Ombud en Noruega (45).

Ahora bien, la jurisprudencia del TEDH sobre el velo contenida en *Şahin* parece, sin embargo, contradecir aquellas interpretaciones nacionales que no considerasen el velo como contrario al principio de igualdad de género. La afirmación de que el velo es *in re ipsa* una prenda difícil de acomodar al principio de la igualdad de género reduce al mínimo, si no lo excluye de hecho, el margen de apreciación nacional, ya que en tal caso el velo ya no tiene un carácter instrumental en la lesión de los derechos de los demás, sino que se convierte en sí mismo en objeto de una supuesta discriminación no consentida en las aulas por imperativo derivado de la tutela estatal de la igualdad de la mujer. Aceptando, pues, como hacen los jueces de Estrasburgo, que el pañuelo islámico interfiere en el espíritu de igualdad y tolerancia por tratarse de una vestimenta transmisora o propagadora de valores difícilmente compatibles con la igualdad de género, no cabe duda de que cualquier regulación nacional que prohíba el *hiyab* con este argumento sería avalada en el futuro en Estrasburgo.

La cuestión de fondo, de admitirse que el velo es el producto de una discriminación, pasa a ser entonces no la de si un concreto uso del velo ha producido una lesión concreta y tangible, sino la de si simplemente se debe permitir su uso en abstracto y ante cualquier situación. En rigor estamos ante un intento, en el caso del TEDH, de abordar el velo islámico no como sucedía en Alemania en el caso *Ludin*, a partir de los límites implícitos que se derivan del respeto a los derechos de los demás, sino que se advierte un intento por encuadrar el uso del

(44) [2004] EWHC 1389 (Admin).

(45) SIIM y SKJIEIE (2008): 322-344.

velo dentro del límite expreso del orden público del artículo 9 CEDH. Es en ese contexto donde en *Şahin* el Tribunal legitima la prohibición del velo no por concretas lesiones, sino como medida de prevención. Uno de los objetivos legítimos perseguidos por la prohibición en Turquía se concreta de este modo en el riesgo potencial, basado en una presunción, de que la percepción del atuendo islámico por los sujetos pasivos pueda ser interpretada como evocación o una suerte de apología de la discriminación a la mujer. Ese carácter de prevención sustentado en dicha presunción en que se basa la prohibición de llevar velo es lo que impide al Tribunal acometer el examen de si pudo producirse lesión concreta o no.

Con todo, y aun poniendo en práctica un control abstracto fundamentado en principios, no parece que esta técnica sea del todo adecuada para verificar la proporcionalidad de la medida, ya que de los tres controles en que se descompone el test de proporcionalidad, adecuación, necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto, este último queda en la sentencia *Şahin* desplazado por el examen de la finalidad de la medida restrictiva y por el control sobre su necesidad. Ponderar los bienes protegidos por el Convenio y el ejercicio del derecho que supuestamente ha entrado en colisión con ellos entraña además el riesgo de jerarquizar los principios y bienes respecto al derecho cuyo amparo se pretende, contrariando así el principio de unidad del Convenio. En cualquier caso importa hacer notar que es ese juicio abstracto donde el TEDH pondera los bienes y valores democráticos que deben ser respetados en la enseñanza, el que fundamenta la afirmación de que el velo no es conciliable con el principio de igualdad de género.

En todo caso, llevar el pañuelo islámico no deriva de ninguna relación jurídica en la que a la mujer musulmana se le imponga este deber que supuestamente la coloca en desventaja frente al sexo masculino. A estos efectos puede resultar útil referirse al mismo principio de igualdad entre hombres y mujeres aplicado al matrimonio en el artículo 32.1 CE. En su enunciado se recoge el derecho de todo hombre y mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Dentro de él se garantiza la institución del matrimonio que sólo tiene cabida entre dos personas, pero también y al mismo tiempo se señala un límite que tiene que ver con el *orden público constitucional* en un doble sentido: de una parte el matrimonio es entre dos personas, lo que incorpora un límite de moral pública, de otra parte se impone un límite al legislador que es una manifestación del orden público constitucional aplicada a la institución matrimonial al exigir que en su regulación se respete la plena igualdad jurídica (derechos y deberes) de los contrayentes. De ello se sigue la invalidez e ineficacia de formas de unión poligámicas permitidas por la religión islámica aun cuando una o varias mujeres aceptaran voluntariamente contraer este tipo de matrimonio. Esta

construcción no sirve del todo para las estudiantes que asisten cubiertas con el velo en la escuela, pues lo llevan sin contraer ninguna obligación jurídica de la que se derive un peor trato ni se insertan en una relación jurídica en la que, como el matrimonio, se introduzca un desequilibrio en cuanto a derechos y deberes y que resultase inválida para el ordenamiento constitucional.

Aun constatando esta dificultad, el ejemplo del matrimonio muestra que el principio de igualdad no resulta desprovisto de toda eficacia en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento. De lo que se trata empero es de ver el alcance, eficacia y sentido que puede tener el principio de no discriminación referido al velo islámico y en especial debe de analizarse una cuestión trascendental: la de si su restricción mediante ley puede significar una quiebra del principio de que cada cual debe ser quien decide ejercer o no sus derechos optando por no hacer valer siempre el interés al cual sirve el ejercicio de los derechos. Así pues, la máxima de que cada uno debe ser el juez de su propio interés puede quedar anulada si el poder público interviene para excluir expectativas de comportamiento amparadas por un derecho porque se entienda que suponen una «mala elección», lo cual además puede provocar desalentar o disuadir del ejercicio de un derecho (similar al *chilling effect* de la doctrina norteamericana).

Para desentrañar si el velo *in re ipsa* es o bien prenda producto de una discriminación, o bien una vestimenta que incurre en una apología de discriminación de las mujeres, o ambas cosas a la vez, incompatible con el orden de valores que se pretenden inculcar en el espacio educativo, es necesario referirse al contenido antidiscriminatorio del orden público constitucional y a su eficacia entre particulares.

El orden público constitucional es una categoría con la que nuestro Tribunal Constitucional ha fundamentado la existencia de límites al ejercicio de los derechos fundamentales y cuyo contenido proscribía también un trato discriminatorio en las relaciones *inter privatos* (46). Es cierto que nuestro ordenamiento constitucional no se asienta sobre una concepción funcional de los derechos fundamentales, de manera que su ejercicio por parte de los particulares no está vinculado al cumplimiento de finalidad o principio alguno, si exceptuamos quizás el derecho a la educación. La autodeterminación personal impide en efecto que pueda exigirse una orientación a los particulares en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, la autonomía de los sujetos particulares sí que se encuentra limitada por el orden público constitucional conformado por los derechos de los demás. La lesión provocada por un particular en el ejercicio de los dere-

(46) Cfr., entre otras, SSTC 108/1989, de 8 de junio; 183/1989, de 3 de noviembre; 114/1995, de 6 de julio. Al respecto, *vid.* DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002): 440-442.

chos transgrede el orden constitucional por cuanto los particulares se encuentran también, al igual que los poderes públicos, sujetos a la Constitución en la interpretación dada por el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) al artículo 9.1 CE.

Entre los derechos de mayor *vis expansiva* en las relaciones *inter privados* se encuentra indiscutiblemente el derecho a no ser discriminado —entre otras— por las razones incluidas en el artículo 14 CE. El enunciado del artículo 14 CE comprende según la jurisprudencia constitucional al menos tres derechos distintos: derecho de igualdad ante la ley, derecho de igualdad en la ley y el derecho a no ser discriminados. Resulta evidente que los dos primeros no son predicables de las relaciones entre particulares. Sin embargo, y en virtud de la obligatoriedad de los derechos fundamentales para los sujetos privados, el derecho a no ser discriminado no sólo vincula a los poderes públicos sino también a los particulares. Importa aún así precisar que esta vertiente del principio de igualdad regirá en la medida en que «los derechos fundamentales deben ser adaptados a la configuración propia de la relación o instituto de que se trate» (STC 161/1991), debiendo además definir el legislador los supuestos en que la autonomía personal sea sometida a restricciones.

Por otra parte, será además especialmente en situaciones jurídicas o sociales en las que el sujeto lesionado se encuentre en una posición de inferioridad donde los particulares encuentran más frecuentemente limitada su autonomía. La intervención del legislador puede, por tanto, admitirse, por ejemplo, cuando valiéndose de su posición, un padre tratase de imponer por medios abusivos a su hija contraer un matrimonio concertado en contra de su voluntad. Lo mismo cabría decir para el caso en que mediante amenazas graves o presiones indebidas impusiera el uso de una prenda religiosa a su hija. El problema será aún más difícil de resolver cuando se trate de menores y los padres se amparen en el derecho a la educación y formación moral de los hijos. Imponer tanto una conducta como una prenda de vestir, en sí puede no tener nada de lesivo contra los derechos del menor salvo en dos casos y siempre que se respete la integridad física: cuando afecte a la libre formación de su conciencia y cuando se lesione la dignidad de la persona. Así pues, si al velo se lo considera una prenda que manifiesta una determinada creencia o el cumplimiento de un precepto de una religión que la menor sometida a patria potestad no quiere profesar (lo que presupone un cierto grado de madurez), y se le impone con una conducta que lesionara esa libertad, todo ello en ejercicio de alguno de los derechos paternos, el orden público constitucional sería invocable para limitar el ejercicio de alguno de los derechos de los padres en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. De ello se sigue que este tipo de conductas no pueden encontrar cobertura en el

derecho de los padres a hacer partícipes a sus hijos de las propias convicciones morales o religiosas, debiéndose reputar contrarias al orden público constitucional por constituir una intromisión indebida en la libertad de conciencia del menor que estaría soportando un proselitismo «de mala calidad» o abusivo, en palabras del TEDH (47).

Conviene precisar, no obstante, que el ejercicio de presiones abusivas para cumplir con el precepto coránico de cubrirse con el velo resultaría contrario al orden público constitucional no por incurrir en un trato discriminatorio sino por constituir bien una inmisión ilegítima en la libertad de conciencia de la hija menor o bien un menoscabo en el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, no puede considerarse que un uso del velo debido a presiones abusivas de los progenitores —aun si es el padre quien las lleva a cabo— incurra en trato discriminatorio alguno, a no ser que resulte probado que del uso de la prenda se derive un perjuicio cierto o un peor trato para las mujeres que lo llevan, como sería, por ejemplo, el caso en que rigiera una prohibición general de portar el velo en los centros públicos de enseñanza que impidiera la escolarización. En buena lógica así ha de ser además, ya que un trato desventajoso difícilmente puede darse si alguien no es tratado peor o colocado en desventaja respecto a otro situado en una misma posición jurídica y ello debido a la naturaleza ontológica del principio de igualdad, que presupone un carácter relacional. Entendida de este modo, la discriminación *inter privatos* ex artículo 14 CE abarcaría entonces, agotando su virtualidad, el estricto ámbito de las relaciones paterno-filiales y sólo cuando el velo pueda ser interpretado como obligación en el vestir no impuesta a otras hijas. Pero incluso en este caso, en el que un padre presionara abusivamente para que una de sus hijas y no las demás se cubra con el velo, y en el entendido de que el velo no atente contra el bien constitucionalmente protegido de la dignidad personal, la ponderación habría de realizarse tanto entre la libertad de formación de la conciencia y libertad religiosa personal de la hija (en función de su grado de madurez si es menor) y el derecho de los progenitores a formar a sus hijas en sus convicciones morales y religiosas y sin que evidentemente pueda apreciarse *prima facie* una discriminación por razón de sexo basándose en el diferente trato a una sola hija que, por ejemplo, no pretenda seguir el dictado de los preceptos religiosos que observan los padres.

(47) Para un tratamiento de esta cuestión *in extenso*, *vid.* VALERO HEREDIA (2009), en especial págs. 106-107. Al respecto la autora resalta que la virtualidad de la patria potestad «reside en fomentar y optimizar el desarrollo integral de la persona del menor, no pudiendo dicha personalidad ser constreñida inmotivadamente, en cuyo caso, el niño estará facultado para reclamar, directa o indirectamente, la intervención judicial», pág. 65.

Un planteamiento muy diferente de la cuestión es el que parece apuntar el TEDH en su jurisprudencia desarrollada en *Şahin*, *Dahlab* y en *Refah Partisi* de acuerdo con el cual el velo iría asociado a un determinado rol y status de la mujer en la religión islámica, poco conforme con el canon constitucional de la igualdad de género (48). Nos situamos ahora en un plano distinto al anterior: del plano del ejercicio abusivo de un derecho paterno se pasa al de la discriminación del individuo por el colectivo o grupo al que pertenece y dentro del cual padece exclusión, marginación o trato discriminatorio que, sin embargo, *inconscientemente (false consciousness)* (49) asume libremente, perpetuando con su pauta de comportamiento la conducta que tradicionalmente le asigna el grupo de opresión (50). Aquí lo relevante no es ya si cubrirse con el velo islámico es el fruto de una imposición abusiva, sino si el velo puede ser considerado como un signo de opresión o de discriminación hacia la mujer o, lo que es lo mismo, presuponer que el velo es una señal de sumisión impuesta por fieles religiosos o por el grupo cultural de pertenencia. En definitiva, y a la postre, lo que se trata de determinar es si el velo islámico es contrario al bien constitucionalmente protegido del libre desarrollo de la personalidad de la mujer musulmana y su dignidad. Esto es sumamente importante porque, planteado de este modo, el uso del velo no colisionaría con los derechos de otros, sino con un bien constitucionalmente protegido para un grupo social que se encontraría discriminado dentro de su propio grupo cultural-religioso. Ello significa que ante una medida restrictiva como la prohibición del velo en las aulas (e, incluso, en los espacios libres y abiertos) no es necesario efectuar una ponderación con derechos fundamentales de terceros ni aplicar el test de proporcionalidad. Más bien estaríamos ante una restricción impuesta por el poder público debida a la aplicación del principio de

(48) El pronunciamiento en *Dahlab* no parece dejar lugar a equívocos al considerar que «parece difícil conciliar el uso del velo islámico con el mensaje de tolerancia, el respeto de los demás y, sobre todo, con la *igualdad y no discriminación* que todos los profesores en una sociedad democrática deben transmitir a sus alumnos» (cursivas mías), *Dahlab*, párr. 13.

(49) *Vid.* ROSEBERRY (2009): 343.

(50) Aquí se sitúa uno de los aspectos nodales del tratamiento constitucional de la prohibición del velo en aplicación del principio de igualdad y no discriminación, puesto que proteger a la mujer contra una elección propia libre y consciente lleva al absurdo de considerar el ejercicio de un derecho como autolesivo de manera que la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho fundamental sería la de proteger a la mujer contra su libre arbitrio. Sobre este aspecto *vid.* BURGORGUE-LARSEN (2006): 194. No obstante, el llevar velo entraña una restricción de los derechos que de ordinario se encuentra en la mayoría de religiones cuando exigen de sus fieles hacer algo que para otros es opcional para los demás. Este tipo de restricción es, como Grimm ha puesto de manifiesto, el de más delicada resolución porque, como ocurre con el velo, puede entenderse como una intromisión del Estado en el credo de una comunidad religiosa impedida en principio por el principio de secularismo estatal. *Vid.* GRIMM (2009): 2379.

buena fe y de ejercicio no abusivo del derecho fundamental de libertad religiosa, por cuanto se estaría tratando de limitar un ejercicio contrario a la dimensión objetiva de la igual dignidad entre sexos. A esta conclusión se llega a través de tres tipos de consideraciones. En primer lugar, si se tiene en cuenta que la opción de llevar velo queda comprendida por el derecho a la libertad religiosa y que, de no producirse una colisión con derechos de otros o con bienes y valores constitucionalmente protegidos que supongan extralimitación en su ejercicio, en principio todo acto de ejercicio de un derecho fundamental es legítimo. En segundo lugar, la exigencia de buena fe y la prohibición del abuso de derecho en materia de derechos fundamentales han de interpretarse de manera restrictiva, de donde se sigue que la exigencia de buena fe o lealtad en el ejercicio de un derecho fundamental no debe de interpretarse, como puntualiza Díez-Picazo (51), de manera excesivamente restrictiva, ya que si así fuera, ello redundaría en un debilitamiento de los derechos públicos subjetivos como mecanismo de defensa frente al Estado. En tercer lugar, las restricciones fundadas en un ejercicio abusivo o guiado por la mala fe sólo son admisibles cuando determinados actos se realizan invocando los derechos fundamentales para precisamente producir menoscabo a su eficacia. Estaríamos ante el llamado ejercicio antisocial o *liberticida* de un derecho fundamental. De hecho, acaso por este cierto *fumus* de medida restrictiva por un ejercicio liberticida de la libertad religiosa que parece impregnar la prohibición del velo en las escuelas —lo que hace difícil que se pueda justificar únicamente en la discriminación de la mujer musulmana— en la circular francesa de los símbolos religiosos ostensibles en las escuelas no se alude tanto a que el velo sea en sí mismo producto de una discriminación (aspecto difícilmente demostrable con carácter general), sino a que el velo constituya un símbolo de identidad minoritaria que es menester ocultar para evitar la discriminación por parte de la cultura mayoritaria.

Pero ambas interpretaciones —presunción de discriminación y prevención de un trato discriminatorio— se fundan en una aplicación preventiva del orden público que no es admisible desde el punto de vista constitucional como expresamente ha declarado el TC (52). Así, por ejemplo, presumir que el velo es señal de estar ante una mujer discriminada dentro de su grupo supone directamente elevar el velo a acto de discriminación categórico en sí, sólo porque los varones musulmanes no están sujetos a una obligación similar, y sin atender a que es una prenda femenina como otras prendas que en Occidente sólo llevan las mujeres y no los hombres. A este respecto llama la atención, por ejemplo, la escasa

(51) *Vid.* Díez-PICAZO (2008): 161.

(52) *Vid.* STC 46/2001, de 15 de febrero.

aplicación que el TEDH hace del artículo 8 del Convenio en el que podría tener su base la violación a la identidad personal y de la vida privada, no sólo en los casos *Dahlab* y *Şahin*, sino en aquellos otros en los que el velo estaba presente como prenda «sospechosa» (casos *Dal and Ozen*, *Baspinar*, *Sen y otros c. Turquía*) (53). El mencionado precepto garantiza el derecho al respeto a la vida privada y familiar y dentro del cual se encuentran comprendidos, según el propio Tribunal de Estrasburgo, una serie de derechos que tienden a salvaguardar la identidad física, psicológica y social del individuo. Así, en *Tysiac c. Polonia*, el Tribunal manifestaba que «el término vida privada es amplio y engloba entre otros aspectos de la identidad física y social de un individuo como el derecho a la autonomía personal, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior», puntualizando que «la vida privada comprende la integridad física y moral de la persona [...] y que el Estado tiene igualmente la obligación positiva de reconocer a sus ciudadanos el derecho al respeto efectivo de esta integridad» (54). En este sentido, y como quiera que el velo expresa la identidad religiosa de la mujer musulmana, se plantea el problema de si su prohibición invocando el principio de no discriminación por razón de género, no estaría encerrando en sí misma un trato discriminatorio al imponer un canon de igualdad entre hombres y mujeres distinto al que conforma la identidad de la mujer musulmana. De acuerdo con ello, tanto la medida de prohibir el velo, como la interpretación de éste por el TEDH como contrario o poco conforme al principio de igualdad estarían produciendo una discriminación indirecta e incluso una discriminación múltiple por concurrir varios factores en ella (distinta raza, mujer y fe minoritaria) (55). La discriminación indirecta se produciría básicamente por aplicar un

(53) *Dal and Ozen c. Turquía*, núm. 45378/99, sentencia de 3 de octubre de 2002; *Baspinar c. Turquía*, núm. 45631/99, sentencia de 3 de octubre de 2002; *Sen y otros c. Turquía*, núm. 45824/99, sentencia de 8 de julio de 2003.

(54) *Tysiac c. Polonia*, núm. 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007, párr. 107.

(55) Para un análisis desde una perspectiva interseccional que combina factores de discriminación indirecta y de discriminación múltiple, *vid. inter alia*, MALIK (2008): 135, poniendo de relieve que si se escoge como criterio de comparación el género, «las definiciones mayoritarias de “mujer” puede marginalizar las aspiraciones de las mujeres musulmanas», mientras que si en cambio se adopta el criterio de la religión, lo que termina por prevalecer es la visión del «musulmán hombre» como «representativo de la “religión” más que la mujer musulmana»; VAKULENKO (2007): 191, encontrando inadecuada la inaplicación que en el caso *Şahin* hace el TEDH del artículo 14 del Convenio que prohíbe la discriminación por priorizar siempre derechos sustantivos frente a los derechos adjetivos como el de prohibición de discriminación; LOENEN (2009): 323, explicando por qué la prohibición del velo no sólo constituye una discriminación indirecta sino también múltiple y examinando su compatibilidad con las Directivas de la UE emanadas en materia antidiscriminatoria, llegando a la conclusión que la Directiva marco 2000/78/EC sobre la igualdad

canon constitucional de la igualdad de género que ignora lo que se ha dado en llamar la preferencia adaptativa del individuo. Con este término se hace referencia a las opciones escogidas por el individuo para adaptarse a las circunstancias del entorno social y comunitario en el que vive determinando cuál es su propio interés.

En el caso del velo islámico, que el Estado imponga que una vestimenta quede excluida del ámbito de intereses hacia los cuales la mujer musulmana puede orientar el ejercicio de sus derechos implica, por lo tanto, en primer lugar excluir de la esfera del derecho fundamental uno de los intereses legítimos para los cuales aquél está a su servicio. Y justificar dicha exclusión invocando el principio de igualdad sólo puede tener por consecuencia vincular el ejercicio de los derechos a un mismo interés —el que coincide con la cultura mayoritaria— o, lo que es lo mismo, significa imponer un fin al ejercicio de un derecho, algo no admitido en la Teoría de los derechos fundamentales al menos como regla general. De este modo, como observa Marshall, el interés de mostrar modestia cubriéndose con el velo, aun cuando obedezca al carácter patriarcal de una comunidad cultural o religiosa, puede compararse con la ropa «sexy» que algunas feministas interpretan ya sea como una preferencia adaptativa de agradar a los hombres derivada de circunstancias sociales «restrictivas», o bien como preferencia de afrontar las consecuencias de no agradar (56). Frente a esta interpretación aculturizada del principio de igualdad, lo que viene a garantizar la autonomía personal y la identidad individual (art. 8 CEDH) es precisamente que

de trato en el empleo la única que incluye reglas contra la discriminación por motivos de género, no es aplicable en el ámbito educativo de primaria y de secundaria, aunque sí en la formación profesional; SAUER (2009): 89, tratando de demostrar que las prohibiciones del velo fundadas en la igualdad de género colocan en desventaja a sus destinatarias encubriendo una discriminación indirecta de las mujeres musulmanas frente a las mujeres de la cultura mayoritaria; AMIRAUX (2007): 139, quien entiende que la prohibición del velo no sólo introduce una doble discriminación hacia la mujer musulmana sino que además supone discriminación racial respecto a los musulmanes de sexo masculino porque la prohibición de llevar velo pretende combatir y adecuar a la norma sexual de la mayoría las supuestas conductas sexuales desviadas de varones norteafricanos hacia las mujeres sin velo; ROTTMANN y FERREE (2008): 504, apuntando que la tesis especialmente apoyada por cierto sector del feminismo alemán que considera el velo islámico como obstáculo, cuando no contraria a la igualdad de género no sería más que la institucionalización de la superioridad de la cultura mayoritaria y, en cuanto tal, produce el efecto contrario al que persigue ya que pretende eliminar la discriminación de género con discriminación de la minoría cultural femenina; REBOUCHÉ (2009): 733, especificando que lo que viola los principios de igualdad es todo lo que disminuya el status de las mujeres como mujeres y criticando el planteamiento de la sentencia *Şahin* al centrarse en las formas en que la religión sujeta a las mujeres a un estigma basado en sus características de género debido al rol que el Islam presupone para las mujeres o al efecto que la mujer puede sentir al ver el velo en otras mujeres.

(56) *Vid.* MARSHALL (2008): 187.

el ejercicio de los derechos fundamentales se haga en el propio interés a la vista de las relaciones comunitarias de la persona, quien puede entender como más beneficioso para su interés optar por un determinado ejercicio de sus derechos.

Estas tesis de evidente sesgo multicultural y comunitarista han sido, sin embargo, objeto de alguna objeción. En primer lugar el derecho a la identidad y a la autonomía personal no es ilimitado, como ocurre con todos los demás derechos, sino que habrá de ponderarse con otros con los que pueda entrar en conflicto. Sin embargo, las limitaciones que puedan pesar sobre él tendrán mayor relevancia cuando el derecho se ejerza frente al Estado, mientras que serán mínimas en las relaciones entre particulares, donde el principio de autonomía rige con particular intensidad. En segundo lugar, afirmar que es el derecho a la identidad y al desarrollo de la propia personalidad el que entra en conflicto con el derecho de los demás y con el principio de igualdad, no supone oponer un derecho «más fuerte» o más protegible que la libertad religiosa, por cuanto ésta puede considerarse una especialidad del primero. Es cierto que sólo puede sostenerse que el derecho a la autonomía personal y a la propia identidad quedaría coartado por la prohibición del velo si se parte de la premisa de que la identidad personal sólo puede construirse y proyectarse si es posible manifestarla y actuar de acuerdo con ella en las relaciones sociales e interpersonales. A ello cabe replicar que la libertad religiosa es el derecho por excelencia que responde a ese perfil de un derecho de identidad con trascendencia y proyección social, de ahí que tenga una existencia autónoma frente al derecho de identidad personalísima o íntima (57), y que es al que parece referirse el artículo 8 del Convenio, como, por otra parte, pone de manifiesto la jurisprudencia del TEDH recaída hasta el momento, al referir la protección que dispensa dicho precepto a casos de identidad de sexo y de disposición sobre el propio cuerpo. La pretendida vulneración del principio de igualdad por una prohibición del velo no debería entonces asimilarse a una desigualdad provocada por la negación del derecho a poder manifestar la identidad propia —*igual* que los demás tienen ese derecho— sino que la exigencia del principio de igualdad aquí consiste en poder manifestar la identidad personal a través de los mismos medios a través de los cuales pueden los demás ejercer ese derecho.

(57) A ello se refiere Cowan, para quien «la religión y su expresión no es sólo un asunto personal sino que tiene relevancia en larga medida por su posición en una amplia tradición (política al igual que religiosa), y en un marco establecido (aunque no estático) de normas, creencias y prácticas. Nunca es una simple elección personal. El uso del velo tendría una relevancia muy distinta si no estuviera conectado a un sistema de creencias más allá de sí mismo. Es cierto que forma parte de la identidad individual, pero sólo porque es parte de una religión, lo cual no es solamente una cuestión individual» (traduce. propia). *Vid.* COWAN (2008): 196.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVES ANOTACIONES SOBRE LOS LÍMITES DEL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL APLICABLES AL VELO EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA

Seguidamente creo oportuno formular al hilo de lo aquí expuesto un breve apunte que me lleva a considerar de difícil, aunque no imposible, conciliación con nuestros principios constitucionales avalar una prohibición generalizada del uso del velo islámico en la enseñanza pública que se sustentase en los argumentos extraídos de las jurisdicciones analizadas.

A resultas de todo lo anterior, la prohibición del velo invocando el principio de igualdad estará legitimada, en primer lugar, no tanto por poseer en sí mismo un significado discriminatorio, ni tampoco por ser el resultado de un trato discriminatorio entre particulares, sino más bien por ser percibido socialmente como promotor de una cultura que discrimina a las mujeres. Ello trae consigo una doble consecuencia. De una parte, se lleva a cabo una aplicación preventiva del orden público al definir el uso de la prenda como situación de riesgo en la que puede estar transmitiéndose un mensaje promotor de una concepción de la igualdad de género incompatible con la igualdad de derechos de la mujer en una sociedad democrática. Pero el contrapunto es que, si se da por aceptado que no se produce conflicto con la libertad negativa de los demás, ni con una neutralidad abierta o laicidad positiva del Estado, como es la que encuentra acogida en nuestro régimen constitucional, se está en realidad vinculando negativamente el ejercicio de un derecho fundamental a un ejercicio leal del mismo, lo que acaba dotando al velo islámico de un cierto sentido liberticida, o al menos transigente con un ejercicio del propio derecho potencialmente desleal y antisocial frente a los valores democráticos. Planteado en estos términos, la discriminación por razón de género como justificación constitucional o convencional para prohibir el uso del atuendo islámico del velo sólo puede tener sentido desbordando el estricto marco que proporciona la doctrina sobre los límites implícitos de los derechos y debe en cambio encuadrarse dentro de las restricciones impuestas a los derechos frente a un posible ejercicio desleal de los mismos, posibilidad que exige de que se haya tenido que consumir un ejercicio abusivo o desleal, actual o concreto, para establecer su prohibición. El orden público constitucional en tal caso sería el que caracteriza a una democracia militante en la que la identidad cultural y religiosa puede ser sometida a restricciones preventivas frente a un determinado ejercicio de los derechos considerado erosionador de los valores de una sociedad democrática.

Resulta además casi inevitable considerar que el velo es una discriminación entre sexos sin estar juzgando al mismo tiempo el precepto religioso que

lo impone, de modo que lo que en realidad se considera discriminatorio no es tanto la prenda en sí misma, sino más bien la finalidad de carácter moral que cumple, basada en que es la sexualidad femenina la que es preciso ocultar y no la del varón.

Por lo que se refiere a la interpretación dada por el TEDH al límite del respeto del derecho de los demás cabe deslindar dos argumentos dentro del mismo y que encontrarían difícil acomodo en la situación española. De una parte, no parece que exista riesgo para la convivencia en las aulas con el argumento de que el velo puede suponer un acto de presión para musulmanas no practicantes habida cuenta de que en nuestro país son minoría. El otro argumento empleado para proteger el respeto al derecho de los demás y que podría fundamentar una prohibición del *hiyab* es el de constituir un acto de proselitismo o, más exactamente, el que pueda ser percibido como tal por parte de los discentes. A este respecto, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cabe interpretar que el proselitismo forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa entre particulares, lo que no obsta a una prohibición del denominado proselitismo abusivo o «impropio». No es suficiente por ello con tipificar el uso del velo como acto proselitista o con posibles efectos proselitistas sin más para proceder a su limitación, pues goza de la protección constitucional, mientras no se den los criterios exigidos para encuadrarlo dentro del proselitismo abusivo (58). Resulta por ello llamativo que en el caso *Şahin* el TEDH considere suficiente la posibilidad de adoctrinamiento a la que puede dar lugar el uso del velo (59), y ello aun cuando los destinatarios de la protección contra ese riesgo de proselitismo lo sean estudiantes adultos y a pesar también de que en el caso de estudiantes se encuentre del todo ausente cualquier circunstancia que haga pensar en un prevalimiento, como puede ocurrir con quienes ejerciendo su función docente se encuentran constreñidos por el objeto y límites del derecho a la educación, que en todo caso ha de respetar la formación en los principios y valores democráticos de la convivencia y el respeto a los derechos y libertades fundamentales expresamente exigidos en el caso español por el artículo 27 CE. Considerar el velo como una prenda potencialmente generadora de adoctrina-

(58) *Vid.* NIGRO (2008): 98.

(59) *Vid.* LANGLAUDE (2006): 934, para quien el TEDH a partir de *Şahin* ha ampliado el denominado test de adoctrinamiento, disminuyendo el umbral de lo que se considera adoctrinamiento y se interroga si lo que en realidad prohíbe la jurisprudencia sobre el velo es cualquier forma de expresión religiosa y si no sería más ajustado al respeto de las creencias individuales imponer medidas disciplinarias a quien llevando el velo ejerza presión sobre los demás, porque de otro modo lo que se «penaliza» es el uso de la prenda con independencia de si existen o han existido actos de presión sobre otras musulmanas.

miento no puede, por consiguiente, llevar sin más a su limitación sin entrar en contradicción, como algunas críticas han puesto de manifiesto, con la restricción del proselitismo sólo cuando se ejerza de manera abusiva o con mala fe, es decir, por medios ilegítimos.

El carácter proselitista del uso de una prenda tan ostensible como el velo no ha sido el único argumento esgrimido para justificar la indebida intromisión en los derechos de los demás. En Francia se le ha dado una configuración algo distinta a la prohibición del velo a la que ha recibido en Turquía. En concreto la Ley de 2004 prohíbe el uso de símbolos ostensibles que declaren la pertenencia a una religión. En este caso de nuevo nos encontramos ante la dificultad de construir una argumentación lo suficientemente consistente para afirmar que se ve amenazado o transgredido el respeto a los derechos de los demás y ello por un doble motivo. En primer lugar, si el derecho de los demás que se trata de proteger es la libertad negativa a que no se manifieste públicamente en las aulas la pertenencia religiosa, dicho derecho quedará igualmente invadido con la presencia de símbolos menos ostensibles pero que igualmente muestran la pertenencia a una religión. En segundo lugar, si la vertiente del derecho de los demás que se protege es la inmunidad del ámbito escolar como espacio laico y, por tanto, libre de manifestaciones ostensibles de pertenencia religiosa, no es tanto la libertad negativa de los demás lo que se protege, dada la ausencia del carácter proselitista de la simple pertenencia a una religión, cuanto una exigencia del laicismo estatal que conecta con el carácter militante de una formación escolar libre de influencias religiosas y reforzadora del espíritu crítico del alumnado, que es cierto que constituye la base para la formación de una conciencia libre de los menores dentro de los valores democráticos de la igualdad y la tolerancia. De ahí que la prohibición francesa del velo parezca responder más que a un efectivo menoscabo en la libertad de quienes se ven sometidos a la exhibición del velo, a una restricción de los derechos impuesta por prevenciones en una injerencia abusiva de la religión en la formación de una conciencia crítica del menor.

Cabe además cuestionarse si al encuadrar el velo islámico dentro de la exteriorización de la libertad religiosa no se esté produciendo un efecto paradójico, puesto que en la medida en que supone un ejercicio de la libertad religiosa, automáticamente el límite del respeto al derecho de los demás y la preservación de la escuela como espacio libre de adoctrinamiento parecen jugar un papel mucho más restrictivo que si de otra prenda y derecho fundamental se tratase. Se ha dicho a este respecto, por ejemplo, en la doctrina alemana que si el pañuelo de mujeres de pasadas generaciones nunca ha ocasionado conflictos entre derechos o no ha afectado a los valores democráticos de la convivencia, tampoco debiera seguir idéntica suerte el pañuelo o velo islámico, pues no sólo supone discrimi-

nar en función de los motivos de quien decide usarlo, sino que al hacerlo por cumplir con un precepto religioso, *a fortiori* mayor protección debe merecer el velo que el pañuelo de las mujeres que por usos o costumbres deciden llevarlo. Desde este punto de vista puede que no sea ocioso aclarar si el uso de un pañuelo, sea cual sea la motivación que lo inspira, debe merecer distinta protección según el tipo iusfundamental en el que encuentra encaje. Así, por ejemplo, desde la protección que dispensa el derecho a la propia identidad personal y a la propia imagen, una cristiana que decida cubrirse con un pañuelo con intención de mostrar modestia, aun cuando no sea preceptivo en su religión, podría encontrar mayor protección que una musulmana que se coloque el velo por entender que sus creencias le obligan en conciencia, ya que vería limitado su derecho por la libertad religiosa negativa de los demás. En realidad en esta cuestión sigue estando implicado el bien constitucional de la dignidad, pero con sentido contrapuesto, pues parece que en un caso el cubrirse con un pañuelo no atenta contra la propia dignidad, mientras que en el otro caso, resultado de ejercer un derecho instrumental de la dignidad humana como es la libertad religiosa, se limitaría su ejercicio por el riesgo de promover en la enseñanza la idea de que el Estado acepta o tolera prácticas que socialmente se estiman contrarias a la igualdad de género. Semejante construcción no parece que pueda tener acogida en nuestro ordenamiento constitucional si se tiene en cuenta la cláusula del libre desarrollo de la personalidad, cuya importancia como criterio interpretativo supone, como señala Díez-Picazo, «un rechazo radical de la siempre presente tentación de paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas» (60), enunciado que es de estricta observancia siempre que se respeten los derechos de los demás.

Hay que referirse también a la relevancia que puede cobrar la situación de sujeción en la que se colocan los discentes que escogen, por sí mismos o mediante sus padres, el centro en el que pretenden cursar sus estudios. En efecto, la sujeción del discente a las normas de los centros de enseñanza ha desempeñado un cierto papel en la jurisprudencia del TEDH y en la de las jurisdicciones nacionales, especialmente en lo que atañe al estricto juicio de proporcionalidad una vez superado el test de idoneidad y de necesidad (61). La aceptación, al menos de manera tácita, que supone escoger un centro respecto a sus normas de orden y disciplina o, que por imposición de la legislación nacional (en la

(60) *Vid.* Díez-Picazo (2008): 71.

(61) Para un examen de la jurisprudencia de Gran Bretaña, así como la del TEDH sobre la relevancia del consentimiento informado, *vid.* GIES (2006): 383, en especial el apartado «Choice, Religious Freedom and Informed Consent».

actualidad, Francia o Turquía), no permite el uso del velo, ha llevado a no estimar como más gravosa la restricción impuesta a las estudiantes con velo que el beneficio o protección que tal medida produce en los derechos de los demás y en la salvaguardia del principio de laicidad. De este modo, cuando la educación de una musulmana que no desea desprenderse del velo puede proseguirse bien en centros en los que no rige la prohibición, o bien en la educación a distancia, se tiende a considerar que la prohibición es respetuosa con el juicio estricto de proporcionalidad. De algún modo y en la práctica es la regla seguida en nuestro país, pues las estudiantes que no han desistido del uso del velo han visto garantizada su educación en otros centros donde sí estaba permitido.

Conviene, por último, referirse a si la limitación de un derecho fundamental, que en el caso del uso del velo es la libertad religiosa, puede o debe ser deferida en nuestro sistema constitucional al legislador, tal y como dispuso la sentencia de la jurisdicción constitucional alemana en el caso *Ludin*, solución acogida en la doctrina de aquel país de manera desigual (62). Para ello es necesario tener en cuenta la naturaleza del control que ejerce el TC y al espacio que tiene el legislador en la limitación de los derechos fundamentales. El legislador puede intervenir en la limitación de un derecho fundamental aun cuando lo haga sin habilitación constitucional expresa, pues se trataría en cada caso de una delimitación y no una limitación, al entenderse que cuando el ejercicio de un derecho entra en conflicto con otros bienes y valores protegidos constitucionalmente el papel del legislador se tornaría en declarativo, pues en su labor tan sólo estaría concretizando límites que son inmanentes a todo derecho fundamental y que en cuanto tales no precisan de habilitación expresa en un precepto constitucional. Es decir, tratándose de lo que doctrinalmente se conoce como límites internos o inmanentes de los derechos fundamentales, el legislador (pero también los jueces o la Administración) no está ejerciendo un poder creativo de reglas, sino que su función consiste en declarar lo que previamente se encuentra ya en la CE como un todo unitario. En rigor es más correcto referirse a esta actividad como delimitadora del derecho. Distintos son los límites en sentido propio y que pueden excluir expectativas de comportamiento en principio cubiertas por la protección que dispensa todo derecho fundamental. En este último caso el legislador precisa de una habilitación expresa de la Constitución para poder

(62) Son minoría quienes se han expresado a favor dentro de la doctrina alemana. Con matices cierto sector de la doctrina se había pronunciado antes de que se dictara la Sentencia del caso *Ludin* que era más conforme a las disposiciones constitucionales resolver las restricciones del velo en el caso del personal docente caso a caso según las concretas circunstancias. *Vid. inter alia*, HUSTER (2003): 215-230.

legitimar su intervención normativa que restringe la posibilidad de ejercicio del derecho afectado por el límite.

Si nos ceñimos al derecho de libertad religiosa y a una hipotética prohibición del velo, resulta evidente que si se hace al amparo del libre desarrollo de la personalidad, del respeto a los derechos de los demás (art. 10.1 CE) o del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), no se estaría introduciendo un límite externo al contenido del derecho —únicamente permitido si afecta al orden público *ex* artículo 16 CE—, sino que en puridad se estaría delimitando su contenido a partir de los denominados límites internos concretados en esos respectivos bienes constitucionales mencionados. Tal delimitación plantea, sin embargo, el problema de si es fiscalizable aplicando la proporcionalidad como canon constitucional. A este respecto importa señalar que la proporcionalidad no es un canon o parámetro referible a la creación de los límites de un derecho, sino que es únicamente referible a los actos de aplicación de los límites (63). Este entendimiento del juicio de proporcionalidad es en efecto el que parece más conforme con la posición del legislador en un Estado democrático, ya que en cuanto tal debe disponer, aun con todas las exigencias constitucionales de fondo, de un margen de apreciación suficiente para configurar los términos en que se limita un derecho fundamental. Desde esta perspectiva, las críticas dirigidas por un nutrido sector doctrinal a la sentencia *Ludin* y que estiman que no establece un criterio interpretativo que sirva para ponderar los bienes constitucionalmente protegidos que pueden verse afectados por una eventual prohibición del velo, no parecen muy fundadas, pues ha de tenerse en cuenta que en su sentencia el Tribunal Constitucional alemán precisamente declara que es competencia del legislador establecer los límites y efectuar la ponderación de los bienes constitucionales afectados, algo que no corresponde a la Administración sin una previa habilitación legal declarativa de los límites que en un derecho fundamental protegido «sin reservas» sólo pueden contenerse en la propia Constitución.

Del mismo modo que la proporcionalidad no es, como se acaba de apuntar, un principio válido para crear límites a los derechos, sino que su función debiera agotarse en la estricta aplicación de los primeros, el principio de igualdad y no discriminación por razón de género no parece que sea el canon interpretativo más adecuado para limitar un derecho fundamental como la libertad religiosa externa, a no ser que deba considerarse que quien porta el velo produce daño o menoscabo a otros bienes o valores constitucionales que resulten indisponibles para el propio sujeto. En principio, pues, el principio de igualdad no impide al

(63) *Vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ (2004): 249.

titular del derecho renunciar a vestirse sin prendas que denoten su pertenencia religiosa a menos que ello vaya en detrimento de la seguridad, la convivencia, la salud o los derechos de los demás. La igualdad se predica sólo como valor que debe informar la educación como uno de los fundamentos del libre desarrollo de la personalidad [art. 2.1.a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en adelante, LOE], y se configura como un mandato expreso de respetar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres [art. 2.1.b) LOE], por lo que en nuestro sistema constitucional sólo en la medida en que fuera posible demostrar que queda afectado y obstaculizado ese mandato constitucional por el uso del velo en las aulas sería legítimo invocar la igualdad y no discriminación como límite constitucional a poder cubrirse con el *hiyab*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2003): «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67.
- ALENDASALINAS, Manuel (2005): «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9.
- AMIRAU, Valérie (2007): «The Headscarf Question: What is really the issue?», en AMGHAR, Samir; BOUBEKEUR, Amel, y EMERSON, Michael (eds.), *European Islam: Challenges for Society and Public Policy*, Bruselas, CEPS Paperbacks.
- BESUSSI, Antonella (2004): «La libertà di andarsene. Autonomia delle donne e patriarcato», *Ragion pratica*, núm. 2, diciembre, 2004, págs. 433-451.
- BLEIBERG, Benjamin D. (2005): «Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to enforce the Turkish Headscarf Ban in *Leyla Şahin v. Turkey*», *Cornell Law Review*, vol. 91, núm. 129.
- BOROVALI, Murat (2009): «Islamic Headscarves and Slippery-slopes», *Cardozo Law Review*, vol. 30, núm. 6.
- BOUSTEAD, Kathryn (2007): «The French Headscarf Law before the European Court of Human Rights», *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 16, núm. 2.
- BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2009): «El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia», *Anuario de Derechos humanos*, Nueva Época, vol. 10.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2006): «Le port du voile à l'Université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Şahin c. Turquie du 10 Novembre 2005», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 66.
- CENGIZ UZUN, Mehmet (2009): «The Turkish Constitutional Court and The Use of Religious Symbols in Higher Education Establishments: The Case of 5 June 2008», *International Association of Law Schools Conference on Constitutional Law*, septiembre.

- CORREA, Joseph Jean-Louis (2006): «Le voile islamique devant la Cour Européenne des droits de l'Homme: entre marge nationale d'appréciation et nécessité d'un droit commun des droits fondamentaux: Le cas de la France et de la Suisse», *The African Journal of International and Comparative Law*, vol. 14.
- COWAN, Sharon (2008): «The Headscarf Controversy: A Response to Jill Marshall», *Res Publica*, vol. 14, núm. 3.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos (2002): *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, CEPC.
- DÍEZ-PICAZO, Luis M.^a (2008): *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed., Pamplona, Aranzadi.
- FERRARI, Alessandro (2005): «La lotta dei simboli e la speranza del Diritto. Laicità e velo musulmano nella Francia di inizio milenio», en DENI, Edoardo; FERRARI, Alessandro; PACILLO, Vincenzo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- FIORITA, Nicola (2009): «Libertà religiosa e società multiculturali: Il caso del velo islamico», en Nicola FIORITA y Donatella LOPRIENO, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University Press.
- GIES, Lieve (2006): «What not to wear: Islamic Dress and School Uniforms», *Feminist Legal Studies*, vol. 14, núm. 3.
- GRIMM, Dieter (2009): «Conflicts between General Laws and Religious Laws», *Cardozo Law Review*, vol. 30, núm. 6.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique (2004): «La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Leyla Şahin c. Turquía», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2.
- HANS MICHAEL HEINING (2007): «The Headscarf of a Muslim Teacher in German Public Schools», *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 190, 2007, III.
- HUSTER, Stefan (2003): «Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf», *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos*, Baden-Baden.
- LANGLAUDE, Sylvie (2006): «Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, núm. 4.
- LASAGABASTER, Iñaki (2004): «Jurisprudencia europea sobre la prohibición de llevar velo islámico», en ID. (dir.), *Multiculturalidad y laicidad*, Pamplona, Gobierno Vasco.
- LOENEN, Titia (2009): «The headscarf debate. Approaching the intesection of sex, religion and race under the European Convention on Human Rights and EC equality law», en SCHIEK, Dagmar, y CHEGE, Victoria (eds.), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York.
- MALIK, Maleiha (2008): «Complex Equality: Muslim Women and the “Headscarf”», *Droit et Société*, 2008/1, núm. 68.
- MANCINI, Susana (2009): «The Power of Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence», *Cardozo Law Review*, vol. 30, núm. 6.

- MANGIONE, Gabriella (2005): «Il simbolo religioso nella giurisprudenza recente del Tribunale Federale Tedesco», en DENI, Edoardo; FERRARI, Alessandro; PACILLO, Vincenzo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- MARSHALL, Jill (2008): «Women's Right to Autonomy and Identity in European Human Rights Law: Manifesting One's Religion», *Res Publica*, vol. 14, núm. 3.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, y MÜLLER-GRUNE, Sven (2004): «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos? (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso *Ludin*)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70.
- MAZZA, Oriana (2010): «The Right to wear Headscarves and other Religious Symbols in French, Turkish, and American Schools: How the Government draws a Veil on Free Expression on Faith», *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 48.
- MOTILLA, Agustín (coord.) (2009): *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, Marcial Pons.
- NIGRO, Raffaella (2008): «Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico», *Diritti umani e Diritto internazionale*, fascicolo 1.
- OKIN, Susan Muller (1999): *Is Multiculturalism Bad for Women?*, ed. By J. Cohen, M. Howard, M. C. Nussbaum, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- PALOMBELLA, Gianluigi (2004): «La tutela dei diritti, le discriminazioni, l'uguaglianza. Dai diritti umani ai diritti fondamentali», *Ragion pratica*, núm. 2, págs. 381-410.
- PEDAIN, Antje (2004): «Do Headscarfs bite?», *The Cambridge Law Journal*, vol. 63, part. 3.
- REBOUCHÉ, Rachel (2009): «The Substance of Substantive Equality and Turkey's Headscarf Debate», *American University International Law Review*, vol. 24, núm. 4.
- RELAÑO PASTOR, Eugenia, y GARAY, Alain (2006): «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 12.
- ROCHFORT, Florence (2004): «Laïcité et droits des femmes: Quelques jalons pour une réflexion historique», *Archives de philosophie de droit*, núm. 48, 2004, págs. 95-107.
- RORIVE, Isabelle (2009): «Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European Answer», en *Cardozo Law Review*, vol. 30, núm. 6.
- ROSEBERRY, Lynn (2009): «Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate», en SCHIEK, Dagmar, y CHEGE, Victoria, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London and New York.
- ROSELL, Jaime (2009): «La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República federal de Alemania», en MOTILLA, Agustín (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, Marcial Pons.

- ROTTMANN, Susan B., y FERREE, Myra Marx (2008): «Citizenship and Intersectionality: German Feminist Debates about Headscarf and Antidiscrimination Laws», *Social Politics*, vol. 15, núm. 4.
- SAUER, Birgit (2009): «Headscarf regimes in Europe: Diversity policies at the intersection of gender, culture and religion», *Comparative European Politics*, vol. 7, núm. 1.
- SIIM, Birte, y SKJEIE, Hege (2008): «Tracks, intersections and dead ends. Multicultural challenges to state feminism in Denmark and Norway», *Ethnicities*, vol. 8, núm. 3.
- TEITEL, Ruti (2007): «Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives», *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, núm. 49.
- VAKULENKO, Anastasia (2007): «“Islamic Headscarves” and the European Convention on Human Rights: An Intersectional Perspective», *Social & Legal Studies*, vol. 16, núm. 2.
- VALERO HEREDIA, Ana (2009): *La libertad de conciencia del menor de edad desde la perspectiva constitucional*, Madrid, CEPC.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2004): «Los límites a los derechos fundamentales», en BASTIDA, Francisco J. *et alii*, *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos.
- VON CAMPENHAUSEN, Axel FRHR (2004): «The German Headscarf Debate», *Brigham Young University Law Review*, núm. 2.

RESUMEN

La llamada cuestión del velo está haciendo que la libertad religiosa esté perdiendo el carácter de un derecho fundamental pacificado para pasar a situarse entre los más conflictivos, especialmente en Europa.

Frente al enfoque multiculturalista que trata de preservar a la mujer de un trato desventajoso respecto a las que pertenecen a la cultura mayoritaria, cabe oponer una interpretación distinta de la igualdad y no discriminación de la mujer no como «límite a los límites» del derecho fundamental sino como límite impuesto al ejercicio de la libertad religiosa por un bien constitucional que merece la acción tuteladora del Estado.

El propósito de este artículo es ofrecer un breve examen de la doctrina emanada en distintas jurisdicciones europeas sobre el velo islámico en la educación pública, señaladamente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y analizar si su prohibición puede tener alguna cabida en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente vinculándolo a la invocación del principio de igualdad y no discriminación por razones de género.

PALABRAS CLAVE: multiculturalismo; velo islámico; igualdad y no discriminación; símbolos religiosos.

ABSTRACT

The so-called question of the veil is doing that religious freedom is losing the character of a pacified fundamental right so it is becoming a right among the most contentious, especially in Europe.

Against the multicultural approach that seeks to preserve the woman from a bad deal compared to those who belong to the majority culture, we may oppose a different interpretation of equality and non discrimination against women not as «limit of the limits» of the right but as limit imposed on the exercise of religious freedom by a constitutional good that deserves state protection.

My purpose is to provide a brief discussion on the doctrine of different European jurisdictions on the Islamic headscarf in public education, in particular the European Court of Human Rights, and consider whether a ban can have a place in our constitutional system, especially in the light of the principle of equality and gender discrimination.

KEY WORDS: multiculturalism; islamic headscarf; equality and non-discrimination; religious symbols.