

# LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL *HIYAB* EN LOS CENTROS ESCOLARES PÚBLICOS. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL\*

Rafael Naranjo de la Cruz

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Málaga

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Sobre la necesidad de un análisis desde el derecho constitucional español. 3. El uso del *hiyab* en las aulas: ¿problema de disciplina o de derechos fundamentales? 4. El derecho a portar *hiyab* como manifestación de la libertad religiosa. 5. La prohibición del *hiyab* como límite de la libertad religiosa. A. El mantenimiento del orden público protegido por la ley como único límite a las manifestaciones de la libertad religiosa. B. El *hiyab* y la protección de los derechos de la mujer musulmana. a) El argumento de la igualdad de género b) Los derechos fundamentales de las menores musulmanas c) El principio de laicidad d) La libertad religiosa de los alumnos no musulmanes e) Otras consideraciones específicas sobre el entorno escolar.

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo consiste en el análisis de la situación que se produce cuando una alumna musulmana decide asistir a un centro escolar público con *hiyab*, cuestión que ha sido objeto de un vivo debate en la opinión pública como consecuencia de acontecimientos recien-

tes. Uno de los casos ha sido el protagonizado por Najwa Malha, de 16 años, estudiante de confesión musulmana del I.E.S. Camilo José Cela, situado en la localidad madrileña de Pozuelo de Alarcón. Ante su decisión de asistir al centro portando un *hiyab*, le fue negado el acceso a clase y fue sancionada sobre la base del art. 32.c.4 del reglamento de régimen interno

\* Nota del editor: este artículo ha superado la evaluación por pares.

Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto "Multiculturalidad, Género y Derecho", DER2009-08297 (subprograma JURI), que dirige la profesora Patricia Laurenzo Copello.

del centro en cuestión, en virtud del cual “Los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros. En el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza”. Aunque Najwa fue matriculada finalmente en otro centro de la zona, el supuesto está pendiente de resolución judicial. Posteriormente, pudimos asistir a acontecimientos muy similares en el Colexio Novo, situado en Arteixo (Galicia), donde se ha aplicado a una niña de 11 años el art. 3.7 del reglamento aprobado por su consejo escolar, que establece que “en las aulas se observará una postura e indumentaria correctas. Se mantendrá la cabeza descubierta. No se permitirán boinas, viseras, pañuelos de cabeza, ni otras prendas que la cubran”.

Nos centraremos en estas páginas en la cuestión que originó la polémica, esto es: el uso del *hiyab* por alumnas musulmanas en los centros escolares públicos. No abordaremos, por el contrario, otros asuntos como la presencia del burka en los edificios públicos. Estamos ante problemas diversos, que deben ser analizados pausadamente atendiendo a sus circunstancias específicas y poco contribuye a un debate sereno, tan necesario en estos temas, el recurso a lugares comunes e ideas generales, sin la necesaria matización. Por este mismo motivo, tampoco entra en nuestro objeto de estudio el uso del *hiyab* por parte del personal de un centro educativo público, cuestión que implica al principio de neutralidad del Estado, del art. 16.3 CE, en forma diversa al que aquí nos ocupa.

Sin duda, son muchos los enfoques que admite el problema planteado. A nuestro juicio, en la medida en que, como veremos, se encuentra involucrado en este asunto, al menos, un derecho fundamental, la perspectiva dominante no puede ser otra que la del Derecho Constitucional y, más concretamente, la teoría general de los derechos fundamentales. En primer lugar, dedicaremos un apartado a exponer el motivo por el que la solución dada a esta cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o “Tribunal

Europeo”) en otros supuestos parecidos no es trasladable automáticamente al ordenamiento español, lo que hace necesario su estudio desde el Derecho interno. Posteriormente nos plantearemos, ya desde esta sede, si la imposición de una sanción a una alumna musulmana por portar el *hiyab* en las aulas de un centro público es un mero problema de indisciplina o, por el contrario, incide sobre alguno o algunos de sus derechos fundamentales. En este sentido, analizaremos si la prohibición del *hiyab* incide de alguna manera en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad religiosa del art. 16.1 CE, para lo que será necesario delimitar su contenido correctamente. Sólo en el caso de que se llegue a la conclusión de que la libertad religiosa de las alumnas musulmanas comprende, en principio, su derecho a portar la prenda citada podremos plantearnos la segunda de las cuestiones, esto es, si la imposición de un límite a este derecho está justificada constitucionalmente. Para ello recurriremos a una consolidada doctrina del TC acerca de los límites de los derechos fundamentales que exige que éstos se justifiquen en la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos, cumplan los requisitos impuestos por el principio de proporcionalidad y respeten el contenido esencial del derecho restringido.

## 2. SOBRE LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La cuestión relativa al uso por alumnas del *hiyab* en las escuelas ha sido abordada por el TEDH en diversas ocasiones, principalmente: casos *Leyla Sabin contra Turquía* (sentencia de Sala de 29 de junio de 2004 y de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005), *Kervanci contra Francia* (sentencia de 4 de diciembre de 2008) y *Dogru contra Francia* (sentencia de 4 de diciembre de 2008). En todas ellas, el TEDH ha considerado que la prohibición del velo

islámico en los centros escolares no vulnera el derecho a la libertad religiosa del art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH o “el Convenio”).

Según el art. 10.2 CE, “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En virtud de este precepto se ha de acudir como criterio de interpretación de nuestros derechos fundamentales, no sólo a lo establecido por las citadas normas internacionales, sino también, y de manera más relevante aún, a la jurisprudencia elaborada por los órganos jurisdiccionales encargados de velar por su cumplimiento (por todas, STC 36/1984, f.j. 3). De este modo, debemos plantearnos si la existencia de la citada doctrina del TEDH convierte en innecesario un análisis de la cuestión desde el punto de vista de nuestro Derecho interno.

El estudio detenido de las sentencias del Tribunal Europeo no permite, sin embargo, llegar a tal conclusión. En el caso *Leyla Sahin contra Turquía*, la resolución del TEDH concede una importancia decisiva al margen de apreciación del que disfrutaban los Estados, ante la ausencia de una concepción uniforme relativa a la “protección de los derechos ajenos” y al “orden público”, así como la diversidad de reglamentaciones existentes en la materia relativa a las relaciones entre el Estado y las religiones o, más concretamente, sobre el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza (apartados 101 y 102 de la Sentencia de 29 de junio de 2004, y apartado 109 de la Sentencia de 10 de noviembre de 2005). El Tribunal recuerda el papel fundamentalmente subsidiario del Convenio, así como que las autoridades nacionales se encuentran en principio en mejor posición para pronunciarse sobre

las necesidades y contextos locales (apartado 100 de la Sentencia de 29 de junio de 2004). Por este motivo, la fundamentación del Tribunal contiene constantes alusiones a la situación concreta del Estado implicado: Turquía. Así, afirma la Sentencia de Sala que “*En un país como Turquía* en el que la gran mayoría de la población pertenece a una religión concreta, las medidas tomadas en las universidades para impedir a ciertos movimientos fundamentalistas religiosos ejercer una presión sobre los estudiantes que no practican la religión en cuestión o sobre los que pertenecen a otra religión pueden estar justificadas respecto al artículo 9.2 del Convenio. *En este contexto*, las universidades laicas pueden igualmente reglamentar la manifestación de los ritos y de los símbolos de esta religión, señalando restricciones de lugar y de forma, con el fin de garantizar el carácter mixto de los estudiantes de creencias diversas y de proteger así el orden público y las creencias ajenas” (apartado 99 de la Sentencia de Sala. La cursiva es nuestra. Véase este argumento reiterado en el apartado 111 de la Sentencia de Gran Sala). Estas concesiones al margen de apreciación de las autoridades estatales pueden encontrarse también en las sentencias del caso *Kervanci contra Francia* (apartados 63, 71 y 72) y *Dogru contra Francia* (apartados 63, 71 y 75).

Con este condicionante, no es posible trasladar automáticamente las consideraciones efectuadas por el TEDH al caso español<sup>1</sup>. El recurso en el plano europeo a la doctrina del margen de apreciación, lejos de eximir a las autoridades nacionales del análisis del asunto planteado a partir de sus propias normas constitucionales, remite precisamente la solución a la aplicación de éstas. Será necesario, pues, estudiar el problema desde el ordenamiento constitucional español para decidir en qué medida se reproducen aquí las condiciones jurídicas que fundamentan en otros Estados la decisión de prohibir el velo en los centros escolares<sup>2</sup>.

### 3. EL USO DEL HIYAB EN LAS AULAS: ¿PROBLEMA DE DISCIPLINA O DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Ante todo, debe definirse con claridad la naturaleza del asunto analizado. Al respecto se plantea una disyuntiva: o nos encontramos simplemente ante una cuestión relativa a la aplicación de las normas disciplinarias del centro<sup>3</sup> o, por el contrario, se trata de un problema que concierne a un derecho fundamental.

Las diferencias en el planteamiento son notables. Desde el primero de los puntos de vista sugeridos, la solución pasa por ver si la asistencia a clase con *hiyab* encaja en la definición del supuesto de hecho realizada por la norma disciplinaria para, en el caso de que así fuera, proceder a la imposición de la sanción correspondiente, resultando irrelevante a estos efectos si la alumna estaba o no ejerciendo un derecho fundamental. Se sostendría entonces que, en realidad, este asunto nada tiene qué ver con la libertad religiosa, sino más bien con la necesidad de lograr un cumplimiento generalizado de las normas internas disciplinarias del centro. Estas normas tendrían que ser respetadas por todos sus estudiantes con independencia de la religión que profesen, por ser normas generales que no admiten excepción.

Este discurso remite al argumento de la incidencia de la ley general sobre los derechos fundamentales, estudiado en el ámbito de la teoría general de estos derechos, sobre todo por la doctrina alemana<sup>4</sup>. En este contexto debe entenderse por ley general aquella norma que no se ocupa específicamente, o de forma completamente exclusiva, de los derechos fundamentales que se encuentran en discusión, y que, por tanto, no contiene restricciones especialmente dirigidas a tales derechos. En los casos que nos ocupan el objeto de la norma prevista en los reglamentos internos consiste en el mandato de asistir a clase con la cabeza descubierta, o, en sentido contrario, en la prohibición de hacerlo portando prenda alguna que la cubra. Así definida, no es una norma reguladora de la libertad religiosa, sino de la

disciplina del centro escolar, que, observada en abstracto, no parece arrojar problema alguno de inconstitucionalidad.

Sin embargo, lo que aquí se discute no es la constitucionalidad de las normas arriba reproducidas, sino más bien los efectos de su aplicación al caso concreto. Cuando ellas inciden sobre una manifestación de un derecho fundamental (como podría ser, en este caso, el uso del *hiyab*) el problema planteado traslada su sede. Deja de ser un asunto relativo a la aplicación de las normas disciplinarias del centro para convertirse en un problema de derechos fundamentales, que debe ser analizado con los instrumentos específicos de su estudio jurídico. La delimitación de los derechos fundamentales debe ser realizada a partir, principalmente y salvo excepciones que no vienen al caso, de su propia formulación en el texto constitucional. El uso del argumento de la ley general encubre en realidad un límite al derecho, que queda de este modo exento indebidamente del control del cumplimiento de los requisitos que todo límite a un derecho fundamental debe cumplir.

En definitiva, antes de concluir que nos encontramos ante un mero problema de aplicación de las normas disciplinarias del centro, resulta necesario adentrarse en la delimitación constitucional del derecho fundamental implicado, la libertad religiosa, para establecer si ésta protege o no, como una de sus manifestaciones, el derecho de las alumnas musulmanas a portar *hiyab*. De afirmarse la existencia de tal derecho, la aplicación de la norma general sancionadora no puede ser sino vista como un límite al mismo, toda vez que de su aplicación resulta la privación de protección a parte del contenido por él delimitado.

### 4. EL DERECHO A PORTAR HIYAB COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Según el art. 16.1 CE, “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los

individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Este precepto, por lo que a la libertad religiosa se refiere, “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (STC 101/2004, f.j. 3). Pero, junto a esta dimensión interna, este derecho posee otra, externa, que implica la posibilidad de actuar libremente (*agere licere*) con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos (STC 20/1990, f.j. 20). Las manifestaciones abarcadas por esta dimensión externa no se limitan únicamente a las orales o escritas, sino que se incluyen también actitudes y conductas. Así, la libertad religiosa ampara el ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001, f.j. 4).

Aun sin querer profundizar aquí en una cuestión que es objeto de discusión dentro de la propia religión islámica, no cabe ninguna duda de que el tenor literal del Corán ofrece argumentos suficientes para que desde algunos de sus sectores se considere que el uso del *hiyab* responde a una obligación impuesta por su credo<sup>5</sup>. Siendo esto así, la propia libertad religiosa protege el derecho de la mujer a interpretar el uso del *hiyab* como cumplimiento de un mandato religioso. No es función del Estado dar una respuesta a las cuestiones dogmáticas propias de las distintas religiones<sup>6</sup>. A ello se opondría su condición de Estado neutral, que el Tribunal Constitucional (en adelante TC o “el Tribunal”) ha derivado del apartado tercero del propio art. 16 CE (“Ninguna confesión tendrá carácter estatal”). Esta neutralidad “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales” (STC 46/2001, f.j. 4). Es por ello que en la STC 38/2007 se afirma, en relación con la enseñanza de la asignatura de religión, que “El credo religioso objeto de

enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE” (f.j. 5). Esto no significa, en modo alguno, que a esta función de las confesiones religiosas no se le pueda imponer límite alguno, pues, como afirma el TC en la Sentencia anteriormente citada, “por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas (...) tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional” (f.j. 7).

Así pues, entre las manifestaciones de la libertad religiosa protegidas en principio por el ámbito de delimitación del art. 16.1 CE, se encuentra el derecho a portar *hiyab*<sup>7</sup>. Así lo ha considerado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Leyla Sahin contra Turquía*, donde parte de que la prohibición del *hiyab* en un centro universitario constituye una injerencia en el ejercicio por la demandante del derecho a manifestar su religión (apartado 71 de la Sentencia de Sala y 78 de la Sentencia de Gran Sala). De este modo, de acuerdo con lo establecido en el art. 16.1 CE, sólo cabe prohibir el uso del *hiyab* si esta limitación de la libertad religiosa es “necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Lejos está, pues, este asunto de tratarse de un mero problema de aplicación de las normas disciplinarias del centro.

Nada cambia en la conclusión alcanzada la eventual minoría de edad de la persona protagonista de los acontecimientos, ya que, como veremos más adelante, los menores son también titulares del derecho fundamental a la libertad religiosa. Del mismo modo, resulta absolutamente irrelevante para nuestro análisis la circunstancia relativa a la nacionalidad del

sujeto activo del derecho, no sólo porque, obvio sería decirlo, la cuestión afecta igualmente a las alumnas musulmanas de nacionalidad española, sino también porque el derecho a la libertad religiosa debe situarse entre aquellos que, por su íntima conexión con la dignidad de la persona, corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los nacionales, según la doctrina del TC (STC 236/2007, f.j. 3).

Una vez que hemos concluido que el uso del *hiyab* por las alumnas musulmanas forma parte del contenido de su derecho fundamental a la libertad religiosa, centraremos nuestro discurso en los siguientes epígrafes en la posibilidad de que su prohibición en el entorno escolar encuentre justificación como límite a tal derecho.

## 5. LA PROHIBICIÓN DEL HIYAB COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

### A. EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO PROTEGIDO POR LA LEY COMO ÚNICO LÍMITE A LAS MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Para responder a la cuestión planteada acerca de la constitucionalidad de la prohibición del *hiyab* en los colegios públicos como límite de la libertad religiosa de las alumnas musulmanas, resulta necesario recordar una vez más que, según el art. 16.1 CE, la libertad religiosa de los individuos no admite “más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Esta cláusula de orden público ha sido considerada por el TC como “límite intrínseco” al ejercicio de este derecho (STC 46/2001, f.j. 5).

En un plano formal destaca el hecho de que, en virtud del art. 16.1 CE, el orden público que justifica la limitación de las manifestaciones de la libertad religiosa es únicamente

el “protegido por la ley”, referencia que ha de entenderse realizada, sobre la base del art. 81.1 CE, a la Ley Orgánica. En efecto, la Constitución reserva a la Ley orgánica el “desarrollo” de los derechos fundamentales y libertades públicas, concepto en el que entra plenamente la fijación de límites a los derechos fundamentales (por todas, STC 173/1998, f.j. 7)<sup>8</sup>.

Una definición legal genérica de lo que deba entenderse a estos efectos por “orden público” se encuentra en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR): “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

La interpretación que se dé al concepto de “orden público” debe venir orientada por su carácter excepcional como único límite al ejercicio de las libertades del art. 16 CE, que el TC ha deducido de la trascendencia constitucional de la libertad de creencias (STC 46/2001, f.j. 11). Por otra parte, dada la importancia de la libertad religiosa para la efectividad de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el TC ha señalado que “el enjuiciamiento acerca de la aplicación de esta limitación constitucional ha de llevarse a efecto por parte de este Tribunal con un especial rigor, a través de un escrutinio estricto” (STC 46/2001, f.j. 9). Por ello, el recurso al orden público no puede implicar una exposición mayor de esta libertad a la imposición de límites, que la que es común al resto de derechos fundamentales. No parece haberlo visto siempre así el TC, que, en una construcción de difícil explicación, ha indicado que: “El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros me-

diante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley” (STC 141/2000, f.j. 4). La sentencia no aclara, sin embargo, qué bien o derecho que no esté protegido constitucionalmente puede integrar el concepto de orden público del art. 16.1 CE. A nuestro juicio, la respuesta debe ser “ninguno”.

Especial importancia para el asunto que nos ocupa tiene el que, dado el referido carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de la libertad religiosa, a modo de principio queda vedada a los poderes públicos su aplicación “como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias (...) el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para ‘la seguridad, la salud y la moralidad pública’, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto” (STC 46/2001, f.j. 11).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, difícilmente se puede aceptar que el uso del *hiyab*, por sí sólo, entre en un conflicto cierto con la seguridad, salud o moralidad pública. Sobre el concepto de moralidad pública, el propio TC ha advertido que, cuando actúa como límite de algún derecho fundamental, “ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central

en el sistema jurídico (artículo 10 de la Constitución)” (STC 62/1982, f.j. 3).

Así pues, el examen acerca de la constitucionalidad de la prohibición del velo en las escuelas públicas debe continuar con su contraste con los requisitos que, en este sentido, debe cumplir todo límite a un derecho fundamental, según una doctrina consolidada del TC<sup>9</sup>. Son los siguientes: a) la limitación debe perseguir la garantía de otro bien o derecho constitucionalmente reconocido; b) el límite debe ser proporcional. Así, ha de ser útil para conseguir el fin que se propone (principio de utilidad o adecuación); no debe existir otro modo de conseguir dicho fin con la misma intensidad, pero de forma más favorable para el derecho fundamental limitado (principio de necesidad); y debe ser coherente con el resultado de ponderar los bienes y derechos constitucionales en conflicto, de manera que la restricción se corresponda con la importancia que, desde el punto de vista constitucional, debe atribuirse a cada uno de ellos (principio de proporcionalidad en sentido estricto); c) el límite no puede afectar al contenido esencial del derecho.

En los siguientes epígrafes aplicaremos estos criterios a los argumentos que usualmente se manejan para justificar la prohibición del uso del *hiyab*. Abordaremos en primer lugar este análisis con relación a la protección de bienes o derechos constitucionales de la propia niña o mujer musulmana, para después continuar con el resto.

## B. EL HIYAB Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER MUSULMANA

### a) El argumento de la igualdad de género

El bien constitucionalmente protegido que se suele invocar frente a la libertad religiosa como fundamento de la prohibición del *hiyab* es la igualdad de la mujer<sup>10</sup>. Se sostiene en este sentido que el *hiyab* es un símbolo de la represión de la mujer, única a la que se impone

la obligación de portarlo; se alude a la incomodidad de su empleo y a sus efectos sobre el desarrollo de la personalidad de la mujer, que se ve impedida de mostrar sus cabellos, al tiempo que se afirma que la mujer islámica estaría sometida de tal modo a la influencia de su cultura y a las presiones familiares y del entorno social, que no se podría concluir que fuera realmente libre para tomar su propia decisión. El argumento de la igualdad ha encontrado incluso eco en la doctrina del TEDH. Así, en sus sentencias el Tribunal recuerda cómo en el asunto *Dahlab contra Suiza*, relativo al uso del velo islámico por la profesora de una clase de niños pequeños, se hacía referencia a la difícil conciliación del velo con el principio de igualdad entre sexos (por todas, caso *Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004, apartado 98; apartado 111 de la sentencia de 10 de noviembre de 2005).

Algo resulta claro al respecto: de concluirse que la protección de la igualdad de género justifica una limitación de la libertad religiosa de la mujer musulmana como la que aquí se discute, la consecuencia, que no es otra que la prohibición del uso del *hiyab*, no podría limitarse al espacio escolar, ya que el bien jurídico comprometido se vería afectado en todo lugar y en cualquier circunstancia. El hecho es que una prohibición con tal alcance no ha sido, sin embargo, planteada.

Resulta evidente que toda mujer tiene derecho a no utilizar el *hiyab*. Si no fuera suficiente con la invocación del valor superior libertad (art. 1.1 CE) para fundamentar dicho derecho, éste encuentra fácil acomodo en el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y en la propia libertad religiosa que sirve de base a su empleo, y que comprende, como hemos visto, el derecho a no creer o a no compartir las creencias de otros. No cabe duda, pues, que en nuestro ordenamiento no tiene cabida la imposición obligatoria del velo islámico. No es esto, por lo tanto, lo que aquí se discute. Se trata, por el contrario, de determinar si se puede prohibir el uso del *hiyab* a quien decide libremente portarlo, por coherencia con sus propias convicciones religiosas.

Conviene entonces precisar, en primer lugar, que en el problema jurídico indicado no está en juego el derecho fundamental a la igualdad, o al menos no su vertiente subjetiva. En virtud de esta vertiente subjetiva, los derechos fundamentales protegen un determinado bien jurídico, facultad o posibilidad de actuación de cada persona individualmente considerada y genera en ésta, en caso de violación, la posibilidad de recabar de los órganos judiciales su protección. La vertiente subjetiva del derecho a la igualdad debería ser tomada en consideración, como hemos visto, si el objeto de discusión fuera la constitucionalidad en nuestro ordenamiento de la imposición a la mujer musulmana de la obligación de portar el *hiyab*. Frente a tal obligación, se impondría el derecho fundamental a la igualdad de la mujer (art. 14 CE). Es por ello que la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales les obliga a proteger a la mujer frente a todo intento de imposición de su empleo contra su voluntad, por ser lesiva de su derecho fundamental a la igualdad y de su libertad, utilizando para ello, en su caso, las herramientas ofrecidas por el Derecho penal.

No obstante, los derechos fundamentales poseen también una vertiente objetiva. En este aspecto objetivo, como señala el TC, “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’” (STC 53/1985, f.j. 4). Es esta vertiente del derecho a la igualdad, la igualdad como principio constitucional, la que se ha invocado como argumento para justificar la prohibición del uso del *hiyab* en las escuelas. En nuestro ordenamiento, su fundamento constitucional se encontraría más bien, por tanto, en el art. 9.2 CE, en virtud del cual “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad

y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; [y] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Al respecto, debe recordarse que, como ha señalado reiteradamente el TC, “Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución [...] no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos” (por todas, STC 91/1983, f.j. 3). La igualdad, incluso la de género, no es una excepción a este principio. Por tanto, cualquier posición que parta de la premisa de que la igualdad debe ser protegida en términos absolutos y a cualquier coste debe quedar descartada.

Bajo el debate suscitado por el uso del *hi-yab* en la escuela podría encontrarse, por tanto, un conflicto entre bienes y derechos constitucionales. Por un lado, estaría el principio constitucional de igualdad y, por otro, el derecho fundamental a la libertad religiosa. Sin embargo, la verificación de este conflicto en el caso concreto se enfrenta con un problema importante: la pluralidad de significados que puede tener el uso del *hi-yab*<sup>11</sup>. No se puede afirmar que el empleo de esta prenda refleje siempre en la actualidad una situación de subordinación de la mujer al hombre; esto es, de discriminación por razón de sexo<sup>12</sup>. Especialmente difícil resulta alcanzar esta conclusión en el caso de estudiantes universitarias, como Leyla Sahin. No se puede dudar que es un rasgo distintivo entre el hombre y la mujer, pero sí que incorpore en todo caso la connotación negativa que lo convierte en discriminatorio. Resultaría necesario atender, pues, al significado que cada mujer otorga al *hi-yab* si no queremos caer en el error de imponer sobre todas ellas una valoración genérica realizada desde el prisma exclusivo de la cultura occidental, prescindiendo de cualquier otra consideración. Como ha quedado de manifiesto en el debate público suscitado tras el caso Najwa, algunas mujeres, especialmente jóvenes, pueden incluso decidirse a utilizar el *hi-yab* como símbolo

de rebeldía y de reivindicación de su identidad cultural, en ocasiones frente a la opinión de su propio entorno social y familiar, lo que dista notablemente de la imagen típica de la mujer discriminada.

Por otra parte, el conflicto observado tiene lugar entre dos bienes jurídicos que pertenecen o inciden sobre la misma persona. En estos supuestos debe reconocerse un peso decisivo al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que “protege la configuración autónoma del propio plan de vida” [STC 60/2010, f.j. 8.b)]<sup>13</sup>. Recogido en el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social, obliga a inclinar la balanza del lado de la voluntad del propio sujeto afectado, salvo que la concurrencia de intereses públicos constitucionalmente prevalentes justifique lo contrario. Esta excepción debe ser, no obstante, interpretada restrictivamente.

Frente a este argumento, podría oponerse la falta de libertad real de la mujer musulmana a la hora de tomar su decisión al respecto. Ésta se encontraría, desde este punto de vista, sometida a fuertes condicionamientos culturales y familiares de los que sería incapaz de abstraerse. No podemos compartir esta posición, en la medida en que parte de un concepto de libertad que no es utilizable en el análisis jurídico. Para el Derecho debe resultar, por supuesto, relevante cualquier forma de violencia, física o psicológica, que se utilice sobre la mujer para forzar su voluntad a la hora de adoptar su decisión sobre usar o no el *hi-yab*. Pero otros condicionamientos difusos de tipo cultural, social o incluso familiar no han de ser tenidos en cuenta, si no queremos otorgar al Derecho un papel paternalista que no le corresponde<sup>14</sup>.

Aun en el supuesto en que, como se apunta en las resoluciones del caso *Leyla Sahin contra Turquía* (apartado 99 de la sentencia de 2004 y 109 de la sentencia de 2005), se comprobara la existencia real de presiones sobre las mujeres por parte de movimientos fundamentalistas para forzar el uso del *hi-yab* por éstas, la respuesta de los poderes públicos debería pasar, en un Estado democrático, por la adopción de las medidas que fueran necesarias para salva-

guardar el derecho de la mujer a decidir libremente acerca de su empleo, así como por la persecución de los autores de tales actos<sup>15</sup>. La adopción por este motivo de una prohibición general del uso del *hiyab* resultaría inconstitucional por excesiva; esto es, por desproporcionada<sup>16</sup>. Resulta además, cuanto menos, extraño que para proteger la libertad de decisión de la mujer se tenga que adoptar una medida consistente precisamente en la privación a ésta de la libertad misma<sup>17</sup>.

Por último, no se puede dejar de valorar los efectos perniciosos que la decisión de prohibir podría tener de cara a la propia igualdad real de la mujer que aspira a proteger<sup>18</sup>. Superada la edad correspondiente a la enseñanza obligatoria, ésta se vería forzada a decidir entre permanecer en el sistema educativo, renunciando a su identidad religiosa, o continuar con el uso del velo, pero fuera de dicho sistema. Situada ante el supuesto patológico consistente en que el *hiyab* encubra una situación real de subordinación de la mujer, probablemente se impondría la segunda opción mencionada, lo que agravaría aún más su situación. La mujer perdería entonces una de las pocas posibilidades de formarse en un contexto que favoreciera finalmente su emancipación.

## b) Los derechos fundamentales de las menores musulmanas

Especial atención merecen, en el asunto que estudiamos, las menores. Por su escasa edad, las niñas menores de familia musulmana están expuestas a la influencia material de las creencias de sus padres en mayor medida que las mujeres adultas, lo que puede condicionar su decisión sobre el uso del velo. En todo caso, debe apuntarse que esta influencia no es distinta, en realidad, de la que todo progenitor, cualquiera sea su credo, puede ejercer sobre su hijo en otros asuntos.

Lo cierto es que, a modo de principio, tampoco se puede privar a los padres de su derecho a formar moral y religiosamente a sus hijos<sup>19</sup>. Esta cuestión ha sido abordada, si bien en un contexto distinto, en la STC 141/2000 (f.j. 5).

El TC incluye allí en la libertad de creencias de los progenitores el derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, si bien señala los límites a los que queda sometida la actuación de los padres. Tras afirmar que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, y, por tanto, también de su libertad de creencias e integridad moral, niega el TC que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos deban entenderse abandonados por entero a lo que pudieran decidir quienes tuvieran su patria potestad o, en su caso, su guardia y custodia. Así, se reconoce la intangibilidad de la integridad moral de los menores y su propia libertad de creencias, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo.

De este modo, afirma el TC que “el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”. La incidencia de los padres sobre el disfrute por sus hijas de sus derechos fundamentales deberá modularse, como afirma el TC, en función de la madurez de éstas y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. En caso de conflicto entre los derechos de unos y otras, la ponderación a realizar tiene que venir guiada por el “interés superior” de los menores de edad<sup>20</sup>.

El art. 2.1.c) LOLR establece, como parte de la libertad religiosa y de culto, el derecho a “elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Este derecho de los padres debe ser interpretado, sobre la base de lo establecido en el art. 10.2 CE, de acuerdo con lo que al respecto dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, que, en su art. 14.2, hace referencia a “los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de

sus facultades”. Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recoge “el derecho y el deber” de los padres y tutores “de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. Se trata, pues, de una función de orientación y de cooperación, variable en intensidad en función de la madurez del niño, pero que no puede ir dirigida a otro fin que no sea el propio interés del menor y su desarrollo integral<sup>21</sup>. No creemos que se pueda sostener en la actualidad que el uso del *hiyab* entre, en sí mismo considerado, en abierto conflicto con dicho objetivo.

En definitiva, nuestro ordenamiento protege, por un lado, el derecho de los padres a hacer proselitismo de sus creencias religiosas con sus hijos, y, por otro, el de las hijas, incluso menores, en función de su madurez, a oponerse a dicha influencia y negarse, llegado el caso, a usar el *hiyab*. Es función de los poderes públicos garantizar ambos derechos en su mayor extensión posible, y, en caso de conflicto, resolver de acuerdo con los criterios expuestos.

### c) El principio de laicidad

Como hemos visto, el TEDH ha afirmado en distintos supuestos que la prohibición del uso del velo en centros educativos no lesiona el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Buena parte de la argumentación de estas sentencias se basa en la vigencia en los correspondientes Estados del principio de laicidad (caso *Leyla Sahin contra Turquía*, apartados 99, 105, 106 y 110 de la sentencia de 2004 y apartados 113 a 116 de la sentencia de 2005; caso *Kervanci contra Francia*, apartados 66, 69, 72; caso *Dogru contra Francia*, apartados 69 y 72). Aunque excede con mucho el objetivo de este trabajo el estudio de los distintos tipos de laicidad existentes o de los diversos modos en que pueden ser reguladas las relaciones entre Estado y confesiones religiosas, debemos responder a la cuestión de si el significado que en nuestro ordenamiento adquiere el principio de laicidad autoriza también a basar en él una prohibición del velo islámico en la escuela pública<sup>22</sup>.

Como es ya sabido, el art. 16.3 CE establece que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. De este criterio de aconfesionalidad del Estado, el TC ha deducido un principio de neutralidad de los poderes públicos, que conforma la denominada “dimensión objetiva” de la libertad religiosa. La neutralidad religiosa del Estado español supone la prohibición para el Estado mismo de “cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso” y “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales”, impidiendo además “que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos” (STC 24/1982, f.j. 1). Por otra parte, en virtud del citado deber de neutralidad las confesiones religiosas no pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando igual posición jurídica que éste [STC 340/1993, f.j. 4.D)].

La jurisprudencia constitucional no ha interpretado, sin embargo, el principio de neutralidad en términos de estricta separación entre Estado y religión, ni de erradicación del fenómeno religioso del espacio público. Antes bien, el Tribunal Constitucional ha utilizado, como equivalente al término “aconfesionalidad”, la expresión “laicidad positiva” (SSTC 46/2001, f.j. 4; 38/2007, f.j. 5), para referirse a la actitud positiva que es exigible de los poderes públicos respecto de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, que pueden llegar a tener naturaleza asistencial o prestacional (STC 38/2007, f.j. 5).

La específica relevancia del principio de neutralidad ideológica del Estado y sus agentes en el centro escolar ha sido destacada por el TC (STC 5/1981, f.j. 9) como garantía de los derechos fundamentales de los alumnos y de sus padres. La neutralidad, sin embargo, debe predicarse de los poderes públicos, no así de los ciudadanos que se relacionan con él<sup>23</sup>. Éstos sólo se ven afectados por la neutralidad estatal en la medida en que les impide pretender de los poderes públicos aquello que vaya en con-

tra de sus postulados. El principio de neutralidad no se proyecta por tanto sobre el espacio que la escuela abarca, en sí mismo considerado, sino sobre lo que en él pueden, o no, hacer los poderes públicos. Los espacios públicos no son lugares ajenos al ejercicio de los derechos fundamentales, sino emplazamientos donde éstos pueden ser ejercidos por sus titulares, con los límites que en cada caso se impusieran, de acuerdo con la norma constitucional.

Esta diversa posición que ante el fenómeno religioso adoptan los sujetos privados y los poderes públicos es, por otra parte, la que priva de sentido la comparación que desde diversos sectores de la opinión pública se ha realizado entre el problema que nos ocupa y aquel otro relativo a la exhibición de crucifijos por los centros escolares públicos. Mientras la libertad religiosa permite a las alumnas musulmanas portar el *hiyab*, el principio de neutralidad impide a los centros escolares públicos protagonizar cualquier actitud religiosa y, por tanto, adornar sus paredes con símbolos de este tipo. No existe ninguna contradicción en ello. Así debe suceder, además, con independencia de cuál sea la religión mayoritaria profesada por los padres y sin necesidad de que alguno de ellos solicite expresamente su retirada, allá donde estén presentes, puesto que se trata de un principio constitucional cuya vigencia no puede quedar en manos de la decisión de los particulares afectados.

En definitiva, el intento de deducir del principio de aconfesionalidad del Estado un límite al lícito ejercicio de la libertad religiosa por los individuos supone en realidad una perversión de su sentido constitucional, que, como se indica en la STC 340/1993, [f.j. 4.D)], no es otro que el de actuar precisamente como garantía de este derecho.

#### **d) La libertad religiosa de los alumnos no musulmanes**

La prohibición del uso del *hiyab* podría justificarse si se entendiera que la Constitución reconoce un derecho a los restantes estudiantes a no verse expuestos a símbolo religioso algu-

no, incluidos aquellos utilizados por el resto de compañeros. La sede de este supuesto derecho se encontraría en la misma libertad religiosa invocada por las alumnas musulmanas como apoyo para el uso de la prenda.

Sin embargo, la libertad religiosa no puede dar cabida a una manifestación que, paradójicamente, pondría fin a todas las manifestaciones públicas de la propia libertad<sup>24</sup>. El TC ha reconocido en diversas resoluciones un derecho a no ser obligado a participar en ceremonias de índole religiosa (SSTC 177/1996, en relación con un militar y 101/2004, respecto de un policía). Esta doctrina, no obstante, no resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa, toda vez que la presencia en clase de una alumna portadora de *hiyab* no convierte el acontecimiento en una manifestación de culto, naturaleza que sí poseen un homenaje a la Virgen y un desfile procesional (STC 101/2004, f.j. 4).

Por otra parte, el TC ha puesto de manifiesto la existencia de otros dos límites al derecho fundamental a la libertad religiosa en su dimensión externa: uno de ellos deriva de la propia libertad de creencias en su vertiente negativa y consiste en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos; el otro lo constituye “la integridad moral (art. 15 C.E.) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes” (STC 141/2000, f.j. 3).

El TEDH invoca este argumento cuando, en sus resoluciones, hace referencia al Caso Dahlab contra Turquía, donde se califica el *hiyab* como un “poderoso símbolo externo”, que podría trasladar a los alumnos un mensaje difícilmente conciliable con la igualdad de género, con la necesaria tolerancia o el respeto por los otros (por todos, caso Leyla Sahin, apartado 111 de la sentencia de 2005)<sup>25</sup>. Más allá de lo criticable que resulta que el Tribunal Europeo se permita realizar consideraciones generales de este tipo acerca de una prenda utilizada legítimamente como símbolo religioso por numerosos ciudadanos europeos, el TEDH se

equivoca también al trasladar, sin más, un argumento elaborado para analizar la influencia que el velo de una profesora puede tener sobre sus alumnos pequeños, a la relación, de naturaleza totalmente distinta, entre compañeros que, además en el caso de Leyla Sahin, eran ya mayores de edad.

Ninguno de los límites arriba citados resulta en realidad aplicable al supuesto consistente en el mero uso del *hiyab* por una alumna en el aula. Este hecho no puede ser considerado en sí mismo un acto de proselitismo<sup>26</sup>. Este término aparece definido en el Diccionario de la Lengua Española como “celo de ganar prosélitos”; esto es, personas incorporadas a una religión. Asociar el simple cumplimiento de un mandato religioso como el que analizamos a una labor de proselitismo conllevaría, como se indicó con anterioridad, el riesgo de desterrar toda manifestación religiosa al espacio privado, cualquiera que fuera su naturaleza; algo que en absoluto puede encontrar apoyo en el texto constitucional. Tampoco la integridad moral del resto de miembros de la comunidad escolar se ve afectada por tal acontecimiento en los supuestos típicos de convivencia escolar.

Esto no significa que no puedan darse casos en los que el uso del *hiyab* forme parte, junto con otros elementos, de una estrategia por parte de grupos fundamentalistas destinada a presionar o intimidar a otras estudiantes que desearan no utilizarlo. Como expusimos con anterioridad, los poderes públicos deberían entonces, verificado el supuesto, perseguir y sancionar con dureza estas conductas, y proteger al mismo tiempo, y amparar, a las víctimas, reales o potenciales. La prohibición generalizada del *hiyab* se muestra, sin embargo, como una medida desproporcionada e inadecuada, cuya adopción ni siquiera parece útil para asegurar el fin de las presiones<sup>27</sup>.

### e) Otras consideraciones específicas sobre el entorno escolar

Parafraseando la doctrina del TC sobre los derechos fundamentales en el ámbito laboral, podría decirse que el ingreso de un alumno en

un centro escolar no implica para él la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (STC 186/1993, f.j. 3). Los centros escolares no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad y nada legítima que los estudiantes deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional (STC 88/1985, f.j. 2). Así, la actuación del centro escolar que limita un derecho fundamental no está exenta de cumplir todos los requisitos que son exigibles, como hemos visto, a cualquier restricción de un derecho fundamental.

En el contexto escolar, la libertad religiosa no es, por lo demás, el único derecho fundamental en juego cuando se impone una sanción a una alumna por llevar el velo islámico. También debe ser tenido en cuenta, en función de las circunstancias, el derecho a la educación (art. 27 CE) pues, como señala el TC “(d) nada serviría reconocer este derecho en el texto constitucional si luego fuese posible sancionar arbitrariamente a los alumnos dentro de los centros por supuestas faltas de disciplina cuya consecuencia última pudiera ser la expulsión del centro; con ello se imposibilitaría o al menos se dificultaría el ejercicio real de ese derecho fundamental” (STC 5/1981, f.j. 28). En el mismo sentido, se ha puesto de manifiesto que el derecho de acceder al centro escolar elegido, sea público o privado, que es otra de las manifestaciones del art. 27.1 CE, “(e) encuentra, obviamente, un imprescindible correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, de tal modo que la expulsión de la escuela, en determinadas circunstancias, puede entrañar la vulneración del derecho a la educación” (AATC 382/1996, f.j. 4; 333/1997, f.j. 4)<sup>28</sup>.

Algún autor ha destacado la posibilidad de condicionar el uso particular de símbolos religiosos como el que nos ocupa en centros escolares al correcto desenvolvimiento de la función educativa o de la actividad docente<sup>29</sup>. Aunque el argumento es correcto en sede teórica, ya que éste es un bien constitucionalmente protegido, no acertamos, sin embargo, a ver

en qué medida el mero uso pacífico del *hiyab* puede realmente alterar esa función.

También se podría plantear si la garantía de la paz social en el entorno escolar o la adecuada convivencia en el mismo justifica la prohibición del uso del *hiyab*. En este sentido, puede darse el caso de que los padres del resto del alumnado o los propios alumnos muestren, en forma más pacífica o menos, su disconformidad con la presencia del símbolo religioso. ¿Sería entonces la prohibición un medio constitucionalmente aceptable para solventar este problema de convivencia?<sup>30</sup>

A nuestro juicio, vuelve a imponerse aquí una respuesta negativa. La paz social protegida constitucionalmente en el art. 10.1 CE se fundamenta en realidad, como el propio precepto constitucional establece, en los derechos inviolables inherentes a la persona, el libre desarrollo de su personalidad y en el respeto a los derechos de los demás. Nuestra Constitución no aspira, por tanto, a proteger una paz social lograda a costa del sacrificio injustificado de los derechos fundamentales.

Por otra parte, al encontrarnos en un entorno escolar, resulta de interés también lo dispuesto por el art. 27.2 CE, según el cual “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. La referencia a “los principios democráticos de convivencia” no autoriza a otorgar a la mayoría representada en el consejo escolar la potestad de decidir si una alumna puede o no portar *hiyab*, pues, como señala el TC, “la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma Fundamental, debe ser garantizada” (ATC 180/1986, f.j. 2). En definitiva, la convivencia democrática debe articularse sobre el respeto a la libertad religiosa, no a través de su sacrificio.

Sentadas estas bases, nos plantearemos a continuación si las normas de convivencia fijadas en el reglamento de régimen interior

del centro pueden actuar como fundamento jurídico suficiente para imponer un límite al derecho a la libertad religiosa de las alumnas y, por otra, el papel que al respecto puede desempeñar el correspondiente consejo escolar.

Vaya por delante que no creemos que sea correcto dejar la decisión sobre el uso del *hiyab* en los centros escolares a la autonomía del centro<sup>31</sup>. En sí misma considerada, ésta no es, por supuesto, un bien o derecho constitucionalmente protegido que pueda oponerse como tal a la libertad religiosa. Su fundamento es exclusivamente legislativo (arts. 120 a 125 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). Tampoco se puede consentir que las posiciones jurídicas fundamentales de las personas varíen, no ya de una Comunidad Autónoma a otra, sino de un centro escolar a otro, quizás situado a escasos metros de distancia del primero.

El TC ha avalado, en unos términos ciertamente generales, la imposición por ley orgánica al discente del deber de respetar las normas de convivencia dentro del centro docente. De esta forma, el Alto Tribunal ha concluido que “(e)l incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar suficientemente la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración del derecho fundamental [a la educación]. Sólo, en suma, en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión” (AATC 382/1996, f.j. 4; 333/1997, f.j. 4). A nuestro juicio, deberá ser considerada, a estos efectos, arbitraria la imposición de una sanción al ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

Por otra parte, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, no creemos que el deber impuesto por la ley orgánica de acatar las normas de convivencia del centro habiliten a éstas para imponer un límite a la libertad religiosa como el que aquí se estudia. Como hemos visto, la Constitución reserva a la Ley orgánica la fijación de límites a los derechos fundamentales. Se vulnera con claridad esta reserva legal establecida constitucional-

mente cuando se deja a la decisión del reglamento interno de un centro escolar la vigencia en éste de una determinada manifestación de un derecho fundamental.

En relación con los supuestos a los que hacíamos referencia al inicio de este trabajo, cabe señalar que, negando la aplicabilidad al *hiyab* de la norma que prohíbe el uso en clase de cualquier prenda que cubra la cabeza, no tratamos de manera discriminatoria otros supuestos; pues, como es sabido, sólo existe discriminación cuando nos encontramos ante un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable. En este caso, los supuestos de hecho eventualmente comparables —piénsese, por ejemplo, en el uso de una gorra y del *hiyab*— no son homogéneos; no admiten en realidad comparación relevante a los efectos del art. 14 CE, en la medida en que uno —el *hiyab*— es una manifestación religiosa protegida por el art. 16 CE, mientras que el otro —el gorro— es, en condiciones normales, una expresión del genérico principio de libertad, más expuesto a las limitaciones normativas que los derechos fundamentales. El trato desigual que consistiría en la no aplicación de esta norma al uso del *hiyab* se encontraría, por tanto, justificado por la necesidad de proteger el derecho a la libertad religiosa de la alumna que decide portarlo.

No se puede aceptar tampoco el discurso político hecho llegar a los medios de comunicación, en el sentido de que la autonomía de los centros escolares obliga a la Administración educativa a no entrar en la solución ofrecida al conflicto por el director y por el consejo escolar del centro. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos (art. 53.1 CE), lo que significa que éstos deben, por un

lado, abstenerse de cualquier acción u omisión lesiva del derecho y, por otro, protegerlos en caso de que hayan sido cuestionados. Es por ello que, en este caso, frente a la resolución del Consejo Escolar, cabe recurso ordinario ante el Director provincial, en los términos del art. 56 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.

Abandonando finalmente el plano nacional del que nos hemos venido ocupando, queremos poner de manifiesto las dificultades a las que se enfrentarían para pasar el filtro del TEDH las prohibiciones sobrevenidas, esto es, aquellas que carecen de base normativa anterior a la verificación del supuesto de hecho. Con base en el art. 9 CEDH, el Tribunal Europeo examina si la injerencia en el derecho a la libertad religiosa se encuentra “prevista por la Ley”. Esta expresión, a juicio del Tribunal, impone que el límite encuentre su fundamento en la legislación interna, entendido el término en su sentido material y no formal, como Derecho escrito, aun de rango infralegislativo, o incluso Derecho jurisprudencial. En todo caso, sin embargo, la ley debe ser accesible al ciudadano y previsible (por todas, Sentencia de 29 de junio de 2004, *Caso Leyla Sahin contra Turquía*, apartados 74, 77 y 81). En este sentido, podrían contravenir las exigencias del CEDH las modificaciones de los reglamentos internos de los centros escolares que se realicen “ad hoc”, con posterioridad a la aparición en el centro escolar de una alumna musulmana con *hiyab*, especialmente si tenemos en cuenta la inexistencia de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional sobre la cuestión.

## NOTAS

1. REY MARTÍNEZ, F.; “El problema constitucional del hijab”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 10, octubre 2010, P. 4. Tampoco puede perderse de vista que, en el ámbito internacional, otros órganos, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o el Parlamento Europeo han apelado a la necesidad de respetar el uso de estos símbolos por la mujer, como parte de su libertad religiosa (véanse los ejemplos citados en CAÑAMARES ARRIBAS, S.; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 185-186).

2. Para un análisis de la situación en Derecho comparado, pueden consultarse entre otros MORENO BOTELLA, G.; “Libertad religiosa y neutralidad escolar. (A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional)”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 58, núm. 150, enero-junio 2001, pp. 193 y ss.; CAÑAMARES ARRIBAS, *op.cit.*, pp. 67 y ss.; CACHO SÁNCHEZ, Y.; “La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 9, febrero 2006, pp. 3-8.
3. Véase esta posición reflejada en RUIZ MIGUEL, C.; “Disciplina en la escuela y crisis”, *ABC Galicia*, 9 de abril de 2011 (<http://www.abc.es/20110409/comunidad-galicia/abcp-ruiz-miguel-disciplina-escuela-20110409.html>).
4. Sobre este argumento véase NARANJO DE LA CRUZ, R.; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp. 51-54.
5. Véase al respecto, por todos, ALENDA SALINAS, M.; “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, septiembre 2005, pp. 4-5 y MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M.; “El velo islámico: contexto y significado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2010, pp. 845-847.
6. En contra, ALAEZ CORRAL, B.; “Símbolos religiosos y Derechos Fundamentales en la relación escolar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, p. 96.
7. Otros autores sitúan esta manifestación en el derecho fundamental a la propia imagen. En este sentido, por todos, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (con la colaboración de M.ª C. LLAMAZARES CALZADILLA); *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 47-48.
8. En contra de la exigencia de ley orgánica, BARRERO ORTEGA, A.; *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 189-190.
9. Un estudio en profundidad de esta doctrina, en NARANJO DE LA CRUZ, *op.cit.*, pp. 72-159.
10. Acerca de esta cuestión, FRAILE ORTÍZ, M.; “Detrás del velo: algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, enero-abril 2005, pp. 205-206; TUR AUSINA, R.; “Menores y simbología religiosa en los espacios educativos. La necesidad de priorizar el enfoque de la neutralidad estatal y la perspectiva de género”, inédito, 28 pp. (Leído por cortesía de la autora).
11. Véase este argumento en RIVAS PALÁ, P.; “Laicismo y sociedad liberal. Notas sobre la prohibición del ‘foulard islamique’ en las escuelas francesas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, pp. 226-227; MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, *op.cit.*, pp. 847-852; MORENO ANTÓN, M.; *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, pp. 153-154; CACHO SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 32.
12. Véase en este sentido el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 11); REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, pp. 5 y 7-10.
13. La prevalencia de la libertad de la mujer, en el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 12). Esta misma posición puede verse en PRIETO ÁLVAREZ, T.; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas/Thomson, Madrid, 2010, p. 158; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 159. Para TUR AUSINA, “tanto obligar o condicionar el uso del velo, como prohibirlo no son, sino dos modos distintos, con justificaciones también diversas, de atentar contra la libertad de elección de las mujeres” (*op.cit.*, p. 26).
14. Véanse el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 112) y REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 10.
15. Siguen esta línea RIVAS PALÁ, *op.cit.*, p. 225.
16. Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 134. TUR AUSINA considera la prohibición del velo como una medida “estéril e igualdad censurable desde una perspectiva de género” (*op.cit.*, p. 26). Abogan por la prohibición en los supuestos de

contextos sociales no respetuosos con la libertad de la mujer que imposibilitan a ésta adoptar una decisión autónoma al respecto, GUILLÉN LÓPEZ, E.; “La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Leyla Sahin c. Turquía” (nº 44771/98 de 29/06/2004)”, *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre 2004, p. 269; CACHO SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 32.

17. PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, pp. 133-134.

18. Véase este argumento, entre otros, en LASAGABASTER HERRARTE, I.; “El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, septiembre-diciembre 2004, p. 391; FRAILE ORTÍZ, *op.cit.*, p. 212; PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, pp. 158-159; TUR AUSINA, *op.cit.*, p. 22.

19. En este sentido, RIVAS PALÁ, *op.cit.*, p. 227. Sobre el papel de los padres en la formación religiosa de sus hijos, véase ALÁEZ CORRAL, B.; *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 219 y ss.

20. Sobre la libertad religiosa del menor, BARRERO ORTEGA, *op.cit.*, pp. 165 y ss. Acerca del criterio del interés del menor, ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 61 y ss. Para TUR AUSINA, el interés del menor se halla “ligado, inexcusablemente, a la continuidad en su proceso educativo con los menores costes sociales y personales posibles y al objeto de contribuir a la realización integral del menor como persona” (*op.cit.*, p. 22).

21. Véase al respecto, por todos, MORENO ANTÓN, *op.cit.*, pp. 67 y sigs.

22. Véase una respuesta negativa, en FRAILE ORTIZ, *op.cit.*, p. 12; RIVAS PALÁ, *op.cit.*, pp. 226-227; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 160; REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 12; TUR AUSINA, *op.cit.*, pp. 12-13.

23. Cfr. en este sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 381; PRIETO ÁLVAREZ, pp. 203 y ss. y 213-220; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 160.

24. Para PORRAS RAMÍREZ, el derecho a la libertad religiosa sí abarca, cuando menos, el derecho del alumno a pedir ser apartado de los símbolos religiosos portados por otros alumnos (PORRAS RAMÍREZ, J.M.<sup>a</sup>; “Laicidad y multiculturalismo, con especial referencia a la problemática suscitada en el ámbito educativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 11, 2008, pp. 130-131). También entraría en juicio, a juicio del autor, el derecho reconocido a los padres en el art. 27.3 CE a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (*ibidem*, p. 131). A nuestro juicio, sin embargo, no se puede atribuir al uso del *hiyab* por una alumna el significado formativo que requiere este precepto.

25. Una posición crítica con lo afirmado por el TEDH en el caso Dahlab, en el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 12); REY MARTÍNEZ, *op.cit.* p. 5.

26. En este sentido, PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 221; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 161.

27. En este sentido, PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 221. CAÑAMARES ARRIBAS entiende que la libertad religiosa de los demás alumnos justifica la limitación del uso del *hiyab* “en aquellos casos en que se emplee como instrumento de dominación, sometimiento, etc.” (*op.cit.*, pp. 49-50).

28. Sostiene la falta de proporcionalidad de la medida prohibitiva, por excluir a la menor del sistema educativo, REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, pp. 10-11.

29. PORRAS RAMÍREZ, *op.cit.*, p. 133; ALÁEZ CORRAL, *Minoría...*, pp. 198-199 y 203-204; LEMA TOMÉ, *op.cit.*, p. 332; PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 143.

30. Una respuesta afirmativa, en PORRAS RAMÍREZ, *op.cit.*, p. 133.

31. Al respecto, REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 2. En sentido contrario, PORRAS RAMÍREZ, *op.cit.*, pp. 129 y 134; PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, pp. 179-183.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALÁEZ CORRAL, B.; *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- “Símbolos religiosos y Derechos Fundamentales en la relación escolar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, pp. 89-125.
- ALENDASALINAS, M.; “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, septiembre 2005, pp. 1-26.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.; *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006.
- BARRERO ORTEGA, A.; *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- CACHO SÁNCHEZ, Y.; “La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 9, febrero 2006, pp. 1-35.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- FRAILE ORTÍZ, M.; “Detrás del velo: algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, enero-abril 2005, pp. 203-229.
- GUILLÉN LÓPEZ, E.; “La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Leyla Sahin c. Turquía” (nº 44771/98 de 29/06/2004)”, *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre 2004, pp. 263-271.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.; “El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, septiembre-diciembre 2004, pp. 383-394.
- LEMA TOMÉ, M.; *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (con la colaboración de M.<sup>a</sup> C. LLAMAZARES CALZADILLA); *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007.
- MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M.; “El velo islámico: contexto y significado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2010, pp. 835-857.
- MORENO ANTÓN, M.; *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007.
- MORENO BOTELLA, G.; “Libertad religiosa y neutralidad escolar. (A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional)”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 58, núm. 150, enero-junio 2001, pp. 173-218.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M.<sup>a</sup>; “Laicidad y multiculturalismo, con especial referencia a la problemática suscitada en el ámbito educativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 11, 2008, pp. 117-137.
- PRIETO ÁLVAREZ, T.; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas/Thomson, Madrid, 2010.
- REY MARTÍNEZ, F.; “El problema constitucional del hijab”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 10, octubre 2010, pp. 1-11.
- RIVAS PALÁ, P.; “Laicismo y sociedad liberal. Notas sobre la prohibición del ‘foulard islamique’ en las escuelas francesas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, pp. 217-232.
- TUR AUSINA, R.; “Menores y simbología religiosa en los espacios educativos. La necesidad de priorizar el enfoque de la neutralidad estatal y la perspectiva de género”, inédito, 28 pp. Leído por cortesía de la autora.

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011