

EL PROBLEMA DEL VELO ISLÁMICO EN EUROPA Y EN ESPAÑA

AGUSTÍN MOTILLA
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción: inmigración islámica en Europa y conflictos sociales.-2. El velo en el Islam y en Europa.-3. El pañuelo islámico en la escuela.-4. El derecho de los profesores al hiyab y sus límites.-5. El pañuelo islámico en las relaciones laborales.-6. Pañuelo islámico y seguridad pública. 7. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN: INMIGRACIÓN ISLÁMICA EN EUROPA Y CONFLICTOS SOCIALES

Las rápidas transformaciones sociales verificadas en el último decenio en nuestro país necesitan el estudio y la reflexión sosegada a fin de aportar soluciones acordes con nuestro sistema constitucional.

Los últimos siglos se han caracterizado por la proliferación de grupos que defienden intereses particulares, presionando a los poderes públicos para conseguir logros favorables a sus fines; las organizaciones sindicales o empresariales, los movimientos para la liberación sexual, o cualquier otro grupo político, económico, religioso o ideológico, reivindican los cambios normativos que favorezcan sus intereses. Si bien, fuera de sus fines específicos, comparten la cultura dominante. Pero ha sido tan sólo cuestión de varias décadas el que adquirieran relevancia social y, por tanto, se convierta en centro de atención de la Sociología, la irrupción de grupos y asociaciones que defienden una cultura diferente a la de la mayoría. Factores como la inmigración o la globalización de las ideolo-

gías y creencias, contribuyen a que personas dentro de nuestras fronteras compartan un cuerpo de creencias vividas individual y colectivamente, que se presentan como alternativa a la cultura dominante en la sociedad. Es lo que se ha denominado «multiculturalismo», expresión que ha tenido fortuna en su función de significar la coexistencia de varias culturas dentro de la sociedad contemporánea.

Ahora bien, habría que distinguir, siguiendo a Parekh¹, entre la «sociedad multicultural», concepto que se refiere al hecho de la diversidad cultural –sin duda fenómeno que crecerá en intensidad en nuestro país, dadas las previsiones de inmigración²–, y el «multiculturalismo», es decir, la respuesta normativa que reconoce ese hecho y dota a las distintas comunidades culturales de una plena autonomía e iguales derechos de participación política y social³. Tanto en la versión antigua de este sistema político –el régimen de *millet* del Imperio otomano, en el que se otorga autonomía cultural a las comunidades judías y cristianas, si bien limitada en sus derechos frente a la población musulmana dirigente⁴–, como en la versión liberal, donde se establece como prioritario el derecho a la diversidad en condiciones paritarias de todas las comunidades, garantizando su representación proporcional en las instituciones políticas y sociales, el sistema multicultural arroja dudas sobre su compatibilidad con los principios de igualdad y libertad de una sociedad democrática. Además de favorecer la proliferación de *ghettos* sociales y perjudicar, en consecuencia, la integración y la creación de lazos comunes, no garantiza suficientemente la libertad y la igualdad de los individuos, a veces sometidos a las dictaduras de las élites o de las estructuras dominantes en las

¹ Cfr., PAREKH, B., *Rethinking multiculturalism. Cultural diversity and political theory*, McMillan Press Ltd., London, 2000, p. 6.

² Según una información de la ONU, para garantizar la población activa necesaria a fin de asegurar tasas de crecimiento económico y el Estado del bienestar, España necesitará en el año 2050 unos doce millones de inmigrantes –alrededor del 35 por 100 de la población actual–. Hoy la inmigración representa entre el 2 por 100 y el 3 por 100 de incremento de la población total cada tres años, es decir, de un millón de personas sobre cuarenta, sólo comparable con la de Estados Unidos y Argentina de finales del siglo XIX y principios del XX. (Datos recogidos del libro de VÁZQUEZ-RIAL, D., *La izquierda reaccionaria. Síndrome y mitología*, Ediciones B, Barcelona, 2003, pp. 143-144.)

³ Vid. una definición del multiculturalismo como sistema político, en KYMLICKA, W., *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 41.

⁴ Sobre la posición de judíos y cristianos súbditos de los califas otomanos, vid. LORIEUX, C., *Cristianos en tierras del Islam. Su vida, sus dificultades, sus esperanzas*, Ediciones Palabra, Madrid, 2002.

comunidades⁵. La realidad social y política de la Europa actual tampoco indica que se camine hacia un sistema multicultural, por mucho que determinados autores, alarmados principalmente por la «marea musulmana», así lo crean⁶. La «cultura nacional» —expresión que hoy comprendería la lengua y las instituciones políticas de la sociedad mayoritaria, decantadas a lo largo de los siglos en que se forma la nación y su identidad ideológica— representa el nexo de unión entre los ciudadanos, originarios o inmigrantes. Es, por tanto, esa cultura de la mayoría la que, por lo menos en sus líneas generales, es impuesta a las minorías disidentes. El poder político y social es controlado por la clase dirigente representativa de la cultura nacional; poder económico, político y social que se mantiene lejano de esas minorías. Tiene razón Nielsen cuando, al preguntarse si Europa es multicultural en el sentido señalado, responde con una negación categórica: «... *in Britain* (supuesto que extiende al resto de Europa) *there was not to be found a number of cultural traditions with more or less equal access to the instruments of political, economical, social and cultural power...*»⁷. A las minorías culturales, aunque no reconozcan la superioridad moral de la cultura dominante, sólo les queda el camino de la adaptación, en lo posible, a ésta y la reivindicación parcial de aspectos que consideran esenciales para la salvaguarda de su identidad. Pero incluso estas reivindicaciones son en la práctica poco escuchadas si las realizan comunidades de inmigrantes sin derecho a voto. ¿Qué interés tiene para los políticos atender a sus demandas si no van a influir en las elecciones?

Las ideas expuestas nos iluminan en la valoración y reflexión sobre los discursos que, con un cierto tono apocalíptico, claman contra una supuesta invasión musulmana de Europa y avisan proféticamente sobre el peligro de derrumbamiento de las instituciones democráticas, tan costosamente conquistadas. Ejemplo de estas posturas es la que expuso de

⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia *Partido de la Prosperidad v. Turquía*, de 31 de julio de 2001, consideró incompatible el sistema de *millet* seguido en muchos países islámicos con los principios y valores de una sociedad democrática. El principal motivo de ello es que un régimen multijurídico en el que cada grupo religioso tenga sus propias leyes es contrario al principio de no discriminación en el disfrute de las libertades.

⁶ Así, por todos, *vid.* VÁZQUEZ-RIAL, H., *La izquierda...*, *cit.*, pp. 141 y ss., con citas de artículos periodísticos publicados en la prensa española en el sentido señalado.

⁷ NIELSEN, J. S., *Muslims in Western Europe*, Edimburgh University Press, Edimburgh 1992, p. 152. En el mismo sentido, *vid.* PAREKH, B., *Rethinking...*, *cit.*, p. 202.

manera descarnada la periodista italiana Oriana Fallaci en su libro «La Rabia y el Orgullo»⁸: «Estoy diciendo que exactamente porque está definida y es muy precisa, nuestra identidad cultural no puede soportar una oleada migratoria compuesta por personas que, de un modo o de otro, pretenden cambiar nuestro sistema de vida. Nuestros principios, nuestros valores. Estoy diciendo que en Italia, en Europa, no hay sitio para los muecines, los minaretes, los falsos abstemios, el maldito chador y el aún más jodido [sic] burka. Y hasta si hubiese, yo no se lo daría. Porque sería como echar a nuestra civilización. Cristo, Dante Alighieri, Leonardo da Vinci, Michelangelo, Rafaello, el Renacimiento, el Risorgimento, la libertad que bien o mal hemos conquistado, la democracia que mal o bien hemos instaurado, el bienestar que sin duda hemos conseguido. Equivaldría a negarles nuestra alma, nuestra patria...». Sentimiento, por desgracia, extendido entre otros intelectuales y sectores sociales, tanto de izquierda como de derecha.

El denominador común de estos planteamientos parte de dos postulados básicos. Por un lado, una imagen, magnificada y potenciada por los medios de comunicación del Islam como cultura fanática, impregnada por una visión del mundo teocrática e intolerante, y que, por tanto, se contrapone a dos principios nucleares en que se asienta la cultura occidental: la separación entre la Iglesia y el Estado y la concepción de unos derechos humanos inviolables y universales, que especialmente afecta a la situación discriminada de la mujer. Por otro, la propia evolución de algunos países del mundo árabe hacia una reislamización en su sentido más radical, contribuye a una confrontación con la sociedad occidental.

Como en cualquier tópico social, hay una parte de verdad en el estereotipo del Islam que se maneja en Occidente. No cabe duda que la integración entre poblaciones distantes en las concepciones religiosas y culturales, como son las que separan el mundo cristiano-secularizado y el Islam, es más difícil que si simplemente las separaran diferencias lingüísticas o raciales. Máxime cuando la religión en el Islam determina las concepciones políticas y sociales del creyente, de tal manera que, en su visión integral de la sociedad, apenas existe distinción entre el ámbito espiritual y el temporal.

⁸ Publicado en España por La Esfera de los Libros, Madrid, 2001.

Ahora bien, las tesis expuestas se fundan en lo que, a mi entender, es una apreciación incorrecta de los hechos: ni el Islam de la emigración tiene el poder económico o la influencia social y política para constituir un peligro –al contrario, la posición socio-económica de la mayor parte de los musulmanes europeos es de marginalidad–, ni puede reducirse a un bloque de fanáticos e integristas. Como acertadamente afirma Alexandro Ferrari, existe «... *Il rischio é che nell'attuale congiuntura un fenomeno complesso, multiforme ed ancora in fieri come l'Islam transplanté subisca una reductio ad unum nella quale fanatismo e integrismo, spesso non ben provati, siano considerati suo esclusivo patrimonio ed unico comune denominatore. L'ermeneutica del «risveglio» musulmano in Francia effettuata attraverso la chiave del «fondamentalismo islamico» appare invece non solo riduttiva e fuorviante ma anche, per certi versi, pericolosa...*»⁹. Efectivamente, la pluralidad de corrientes y concepciones que existen en el Islam es un hecho muchas veces olvidado; en el seno de esta religión y cultura que acoge a varios cientos de millones de personas, han florecido corrientes que propugnan la tolerancia, la comprensión y el intercambio de ideas y experiencias con otras culturas. Además, el Islam tampoco se ha visto ajeno al fuerte proceso de secularización que sufren las principales religiones en Europa, especialmente entre la población joven. Un ejemplo. En Alemania una mayoría cercana al 60 por 100 de los jóvenes de ascendencia turca se consideran religiosamente indiferentes y sólo el 12 por 100 son religiosos por convicciones personales¹⁰. Aunque hay que tener en cuenta que la foto que se haga de un Islam de la emigración en continuo cambio siempre saldrá movida. Desde otra perspectiva, es posible que las dificultades con las que se encuentran las poblaciones musulmanas en Europa, su marginalidad en *gethos* sociales, les lleve a buscar en la religión la seña de identidad y la fuente alternativa a los valores occidentales¹¹, camino, inverso del de la secularización, hacia una religión tal vez teñida con tintes más fanáticos de los que serían naturales.

⁹ FERRARI, A., «L'Islam e la Repubblica, ovvero un interrogativo per il separatismo francese», *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1 (1996), p. 118.

¹⁰ Cifras que corresponden a encuestas realizadas en ese país a comienzos de los años noventa, recogidas en ANTES, P., «Los musulmanes en Alemania», AA.VV., *Comunidades islámicas en Europa* (ed. M. Abumalham), Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 315.

¹¹ Así, *vid.*, entre otros, DASSETTO, F., *L'Islam in Europa*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1994, p. 121.

Lo que se trata de subrayar, en definitiva, es que las posturas extremas que propugnan la «islamofobia», o, en menor grado, el sentimiento de las comunidades musulmanas de ser tratadas sus creencias como una religión extranjera, tolerada, pero a la que no se le reconocen los mismos derechos que a otras religiones enraizadas en la tradición nacional¹², puede alimentar, a medio y largo plazo, las posturas integristas y fundamentalistas. Es esta igualdad de trato, que se concreta en reivindicaciones puntuales en materias de creencias y religión¹³, lo que realmente preocupa a la gran mayoría de las comunidades musulmanas, más que los planes, tan fantasmagóricos como irreales, de conquista del poder o subversión del orden establecido. Igualdad de trato y derechos culturales y religiosos que, como argumentaremos a continuación, le corresponden a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.

Si, tal y como dijimos, los inmigrantes de cualquier creencia y religión deben asumir los principios en que se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico y, entre ellos, los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución, también los poderes públicos y la sociedad en general han de respetar el derecho de las minorías a mantener su cultura y religión, aun divergiendo en sus manifestaciones de la cultura de la mayoría. La dignidad de la persona humana y los derechos colectivos de las minorías así lo exigen. Los individuos y las comunidades son titulares del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Además, debe traerse aquí a colación lo dispuesto en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, en la doble función que les asigna la Constitución de interpretar la relación de derechos incluida en el propio texto constitucional (*ex art. 10.2*) y formar parte del ordenamiento una vez ratificados. En la mate-

¹² Conclusión que extrae Pedersen de la situación de los musulmanes en Dinamarca, pero que podría generalizarse, como ya veremos al analizar el caso singular del velo islámico, al tratamiento que reciben los musulmanes en otros países europeos. *Vid. PEDERSEN, L.*, «Islam in the discourse of public authorities and institutions in Denmark», AA.VV., *Muslims in the margin: political responses to the presence of Islam in Western Europe* (ed. W.A.R. Shadid-P. S. Van Koningsveld), Kok Pharos Publishing House, Kampen, 1996, p. 214. Kymlicka compara los problemas de integración de los musulmanes en Europa con los que tuvieron los católicos cien años antes, acusados de no democráticos ni patrióticos por apoyar al Papa. *Cfr.*, KYMLICKA, W., *Politics...*, *cit.*, p. 169.

¹³ Una minuciosa lista de las principales reivindicaciones de los musulmanes en Europa para la salvaguarda de su identidad cultural y religiosa, enumeradas en doce puntos distintos, puede consultarse en KYMLICKA, W., *Politics...*, *cit.*, p. 152.

ria que nos ocupa, cabe recordar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce la autonomía cultural en el ámbito privado y familiar, entendiendo los órganos jurisdiccionales del Consejo de Europa que ese derecho protege a los grupos minoritarios para reclamar el respeto a un particular estilo de vida, ya sea «vida privada», «vida familiar» o «casa»¹⁴. Así como los derechos reconocidos por las convenciones internacionales para la protección de las minorías étnicas y religiosas¹⁵.

Dentro de las coordenadas trazadas deben analizarse las manifestaciones culturales y religiosas de los musulmanes en nuestro país. La tutela de actos o comportamientos con una significación religiosa o cultural, protegidos por los derechos de libertad religiosa y a su identidad cultural, encuentra el límite de los valores de nuestro sistema político, en especial el respeto a la persona y a sus derechos de libertad y no discriminación, tal y como vienen siendo interpretados por nuestros tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales. Objeto del presente estudio será el análisis de una de esas manifestaciones, el uso del tradicional *hiyab*, o pañuelo islámico, o de otras vestimentas culturales cuya motivación última es de naturaleza religiosa. Pero, como veremos más detenidamente a lo largo del estudio, el velo o pañuelo islámico no es una costumbre más, dentro de las muchas seguidas por los musulmanes. Representa entre las mujeres la seña de identidad de la cultura a la que pertenecen. Y, en unos precisos momentos históricos, meses después de que estallara en Gran Bretaña el caso Rushdie con la edición del libro «Los Versos Satánicos»¹⁶, las manifestaciones de jóvenes estudiantes ataviadas con el *foulard* islámico en Francia fue una demostración de fuerza del Islam de la inmigración, que hizo saltar todas las alarmas en la secularizada sociedad occidental.

¹⁴ Un estudio de la protección de los derechos culturales, *vid.* GONZÁLEZ MORENO, B. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.

¹⁵ *Vid.*, entre otros muchos trabajos, la exhaustiva obra de RELAÑO PASTOR, E., *La protección internacional de las minorías religiosas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹⁶ La novela de Rushdie juega con la realidad y la ficción, utilizando personajes demasiados reconocibles. Al referirse al nacimiento del Islam describe a Mahoma (llamado en la novela Mahound) como un comerciante embaucador y mujeriego. La mofa de los musulmanes y de su religión es descarnada. En los días siguientes a su publicación en Gran Bretaña surgieron conflictos con las comunidades islámicas. Las autoridades, amparándose en la libertad de expresión y creación artística del autor, se negaron a retirar el libro; tampoco prosperó el procesamiento de Rushdie por el delito de blasfemia, ya que en Gran Bretaña sólo protege a las personas santas y veneradas en la religión cristiana. La

Estoy convencido, en conclusión, que, a la luz de la experiencia europea, un análisis sosegado acerca del tratamiento político y jurídico sobre la utilización del velo en la vida pública bajo los principios que inspiran y estructuran nuestro Estado de Derecho, es imprescindible a fin de evitar tensiones en un país como España sometido a una creciente –e imparable– inmigración procedente de países musulmanes y que ha sufrido en fechas recientes el azote del terrorismo islámico.

2. EL VELO EN EL ISLAM Y EN EUROPA

La utilización de pañuelos u otras vestimentas con significación religiosa por parte de la mujer musulmana, en las distintas modalidades de las diferentes etnias y culturas que componen la *Umma*¹⁷, parece haber sido tradicional desde los orígenes del Islam, o incluso antes¹⁸. El Corán (Sura XXXIII, versículo 59) recomienda a las mujeres cubrir sus cabezas. Aunque es discutible la obligatoriedad religiosa del texto del Corán, desde los inicios de la sociedad islámica se distinguieron dos clases sociales entre las mujeres: la mujer libre, velada, y las esclavas, a las que se prohibía el velo¹⁹. Según la tradición, la generalización del uso del

reacción de un sector representativo de las comunidades islámicas fue violenta: algaradas callejeras, quema de libros en la ciudad de Bradford..., violencia que culminó cuando el 2 de diciembre de 1988 el imám Jomeini dictó una *fatwa* que condenaba a muerte a Rushdie. Ni las intermediaciones de personalidades mundiales, ni el perdón pedido por Rushdie pudo revocarla. Calmadas las protestas, como comenta Parekh, conservadores y liberales estaban de acuerdo en que es necesario proteger de manera decidida e igualitaria las creencias religiosas frente a ataques irreflexivos, dada la acusada sensibilidad que por ellas demuestra gran parte de la ciudadanía. *Cfr.*, PAREKH, B., *Rethinking...*, *cit.*, pp. 303 y ss.

¹⁷ La variedad de «vestidos» religiosos es enorme, y depende en buena medida del área geográfica y del país concreto. Pero a grandes rasgos se distingue entre el *hiyab*, pañuelo de cabeza que puede combinarse con otras prendas o llevar solo; el *chador*, utilizado en la zona de Persia, es un vestido negro que cubre desde la cabeza a los pies, dejando el rostro al descubierto; y el *burka*, prenda amplia que cubre como una funda enteramente a la mujer, con una rejilla que le permite ver. *Vid.*, una distinción más extensa de los mismos, DE ROSA, «Lo status giuridico della donna nel Corano e nella legislazione di alcuni paesi musulmani», AA.VV., *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, Jovene Editore, Napoli, 1996, p. 103, nota 32; RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España», *Ius Canonicum*, XLIII, 86 (2003), pp. 525-528.

¹⁸ Según Aixelá Cabré, el uso del *hiyab* es una costumbre preislámica utilizada para preservar el honor de la tribu. *Cfr.*, AIXELÁ CABRÉ, Y., «Mujeres, espacio público y *hiyab*. Una reinterpretación del velo en Marruecos», artículo publicado en el Semanario *Los Domingos de ABC*, 24 de febrero del 2002, p. 10.

¹⁹ *Cfr.*, FAHMY, M., *La condition de la femme dans l'Islam*, Allia, París, 1990. (*Cit.*, en MARINA, J. A., *El rompecabezas de la sexualidad*, Anagrama, Barcelona, 2002, p. 92).

velo se produjo en la etapa del califa Omar²⁰ y vino a expresar externamente el papel de la mujer, sancionado por la religión, relegada al hogar familiar, al futuro matrimonio y a la maternidad –mientras que el hombre se reserva la función de proteger y proveer a la familia, actuando primordialmente en el ámbito público–. El velo oculta a la persona en lo público, espacio donde esporádicamente aparece la mujer. Atribuye a la persona a una colectividad, pero sin individualizarla.

Sea o no el velo un imperativo religioso, o su utilización pertenezca más a las costumbres étnicas, la obligatoriedad moral de su uso para el creyente es la misma. En realidad no es fácil separar los elementos religiosos y étnicos en el Islam. Esta religión, como es bien sabido, cubre una vasta área social y política; cultura, religión, moral... son, para el creyente musulmán, la misma cosa. Y el velo representa para la mujer musulmana la seña de su identidad, la expresión visual de la sociedad a la que pertenece.

En Europa, la versión del velo que predomina, la utilización del *hiyab*, se ha convertido en un elemento habitual entre las mujeres musulmanas de nuestras ciudades. Desde luego existe un componente tradicional en el uso del *hiyab*; una parte importante de la inmigración en España y otros países europeos proviene del Norte de África, de zonas rurales poco desarrolladas, donde la costumbre inveterada del *hiyab* sigue siendo la norma. Pero paralelamente a este hecho, especialmente en Estados europeos que cuentan con segundas y terceras generaciones de inmigrantes –Gran Bretaña, Francia, Alemania, Bélgica, Holanda...–, a partir de los años ochenta se ha vivido entre los hijos de los inmigrantes un resurgir del uso del velo como modo de manifestar su pertenencia cultural; en palabras de Dassetto, significa «... *la visibilizzazione dei musulmani nella vita collettiva...*»²¹. Y no tanto por la imposición de sus padres²²; al contrario, responde a la búsqueda de

²⁰ Vid., MUSSELLI, L., «Islam ed ordinamento italiano: riflessioni per un primo approccio al problema», *Il Diritto Ecclesiastico*, 1 (1992), p. 631.

²¹ DASSETTO, F., *L'Islam...*, cit., p. 127.

²² Vid., en este sentido, PAREKH, B., *Rethinking...*, cit., p. 252. Aunque también se da el supuesto contrario de la presión paterna. En Francia un tribunal suspendió el derecho de visitas de un padre de religión musulmana respecto de su hija por presionarla para llevar el velo, lo cual, concluye el tribunal, impide el desarrollo de la menor. Vid., PRÉLOT, P. H., «Droit français des religions. Chronique juin 1999-septembre 2001», *European Journal for Church and State Reserch*, vol. 8 (2001), p. 191.

sus propias respuestas frente a la sociedad consumista occidental, pero también frente al autoritarismo tradicional de sus padres, que critican como no religioso. Surgen asociaciones o reuniones de jóvenes para aprender y discutir el Corán, para estudiar árabe y leerlo en los textos originales, utilizando con tal finalidad los instrumentos de interpretación aprendidos de la educación europea a la que tampoco renuncian. En realidad, pretenden adaptar su experiencia religiosa en el contexto de la sociedad industrial, urbana y europea donde viven²³.

La percepción europea de las «niñas veladas» ha sido, para ciertos sectores sociales, la emergencia de un peligro. Al igual que la mezquita significa la visualización del Islam en la ciudad, el aumento de los pañuelos en las mujeres es esa misma presencia pero en las personas, un rasgo más de la afirmación de una comunidad y de una religión que poco tienen que ver con los valores de la cultura occidental. Identificado el fenómeno con el auge de los movimientos fundamentalistas en el seno del Islam –la imagen de la imposición del *chador* en Irán, o del *burka* en Afganistán, los gritos contra Occidente de los islamistas barbudos desde Marruecos hasta Indonesia, y los actos terroristas sufridos en Europa y en Estados Unidos se han fijado de manera imborrable en la retina de los ciudadanos europeos–, se teme que esas manifestaciones culturales extrañas y fanáticas pongan en peligro, como ya se puso de relieve en la introducción, principios de nuestra civilización, como la secularización del Estado, o, según otros segmentos de población, los valores del cristianismo que impregnan la sociedad europea. El concreto fenómeno del velo o pañuelo islámico es visto por la ideología secularista y, singularmente, por los movimientos feministas, como símbolo de la discriminación de la mujer musulmana, de su relegación pública y del sometimiento al poder del varón. Luchar a favor de su erradicación es un aspecto, formal pero importante, de la emancipación de la mujer de la sujeción irracional de una religión que las reprime. O, por lo menos y en una primera fase, intentar que su religión y costumbres permanezcan en el santuario de su vida privada, garantizando a la

²³ Vid., sobre el fenómeno de la reislamización entre los jóvenes musulmanes europeos, DASSETTO, F., *L'Islam...*, cit., pp. 127-128; ÍDEM, «Il nuovo Islam europeo», *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* (en adelante QDPE), 1 (1996), pp. 23-24; NIELSEN, J. S., *Muslims...*, cit., pp. 112-115. Un interesante estudio sociológico sobre la evolución ideológica de alumnas musulmanas de origen paquistaní en un colegio de Bradford (Gran Bretaña), vid. KNOTT, K. –KHOKHER, S., «Religious and ethnic identity among young Muslim women in Bradford», *New Community*, vol. 19, 4 (1993), pp. 593-610.

mujer en el ámbito público su independencia y autonomía de cualquier autoridad religiosa o control social²⁴.

Al clima social de sospecha frente a las minorías musulmanas en Europa, miradas con recelo por identificarlas con el auge del fundamentalismo en los países islámicos, le bastó el *casus belli*, la chispa incendiaria de ciertos acontecimientos sociales para convertirse en un verdadero problema de orden público. Según ya se tuvo ocasión de comentar, meses después de que se originara en Gran Bretaña el caso Rushdie, en Francia se produjo una viva polémica social en torno al *affaire* de los *foulard* islámicos llevados por estudiantes musulmanas en los colegios públicos, del que nos ocuparemos en las siguientes líneas.

3. EL PAÑUELO ISLÁMICO EN LA ESCUELA

La conflictividad social que provocó el asunto de las alumnas que acuden con el tradicional *hiyab* —ampliamente difundido en las mujeres de los países del Magreb, de donde procede la inmensa mayoría de la inmigración musulmana en Francia— a las escuelas públicas francesas, ha dado lugar a una ingente literatura sobre el tema²⁵, también en numerosas

²⁴ Vid., una exposición de las posiciones ideológicas descritas, WAARDENBURG, J., «Muslims and dhimmis. The emancipation of muslim immigrants in Europe: the case of Switzerland», AA.VV., *Muslims in the margin... cit.*, p. 159.

²⁵ Vid., entre otros muchos trabajos en revistas jurídicas y monografías sobre el *affaire* del *foulard* islámico, BASDEVANT-GAUDEMET, B., *Lo statuto dell'Islam in Francia*, «QDPE», 1 (1996), pp. 98 y ss.; CARMIGNANI CARIDI, S., «Libertá di abbigliamento e velo islamico», AA. VV., *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche* (ed. S. Ferrari), Il Mulino, Bologna 2000, pp. 224 y ss.; DURAND-PRIBORGNE, C., «La "circulaire Jospin" du 12 décembre 1989», *Revue Française du Droit Administratif*, 1 (1990), pp. 10 y ss.; FERRARI, A., «L'Islam e la Repubblica...», *cit.*, pp. 142 y ss.; KEPEL, G., *Al Oeste de Alá. La penetración del Islam en Occidente*, Paidós, Barcelona 1995, pp. 246 y ss.; IDEM, Entre sociedad y comunidad: los musulmanes en el Reino Unido y en Francia hoy, AA.VV., *Comunidades Islámicas...*, *cit.*, pp. 333 y ss.; KOUBI, G., «Droit et religions: dérives ou inconsequences de la logique de conciliation», *Revue de Droit Public et la Science Politique en France et a l'étranger*, 1997, pp. 730 y ss.; MINOT, J., «Droits de l'homme et neutralité de l'Etat: A propos de l'affair du foulard», *La Revue Administrative*, 253 (1990), pp. 32 y ss.; MUSSELLI, L., «Islam...», *cit.*, pp. 631 y ss.; IDEM, «Islam ed ordinamenti europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione», AA.VV., *La presenza islamiche nell'ordinamento giuridico italiano*, Jovene Editore, Napoli 1996, pp. 22 y ss.; NIELSEN, J. S., «Muslims...», *cit.*, pp. 162 y ss.; PAREKH, B., «Rethinking...», *cit.*, pp. 249 y ss.; RIVERO, J., «Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse. L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989», *Revue Française du Droit Administratif*, 1 (1990), pp. 1 y ss.

ocasiones objeto de atención, como veremos, por los tribunales ordinarios y por la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶.

El origen del asunto del *foulard* se inició en 1989. El 7 de octubre de ese año tres alumnas magrebíes de enseñanza secundaria de un colegio en la población de Creil, a las afueras de París, fueron advertidas de expulsión por el Director del instituto público si no se quitaban el tradicional *hiyab* o pañuelo islámico. Dos de ellas, marroquíes, aceptaron desprenderse de él, pero no la tercera, de procedencia tunecina, la cual efectivamente fue expulsada.

En una población de estudiantes de ascendencia magrebí cercana al medio millón²⁷, el asunto anunciaba serios problemas para la paz escolar, de ahí que el Ministro de Educación, Jospin, solicitara al Consejo de Estado un dictamen sobre el particular. En su *Avis* de 27 de noviembre de 1989²⁸ el Consejo de Estado da su parecer, el cual, como veremos, será el texto jurídico que inspira y guía los actos administrativos y las resoluciones judiciales posteriores, en buena parte emanadas de ese mismo órgano en su función de tribunal supremo en materia administrativa.

El Dictamen parte de la importancia que en la escuela pública tiene el principio de laicidad del Estado, consagrado en el artículo 2 de la Constitución Republicana de 1958 y en la legislación escolar. Siendo necesaria la neutralidad de las enseñanzas por el respeto de la libertad religiosa de los estudiantes, las cuales han de garantizar y favorecer la igualdad entre los hombres y las mujeres, otras normas del ordenamiento así como las convenciones internacionales ratificadas por Francia tutelan igualmente el derecho a manifestar y expresar su credo religioso dentro de la escuela. En consecuencia, el Consejo de Estado estima, como principio, que el hecho de que los alumnos lleven símbolos religiosos no es en sí contrario a la laicidad y debe ser respetado como manifestación del pluralismo y de

²⁶ Una completa relación de sentencias de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado francés puede consultarse en la página de internet <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/rechercheSimpleJade.jsp>. Se remite la cita de las mismas que realizaré en las siguientes líneas a la fuente indicada.

²⁷ En 1990 Durand-Priborgne cifraba en cuatrocientos mil niños de religión musulmana los presentes en los colegios públicos franceses (DURAND-PRIBORGNE, C., «La “circulaire Jospin”...», *cit.*, p. 10). El número indicado debe ser recibido con cautela, dada la prohibición de la ley francesa de realizar encuestas sobre las creencias ideológicas y religiosas de los ciudadanos.

²⁸ Puede consultarse su texto en *Revue Française du Droit Administratif*, 1 (1990), pp. 6-9. El mismo se publica como anexo al comentario que de él realiza Rivero (*vid. RIVERO, J.*, «Laïcité...», *cit.*, pp. 1-6).

la libertad personal. Ahora bien, el derecho de los alumnos a manifestar sus creencias no debe, a su vez, obstaculizar el fin del servicio público de la educación, esto es, la adquisición por el niño de una cultura y una preparación para la vida profesional, y como hombre y ciudadano. De ahí que el Consejo de Estado marque unos límites genéricos: se prohíben los símbolos de pertenencia religiosa que por su misma naturaleza, por las condiciones en que fueran llevados, individual o colectivamente, o por su carácter ostentatorio o reivindicativo, puedan constituir un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda, o atenten a la dignidad o a la libertad de los estudiantes o de otros componentes de la comunidad educativa. Son también motivos suficientes para prohibir los símbolos religiosos cuando atenten a la salud o a la seguridad, perturben el desenvolvimiento de la actividad de enseñanza o el papel educativo de los docentes, o, en fin, causen problemas en el orden de los establecimientos o en el funcionamiento normal del servicio público²⁹. El Consejo otorga a la dirección de los colegios y a los órganos disciplinarios determinar las modalidades de aplicación de estos principios y las sanciones correspondientes, que pueden llevar incluso a la expulsión del alumno de la escuela o liceo, así como recuerda la competencia del Ministro de Educación de dar las orientaciones o las indicaciones necesarias que guíen a las autoridades educativas en la reglamentación interior de los establecimientos y en la aplicación de los mismos.

La línea marcada por el Consejo de Estado, que refleja un concepto de laicidad amplio que se intenta compatibilizar con el respeto de los derechos fundamentales y el pluralismo religioso e ideológico en la escuela pública, es inmediatamente recibida en la Circular del Ministerio de Educación Nacional de 12 de diciembre de 1989³⁰. Aparte de otras cuestiones relacionadas con el velo en las escuelas a las que se aludirá más adelante, la «Circular Jospin» hacía un llamamiento a los directores de colegios e institutos para agotar, en la medida de lo posible, las vías de

²⁹ Rivero, a la luz de lo dispuesto por el Dictamen del Consejo de Estado, sintetiza el control de los símbolos religiosos llevados por los alumnos en las escuelas públicas en cuatro aspectos: su carácter ostentatorio en sí mismo considerado, la condición individual o colectiva en las que son llevados –en este último caso sí puede considerarse una presión ilícita–, los comportamientos que acompañan a esos símbolos –se prohíben los proselitistas–, y la reacción que suscita en otros alumnos– si fuera hostil, sí pueden ser prohibidos. *Cfr. ibidem*, pp. 4-5.

³⁰ Para su consulta, *vid. «L'Anée Canonique»*, 1989, pp. 368-372. Un comentario de la misma, *vid. DURAND-PRIBORNE, C., «La "circulaire Jospin" ...»*, *cit.*, pp. 10-20.

diálogo a fin de encontrar una solución razonable con las alumnas y sus familias, antes de proceder a adoptar disposiciones disciplinarias.

La buena voluntad del Ministro no logró detener una espiral de conflictos en los colegios públicos franceses, causados por el aumento de «niñas veladas» y de expulsiones de liceos e institutos³¹. El punto álgido del conflicto del *foulard* islámico se produce en Grenoble, cuando una alumna expulsada por llevar velo y negarse a asistir a clases de gimnasia comienza una huelga de hambre que es apoyada con importantes manifestaciones convocadas por los representantes de la comunidad musulmana³².

El conflicto ha tratado de ser resuelto a través de medidas legislativas. Principalmente los partidarios de la afirmación de la laicidad a ultranza han promovido en la Asamblea Nacional proyectos de ley que, bien a través de la modificación de la normativa vigente o mediante una ley específica³³, prohibieran los símbolos religiosos en las escuelas públicas. El Gobierno francés no respaldó la vía de la reforma legislativa. Antes bien, el Ministro de Educación continuó emanando circulares a fin de clarificar la aplicación del Dictamen del Consejo de Estado. El 20 de septiembre de 1994 el Ministro Bayron firma una Circular en la que recuerda a los directores de los institutos que no deben aceptar signos que, por su carácter ostentatorio, sean elementos de proselitismo, y, en cambio, sí aquellos de carácter discreto, que expresen una convicción religiosa personal³⁴. La comunidad musulmana volvió a mostrar su inquietud por lo

³¹ Las alumnas expulsadas han de continuar sus estudios a través del Centro Nacional de Educación a Distancia, pero sólo la mitad de aquellas han efectuado la inscripción. Cfr. BASDEVANT-GAUDEMET, B., «Lo statuto...», *cit.*, p. 100, nota 41.

³² Vid. una pormenorizada relación de los hechos acaecidos en KEPPEL, G., *Al Oeste...*, *cit.*, pp.316 y ss.

³³ A partir de 1992 se suceden las propuestas de iniciativas legislativas en la Asamblea Nacional. Vid. una exposición de las mismas, FERRARI, A., «L'Islam...», *cit.*, pp. 149-150. La última proposición de Ley presentada por M. J. Myard, sobre «laicidad y neutralidad en el servicio público de la educación», de 1 de agosto de 2002, prohíbe todo símbolo ostentatorio en la escuela por ser contrario a la laicidad, prescribiendo una sanción disciplinaria del alumno que lo porte. En su exposición de motivos expresamente se menciona el velo islámico como símbolo ostentatorio a proscribir, porque refleja una voluntad proselitista. Vid., *Assemblée Nationale, Proposition de loi visant a garantir la laïcité et la neutralité du service public de l'éducation*, núm. 172, de 1 de agosto de 2002. (Documento disponible en www.ladocumentationfrancaise.fr).

³⁴ El texto íntegro de la Circular puede encontrarse en www.dicese-bayonne.com/8_dossiers/laicite/circsignesostentatoire.html. Vid. una exposición y comentario de la misma, BASDEVANT-GAUDEMET, B., «Lo statuto...», *cit.*, p. 99; FERRARI, A., «L'Islam...», *cit.*, pp. 150-151.

que considera una interpretación discrecional y restrictiva del Dictamen del Consejo de Estado de 1989.

La situación ha dado un giro de ciento ochenta grados en fechas recientes. El 17 de diciembre de 2003 el Presidente de la República francesa, Chirac, comparecía ante los medios de comunicación para anunciar oficialmente su intención de proponer a la Asamblea Nacional una ley que prohíba cualquier símbolo religioso en la escuela pública. El Presidente, con esta proposición de ley, hace suyas las conclusiones que, una semana antes, le elevara una «comisión de sabios» elegida para el estudio de la cuestión religiosa en Francia, presidida por el político Bernard Stasi³⁵. Se da por hecho que la ley será aprobada por la Asamblea Nacional y entrará en vigor en el curso académico 2004-2005.

Hasta la promulgación de la anunciada ley, es el Consejo de Estado, como máximo tribunal en materia administrativa, quien ha ido precisando, a lo largo de una abundante jurisprudencia, la interpretación de los límites al derecho a llevar signos religiosos en la escuela pública, sentados en el Dictamen de 1989, a través de una labor hermenéutica no siempre fácil de conceptos indeterminados como «carácter ostentatorio», «intención proselitista»..., y, en general, en torno a las actitudes contrarias al orden público. El Consejo de Estado francés entra en el conocimiento de los casos por las demandas, bien de particulares o del Ministerio de Educación, contra resoluciones de los tribunales administrativos regionales³⁶ que resuelven supuestos sobre la legalidad o ilegalidad de expulsiones de colegios públicos de alumnas por llevar el *hiyab* o velo islámico. Sintetizando esta jurisprudencia, el Consejo de Estado declara ilegal por contrario al derecho de expresión de las creencias religiosas la disposición de los reglamentos

³⁵ La «Comisión de Reflexión sobre la Aplicación del Principio de Laicidad en la República» presentó su Informe final el 11 de diciembre de 2003. En él se propone la adopción de una «Carta sobre la Laicidad» en la que se prohíba los símbolos religiosos en cualquier establecimiento público, junto con la adopción de otras medidas favorables, a fin de paliar la contundencia de la anterior, tales como el respeto a las festividades religiosas, o la enseñanza del «hecho religioso» en la escuela. Especialmente negativa es la visión del pañuelo islámico en la escuela pública; además de un elemento de presión para las jóvenes que no quieren llevarlo, «...*le port du voile* –afirma el Informe– *est trop souvent source de conflits, de divisions et même de souffrances. Le caractère visible d'un signe religieux est ressenti par beaucoup comme contraire à la mission de l'école qui doit être un espace de neutralité et un lieu d'éveil de la conscience critique. C'est aussi une atteinte aux principes et aux valeurs que l'école doit enseigner, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes...*»

³⁶ Vid. un resumen de sentencias de estos tribunales, BASDEVANT-GAUDEMET, B., «Lo statuto...», *cit.*, p. 100, nota 43; FERRARI, A., «L'Islam...», *cit.*, pp. 147-148 y 151-152. Para su consulta *vid.* la dirección ya citada www.legifrance.gouv.fr, buscando la voz *foulard*.

internos de los institutos que prohíban absolutamente llevar signos religiosos³⁷, incluso cuando se justifique en el aumento exponencial de pañuelos islámicos en la escuela de un curso a otro³⁸. En sí el pañuelo islámico no es símbolo ostentoso o reivindicativo, ni un acto de presión proselitista; para justificar su prohibición y, ante la desobediencia del alumno, su expulsión del centro, es necesario probar actos o hechos que demuestren el afán de proselitismo u ostentación, o perturben la vida del colegio³⁹. El Consejo estima que caen dentro de esta calificación y, por consiguiente, son causa de expulsión, participar en protestas en el interior del centro⁴⁰ o recoger firmas a la entrada del colegio⁴¹ –en ambos casos porque, a juicio del alto tribunal, perturba gravemente el funcionamiento normal del establecimiento– y el realizar presión entre los otros alumnos a favor del *foulard*, comportamiento que se califica de proselitista⁴².

No cabe duda que detrás del conflicto del *foulard* en Francia late el problema del rechazo a una cultura foránea, que se entiende puede amenazar los valores de la sociedad francesa. No en vano la controversia y el mayoritario rechazo de la población⁴³ se ha suscitado en torno al pañuelo tradicional de las niñas magrebíes, símbolo del pudor y dignidad de la mujer púber y expresión de convicciones culturales, y no frente al *kippa* hebreo o a la cruz cristiana⁴⁴. En Francia encuentra el apoyo constitu-

³⁷ Así, respecto al reglamento de régimen interno del Instituto Jean Jaurés Montfermeil, Sentencia del Consejo de Estado (SCE) de 2 de noviembre de 1992.

³⁸ Así, respecto al Colegio Moliere (Colmar), confirma la Sentencia del Tribunal Administrativo (STA) de Strasbourg, la SCE de 5 de noviembre de 1997.

³⁹ SCE de 9 de octubre de 1996 (hay cuatro Sentencias más de la misma fecha con idéntico contenido). Coincide con este planteamiento la STA de Strasbourg de 3 de mayo de 1995.

⁴⁰ Así, SCE de 27 de noviembre de 1996 (y otras once decisiones más en igual sentido), que declaran, al igual que la STA de Lille, justificada y legal la expulsión de diecisiete niñas de la Academia de Lille.

⁴¹ SCE de 2 de abril de 1997, que anula la STA de Lille declarando legal la expulsión de cuatro niñas de un colegio de Lille por el hecho descrito y por, entre otros motivos, participar en movimientos de protesta contra la Dirección del centro.

⁴² SCE de 2 de abril de 1997.

⁴³ Según datos estadísticos en Francia, el 75 por 100 de la población está en contra del *foulard* en las escuelas. Aunque sólo el 30 por 100 de los musulmanes se muestran a favor. Vid. WAGTENDONK, K., «Islamic schools and Islamic Religious Education. A comparison between Holland and other West European Countries», AA. VV., *The Integration of Islam and Hinduism in Western Europe* (ed. W.A.R. Shadid- P.S. Van Koningveld), Kok Pharos Publishing House, Kampen 1991, p. 166.

⁴⁴ Esta distinta consideración entre los símbolos islámicos, y católicos o judíos, es valorada por Parekh como un ejemplo de discriminación por creencias religiosas o culturales. Vid. PAREKH, B., *Rethinking...*, cit., pp. 249 y ss.

cional del principio de laicidad del Estado. Según una concepción de la laicidad tradicional en el pasado, defendida a ultranza por ciertos sectores sociales y políticos, la laicidad tiene un contenido ideológico, la defensa de los valores nacionales de la razón y el Derecho, que debe ser salvaguardado en las instituciones públicas y principalmente en la escuela. La escuela, «santuario de la laicidad»⁴⁵, ha de mantenerse en la neutralidad absoluta para cumplir convenientemente su fin primordial de enseñar a los niños en los mismos valores en que se funda la sociedad francesa. Para ello debe despojarse de su fe religiosa. Si en el siglo XIX se dirigió a impedir la enseñanza de toda visión trascendente, especialmente de la fe cristiana, ahora se dirige contra las creencias islámicas, y especialmente, el símbolo del velo islámico, considerándolo discriminatorio de la mujer, proselitista en su naturaleza, y un obstáculo para la correcta asimilación de los niños en los valores de la sociedad francesa y su efectiva integración⁴⁶. Esta «laicidad de combate»⁴⁷ al imponer, frente al respeto a la diversidad de las creencias ideológicas y religiosas de los alumnos, una homogeneidad de comportamiento según el modelo predeterminado por el Estado, es poco sensible a los derechos y libertades individuales de padres y estudiantes, que lícitamente pretenden hacer de la escuela un espacio plural donde convivan en libertad distintas creencias.

Es patente que el Consejo de Estado trata de conciliar ambas exigencias, la tutela de los derechos fundamentales y la neutralidad de la escuela pública. Pero no se oculta la presión social en las decisiones de los casos concretos, donde tal vez se hace una interpretación en exceso rigurosa de los límites, amparándose en una cierta discrecionalidad de interpretación de conceptos jurídicos por su naturaleza indeterminados, sin tener en cuenta otros derechos individuales como la libertad de reunión y manifestación. Esa presión social que determina acciones y decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado acaba perjudican-

⁴⁵ Vid. esta expresión, en MINOT, J., «Droits de l'homme et neutralité de l'Etat: A propos de l'affaire du foulard», *La Revue Administrative*, 253 (1990), p. 38, donde se realiza una encendida defensa de esta posición ideológica, hasta el punto de afirmar que «...*De meme que toute personne qui souhaite pénétrer dans une mosquée (si les autorités religieuses le permettent) doit se dechausser à l'entrée, de meme tout croyant doit, avant d'entrer à l'école, se dépouiller de toute manifestation extérieure de sa foi avant d'entrer dans ce sanctuaire de la laïcité qu'est l'école publique...*» *Ibidem*.

⁴⁶ Vid. estas razones en la exposición de motivos de la proposición de Ley presentada a la Asamblea Nacional por M. J. Myrad el 1 de agosto de 2002, citada en la nota 33.

⁴⁷ Así, FERRARI, A., «L'Islam...», *cit.*, p. 143.

do a la minoría musulmana, a veces tratada más como un problema de orden público que debe ser atajado radicalmente con medidas disciplinarias –lo cual frecuentemente degenera en una espiral de violencia– que como un conflicto de convivencia entre culturas que ha de ser resuelto en el marco del diálogo y del respeto a los derechos fundamentales. A mi modo de ver, la vía de la imposición coercitiva de los valores de la mayoría –fundamentados en la tradición cristiana o laica–, de los que, de nuevo, algunos excesos también se han producido en nuestro vecino país utilizando el velo como ejemplo de falta de integración social⁴⁸, es poco respetuosa con esos derechos fundamentales y, quizá lo más grave, provoca tensiones sociales.

Lo cual, por supuesto, no quiere decir que el derecho a llevar símbolos culturales o religiosos de los alumnos, como manifestación de sus creencias o de su adscripción étnica o cultural, no deba ceder ante otros derechos o valores constitucionales, como el de los menores a recibir una adecuada formación en las escuelas que les capacite para la vida profesional. Son los poderes públicos, en su papel de garantes del interés del menor, los encargados de velar en la escuela por ese interés, que fundamenta, entre otras medidas, el establecer unas asignaturas de obligatoria impartición y superación por parte de los alumnos.

El problema se plantea cuando el deseo de llevar el *hiyab* en todas las clases, reconocido, como vimos, por el Consejo de Estado francés como expresión del derecho a manifestar las creencias religiosas en el interior de la escuela, no puede ser cumplido en aquellas donde el carácter de la docencia exige llevar ropas que permitan el buen desarrollo de la actividad; en concreto, en las de educación física, natación y tecnología la Administración educativa francesa considera que permitir el velo islámico de las niñas puede ser peligroso para ellas y sus compañeros, por lo que son prohibidos con carácter absoluto.

⁴⁸ Ante los casos de petición de nacionalidad francesa de extranjeros por matrimonio con un nacional francés y transcurridos seis meses de la celebración, a tenor del artículo 39 del Código de la Nacionalidad es prerrogativa del Gobierno oponerse a la misma si existe indignidad, defecto de asimilación o si la comunidad de vida ha cesado. En un supuesto particular la Ministra de Solidaridad, Sanidad y Protección Social, por Decreto de 24 de enero de 1990, se opone a la concesión de la nacionalidad de una magrebí porque, entre otros motivos, la esposa lleva velo islámico y esto constituye una falta de asimilación. La SCE de 23 de marzo de 1994 anula el referido decreto considerando que el llevar velo no es por sí indicativo de falta de asimilación.

Ya el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1989 afirmó, con carácter general, que el derecho a llevar signos religiosos en la escuela debe limitarse en el cumplimiento del servicio público a la educación, que obliga a los poderes públicos a preparar al niño para la vida profesional y asumir su responsabilidad como hombre y como ciudadano. Lo cual fue interpretado en la Circular Jospin de 12 de diciembre de 1989 en el sentido que el normal funcionamiento de la escuela pública exige que el vestido no impida el cumplimiento de los ejercicios inherentes a la educación física o deportiva y los trabajos en determinadas materias; sólo en supuestos como el caso de las festividades religiosas, y a título excepcional, se otorgarán autorizaciones especiales para ausentarse un día. En la escuela las asignaturas no pueden elegirse –utilizando una expresión de Rivero– a la carta⁴⁹; aquellas consideradas obligatorias eliminan de por sí la opción de los alumnos.

El Consejo de Estado, en su función de máximo órgano judicial en materia administrativa, confirma, en consecuencia, las expulsiones de alumnas islámicas que se negaron a asistir a clases de educación física, natación o tecnología, por prohibírseles acudir a ellas con el *foulard*⁵⁰. Recibiendo la jurisprudencia sentada en anteriores decisiones, la SCE de 20 de octubre de 1999 afirma que la libertad de expresión y manifestación de las creencias se encuentra limitada por la facultad de los directores y profesores de los colegios de exigir llevar ropas compatibles con el buen desarrollo de las clases, especialmente en las materias de tecnología y educación física y deportiva. La ausencia prolongada de las alumnas islámicas a las que se les impide llevar el velo, no justificada por motivos médicos, significa una grave perturbación de la vida del colegio que fundamenta legalmente la expulsión definitiva del centro. Sin embargo, la Sentencia no entra a juzgar el por qué de la prohibición administrativa del velo, que pertenece al ámbito discrecional de aquélla. La Administración, según el Consejo de Estado, no tiene que fundamentar los motivos de tal prohibición en las clases de educación física y de tecnología, ni los eventuales peligros para las alumnas o

⁴⁹ Cfr. RIVERO, J., «Laicité...», *cit.*, p. 4.

⁵⁰ En casos de ausencias a clases de educación física y natación, *vid.* SCE de 10 de marzo de 1995, 27 de noviembre de 1996, 15 de enero de 1997 y 2 de abril de 1997. En supuestos de abstenciones prolongadas por la prohibición a llevar el velo en las clases de natación y tecnología, *vid.* SCE de 22 de enero de 1998 y 20 de octubre de 1999.

sus compañeras⁵¹. Lo cual cierra la puerta a la admisión de fórmulas intermedias, válidas tanto para la Administración en cuanto garantes del buen desarrollo de la enseñanza, como para las comunidades islámicas, con las que resolver razonablemente los conflictos.

En el resto de los países de la Unión Europea se respeta el derecho de las alumnas islámicas a llevar velo en las escuelas públicas como manifestación de su libertad de creencias religiosas o culturales. En sí considerados, los límites que suelen recoger las normas sobre disciplina de los alumnos, no atentar contra el decoro personal o contra la religión o la moral, evidentemente no afectan al uso del *hiyab*⁵². Sí pueden ser sancionadas las conductas coercitivas o irrespetuosas respecto a los otros alumnos, pero, en realidad, esas acciones representan actitudes degenerativas del uso legítimo de una libertad, contrarias al derecho de los demás alumnos.

El derecho a llevar velo cede, en cambio, en el momento en que la práctica de la clase impone una vestimenta en que aquél resulta incompatible. En la mayor parte de los Estados –citemos a modo de ejemplo los supuestos de Bélgica, Dinamarca u Holanda⁵³– la asistencia a las clases de natación o educación física sin el *foulard* es obligatoria, y sólo puede ser dispensada en casos de enfermedad y mediando el certificado médico acreditativo. La adecuada formación de los alumnos en la escuela pública, cometido que han de salvaguardar los poderes públicos, prevalece sobre el derecho de los alumnos a manifestar sus creencias. Sin embargo, en determinados ordenamientos jurídicos se ha tratado de encontrar fórmulas flexibles que permitan compatibilizar los derechos de los alumnos a expresar sus convicciones en el modo de vestir y a su formación integral. En Gran Bretaña, donde el sistema educativo está

⁵¹ Además de su texto íntegro en la dirección de internet ya citada, *vid.* un resumen de la misma en «*QDPE*», 3 (2001), p. 811. En parecidos términos *vid.* La SCE de 22 de enero de 1998 (*vid.*, un extracto de la misma, *QDPE*, 3 (2000), p. 836).

⁵² Así, *vid.* en el supuesto de Italia, CARMIGNI CARIDI, S., «Libertá...», *cit.*, p. 228; MUSSELLI, L., «Islam ed ordinamento italiano...», *cit.*, p. 632.

⁵³ *Vid.*, sobre la situación en Bélgica, TORFS, R., «Lo statuto giuridico dell'islam in Belgio», *QDPE*, 1(1996), pp. 228-229. En torno al uso del velo islámico en Dinamarca, *vid.*, PEDERSEN, L., *Islam in the discourse of public authorities and institution in Denmark*, *cit.*, pp. 207 y ss. Sobre el velo en la escuela en Holanda, *vid.*, SHADID, W. A. R., y VAN KONINGSVELD, P. S., «Institutionalization and Integration Islam in the Netherlands», AA. VV., *The integration...*, *cit.*, pp. 113-114; VAN BIJSTERVELD, S. C., «The legal status of Islam in the Kingdom of the Netherlands», AA. VV., *Islam and European Legal System*, (ed. S. Ferrari-A. Bradney), Ashgate, Aldershot 2000, pp. 133 y ss.

altamente descentralizado, recayendo gran parte de las competencias en su planificación, ordenación y gestión en las autoridades locales y en comités específicos, especialmente en las comunidades con un alto índice de presencia de musulmanes –el caso paradigmático es el de la ciudad de Birmingham– se han propiciado acuerdos con los representantes islámicos, aprobando, por ejemplo, la educación separada de las niñas en educación física y natación, o la aprobación de pañuelos ajustados al cuello en estas disciplinas o en las de química y tecnología⁵⁴. En Alemania los tribunales han accedido a dispensar de las clases de natación mixtas por motivos religiosos⁵⁵; y, si bien mantienen la obligatoriedad general de las clases de educación física y natación, la libertad religiosa debe conciliarse con las necesidades pedagógicas, de tal manera que, sin descartar que en casos particulares pueden concederse dispensas singulares, abogan por fórmulas que compatibilicen creencias y enseñanzas, tal como admitir que el traje de baño cubra todo el cuerpo⁵⁶.

En España el índice creciente de población inmigrante, principalmente de origen marroquí, ha ocasionado que se produzcan los primeros casos de absentismo escolar ante la negativa de padres e hijas musulmanas a asistir a colegios sin velo. En febrero de 2002 se ocasionó una fuerte polémica social en torno al caso de una niña marroquí de trece años, Fátima Ledrisse, residente en El Escorial. Fátima tenía plaza en un colegio concertado de la localidad, de ideario católico. Sin embargo, no acude a lo largo del primer trimestre a él porque se exige uniforme y no se le permite asistir a las clases cubierta con el tradicional *hiyab*. Los padres desean que asista a un colegio público y que se le permita llevar el velo islámico. La Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid, a fin de evitar por más tiempo la ausencia del colegio de la niña, la escolariza provisionalmente en el Colegio Público Juan de Herrera de El Escorial. Sin embargo, la directora del centro se niega a que lleve en el mismo el *hiyab* por considerarlo un símbolo de discriminación de la mujer⁵⁷. La Consejería de Educación, en uso de sus atribuciones, zanja la

⁵⁴ Vid., NIELSEN, J. S., *Muslims...*, cit., pp. 54 y ss.; DWYER-MEYER, C., «The establishment of Islamic School. A controversial phenomenon in three European Countries», AA. VV., *Muslims in the margin...*, cit., pp. 222 y ss; p. 241.

⁵⁵ Vid., ROBBERS, G., «Lo statuto giuridico dell'Islam in Germania», *QDPE*, 1 (1996), p. 166.

⁵⁶ Vid., las decisiones de los tribunales administrativos alemanes y su comentario, MUSSELLI, L., *Islam ed ordinamenti europei...*, cit., pp. 23-24.

⁵⁷ Vid., diario «ABC», 16 de febrero de 2002, p. 33.

cuestión ordenando a la directora la admisión de Fátima sin condiciones –por tanto, con la posibilidad de llevar el pañuelo tradicional dentro de las instalaciones del colegio–. En declaraciones a la prensa el consejero, Carlos Mayor Oreja, justifica la decisión en el derecho a la educación de la niña, que debe ser prioritario, y en el respeto a la identidad cultural de la menor cuando la manifestación externa de ésta, el llevar *hiyab*, no contraviene normativa legal alguna que impida asistir a clase –como de hecho así ocurre en otros colegios de Madrid– con esa prenda⁵⁸. No obstante, desde el propio Gobierno de España la decisión de la Comunidad no fue pacíficamente secundada. La ministra de Educación mostró su disconformidad a permitir que se lleve el velo islámico en la escuela pública, alegando que los alumnos deben respetar los reglamentos de los centros –incluidas las normas sobre vestimenta–, así como sus reglas de comportamiento que obligan por igual a todos los niños, por encima de sus creencias religiosas, y que los inmigrantes especialmente deben asumir⁵⁹. Y el ministro de Trabajo, yendo más allá, afirmó que «... el uso de esa prenda (se refiere al velo) no se entiende como un signo religioso, sino como un signo de discriminación de la mujer...», considerándolo como una «... costumbre inaceptable...» y comparándola a la ablación genital femenina⁶⁰.

La evolución posterior de los hechos demuestra que la flexibilidad y el diálogo a fin de llegar a soluciones de compromiso son criterios aconsejables para evitar la tensión social. En junio de 2002 la prensa escrita se hacía eco de la plena integración escolar de Fátima, quien acude al colegio público con *hiyab*, aunque, por propia voluntad, no lo utiliza en el interior del instituto. En otro supuesto similar al de Fátima Ledrissi, el de la niña marroquí Khadiya Aharran, escolarizada en un colegio concertado religioso de El Escorial, se ha llegado a un acuerdo con la Dirección del centro, perteneciente a una congregación religiosa, para que la niña asista al centro con la vestimenta tradicional, habilitando las religiosas una habitación para que se cambie y se ponga el uniforme como el resto de las alumnas⁶¹. Actitud permisiva frente al velo islámico que es criterio general en otras poblaciones con alta tasa de musulmanes. En la Ciudad

⁵⁸ *Vid.*, la entrevista publicada en el diario «ABC», 18 de febrero de 2002, p. 40.

⁵⁹ Diario «ABC», 16 de febrero de 2002, p. 34.

⁶⁰ Diario «ABC», 17 de febrero de 2002, p. 39.

⁶¹ *Vid.*, la evolución de ambos casos en la noticia aparecida en el diario «ABC», de 3 de julio de 2002, p. 43.

Autónoma de Melilla, donde los alumnos de religión musulmana alcanzan el 50 por 100 de la población estudiantil, en todos los centros se permite a las alumnas llevar el *hiyab* en las clases, sin que conste problema alguno al respecto.

El derecho a llevar símbolos o vestidos de significación religiosa o cultural, expresión del derecho a manifestar libremente las creencias religiosas reconocido en el artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, está asimismo indirectamente tutelado en el Derecho español en la legislación protectora de los menores⁶² y, en la emanada en el ámbito educativo, sobre los derechos de los alumnos. En esta última esfera, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, reconoce al alumno el derecho «a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución». En realidad el precepto reproduce lo dispuesto con anterioridad en el artículo 16.1 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 de los centros, norma donde también se reconoce el derecho de los alumnos a la libertad de expresión (artículo 26). Ni la Ley de Calidad de la Educación ni el Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Alumnos mencionan un correlativo deber de los alumnos de llevar una determinada vestimenta, por lo que los límites al referido derecho a portar signos religiosos o culturales serán los generales del derecho de libertad religiosa —el respeto a los derechos de los demás en el ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública—, así como las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público en general. Es obvio que en la escuela pública el atuendo islámico del *hiyab* no viola de por sí ninguno de los límites señalados y debe ser permitido en aras del respeto del derecho de expresión y manifestación religiosa y cultural del alumno. En los centros privados con ideario sus reglamentos internos pueden imponer uniformes obligatorios para los alumnos que no contemplen el uso del pañuelo

⁶² Además de tener en cuenta los tratados internacionales, como la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en noviembre de 1990, donde se reconoce el derecho a la libertad ideológica y religiosa de los menores, el artículo 16 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, afirma que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión».

islámico. El deber de escolarización y la tutela de la libertad ideológica de los alumnos harán que deban acudir a un centro público. Ésta es, en buena lógica, la solución más acorde al respeto de la libertad religiosa de los alumnos y al derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus convicciones, y mientras no exista en España una red de colegios de titularidad privada, concertados o no, con ideario fiel a la ley religiosa islámica.

No obstante lo expuesto, otra distinta respuesta, a la luz de nuestro Derecho, debe tener la pretensión o el hecho consumado de inasistencia a las clases donde llevar velo islámico sea, en principio, incompatible con la actividad, problema que singularmente se plantea en la educación física⁶³. Si verdaderamente se diera esa incompatibilidad, el derecho del alumno a manifestar sus creencias o convicciones se ve limitado por el derecho-deber a recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad, a participar en las actividades formativas –especialmente en las orientadas al desarrollo de los *curricula*– y a asistir a clase con puntualidad (artículos 2.2 y 2.3 de la Ley de Calidad de la Educación, y artículos 1 y 35 del Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Alumnos). Creo que el interés superior del menor, principio a seguir consagrado en el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, lleva a que prevalezca la obligación de asistencia a clase, y así lo han afirmado nuestros tribunales en otros casos en que los padres o los alumnos de centros públicos planteaban el derecho de éstos a la inasistencia a determinadas clases por motivos de conciencia⁶⁴. En todo caso,

⁶³ Ya ha aparecido en los medios de comunicación social españoles algún problema de abstención de musulmanes de clases obligatorias. En concreto, se informaba de que una escolar de nacionalidad paquistaní escolarizada en un colegio de Almería se negaba a asistir a clases de educación física por motivos religiosos (*vid.*, diario «ABC», 26 de febrero de 2002, p. 35).

⁶⁴ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 23 de marzo de 1998, plantea el caso de una alumna que deja de asistir a clases de educación sexual por ser contrarias a sus convicciones morales y religiosas, y, en consecuencia, no supera la evaluación de conocimientos. El Tribunal confirma el suspenso, rechazando la demanda, basándose en los artículos 35 y 38 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos, donde se impone el deber de asistir a las clases y a participar en las actividades orientadas al desarrollo de los planes de estudio, una vez que se ha aprobado el proyecto educativo del centro cuyo contenido es obligatorio para los integrantes de la comunidad educativa: «... el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones morales, religiosas o ideológicas», concluye la Sentencia, «no constituye un derecho ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la CE reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, de forma

la incompatibilidad entre el velo y la práctica de la clase puede que no exista, por lo que guiados por los criterios de flexibilidad en el respeto de derechos aparentemente en conflicto, y el acuerdo entre las partes, muy probablemente la mayor parte de los casos pueden resolverse, como hemos visto sucede en el Derecho alemán o inglés, de forma pacífica⁶⁵.

4. EL DERECHO DE LOS PROFESORES AL *HIYAB* Y SUS LÍMITES

No cabe duda que, en el ámbito de la escuela pública del que estamos tratando, el derecho de los profesores a manifestar externamente sus creencias religiosas quedará más limitado dependiendo de que la laicidad del Estado se conciba como el deber de apartar de la escuela todo símbolo o enseñanza religiosa en aras de garantizar una enseñanza en igualdad en los valores seculares y racionales —aquella que denominamos laicidad de combate—, o bien simplemente aspire a mantener una cierta neutralidad con el fin de respetar el pluralismo religioso de padres y alumnos en una escuela entendida más como espacio de libertad que de imposición de una determinada ética nacional. En todo caso, esa neutralidad desde luego limitará con mayor intensidad el derecho de los profesores, encargados de esa enseñanza neutral, que de los alumnos. Aunque, como hemos dicho, la intensidad varía en función de los principios asumidos en el orden constitucional del Estado.

En Francia tradicionalmente se viene manteniendo la prohibición absoluta del personal en las escuelas públicas o en otros servicios sociales⁶⁶ de llevar símbolos religiosos ostensibles. Lo cual afecta a los

tal que no resulta ajustado a derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante el derecho a la libre creación de centros docentes...» (F. J. 19). *Vid.*, la Sentencia en «Actualidad Administrativa. Tribunales Superiores de Justicia», 7 (1998), núm. 195, pp. 410-416.

⁶⁵ De hecho, y según la noticia del caso de Almería citada en la nota 63, la profesora estaba dispuesta a permitir el *hiyab* en las clases de educación física y la Dirección del centro y la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía abrieron un diálogo con los padres para resolver el problema.

⁶⁶ Así, el Tribunal Administrativo de Burdeos, en Sentencia de 20 de octubre de 1994, prohibió a una enfermera llevar el velo islámico en el servicio de psiquiatría de un hospital por ser incompatible con su estatus profesional y afectar a los pacientes. El Consejo de Estado, en decisión de fecha 3 de mayo de 2000, se pronunció en el sentido de

profesores, e incluso, según la Sentencia del Tribunal Administrativo de Versalles de 14 de abril de 1992, a una camarera de un colegio público que portaba el pañuelo islámico⁶⁷. Únicamente cuando sean símbolos pequeños y difícilmente apreciables está permitido su uso. En una decisión antigua, de fecha 28 de abril de 1938, el Consejo de Estado consideró que una pequeña cruz de oro, disimulada entre la ropa, no puede justificar sanción disciplinar alguna contra la profesora que la lleva⁶⁸. Pero cualquier otra indumentaria de naturaleza ostensiblemente religiosa que se lleve en la escuela es contraria a la laicidad de colegios e institutos públicos y su uso, tanto por los profesores como por el personal que realice tareas auxiliares, queda prohibido, abriéndose inmediatamente un expediente disciplinario contra quien contravenga esta disposición.

Una línea claramente inspirada en el Derecho francés se sigue en la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 12 de noviembre de 1997⁶⁹. La Sentencia juzga la procedencia del despido de una profesora de elemental que prestaba sus servicios en el Cantón de Ginebra y que, tras su matrimonio con un argelino y su conversión al islamismo, decide vestir en la tradición del Islam con una túnica larga hasta los pies y un *hiyab* en la cabeza. La Dirección del centro público donde trabaja justifica el despido por ser contrario a la laicidad del sistema escolar ginebrino y a las convicciones morales y religiosas de los alumnos utilizar vestidos de claro significado religioso, como lo es el llevar el pañuelo islámico. Los recursos ante los tribunales contra esta decisión son rechazados en todas las instancias judiciales. Finalmente el Tribunal Federal confirma asimismo la licitud del despido. En los fundamentos de Derecho de la Sentencia reconoce el derecho de los profesores a manifestar sus convicciones morales y religiosas a través de símbolos o vestimentas. Sin embargo, ese

considerar, en general, que el uso del velo islámico, o de cualquier otro símbolo de expresión de las creencias religiosas, no debe permitirse a los funcionarios o el personal dependiente de la Administración, al atentar contra la laicidad por parte de quienes desempeñan un servicio público. *Vid.*, PRÉLOT, P. H., *Droit...*, *cit.*, pp. 197-198.

⁶⁷ Según la Sentencia, el simple hecho de llevar el pañuelo islámico es un símbolo religioso ostentoso, que influye en el proceso de formación de la conciencia de los alumnos. Esta Sentencia, así como la anterior, son citadas en los antecedentes de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo de Suiza de 12 de noviembre de 1997. *Vid.*, el texto de la misma, en *QDPE*, 3 (1998), pp. 796-801.

⁶⁸ *Cit.*, en RIVERO, J., *Laïcité...*, *cit.*, p. 2.

⁶⁹ Para una exposición y comentario crítico de la Sentencia, *vid.*, LORETAN, A.-SAHLFELD, K. W., «L'Islam pone nuove sfide alla Svizzera. La Corte europea dei Diritti umani in due casi contro la Svizzera», *QDPE*, 3 (2002), pp. 830 y ss.

derecho, en su calidad de profesores de una escuela pública, queda limitado por la neutralidad ideológica de la misma, en aras del respeto a las creencias de los padres y de los alumnos. La escuela no puede identificarse con concepciones religiosas determinadas. Los profesores representan la autoridad del Estado, por lo que deben mostrar discreción al manifestar su creencias. El *foulard* islámico es calificado en la Sentencia, por contra, como un «símbolo religioso fuerte», que puede influenciar las creencias de los niños, con más razón en el supuesto tratado dada la corta edad de los mismos. Llevar el *hiyab* es, concluye el Tribunal, contrario a la separación Iglesia-Estado y a la laicidad de la escuela pública, principio especialmente afirmado en el Cantón de Ginebra, que debe ser preservado, además, en prevención de eventuales conflictos interreligiosos.

La profesora recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) alegando que la medida que le prohibía llevar el pañuelo islámico violaba el derecho a manifestar su religión tutelado en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como producía una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 14 del mismo texto legal. El Tribunal, en la Sentencia *Dahlab v. Switzerland*, de 15 de febrero de 2001, desestima la pretensión. En relación con la violación alegada del artículo 9 CEDH, reconoce que el derecho del profesor a llevar el velo islámico, como cualquier otro símbolo religioso, está protegido por el derecho a manifestar las creencias religiosas. No obstante, considera que la medida de prohibición en la escuela pública tiene plena fundamentación en los límites enunciados en el párrafo 2.º del mencionado artículo 9. Se justifica en una disposición legal del Cantón de Ginebra, tiene un fin legítimo –la protección de los derechos de otras personas– y es necesaria en una sociedad democrática. Razonando sobre la aplicación *ad casum* de los límites, el Tribunal afirma que el principio de neutralidad del Estado exige que los profesores, que representan la autoridad del Estado, no interfieran en las creencias religiosas de sus alumnos. De ahí que deban tolerar una restricción de su libertad religiosa en aras de garantizar esa neutralidad y los derechos y libertades de los estudiantes. El uso del velo islámico, que no duda en calificar de difícilmente conciliable con la igualdad de sexos y el mensaje de la tolerancia, tiene de algún modo un efecto proselitista, máxime en alumnos de corta edad más influenciados que otros estudiantes. El Estado al prohibirlo –concluye el Tribunal– no excedió el margen de apreciación legítimo, y fue razonable y justificada la decisión en una sociedad democrática. En

relación con el artículo 14 y la discriminación por razón de sexo, también es rechazada; la medida prohibitiva no se justifica en su condición de mujer, sino por la significación religiosa del pañuelo islámico, que se considera contraria a la neutralidad del sistema educativo del Estado.

La interpretación de los límites del artículo 9 del CEDH que realiza el TEDH, siguiendo la Sentencia del Tribunal Federal Suizo, nos parece en exceso rigurosa. Es verdad que la neutralidad es un principio de la escuela pública que debe ser garantizado a fin de respetar el derecho de libertad religiosa de los alumnos y el derecho de los padres a la formación moral y religiosa de sus hijos de acuerdo con sus convicciones, si bien siempre es inevitable una cierta influencia de los profesores en los alumnos. El límite de esa influencia ideológica se situaría en evitar actos de adoctrinamiento u otros alejados de los contenidos racionales objetivos de las materias. También parece evidente que la forma en que se viste en general, como los símbolos o, más aún, las insignias o letreros que se llevan, son manifestación de la posición ideológica de quien los porta y, en este sentido, los profesores en la escuela pública deben ser protegidos por la libertad ideológica y de expresión. La Sentencia del TEDH toma en cuenta tan sólo un símbolo en el vestir, el pañuelo, para deducir una consecuencia a mi juicio desorbitada –de por sí representa, afirmaba, un acto de proselitismo hacia los alumnos– sin tener en cuenta la actitud de la profesora en su integridad –y no sólo en el vestir–: sus acciones, la manera de dar clase, su comportamiento con los alumnos, etc. Vincular necesariamente el portar una prenda con significación religiosa –que, en sí, no incide en el desarrollo de la docencia– con la violación de la libertad ideológica y religiosa de los alumnos, considerando que siempre y en todo caso se verán influenciados ilegítimamente, es, como señala Loretan-Sahlfeld, propio «... della psicologia da cucina, che richiede ulteriori accertamenti psicologici...»⁷⁰. Late tal vez detrás de la argumentación del Tribunal Federal Suizo, y de la propia Sentencia del TEDH, el prejuicio, que hemos visto presente en otras decisiones de Estados de la Unión Europea, hacia la religión islámica considerándola una amenaza contra la tolerancia y la laicidad del sistema político. Expresión de ello es, a mi modo de ver, la identificación que se hace del pañuelo islámico con posiciones integristas, y la consiguiente conclusión de convertir un signo religioso en sinónimo de intolerancia y discriminación de la mujer,

⁷⁰ *Ibidem*, p. 841.

ocultando el correcto enfoque del problema desde el punto de vista de las constituciones nacionales y de la CEDH: el velo, como todo otro símbolo ideológico o religioso, es expresión de la libertad individual de manifestar las propias creencias. Garantizar la libertad individual y abrir la escuela a la pluralidad de creencias, y dentro de ella también a la diversidad islámica, es, desde luego, el reto de una sociedad que se pretende sea cada vez más tolerante y abierta a otras creencias⁷¹.

Las reflexiones realizadas al hilo de la decisión de Suiza y la Sentencia del TEDH *Dalab v. Switzerland* demuestran la importancia que para dilucidar la cuestión de si es permisible los símbolos religiosos de los profesores en las escuelas públicas y, en concreto, llevar el *hiyab* islámico, tienen los conceptos de laicidad del Estado y neutralidad de la escuela de los que se parta, en relación con los derechos y libertades de los profesores y de los alumnos.

Siendo un asunto polémico en la sociedad y en la doctrina especializada en Alemania, las decisiones de los tribunales administrativos en los conflictos planteados distan de ser unánimes. Si bien la línea mayoritaria de las sentencias en casos de profesores despedidos o no contratados por el hecho de llevar pañuelo islámico justifican la resolución de la administración escolar en parecidas razones que las expuestas en la Sentencia del Tribunal Federal Suizo –preservar la neutralidad de la escuela y la libertad negativa de los alumnos a no ser influenciados en materia religiosa⁷²–, podemos encontrar algunas decisiones de signo contrario. Así, por ejemplo, la STA de Lüneburg de 16 de octubre de 2000⁷³ consideró, en el caso de una aspirante a ser profesora convertida al Islam, que resulta discriminatorio por razón de sus creencias impedir que acceda al puesto

⁷¹ Lorentan-Sahlfeld comparan la intolerancia en Suiza hacia los musulmanes con la que proscribió la enseñanza católica en las escuelas alemanas bajo las directrices del *Kulturkampf* del siglo XVIII. *Ibidem*, p. 840

⁷² Así, Sentencias del Tribunal Administrativo (STA) de Stuttgart de 23 de marzo de 2000, STA de Baden-Württemberg de 26 de junio de 2001 y Sentencia del Tribunal Federal Administrativo de 4 de julio de 2002. Las decisiones consideran, en general, que una profesora musulmana que lleva pañuelo en las clases no puede ser contratada en la escuela pública. *Vid.*, las citas y un breve comentario de las mismas, *ibidem*, p. 838, nota 59; PUZA, R., «The Rights of Moslems and Islam in Germany», *European Journal for Church and State Research*, vol. 8 (2001), p. 75.

⁷³ VG Lüneburg, NJW 2001, p. 767. Para un comentario de la misma, *vid.*, MUCKEL, S., *Islam in Germany* (manuscrito presentado a la reunión del *European Consortium for Church and State Research*. «Union Européenne et Islam», celebrado en Viena los días 11 al 14 de 2001).

por el solo hecho de llevar el pañuelo islámico, cuando dicha aspirante se ha comprometido a respetar la misión de educar de la escuela pública y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación moral y religiosa de acuerdo con sus creencias.

Recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán ha contribuido a fijar criterios para unificar la doctrina jurídica de los tribunales inferiores en la Sentencia de 24 de septiembre de 2003⁷⁴. En ella resuelve definitivamente el conflicto planteado por una musulmana, de nacionalidad alemana y origen afgano, que obtiene la cualificación para ser profesora de una escuela pública tras ganar unas oposiciones en el *Land* de Baden-Württemberg, pero que debido a su rechazo a quitarse el pañuelo en las clases, se le priva de dicha cualificación impidiéndosele, así, ejercer su profesión en los colegios públicos del *Land*. Su demanda ante los tribunales es rechazada en tres consecutivas instancias; en la última, el Tribunal Federal Administrativo del *Land* argumenta que el derecho de libertad religiosa de la actora se encuentra lícitamente limitado en la neutralidad del Estado, principio implícito en la Ley Fundamental que resulta violado por el uso del pañuelo –un símbolo religioso «fuerte» de las creencias religiosas– por un funcionario público. El Tribunal Constitucional anula las resoluciones anteriores y da la razón a la actora, ordenando su incorporación al puesto de trabajo de profesora de escuela pública. Según el Tribunal, no existe norma alguna del ordenamiento alemán que prohíba a los profesores llevar pañuelo en la escuela. Tampoco es contrario al principio de neutralidad del Estado. Respecto a este principio, debe diferenciarse entre los actos concretos de manipulación de los alumnos por parte de los profesores, que sí violan la neutralidad, del peligro abstracto de conculcación por llevar el pañuelo islámico. Hoy, según el Tribunal Constitucional alemán, no existen elementos ni datos empíricos que lleven a afirmar que el uso del pañuelo constituya una influencia dañina para los alumnos⁷⁵. Al no impedir la enseñanza en los valores que proclama la Ley Fundamental y al ser un lícito ejercicio de la libertad religiosa de la profesora

⁷⁴ 2 BvR 1436/02, 24.9.03, que puede consultarse en: <http://77.www.bverfg.es>. Para un extenso comentario de la misma, *vid.*, MAHLMANN, M., «Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case», *German Law Review*, vol. 4, 11 (2003), pp. 1.099-1.116.

⁷⁵ A la Sentencia de la mayoría se adjunta el voto particular de tres magistrados que, por el contrario, sí consideran que el uso del pañuelo viola directamente la neutralidad del Estado –que prohíbe todo símbolo religioso en la escuela–, creando un peligro real, derivado de la tensión y división religiosa entre profesores y alumnos.

—si es o no un signo de inferioridad de la mujer sólo puede deducirse del caso concreto, según las circunstancias específicas de la persona que lo lleva—, la resolución administrativa que le impide ejercer como profesora vulnera su derecho a la igualdad en relación con el derecho de libertad religiosa, y su derecho de acceso a los cargos públicos sin discriminación por razón de las creencias. No obstante la doctrina sentada por el Tribunal, éste admite que el legislador, en uso del libre ejercicio de sus potestades propias, pueda promulgar leyes permisivas o incluso prohibitivas del pañuelo islámico en la escuela. Si lo prohibiera existiría un fundamento legal lícito a la limitación del derecho de libertad religiosa de los profesores. Varios Estados, entre ellos los de Baja Sajonia y Baden-Württemberg, ya han anunciado su propósito de impulsar las modificaciones legislativas correspondientes a fin de prohibir el uso del pañuelo a las profesoras musulmanas de enseñanza primaria.

En Holanda la Comisión para la Igualdad de Trato, creada por una Ley del año 2000, consideró discriminatorio el despido de una profesora islámica que portaba el pañuelo tradicional, incluso tapándole el rostro casi totalmente, durante sus clases, cuando se demostró que el uso del mismo no planteaba problemas en la práctica, ni en su relación con los alumnos ni con el resto de los profesores⁷⁶.

En España, la relevancia que la Constitución da a la dignidad de la persona, los derechos individuales y el libre desarrollo de la personalidad —fundamento, según el artículo 10.1, del orden público y de la paz social— y la interpretación que el Tribunal Constitucional (TC) hace de los principios de aconfesionalidad del Estado y de cooperación, que conjuntamente convergen en un sistema jurídico de «laicidad positiva»⁷⁷, hace que la neutralidad de la escuela pública pueda ser compatibilizada con el derecho de los profesores a la manifestación de sus creencias religiosas de una manera menos restrictiva al derecho mencionado que en los ordenamientos francés y suizo. Considerando que, en el supuesto de profesores los cuales ejercen su función en colegios con un ideario determinado, la jurisprudencia de nuestro TC ha sentado que sólo ataques abiertos o solapados, explicitados en conductas manifiestas, hacen

⁷⁶ *Vid.*, una exposición y comentario crítico de la Decisión 00-63 de la Comisión para la Igualdad de Trato holandesa, en VAN BIJSTERVELD, S. C., «Church and State in the Netherlands in 2000», *European Journal for Church and State Research*, vol. 8 (2001), p. 223.

⁷⁷ *Vid.*, por ejemplo, FJ 4.º de la STC de 15 de febrero de 2001 («BOE» núm. 65, de 16 de marzo).

que el despido del profesor sea legítimo⁷⁸, y que en la escuela pública la libertad del profesor es siempre mayor pues, al carecer de ideario, la actividad del docente sólo está limitada por la neutralidad en el sentido de no adoctrinamiento ideológico de los alumnos, habría que concluir que el hecho de que un profesor lleve el pañuelo islámico en la escuela pública, expresión de sus creencias religiosas, no es motivo suficiente de sanción disciplinaria, puesto que no puede ser estimado como una violación de sus obligaciones como funcionario público⁷⁹, ni prueba su inaptitud para el desempeño de su misión. Únicamente si utilizara sus clases como medio de proselitismo religioso, o defendiera explícitamente posturas intolerantes o discriminatorias –contrarias, por tanto, a los valores o principios de la CE– podría darse una causa legítima de despido, separación del servicio o suspensión de funciones, según los casos. Esta doctrina, según la cual sólo se justifican las limitaciones de los derechos fundamentales en acciones ciertas y objetivas que ponen en serio peligro otros derechos o valores constitucionales, fue asimismo afirmada por el TC en relación con el límite al derecho de libertad religiosa del orden público. La ya citada STC 46/2001, de 15 de febrero, en su fundamento jurídico 11.º, se refiere a «... el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias».

5. EL PAÑUELO ISLÁMICO EN LAS RELACIONES LABORALES

La decisión de la mujer musulmana de llevar el *hiyab* islámico como símbolo de sus convicciones religiosas o tradiciones culturales también ha

⁷⁸ Según la STC de 27 de marzo de 1985 («BOE» núm. 94, de 19 de abril) «... para que el despido por motivos religiosos fuese lícito habría que demostrar que hubo no sólo disconformidad sino fricciones contra los criterios del centro consistentes en actos contrarios de la profesora y en una actividad contraria (o al menos no ajustada) al ideario...» (FJ 3.º). *Vid.*, en parecidos términos, STC de 13 de febrero de 1981 («BOE» núm. 42, de 24 de febrero).

⁷⁹ Como es natural, no hay norma alguna que impida llevar el pañuelo islámico a los funcionarios públicos, salvo, claro está, que pertenezcan a cuerpos con uniformes reglamentario. El Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, tan sólo impone a éstos el decoro en sus actos y conductas (art. 80).

sido fuente de conflictos, sino tan relevantes como en la escuela pública, en el ámbito de las relaciones laborales privadas. Los casos llevados ante los tribunales sociales se originan cuando la trabajadora es despedida por el hecho de llevar el velo y ante la desobediencia frente a la dirección de la empresa que le prohíbe, por motivos diversos, su indumentaria.

La jurisprudencia de los tribunales de los Estados de la Unión Europea suele plantear jurídicamente el supuesto de hecho descrito como una colisión entre dos derechos que se presentan contrapuestos: el derecho del trabajador a manifestar sus creencias religiosas y el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral. Los criterios de resolución siguen, en sus líneas generales, análogos principios a los casos, más numerosos, de los conflictos en que puede derivar la pretensión de los trabajadores de conmemorar sus festividades ausentándose de sus centros laborales⁸⁰. Múltiples factores se tienen en cuenta para decidir el caso: el interés del trabajador en actuar según sus convicciones y el grado de imperatividad según su religión que tiene la obligación; el conocimiento del empresario, previo a la contratación del trabajador, de sus necesidades religiosas; los efectos para la empresa, o a los servicios que presta, que tiene el que el empleado cumpla con las prescripciones religiosas; o, en fin, y entre otros, las exigencias de salud o de seguridad mínimas que derivan de la actividad empresarial y que pueden verse menoscabadas por la conducta del trabajador.

Generalmente no se discute que, para la mujer trabajadora musulmana, el hecho de llevar cubierta la cabeza con un pañuelo es una exigencia religiosa y, de ahí, representa un caso de ejercicio del derecho de libertad religiosa, cuyo contenido esencial protege el derecho a actuar según las propias convicciones y a manifestar las creencias religiosas. En general, se tiende a que la empresa deba acomodarse a las exigencias religiosas de sus trabajadoras, pero sometidas a ciertos límites y dentro del respeto de la buena fe en las relaciones laborales. Así, y referido a este último aspecto, si el trabajador no anunció al empresario cuáles son sus necesidades religiosas y, en consecuencia, no pacta previamente una solución que permita ajustarlas a las necesidades de la empresa, los tribunales no suelen atender su demanda en caso de despido por observar unilateral-

⁸⁰ Pone de relieve esta similitud, entre otros, KHALIQ, U., *Islam and the European Union: Report of the United Kingdom* (manuscrito presentado a la reunión del *European Consortium for Church and State Research*, «Union Européenne et Islam», celebrado en Viena los días 11 a 14 de noviembre de 2001); MUCKEL, S., *Islam in German*, cit.

mente tales prescripciones religiosas, en contra de lo dispuesto por la dirección de la empresa⁸¹.

Ahora bien, si la decisión de llevar una vestimenta religiosa no causa un daño apreciable a la empresa, o no hay motivos de seguridad o higiene que impidan el pañuelo, no es legítimo que la dirección adopte represalias contra el trabajador por este hecho. Respecto al velo islámico, no parece que, de por sí, pueda tener incidencia en la higiene; contrariamente, en trabajos que conlleven la manipulación de alimentos parece incluso exigible⁸². Sí estaría justificada su prohibición, en cambio, en los supuestos en que pudiera representar un peligro para la integridad física, o incluso para la vida de la mujer, por ejemplo cuando la trabajadora tuviera que utilizar maquinaria o instrumental incompatible con el uso del pañuelo. El problema muchas veces se presenta en la apreciación que hace el juez respecto a los efectos perjudiciales para la empresa, valor que debe equilibrarse con el derecho del trabajador. En un caso decidido en Alemania por el Tribunal Federal de Frankfurt a. M. en 1992⁸³, una empleada musulmana que trabajaba como cajera de una tienda de alimentación es despedida al negarse a trabajar sin el *hiyab* que ella lleva por motivos religiosos. La razón alegada por la empresa es que el pañuelo islámico es irreconciliable con las costumbres tradicionales en Alemania, y esto repercute en la clientela de la tienda. El Tribunal estima que el solo hecho de llevar pañuelo, sin que se demuestre un daño a los inte-

⁸¹ *Vid.*, en Gran Bretaña, la decisión *Ahmad v. Inner London Education*, de 1978, contraria a la demanda de un trabajador musulmán despedido por ausentarse el viernes, cuando en la firma del contrato no advirtió de sus necesidades religiosas. (La cita y un comentario de la misma, *vid.*, KHALIQ, U., *Islam...*, *cit.*). Y en Alemania, la declaración de procedencia de un despido de un trabajador turco que rechazó trabajar los días de fiesta, sin que en su contrato laboral pactara la observancia y condiciones de ausencia esos días, en Sentencia del Tribunal de Apelación de Düsseldorf de 1962 (*vid.*, al respecto, MUCKEL, S., *Islam...*, *cit.*).

⁸² No así en el caso planteado en Gran Bretaña *Singh v. Rowhtree Mackintosh Ltd.*, de 1979, en que un *sikh* es despedido por no atender la prohibición establecida por la Dirección de la empresa a los trabajadores de una cadena de producción que manipulaban alimentos de no llevar barba. El Tribunal considera el despido justificado por razones de higiene, dado el tipo de trabajo. *Vid.*, KHALIQ, U., *Islam...*, *cit.*

⁸³ *Vid.*, su referencia y un breve comentario de la Sentencia, MUCKEL, S., *Islam...*, *cit.* En un caso similar, un tribunal danés consideró discriminatoria la no contratación de una mujer musulmana por llevar pañuelo islámico. *Vid.*, SIMONSEN, J. B., «Constitutional Rights and Religious Freedoms in Practise. The Case of Islam in Denmark», AA. VV., *Religious Freedom and the Neutrality of the State: the Position of Islam in the European Union* (eds. W. A. R. Shadid-P. S. Van Koningsveld), Peeters, Leuven-Paris-Sterling, V. A. 2002, pp. 26-27.

reses de la empresa, no era motivo suficiente para el despido. Tampoco lo es la opinión social dominante, la intolerancia, el miedo o la falta de entendimiento de los clientes. En cambio, el empresario sí debe atender y aceptar en lo posible las obligaciones religiosas de sus empleados. Pero con razón comenta Muckel⁸⁴, contrariamente a los razonamientos de la Sentencia, que la aceptación de los clientes hacia los empleados, independientemente de que la actitud de aquéllos pueda ser calificada como intolerante o discriminatoria, sí debe ser tomada en consideración por el juez, ya que puede traducirse, si se refleja en una bajada de las ventas, en un daño a las legítimas expectativas de negocio del empresario.

Un supuesto similar ha sido recientemente resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en Sentencia de 30 de julio de 2003⁸⁵, señalando una doctrina legal que sin duda determinará la línea de decisión de futuros casos análogos que se den en Alemania. El supuesto de hecho es el siguiente: una vendedora de la sección de cosméticos y artículos de moda de unos grandes almacenes en una ciudad del *Land* de Hesse es despedida al comunicar a la empresa su decisión de llevar el pañuelo islámico, como efecto de su libre decisión de cumplir estrictamente los mandatos de su religión; ante la persistencia de su decisión, la empresa considera que tal actitud conlleva un perjuicio económico por la reacción desfavorable de la clientela, no acostumbrada a relacionarse con personas de otras culturas, por lo que le notifica el despido. La trabajadora acude a los tribunales y su demanda es rechazada en las dos primeras instancias judiciales estimando procedente la justificación del despido dada por la empresa. Contrariamente, el Tribunal Federal de Trabajo anula el despido al considerar que, en el equilibrio entre el derecho del trabajador a la libre expresión de las creencias religiosas y la libertad de empresa, los daños a ésta que se derivan de la conducta del trabajador no quedan suficientemente demostrados: no se prueba el daño económico, o el peligro real y cierto de producirse éste, causado por llevar el pañuelo islámico. Además, prosigue el Tribunal, la empresa no hizo nada por dar otro puesto a la empleada, donde siguiera rindiendo de manera satisfactoria. El Tribunal Constitucional Federal, en la citada Sentencia de 30 de

⁸⁴ Vid., MUCKEL, S., *Islam...*, cit.

⁸⁵ 1 BvR 792/03. Vid., una exposición y comentario en LÓPEZ-ISIDRO LÓPEZ, A., *Despido improcedente de una dependiente de grandes almacenes por llevar velo islámico (Comentario a la Resolución del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de julio de 2003) (1 BvR 792/03)*, publicación electrónica en PORTALDEDERECHO, [http //www.iustel.com](http://www.iustel.com).

julio de 2003, confirma plenamente la anterior decisión. La Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo acierta al ponderar los intereses en conflicto, el derecho de libertad religiosa de la trabajadora y el derecho a la libertad de organización de la empresa. Pero, respecto a este segundo, el Tribunal Constitucional concluye subrayando que no se han justificado las molestias o los daños económicos producidos, ni se ha procurado colocar a la dependienta en otras labores con menor atención al público. Por lo cual se produce una discriminación injustificada por motivos religiosos causada por un despido que no puede sustentarse en causa legal alguna. La Sentencia, que considero acertada en la resolución de la controversia, vuelve a insistir en que la acción limitadora del derecho de libertad religiosa debe fundamentarse en daños objetivos y cuantificables, y no en meros riesgos hipotéticos o presunciones indemostrables.

En el Derecho español, las escasas decisiones jurisprudenciales en materia de velo islámico en las relaciones laborales siguen, en sus líneas generales, el criterio de acomodo a la libertad religiosa del trabajador en tanto no perjudique a la empresa. Un correcto planteamiento en la resolución de estos problemas se realiza, a mi modo de ver, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Baleares, Sala de lo Social, de 9 de septiembre de 2002⁸⁶, en relación con el derecho a llevar el gorro judío –el *yarmulke*– de un conductor de la Empresa Municipal de Transportes de Palma de Mallorca, pero cuyos razonamientos pueden análogamente ser aplicados en los casos de pañuelo islámico. El trabajador es despedido por su persistente negativa a quitarse el *yarmulke*, ante la insistencia de la Dirección en el sentido que ninguna «gorra» forma parte del uniforme de los trabajadores de la empresa. El Tribunal reafirma el derecho de las empresas a imponer a sus trabajadores un uniforme en el trabajo, respetando el honor y la dignidad de los trabajadores tutelada en los artículos 4, 18 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, y otros derechos y libertades públicas. En el caso, el derecho de la empresa mencionado, que emana del más genérico derecho a dirigir la actividad laboral (artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores), entra en conflicto con el derecho de libertad religiosa del trabajador (artículo 16 de la Constitución y 2 de la Ley de Libertad Religiosa) que, siguiendo los mandamientos de su religión, debe cubrir la cabeza en señal de respeto a la divinidad. «... Un conflicto de las características del que aquí se examina –afirma la Sentencia– no

⁸⁶ Fuente propia.

admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurren en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos...» (FJ 2.º). En el caso examinado, concluye el Tribunal, no se ha probado daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno en la ejecución del servicio, o cualquier otro perjuicio. Es más, la empresa permitió el uso del *yarmulke* durante años, y luego cambió de actitud prohibiéndolo sin motivarlo en causa alguna. En esas circunstancias la empresa debió salvaguardar los sentimientos religiosos de su empleado, máxime cuando se trata de una empresa del sector público y, por tanto, obligada a comprometerse más intensamente con los valores constitucionales.

Además de no dañar sensiblemente los intereses de la empresa, la conducta del trabajador que desea puedan ser cumplidas sus obligaciones religiosas en el ámbito laboral debe respetar la mínima buena fe exigible en toda relación contractual, anunciando sus condiciones y pactándolas con la empresa antes de iniciar el trabajo, a fin de buscar la coordinación de los intereses de empleado y empleador. El TSJ de Madrid, Sala de lo Social, en Sentencia de 27 de octubre de 1997⁸⁷ estimó que faltaba esa lealtad y buena fe en el caso de una empleada contratada como vendedora en la *boutique* libre de impuestos del aeropuerto de Madrid-Barajas, perteneciente a la empresa Aldeasa. Un mes después de ser contratada sin manifestar su fe musulmana y las exigencias laborales que derivaban de sus creencias religiosas, envió una carta a la Dirección formulando una serie de peticiones. En materia de vestimenta, aunque no solicita llevar pañuelo islámico, sí modificar el uniforme impuesto en las tiendas de Aldeasa en el sentido de no llevar falda corta. Además plantea otras reivindicaciones por motivos religiosos: ausentarse tres horas los viernes para el rezo colectivo, finalizar la jornada de trabajo durante el mes de Ramadán una hora antes de la puesta de sol, y que en el establecimiento en que trabaje no haya que manipular o vender productos derivados del cerdo o alcohol. Las peticiones son denegadas por la empresa. El Tribunal afirma el derecho de los trabajadores a la libertad religiosa, que obliga a las empresas, en la medida de lo posible, a adaptar sus horarios al cumplimiento de los deberes religiosos de los empleados, y a no

⁸⁷ Para su consulta, *vid.*, *Aranzadi Social*, IV (1997), núm. 3.751.

imponerles conductas incompatibles con sus creencias. Pero también se requiere del trabajador una conducta de lealtad y buena fe, «... consistente en que –lo que no hizo la actora– al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica...» (FJ 2.^o). En el caso del velo, si existiera uniforme en que no se prevea su utilización, llevarlo modifica el compromiso del trabajador a ajustarse a él y, por tanto, debe ser anunciada la voluntad de portarlo antes de la firma del contrato. Pero en los casos en que no exista contractualmente obligación de un uniforme, entiendo que la libertad del trabajador le da derecho a llevar pañuelo islámico, ya que no afecta a la moral, a la higiene, o a obligaciones particulares de la praxis empresarial⁸⁸; en ese supuesto, esa misma libertad hace no necesaria la comunicación al empleador previa a la firma del contrato de trabajo.

6. PAÑUELO ISLÁMICO Y SEGURIDAD PÚBLICA

Por último, el uso del *hiyab* puede afectar a aspectos relacionados con las potestades administrativas de protección de la seguridad ciudadana. Aunque la misma naturaleza del pañuelo impide que sea considerado un elemento que dificulta en la vía pública la identificación de la persona –tal sucede con otros vestidos tradicionales en ciertas regiones islámicas, como el *burka* afgano que oculta el rostro⁸⁹, sí puede contravenir las

⁸⁸ *Vid.*, en este sentido, la jurisprudencia de otros ordenamientos de Estados de la Unión Europea, como el italiano. En la Sentencia de la Corte de Casación de 9 de abril de 1993, el tribunal afirma, ante la reclamación de un trabajador despedido por acudir al trabajo en pantalones cortos, que en ausencia de disposiciones legales o contractuales que impongan un uniforme o unos usos, los trabajadores tienen derecho a elegir su vestuario, con el límite del respeto a las exigencias higiénicas, de seguridad o de imagen de la empresa. *Vid.*, la citada Sentencia, en «Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale», 2 (1994), pp. 226-234, con nota de BELLAVISTA, A., *Abbigliamento del dipendente e poteri di lavoro*. Para una exposición y comentario de la misma, *vid.*, CARMIGNANI-CARIDI, S., *Libertá...*, *cit.*, pp. 232-233.

⁸⁹ Sin embargo, en el Derecho español, a diferencia de Italia, donde una Ley de 1975 prohíbe la utilización de máscaras o prendas que tapen el rostro y, por consiguiente, impidan el reconocimiento de las personas en los lugares públicos, no existe norma alguna que prohíba y sancione tal conducta. (Sobre la incidencia del velo en las normas protectoras del orden público en Italia, *vid.*, entre otros, CARMIGNANI-CARIDI, S., *Libertá...*, *cit.*, pp. 229-231; MUSSELLI, L., *Islam ed ordinamento italiano...*, *cit.*, pp. 631-632.)

reglamentaciones administrativas nacionales en torno a la identificación de las personas por, entre otros elementos, las fotografías del titular de los documentos nacionales de identidad, pasaportes u otras tarjetas acreditativas de la personalidad.

En Francia surgió el conflicto con la demanda planteada ante los tribunales de justicia por la denominada Asociación de Defensa de los Musulmanes contra el Ministerio del Interior, que prohibía la validez de las fotos de mujeres con pañuelo islámico en la expedición de la Carta de Identidad Nacional. La SCE de 27 de julio de 2001 estableció que la obligación, contemplada en el artículo 4 del Decreto de 22 de octubre de 1955, de entregar dos fotos de la cara, con la cabeza descubierta, constituye una restricción al derecho a manifestar las convicciones religiosas justificada en el límite del orden público, ya que tiene como fin limitar el riesgo de la falsificación y de la usurpación de la identidad⁹⁰.

Pero incluso se ha llegado a negar que el llevar *hiyah* en fotografías de títulos oficiales esté protegido por el derecho de libertad religiosa, como acto de manifestación de las propias creencias. En el caso *Bulut v. Turquía*, la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1993, ante el supuesto de una estudiante a la cual se le negó el diploma de licenciatura al finalizar sus estudios por entregar fotografías en las que aparecía con velo islámico, contraviniendo las normas turcas que prohíben el uso del *hiyah* a todo estudiante y funcionario dentro de establecimientos escolares y universitarios, considera que el artículo 9 de la CEDH no garantiza el derecho a comportarse en público según las propias creencias, ya que el término «prácticas religiosas» no se extiende a actos motivados o inspirados por una religión o convicción. En todo caso, afirma la Comisión, la reglamentación prohibiendo el velo se justifica en el carácter «republicano» y «laico» de la universidad y protege el derecho de los demás estudiantes a no sufrir

⁹⁰ Igual fundamentación había sido utilizada anteriormente por el Tribunal Administrativo de Lyon, en Sentencia de 9 de abril de 1996, para justificar la prohibición del pañuelo islámico en las fotografías requeridas en la expedición del pasaporte. (Ambas Sentencias pueden consultarse en la dirección de internet ya citada: <http://www.legifrance.gouv.fr/wAspad/RechercheSimpleJade.js>.) No parece que en un plazo corto vaya a cambiar la política del Ministerio del Interior. En una reciente intervención del ministro, Nicolas Sarkozy, en un congreso organizado por asociaciones musulmanas, reiteró la necesidad de que las fotos para la Carta de Identidad Nacional sean con la cabeza del titular descubierta. Nada justificaría —añadió— una ley diferente para beneficiar a las mujeres musulmanas. *Vid.*, diario «El País», de 23 de abril de 2003, p. 9.

presión por los que se adhieren, y así lo expresan a través del símbolo del pañuelo, a una religión. En cuanto al concreto hecho de invalidar las fotos con pañuelo en la expedición de los diplomas de estudio, la Comisión lo cree justificado en la necesaria identificación del titular, sin que éste tenga derecho a utilizar su imagen para manifestar sus convicciones religiosas. Esta Decisión de la Comisión se encuentra lejos de posteriores interpretaciones del artículo 9 del CEDH del propio TEDH, en que sí se afirma que el derecho a manifestar las convicciones y a comportarse según ellas, sea en un espacio público o no, forma parte del derecho fundamental de libertad religiosa⁹¹. Pero, además, refleja prejuicios frente al pañuelo islámico que vimos en otras resoluciones jurisprudenciales: identificar esta prenda con el fundamentalismo islámico y deducir que su simple uso constituye un acto de proselitismo ilícito.

Otros ordenamientos han mostrado más flexibilidad en la admisión del *hiyab* en las fotos identificativas de documentos nacionales. En Italia una Circular de la Dirección General de Administración Civil del Ministerio del Interior, de fecha 14 de marzo de 1995⁹², declara admisibles las fotografías destinadas a la carta de identidad de ciudadanos que profesan cultos diversos del católico; según la citada Circular, lejos de impedir el reconocimiento de la persona, siempre que el rostro resulte claramente visible, la utilización de turbantes o pañuelos por motivos religiosos cualifica a éstos como parte de indumentarias que habitualmente se llevan y que, por tanto, ayudan a identificar a quien los porta.

En el Derecho español, la normativa que rige las características de las fotografías que se incluyan en el DNI exige que el titular vaya con la cabeza destapada. Efectivamente, el artículo 5 del Real Decreto 2002/1979, de 20 de julio, requiere que «el documento nacional de identidad llevará incorporada la fotografía del rostro del titular, de frente, y con la cabeza descubierta...». Igual disposición

⁹¹ Así, por ejemplo, la STEDH *Kokkinakkis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, afirma que el derecho de libertad religiosa del artículo 9 del CEDH implica la libertad de manifestar la religión: que «... *ne s'exerce pas uniquement de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi: on peut aussi s'en prévaloir individuellement et en privé; en outre, elle comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un enseignement...*» (núm. 31). El texto en francés de la Sentencia puede encontrarse en el apéndice del volumen CIÁURRIZ LABIANO, M. J., *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001, pp. 171-207.

⁹² Puede consultarse en *QDPE*, 2 (1996), p. 475. Sobre la misma, *vid.*, el comentario de CARMIGNANI-CARIDI, S., *Libertá...*, *cit.*, pp. 230-231.

se incluye entre los requisitos para la obtención del pasaporte⁹³. La literalidad de la norma conduciría a que la Administración rechazara las fotografías de mujeres musulmanas que, por motivos religiosos o tradicionales, llevaran la cabeza cubierta con el *hiyab*. Sin embargo, fuentes consultadas del Ministerio del Interior nos han confirmado que, por vía de hecho, se admiten las fotos con pañuelo islámico tanto para el DNI, como para la obtención del pasaporte o de la tarjeta de identificación de extranjeros. No parece que, con las técnicas actuales de identificación personal, afecte el hecho de llevar pañuelo, y sí es una muestra de tolerancia y de querer evitar problemas con las minorías religiosas. En todo caso, y siendo así, considero conveniente modificar la normativa reglamentaria para permitir legalmente lo que la praxis ya admite.

7. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de las páginas anteriores y a través del caso particular estudiado, la costumbre de las mujeres islámicas de taparse la cabeza con un pañuelo, hemos intentado subrayar modelos de resolución de conflictos que evitarán en el futuro tensiones sociales. Como se habrá podido observar, la fuente principal utilizada ha sido la legislación y jurisprudencia de otros Estados de la Unión Europea, donde el fenómeno de la inmigración musulmana es un importante factor social tanto por su número como por los años de instalación en el país. Las perspectivas demográficas de España indican que dentro de unos años estaremos en sus mismas circunstancias. La experiencia europea es, por tanto, un precedente de análisis de la situación española que hay que tener en cuenta.

Europa siempre ha vivido fuertes flujos migratorios. En España esto es algo novedoso. No obstante, el clima de tolerancia que demuestra la sociedad española –cuya población sufrió históricamente la lacra de la emigración–, sin duda hará que se acepte sin especiales problemas. Cada ola de inmigración trae costumbres y usos más o menos alejados de las componentes culturales de la cultura mayoritaria. Si desde el punto de

⁹³ El artículo 16 del Real Decreto 1064/1988 enumera, como documentación para la obtención del pasaporte, «dos fotografías del titular, tamaño carnet, en blanco y negro o color, en posición de frente y descubierto, midiendo la parte correspondiente al rostro un mínimo de dos centímetros de alto por uno y medio de ancho» (subrayado propio).

vista político es conveniente –no sé si realizable– planificar el número y la procedencia de los flujos migratorios que pueden ser asimilados en el país, la integración de los ya instalados pasa por no aventar fobias sociales, como las que sufrieron en otros tiempos judíos, católicos –estos últimos vistos como potenciales traidores a la nación por su obediencia al Papa–, u otros grupos religiosos o étnicos. Hoy son los musulmanes los que se encuentran en el ojo del huracán, en el punto de mira de los nacionalistas extremos.

En España nuestra convivencia con el Islam es antigua: ocho siglos de historia a los que siguió un largo paréntesis. El conocimiento de una cultura que se sitúa en nuestras propias raíces y los principios constitucionales de igualdad y libertad de las personas que deben garantizar los poderes públicos, facilitan el respeto de la religión y cultura islámica. Al fin y al cabo nuestro ordenamiento carece de una «ideología nacional» fundada en los postulados de la Ilustración y del racionalismo que se imponga a los ciudadanos –salvo, claro está, el mismo respeto a los derechos fundamentales–, tal y como se ha venido interpretando la «laicidad» en el Derecho francés.

El estudio del uso del velo islámico en diferentes ámbitos públicos nos ha servido para detectar ciertos prejuicios contrarios a esta manifestación de la cultura islámica, no coherentes con la plena tutela y protección del derecho de libertad religiosa y a la identidad cultural. No sólo en una Francia proclive a dejarse llevar por el celo republicano, sino en la propia jurisprudencia del TEDH, pueden identificarse algunos postulados apriorísticos que debilitan la posición de los creyentes islámicos en su desenvolvimiento social; por ejemplo, la identificación del *hiyab* con un elemento que discrimina a la mujer, o es en sí proselitista, o, en fin, constituye un símbolo de los movimientos integristas. En esencia, se trata, según la mentalidad secularizada que se encuentra detrás de tales planteamientos, de liberar a la mujer de los despóticos dictados de una religión que la discrimina, en aras de integrarla en la sociedad secularizada moderna. Aparte del grado de verdad que tienen tales postulados –que simplifican extraordinariamente una realidad compleja en sí–, esta actitud no tiene en cuenta un aspecto esencial: la voluntad y la libertad de la niña o de la mujer a expresar sus creencias o a identificarse con sus orígenes étnicos o religiosos. Si esto es así, los derechos individuales han de ser en principio respetados, salvo que otros derechos o valores del ordenamiento entren en conflicto.

Además, el distinto tratamiento de los símbolos musulmanes respecto a otros equivalentes de religiones asentadas –la cruz cristiana o el *yar-mulke* judío– es, en sí, una discriminación no justificable en nuestro ordenamiento. La sensación de las comunidades islámicas de no ser tratadas justamente, sus sentimientos de marginalidad en relación con la cultura de la mayoría, provocará tensión social y favorecerá la huida de algunos hacia el fanatismo de las corrientes integristas. Por el contrario, la flexibilidad de la sociedad y del ordenamiento jurídico para aceptar una cultura diferente, dentro del respeto de los principios y valores fundamentales, favorecerá la integración y la paz social. Estamos en la encrucijada. El futuro nos dirá cuál de los dos caminos ha seguido nuestro país ⁹⁴.

⁹⁴ El presente trabajo se inscribe en un más ambicioso proyecto que actualmente desarrolla un equipo de investigación sobre el respeto a la libertad religiosa y a la identidad cultural de los musulmanes en España, que ha obtenido la ayuda económica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Dirección General de Investigación (Proyecto I+D BJU2003-02525) y de la Comunidad Autónoma de Madrid, Consejería de Educación (Proyecto I+D 06/0093/2003).