



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

VEL ISLÀMIC I IGUALTAT DE GÈNERE

El principi d'igualtat com a límit a la llibertat religiosa

David Calonge Cases

Grau en Dret

Tutor: Prof.: Begoña Casado Moreno

17 de gener de 2017

Resum

L'objectiu del present treball de fi de grau és el de determinar la legalitat d'una hipotètica adopció de mesures prohibitives de l'ús del vel islàmic a Espanya fonamentades en la protecció del principi d'igualtat de gènere. Per a respondre a l'anterior qüestió, es realitza una anàlisi jurídica consistent en estudiar la possibilitat d'incloure el principi d'igualtat sota el concepte d'ordre públic com a únic límit a la llibertat religiosa establert per la Constitució espanyola. En atenció als resultats de l'anàlisi, es conclou que una mesura orientada a la restricció de l'ús del hijab fonamentada en un deure de protecció del principi d'igualtat seria contrària a l'ordenament, en tant que suposaria una aplicació preventiva de l'ordre públic, atemptaria contra el principi d'autonomia de la voluntat i estaria basada en una presumpció de discriminació.

ÍNDIX

1	Introducció	1
2	L'ús del vel islàmic a Europa: diferents respostes socials i legals	3
2.1	Introducció	3
2.2	França: <i>l'affaire du foulard</i>	3
2.3	Regne Unit	7
3	Casística i estat de la qüestió a Espanya	11
3.1	Àmbit escolar	11
3.2	Àmbit laboral	14
3.3	El vel en documents oficials d'identificació	17
4	Anàlisi jurídica	17
4.1	El dret fonamental a la llibertat religiosa	19
4.1.1	<i>Constitució espanyola de 1978</i>	19
4.1.2	<i>Interpretació i desenvolupament normatiu</i>	22
4.2	La igualtat de gènere com a pretext per a restringir l'ús del vel	26
4.3	La igualtat de gènere integrada en el concepte d'ordre públic	29
4.3.1	<i>El límit a la llibertat religiosa</i>	29
4.3.2	<i>La interpretació de la clàusula d'ordre públic a la llum de la jurisprudència del TEDH</i>	31
4.4	Els límits al límit	32
4.4.1	<i>La impossibilitat d'una aplicació preventiva de l'ordre públic</i>	33
4.4.2	<i>El principi d'autonomia de la voluntat</i>	34
4.4.3	<i>La falsedat de la presumpció de discriminació</i>	37
5	Conclusions	39
6	Referències bibliogràfiques	41
7	Webgrafia	42
8	Annex jurisprudencial	43

Abreviatures

Consell	Consell d'Estat de la República Francesa
SGB	<i>School Governors Board</i>
TEDH; Tribunal d'Estrasburg	Tribunal Europeu de Drets Humans
TSJM	Tribunal Superior de Justícia de Madrid
TC	Tribunal Constitucional
PDCP	Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics
CEDH	Conveni Europeu de Drets Humans
LOLR	Llei Orgànica de Llibertat Religiosa

Notes prèvies

- I.** Per “vel” o “vel islàmic” s’ha d’entendre, als efectes d’aquest treball, la peça de tela denominada “hijab” utilitzada per les dones musulmanes que cobreix el cabell i coll, deixant visible únicament la cara.
- II.** En aquest treball no s’analitzen les implicacions de l’ús d’altres vestimentes associades al món islàmic com el “burca” o el “xador” donat que responen a criteris més culturals que religiosos (d’aquí que només s’usin en determinades regions com l’Afganistan o l’Iran).
- III.** Amb la fi de trencar possibles prejudicis i realitzar el treball de la forma més objectiva possible, és va realitzar una entrevista a Xantal Genovart, vicepresidenta de l’Associació de Dones Musulmanes de Catalunya (ADMAC), en la qual es debat quin és el significat real del vel i quines implicacions suposa la seva prohibició per a les dones musulmanes. L’entrevista es pot consultar (en mp4) accedint al següent enllaç: <https://www.dropbox.com/sh/jartyc67ullj0l2/AAC6FWM2Tgx6RFtZD1eZXqjCa?dl=0>

1 Introducció

D'entre totes les característiques que defineixen l'era actual se'n destaca una especialment rellevant: la mobilitat geogràfica resultant de les facilitats introduïdes per la globalització. Dita mobilitat comporta el transvasament de grans nombres de persones del seu territori de naixement a altres en busca de millors condicions de vida. Com és evident, aquest transvasament no es limita únicament a les persones, sinó que engloba a tot el seu entorn cultural, això és, els seus costums, tradicions i formes d'entendre el món.

D'entre les destinacions més freqüents es troba l'Europa occidental, que rep milers d'immigrants legals i il·legals cada any a través de rutes migratòries que creuen el Mediterrani. Per raons de proximitat geogràfica, bona part d'aquests fluxos migratoris són de persones musulmanes.

Les fortes tradicions i senyes d'identitat de les comunitats musulmanes creen un fort impacte en les societats occidentals que les acullen tot i la seva reduïda presència en termes absoluts (el nombre de musulmans a Espanya representaven tan sols un 3,6% de la població l'any 2014). Un clar exemple d'aquest fet en n'és el rebuig que generen determinades vestimentes islàmiques, l'ús de les quals és cada vegada més freqüent a mesura que augmenta el flux migratori cap al nostre país.

La problemàtica que planteja l'ús del vel islàmic és deguda a que aquest transcendeix el qualificatiu de mera forma de vestir, en incidir de forma directa i indirecta en la qüestió de gènere, a l'estatus de la dona a l'Islam i la idea que les normes islàmiques limiten els drets fonamentals d'aquesta. En aquest sentit, les societats occidentals entenen que lluir un vel islàmic no és equiparable a dur un simple mocador, doncs suposa una manifestació de pertinença a una comunitat i projecte de vida a les quals la dona no podrà renunciar sense patir, en menor o major grau, una expulsió de la seva comunitat.

Tot això és dubtosament compatible amb el ple i lliure gaudi del dret fonamental a la llibertat religiosa, i ha provocat infinitud de debats públics en la majoria de països europeus els quals han desembocat en l'adopció de diferents

posicions, unes més restrictives (e.g. França o Bèlgica) i altres més permissives o indeterminades (e.g. Espanya o el Regne Unit).

En tot cas, aquests debats sempre s'han configurat entorn a qüestions com el principi de laïcitat, el dret a l'educació o la llibertat religiosa o ideològica. Però en els últims anys, l'auge del feminisme liberal occidental ha introduït el principi de la igualtat de gènere com a nova òptica des de la qual tractar aquesta qüestió.

El present treball planteja, per tant, un exercici per a determinar la legalitat d'una hipotètica adopció de mesures prohibitives de l'ús del vel islàmic a Espanya fonamentades en la protecció del principi d'igualtat de gènere. Per tal d'assolir aquest objectiu, es planteja la hipòtesi que una mesura orientada a prohibir l'ús del vel per a protegir el principi d'igualtat de gènere té cabuda en el nostre ordenament en tant que es pot integrar en la clàusula d'ordre públic, únic límit previst per la Constitució a la llibertat religiosa.

Per a validar aquesta hipòtesi, el treball s'estructura en tres seccions: en primer lloc, s'analitza la casuística en els dos països més representatius pel que fa al tractament del tema a la Unió Europea. En segon lloc, es revisa l'estat de la qüestió a Espanya. Per últim, es realitza una anàlisi jurídica per a determinar la legalitat de dita mesura en el marc legal vigent a Espanya tot estudiant abans el contingut i significat de la llibertat religiosa.

2 L'ús del vel islàmic a Europa: diferents respostes socials i legals

2.1 Introducció

Abans d'abordar l'anàlisi jurídica sobre la legalitat d'una hipotètica mesura encaminada a la prohibició de l'ús del vel islàmic a Espanya, convé estudiar els casos de països amb cert avantatge en aquesta qüestió per observar les motivacions i les vies que s'han emprat. A tal efecte, s'han seleccionat dos països representatius de les diferents actituds socials i legals enfront la indumentària religiosa musulmana: França, que representa la postura més restrictiva degut a la importància del principi de laïcitat i el Regne Unit, que representa una postura més liberal.

2.2 França: *l'affaire du foulard*

El cas francès és segurament el més rellevant a l'hora d'estudiar les respostes d'altres països al problema del vel islàmic. En primer lloc, perquè és el país d'Europa amb la comunitat musulmana més important (l'any 2014 representava el 7,5% de la població¹). En segon lloc, perquè és el país on més temps porta obert el debat i, en conseqüència, més rica és la casuística. Per últim, també és interessant analitzar el cas de França donat que és un país amb una identitat nacional molt forta i on el principi de laïcitat és un pilar fonamental del seu sistema legal.

El debat públic relatiu a l'ús del vel islàmic en espais públics a França va esclatar l'any 1989, coincidint amb el bicentenari de la Revolució i la primera publicació de "*Els versos satànics*" de Salman Rushdie. El detonant va ser la negativa del llavors director d'un institut de la població de Creil (Alts de França) a acceptar l'entrada de tres alumnes musulmanes que duïen el vel islàmic. El fet

¹ MEDINA, M.A. "Los musulmanes son el 3,6% de la población en España (1,7 millones)". EL PAIS 10 febrer 2014. <http://blogs.elpais.com/miradas-arabes/2014/02/poblacion-cuantos-musulmanes-espana-3-por-ciento-2014.html>

va tenir una àmplia repercussió mediàtica, resultant en debats i manifestacions. Ràpidament es van alçar veus en contra i a favor de la decisió del director. El debat se centrava en el significat i les implicacions de la laïcitat a les escoles franceses².

A la vista dels esdeveniments, el llavors ministre d'educació, Lionel Jospin, decideix recórrer a la via jurídica en un intent de rebaixar la tensió social. Així, el 4 de novembre de 1989 demana l'opinió al Consell d'Estat³ (en endavant, "el Consell"). Aquest últim va donar resposta a la consulta mitjançant un *avis* el 27 de novembre del mateix any. En dita resposta, el Consell estableix que «l'ús d'indumentària per part dels alumnes mitjançant la qual expressen la seva afiliació a una religió no és un fet en si mateix incompatible amb el principi de laïcitat, en la mesura en que constitueix l'exercici de la llibertat d'expressió i de manifestació de creences religioses». No obstant, el Consell estableix un límit a aquesta llibertat d'expressió en determinar seguidament que «la llibertat d'expressió no s'ha d'entendre en el sentit que permeti als alumnes portar signes religiosos que, per la seva natura o per les condicions en que s'utilitzin, ja sigui individual o col·lectivament, o així com per la seva natura reivindicativa o ostentatòria, constitueixin un acte de pressió, provocació, proselitisme o propaganda [...]»⁴.

Així, el Consell, mitjançant l'anterior *avis*, dóna preferència al dret dels alumnes a rebre una educació en interpretar el principi de laïcitat com una obligació de neutralitat per part dels serveis públics en la que s'inclou l'expressió de les preferències religioses per part dels usuaris, sempre i quan aquesta no sigui «ostentosa». No obstant, el Consell encarrega als responsables dels diferents

² VAN EECHHOUT, L. "Rétrocontroverse: 1989, la République laïque face au foulard islamique". LE MONDE. 2 agost 2007. http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/08/02/retrocontroverse-1989-la-republique-laique-face-au-foulard-islamique_941317_3232.html

³ El Consell d'Estat (*Conseil d'État* en francès) és un òrgan consultiu integrat dins del Govern francès. Està format per alts funcionaris de l'Estat i es presideix pel primer ministre o, en cas d'absència d'aquest, pel ministre de justícia. D'entre les diferents funcions que realitza, se'n destaquen dues principals: la resolució de consultes preceptives (especialment rellevant per a l'aprovació de lleis) i la de tribunal d'última instància en l'ordre administratiu (per a casos determinats, especialment els recursos contra autoritats públiques).

⁴ Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, 27 novembre 1989, n° 346893, Avis "Port du foulard islamique".

centres educatius l'aprovació de reglaments interns per regular l'ús d'indumentària religiosa, atribuint el control de la legalitat dels mateixos als tribunals administratius.

Un any després, al setembre de 1990, el debat torna a ressorgir quan els responsables del centre Jean-Jaurès e Montfermeil (ubicat a Sant Denís, població de les afores de París amb un alt percentatge d'immigrants) modifiquen el reglament interior per introduir en el seu article 13 que «l'ús de tot signe distintiu, ja sigui de vestimenta o altres, d'ordre religiós, polític o filosòfic està estrictament prohibit». En base a la nova normativa el centre expulsa a tres alumnes musulmanes que duïen vel. En conseqüència, els pares de les estudiants demanen judicialment al centre. El tribunal desestima les demandes d'aquestes, pel que interposen recurs obligant al Consell d'Estat a pronunciar-se en la seva funció de tribunal d'última instància de l'ordre administratiu.

En el seu pronunciament, aquest cop en forma de sentència⁵, el Consell reafirma la doctrina assentada amb el primer *avis* en establir que el principi de laïcitat «prohibeix tota discriminació en l'accés a l'educació que estigui fonamentada en les conviccions o creences religioses dels alumnes; que la llibertat així reconeguda als alumnes comporta per a ells el dret a expressar i manifestar lliurement les creences religioses en l'interior dels centres escolars, en el respecte del pluralisme i de la llibertat de l'altre». En base a dita sentència, el mencionat article 13 queda anul·lat i es readmeten les alumnes.

Durant els anys següents es continuen donant casos similars, en els quals s'insta al Consell a pronunciar-se sobre la legalitat de les decisions i els reglaments dels diferents centres escolars implicats. Cal destacar el cas de l'expulsió de les alumnes Fouzia i Fàtima Aoukili l'any 1993 degut la negativa, per part dels pares, a que aquestes deixessin de portar el vel durant les classes d'educació física. En aquest cas el Consell pren una decisió diferent en confirmar la decisió del centre, fonamentant-se en el fet que la llibertat de manifestació de les creences té com a límit el dret a la integritat física de les menors d'edat.

⁵ Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 2 novembre 1992, 130394, publié au recueil Lebon.

En vista de tot l'exposat anteriorment, es pot observar que la doctrina i jurisprudència sobre la qüestió de l'ús del vel en espais públics (amb un protagonisme quasi exclusiu dels centres d'educació) estava ja ben assentada i no havia variat des del primer pronunciament l'any 1989. Segons dades del Ministeri de l'Interior, les controvèrsies per l'ús de vel islàmic havien passat de 300 a 150 entre el 1994 i el 2003.

No obstant això, el president Chirac va encarregar al llavors mediador de la República, Bernard Stasi, la creació d'una comissió (coneguda com a "Comissió Stasi") per a estudiar si el principi de laïcitat s'estava aplicant de forma correcta. En resposta a tal petició, el 3 de juliol de 2003 es va constituir la "Comissió de Reflexió sobre l'Aplicació del Principi de Laïcitat a la República", el qual estava conformat per 20 experts que representaven sectors diferents de la societat, com per exemple, representants dels diferents ordes religiosos, intel·lectuals i representants dels responsables de centres escolars. La "Comissió Stasi" va deliberar sobre la qüestió durant mig any i va recollir les seves conclusions en forma d'informe, entregat al president de la República el dia 11 de desembre de 2003. En dites conclusions, la Comissió aconsella, com a requisit per a salvaguardar el correcte seguiment del principi de laïcitat, l'adopció d'una llei a observar per tots els serveis públics per a prohibir l'ús de qualsevol signe o vestimenta que indiqui una determinada filiació a una religió en escoles, liceus i col·legis. La Comissió indica però que la prohibició només afectarà a símbols «ostensibles», permetent l'ús d'altres més discrets com la mà de Fàtima, l'estrella de David o petites creus.

En base a l'informe anterior, l'administració Chirac ordena la preparació d'una llei que contempli les indicacions de la Comissió. Finalment la Llei⁶, aprovada el 15 de març de 2004, segueix al peu de la lletra les propostes de la Comissió Stasi: prohibeix l'ús de qualsevol signe o vestimenta que indiqui la

⁶ LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

filiació d'un alumne a una determinada religió⁷. La nova normativa suposa un canvi dràstic en l'enfocament de la qüestió del vel. Les enquestes realitzades pocs dies després de la seva adopció mostren un suport majoritari per part de la població (aproximadament un 55%). La nova Llei deixa en mans dels centres escolars la determinació del grau d'ostentació dels símbols dels alumnes.

2.3 Regne Unit

Al Regne Unit, el debat a nivell públic comença més tard i de forma diferent en comparació a França. Concretament, el detonant del debat va ser una columna escrita al *Lancashire Evening Telegraph* pel llavors líder de la Cambra dels Comuns, Jack Straw, l'any 2006. Tot i així, ja existia una rica casuística i debat a nivell jurídic des de l'any 1967.

En primer lloc, i en quant al debat jurídic, la casuística comença l'any 1967 quan un centre escolar de Leicester nega l'entrada a un alumne asiàtic vestit amb *shalwar kameeze*⁸ en incomplir les estipulacions del centre en quant a vestimenta. La comissió d'educació de l'autoritat local va analitzar el cas en resposta a les protestes dels pares permetent la reincorporació de l'estudiant. Dos anys després, al 1969, es va donar un cas similar quan un centre escolar de Walsall va prohibir també l'ús del *shalwar kameeze*. La resolució va ser també idèntica al cas precedent.

L'any 1990, l'escola *Altrincham Grammar School* va rebutjar igualment l'entrada a dues estudiants per dur vel. No obstant, el *School Governors Board*⁹ (en endavant, "SGB") va revocar la decisió. A la vista de la problemàtica que creava l'ús del vel a l'àmbit escolar, el *Department for Education and Skills* va elaborar, per primer cop al 1994, una guia amb tot tipus d'informació sobre

⁷ Article 1 de la Llei 228/2004, que modifica l'article 145 del Codi d'Educació francès.

⁸ Indumentària que consta de dues peces: pantaló llarg i ample des de la cintura fins als turmells i camisa també ampla ressemblant una túnica.

⁹ Òrgan pertanyent al Govern que té per objectiu vetllar per a l'efectiva consecució de tots els objectius i polítiques establertes en relació als estudiants, currículums, vestimenta, disciplina, necessitats especials, relacions amb la comunitat i relació amb els pares.

uniformes d'escola i indumentària permesa dirigida als pares dels i les estudiants. Es va assignar al SGB la tasca d'observar el compliment de les indicacions contingudes a la guia.

Però la iniciativa de publicar guies per a informar sobre codis de vestimenta adequats va tenir un èxit escàs. Els casos es produïen amb freqüència similar tot i les actualitzacions. D'entre aquests casos n'hi ha un d'especialment rellevant: el cas *Begum*¹⁰, que va servir per clarificar definitivament l'estatus legal de la indumentària islàmica en espais públics, especialment centres educatius.

Shabina Begum, filla d'immigrants procedents de Bangladesh i nascuda al Regne Unit, era alumna del centre *Denbigh High School*, on existia una política d'indumentària doble: l'estàndard i la musulmana (pactada amb la Comunitat musulmana local). La segona consistia en portar el *Shalwar kamezee* mencionat anteriorment. Begum va adscriure's a la segona opció fins que va complir els 16 anys l'any 2002, moment en que fa una petició a l'escola per a poder portar el *Jihab*¹¹, donat que l'uniforme islàmic no cobria de forma suficient braços i cames per així complir amb les prescripcions de la Sharia (llei islàmica) per a dones que arriben a la pubertat.

El centre escolar va respondre negativament a la petició, instant a Begum a no tornar si no duia l'uniforme establert al reglament intern del mateix. En conseqüència, aquesta va demandar al centre enfront a la *High Court*, al·legant una vulneració del seu dret a manifestar la seva religió. El cas va passar a un tribunal d'apel·lació i finalment a la *House of Lords*, que va desestimar les pretensions de Begum en considerar, per unanimitat, que no va existir cap inferència en el dret a manifestar la seva religió, doncs: a) l'alumna disposava d'escoles alternatives on tenia cabuda la seva indumentària, b) el centre al que anava anunciava periòdicament les normes relatives a la vestimenta dels estudiants i, a més, c) oferia una solució per integrar la diversitat religiosa. En paraules de l'informe emès per la cambra alta del parlament britànic: «les regles

¹⁰ R.(on the application of Begum (by her litigation friend, Rahman)) (Respondent) v. Headteachers and Governors of Denbigh High School.

¹¹ Vestimenta islàmica ampla que cobreix tot el cos fins als turmells a excepció de la cara.

d'una institució pública no infringeixen el dret d'un individu a manifestar la seva religió només perquè no s'acomodin a les seves particulars creences religioses¹²».

La resolució de la *House of Lords*¹³, emesa l'any 2006, va posar fi al debat a nivell jurídic sobre l'ús del vels islàmic a escoles i, de forma més general, espais públics. Així, al Regne Unit no existeix una prohibició expressa sobre indumentària islàmica. Els centres educatius poden decidir sobre el seu codi de vestimenta, i la majoria accepten l'ús del vel.

Malgrat això, el mateix 2006 va esclatar el debat públic entorn a aquesta qüestió, motivat pel mencionat article¹⁴ publicat el mes d'octubre d'aquell any a un diari local de Lancashire per Jack Straw, líder de la Cambra dels Comuns així com pels atemptats de Londres de 2004. A l'article, titulat "*I want to unveil my views on an important issue*", Straw argumentava que l'ús del vel, tot i ser legítim, dificultava les relacions entre les dues comunitats¹⁵.

Les reaccions no es van fer esperar. Shaykh Ibrahim, membre del *Muslim Council of Britain*, va subratllar la hipocresia de les declaracions de Straw: «*On the one hand he says this is a free country. On the other, he is denying that free choice to a woman who chooses to wear the veil*». Altres veus agraiïen l'obertura d'un debat a nivell nacional, però aquest no va transcendir mai l'àmbit mediàtic. Una enquesta realitzada per Ipsos MORI¹⁶ pocs dies després de la controvèrsia va

¹² «The cases demonstrate the principle that a rule of a particular public institution that requires, or prohibits, certain behaviour on the part of those who avail themselves of its services does not constitute an infringement of the right of an individual to manifest his or her religion merely because the rule in question does not conform to the religious beliefs of that individual».

¹³ La Cambra dels Lords (*House of Lords* en anglès) és la cambra alta del Parlament Britànic. La seva funció és generalment legislativa, però conservava funcions jurisdiccionals heretades del passat en el moment de judici del cas Begum. Concretament actuava com a tribunal d'última instància per a alguns casos, assumint un paper semblant al d'un Tribunal Suprem. Tot i que durant els últims 200 anys havia anat perdent funcions judicials. Amb la constitució, l'any 2009, de la *Supreme Court of the United Kingdom* la Cambra dels Lords deixa de tenir funcions judicials.

¹⁴ STRAW, J. "I want to unveil my views on an important issue". THE TELEGRAPH. 6 octubre 2006. <http://www.telegraph.co.uk/news/1530718/I-want-to-unveil-my-views-on-an-important-issue.html>

¹⁵ «[...] in particular my concern that wearing the full veil was bound to make better relations between the two communities more difficult. It was such a visible statement of separation and of difference».

¹⁶ Segona companyia d'investigació de mercats més important del Regne Unit.

mostrar que, tot i el rebuig mostrat per gran part de les institucions del país al comentari de Straw, la majoria de la població coincidia en que l'ús del vel segregava a les dones musulmanes i que el seu ús als centres educatius, mitjans de comunicació o forces de seguretat hauria d'estar prohibit. Tot i així, la majoria dels participants en l'enquesta consideraven que les dones musulmanes haurien de tenir el dret de portar vel per elecció¹⁷.

Recentment però, l'auge del terrorisme i la crisi migratòria han afavorit formacions polítiques ultraconservadores (e.g. el “*United Kingdom Independence Party*” (UKIP) o el “*British National Party*” (BNP)) que han intentat prohibir el vel no només en àmbits específics sinó en tot l'espai públic, incloent el carrer. Es van presentar dues iniciatives legislatives entre 2010 i 2014¹⁸. Cap de les dues va superar el primer estadi del procés legislatiu. Tot i així, la seva presentació és un símptoma de canvi d'actitud envers a la qüestió del vel i, en general, envers a l'estatus de les minories ètniques i religioses. En paraules de Philip Hollobone, diputat del Partit Conservador per Kettering: «*My contention is that, because of political correctness and sensitivities about unintentionally causing harm to religious minorities, the Government are frightened to act on the issue, which is a great shame*».

¹⁷ Enquesta: <https://www.ipsos-mori.com/researchpublications/researcharchive/315/muslim-women-wearing-veils.aspx>.

¹⁸ Aquestes són: la Face Coverings (Regulation) Bill 2010-2012 i la Face Coverings (Prohibition) Bill 2013-2014.

3 Casuística i estat de la qüestió a Espanya

A Espanya la qüestió del vel és relativament nova. Els primers casos, molt menys nombrosos que a França, el Regne Unit i altres països europeus, van donar-se a principis dels anys 2000. En conseqüència, no existeix un marc legal específic per a adreçar els conflictes que sorgeixen per l'ús d'aquesta indumentària en espais públics i la jurisprudència és modesta. Espanya segueix, tàcitament, el model anglès al deixar en mans dels responsables dels centres educatius les decisions entorn a la vestimenta dels alumnes. En general, les respostes tant per part de les institucions com de l'opinió pública són contràries a qualsevol tipus de prohibició i recolzen, dins del que es podria considerar raonable, l'ús del vel islàmic en tots els àmbits.

3.1 Àmbit escolar

El primer cas enregistrat a Espanya és un dels més importants. Els fets van ser els següents. L'any 2001, els pares de la Fàtima Ledrisse sol·liciten plaça a l'escola pública de San Lorenzo de El Escorial, localitat on residien. En no haver places disponibles, els pares la van matricular en un centre concertat on existien normes de vestimenta que no permetien a Ledrisse assistir a classe amb la seva vestimenta habitual, tot i estar exempta de l'assignatura de religió catòlica. Degut a això, la menor va deixar d'assistir a classe, pel que la Conselleria d'Educació de la Comunitat de Madrid va haver d'intervenir, permetent a la menor assistir a les classes del centre públic Juan de Herrera portant vel. Malgrat això, la directora del segon centre va negar-se a admetre-la en entendre el vel com un símbol de discriminació cap a la dona. La decisió final presa per part de la Conselleria va ser la de permetre l'accés de la menor vestida amb el vel al centre públic doncs, segons la consellera, «el dret a l'escolarització de la nena estava per sobre de qualsevol altra controvèrsia»¹⁹.

¹⁹ LÓPEZ-SIDRO, A. La mujer y el Islam: la cuestión del velo en España. *Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, núm. 11, pp. 71-78.

Un altre cas rellevant, ocorregut a Girona, va posar de manifest la necessitat d'una regulació clara per a evitar conflictes. Els fets concerneixen a Shaima Saidani, una marroquina de tercer de primària a la qual es va assignar l'escola Annexa-Joan Puigvert. Tot just arribar el primer dia de classe, el centre comunica als pares la impossibilitat d'escolaritzar-la si duia el vel. Per justificar la decisió, el director del centre va citar el reglament intern, el qual prohibia qualsevol forma de discriminació entre els alumnes per raó de sexe, raça, religió o altres factors. En resposta, els serveis territorials de la Conselleria d'Educació de la Generalitat de Catalunya van publicar una resolució que obligava al centre a la re-escolarització de la menor ja que: a) cap col·legi català o d'arreu de l'Estat té les competències per prohibir qüestions que normes de rang superior no prohibeixen i b) que la prioritat del Govern és la d'escolaritzar a tots els menors. La junta de directors d'escoles públiques de Girona va criticar al Govern per la manca d'una normativa clara que esclarís la qüestió.

Més recent és el cas de Najwa Malha, similar als casos descrits anteriorment però d'especial rellevància doncs motiva la primera sentència d'aquest tipus a Espanya. Els fets succeïts són els següents. Najwa, una estudiant de 4t d'ESO del centre Camilo José Cela (Madrid), decideix posar-se el vel als 16 anys per complir amb la Sharia malgrat les recomanacions en contra del seu pare, celador d'una clínica madrilenya i president del Centre Cultural Islàmic de Pozuelo de Alarcón (Madrid). El canvi d'indumentària porta al centre a denegar l'assistència a classe de la menor en estricta aplicació del seu reglament intern²⁰, segons al·lega el director. La mesura no va consistir en una expulsió, sinó en apartar a la noia de les classes. A tal efecte, se li va assignar una sala de visites on passava sis hores de la jornada lectiva cada dia.

Aquests fets van crear molta polèmica quan la noia, angoixada per la situació i preguntada pels mitjans de comunicació, declara: «*Me siento discriminada*» i que «*quise dar este paso porque quería dejar claro que me gusta*

²⁰ L'article 32 (actualment article 34.c.5) del Reglament del centre escolar Camilo José Cela estableix que: «En el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras o de cualquier otra prenda que cubra la cabeza, salvo que, por motivos de salud debidamente acreditados, el Sr. Director conceda una autorización excepcional».

mi religión»²¹. En resposta a la polèmica, el centre decideix readmetre-la a les classes tot i portar el vel, però passats cinc dies el consell escolar ratifica la decisió del centre. La Conselleria d'Educació de la Comunitat de Madrid intervé llavors per proposar un altre centre on s'admeti l'ús del vel. El centre proposat va ser el San Juan de la Cruz (Madrid). Però aquest canvia ràpidament el seu reglament per impedir igualment l'ús del vel, fet pel qual la menor és finalment escolaritzada al centre Gerardo Diego (Madrid).

Mentre succeïen aquests fets, el pare de la menor recorre la decisió del primer centre enfront a la Conselleria d'Educació regional, però aquesta torna a ratificar la decisió de sancionar l'ús del vel en una resolució emesa pel vice-conseller. La família recorre llavors la resolució davant el Tribunal de lo contenciós-administratiu número 32 de Madrid.

La resposta del Tribunal, pionera en aquest àmbit a Espanya, segueix la mateixa línia argumental. En una sentència²², al parer de qui escriu aquestes línies bastant deficient tècnicament, el jutjat confirma efectivament que s'ha produït una ingerència en el dret de llibertat religiosa però la convalida seguidament en afirmar que *«dicha injerencia es admisible cuando sea necesaria, en el ámbito de una sociedad democrática para la salvaguarda de sus intereses (seguridad, salud, moralidad) [...]»*. No obstant, el jutge no entra a valorar en quina mesura era necessària la ingerència, es limita simplement a citar textualment una sentència²³ del Tribunal Europeu de Drets Humans (en endavant, "TEDH"): *«[el velo] es un símbolo religioso fuerte, capaz de ejercer un efecto proselitista impropio y como elemento difícil de conciliar con el principio de igualdad de género»*.

L'advocat de la família Malha, Iván Jiménez Aybar, va presentar un recurs contra la decisió del Tribunal per a que el Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat de Madrid (en endavant, "TSJM") revisés i revoqués la sentència. Segons Aybar, el jutge incorre en *«voluntarismo selectivo»* ja que selecciona

²¹ CEMBRERO, I. "Najwa, fuera de clase en Pozuelo por cubrirse la cabeza con 'hiyab'". EL PAIS. 16 abril 2010. http://elpais.com/diario/2010/04/16/sociedad/1271368803_850215.html.

²² Jutjat contenciós-administratiu núm. 32. Sentència núm. 35/2012 de 25 de gener.

²³ *Dahlab v. Switzerland*. STEDH. 15 de febrer de 2001.

«solo aquellos motivos de impugnación que le interesaba valorar en su sentencia, ignorando aquellos otros para los que, según parece, no tenía respuesta»²⁴.

No obstant, en la sentència corresponent²⁵, publicada el mes de febrer de 2013, el TSJM no entra a valorar el fons de la qüestió en estimar que el recurs s'havia admès de forma errònia, ja que la quantia no superava els 30.000 Euros, requisit necessari segons la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciós-administrativa. L'advocat de la família ha anunciat que acudirà al Tribunal Constitucional (en endavant "TC") per a que es reconegui la vulneració del dret a la llibertat religiosa i es dicti una sentència que creï jurisprudència sobre l'assumpte.

El cas és semblant al cas Begum (veure secció 2.3) tant pels fets i la seva resolució com pel fet que ambdós creen un precedent en la qüestió del vel islàmic als centres educatius. La primera sentència sobre el tema a Espanya deixa el poder de decisió als responsables de cada centre, seguint la solució adoptada per la *House of Lords* del Regne Unit, desmarcant-se de les solucions adoptades per les conselleries d'educació territorials en els casos precedents, que consistien en obligar els centres a readmetre l'estudiant al·legant a la preeminència del dret a l'escolarització.

3.2 Àmbit laboral

Les disputes a l'àmbit laboral per l'ús del vel islàmic no han estat tan mediàtiques com en l'àmbit educatiu, segurament perquè la vulnerabilitat que s'associa als menors d'edat provoca una major empatia i, per tant, interès. Prova d'això és que el primer cas judicial que versa estrictament sobre la matèria data del 1997 (20 anys abans del 'cas Najwa').

²⁴ ÁLVAREZ, P. "Najwa recurre el fallo que respaldó la prohibición de asistir a clase con velo". EL PAIS. 28 març 2010. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/03/26/madrid/1332784203_502249.html.

²⁵ Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala de lo contenciós-administratiu, secció 10a). Sentència núm. 129/2013 de 8 de febrer.

Els fets, succeïts al juliol de l'any 1996, són el següents. Una dona de confessió musulmana que treballava per a l'empresa Aldeasa S.A. ("Almacenaje y Distribución, S.A.") com a venedora de la botiga *dutyfree* de l'Aeroport de Madrid-Barajas envia una carta a l'empresa per a manifestar que practicava la fe musulmana i en la carta realitza les següents peticions: que se li permetés l'ús d'un uniforme que no atemptés contra les seves creences religioses (l'uniforme requerit incloïa faldilla curta); que se li adequés l'horari per no haver de presentar-se els divendres entres les 13:30 hores i els 16:30 hores en ser un dia sagrat per al resar col·lectiu; que no se la traslladés a cap establiment on s'hagués de manipular productes derivats del porc o l'alcohol i que finalitzés el seu torn de treball una hora abans de la posta del sol durant el mes del Ramadà.

Enfront la negativa de l'empresa de satisfer les peticions, decideix acudir a la jurisdicció social, que valida la decisió de l'empresa. L'afectada decideix llavors presentar escrit de súplica davant el TSJM. L'alt tribunal manté el criteri de la jurisdicció social a favor de l'empresa basant-se en criteris de lleialtat contractual i bona fe del treballador²⁶. Concretament, argumenta que si bé la llibertat religiosa és un dret respectable i de suma importància tant en l'esfera de la consciència individual i col·lectiva com en l'àmbit jurídic, i que els tribunals laborals han de vetllar per a que les empreses adaptin els seus horaris i requisits per a permetre als seus treballadors el normal i còmode compliment dels seus deures religiosos; la part treballadora ha de complir sempre amb la bona fe i lleialtat contractual, el que es tradueix en aquest cas, en el deure de comunicar la seva confessió religiosa (i les circumstàncies especials que el fet implica) amb caràcter previ a la sol·licitud del lloc de treball per a que l'empresari tingui l'oportunitat de verificar si tals circumstàncies especials tenen cabuda en la seva particular infraestructura²⁷.

²⁶ BRIONES, I. M. El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. (2009). *Anuario de Derechos Humanos*, núm 10, pp. 17-82.

²⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, secció 5a). Sentència núm. 3751/1997 de 27 d'octubre.

En aquest sentit, es podria concloure que la bona fe contractual constitueix un límit a l'exercici dels drets fonamentals en el marc de les relacions laborals en la mesura en la que pugui reconduir-se a la protecció d'un bé constitucionalment rellevant com és la llibertat d'empresa reconeguda a l'article 38 CE²⁸.

Més recentment s'ha produït un cas similar que ha adquirit cert revolt mediàtic. Ana Saidi, treballadora dels serveis de *handling* de l'operadora Acciona a l'Aeroport Son Sant Joan de Palma de Mallorca, ha demandat a l'empresa per la jurisdicció social en entendre que ha estat víctima de discriminació per motius religiosos. Saidi ja treballava a l'empresa quan decideix començar a portar el vel al desembre de 2015. El seu superior li comunica que ha de consultar-ho per escrit amb les oficines de Madrid. Un dia després d'enviar la carta, rep un missatge pel qual se li comunica la negativa de l'empresa a l'ús del vel ja que no estava contemplat a la normativa corporativa. Tot i així, Saidi decideix continuar portant el vel, pel que l'empresa va recórrer a la imposició de sancions consistents en la suspensió de sou i treball durant diverses setmanes²⁹³⁰.

El cas es troba actualment vist per a sentència. En vista del precedent explicat anteriorment, la jurisdicció social hauria de validar la posició de l'empresa sempre i quan aquesta expressió de les conviccions religioses de la treballadora impliqui un tracte diferenciat al pactat contractualment. Per contra, si la pretensió de la demandant és única i exclusivament la de portar el vel en hores de treball, es planteja una nova qüestió que haurà de resoldre en la futura sentència. Tot i així, en atenció al marc legal actual entorn a aquesta matèria i en atenció també al fet que la treballadora no es veu en cap mesura impedida en el normal desenvolupament de les seves tasques pel fet de portar vel, l'autor

²⁸ CAÑAMARES, S. El empleo de simbología religiosa en España. (2005). *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*. Universidad Complutense de Madrid.

²⁹ BOHÓRQUEZ, L. "Que me obliguen a quitarme el velo es como arrancarme mi propia piel". EL PAIS. 20 desembre 2016. http://politica.elpais.com/politica/2016/12/20/actualidad/1482237712_030858.html.

³⁰ HERNÁNDEZ, I. "Tengo derecho a trabajar con velo". EL MUNDO. 10 juny 2016. <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/06/10/5756a1bd468aeb14228b45b8.html>.

d'aquest treball considera que l'empresa està efectivament discriminant a l'afectada per motius religiosos.

El debat sobre l'ús del vel en l'àmbit laboral es configura entorn al límit que constitueix la bona fe contractual al dret de llibertat religiosa, mentre que en l'àmbit de l'educació el límit és menys clar (principi de laïcitat? Ordre públic? Compliment de la normativa interna dels centres educatius? Dret a l'educació?).

3.3 El vel en documents oficials d'identificació

Un altra àmbit on l'ús del vel ha creat controvèrsia, especialment per a les implicacions en la seguretat pública, és el de l'expedició de documents d'identitat nacional. A Espanya existeix una legislació respectuosa amb les diverses sensibilitats religioses des de 2003, quan es va actualitzar la normativa que regula l'expedició del passaport.

La iniciativa comença l'any 1994 quan el llavors Defensor del Poble, Álvaro de Miranda y Torres, elabora diferents informes dirigits al Ministeri de l'Interior recomanant l'admissió d'una excepció a les normes sobre fotografia en els documents d'identificació nacional fundada en motius religiosos. L'objectiu era adaptar la normativa existent³¹ als requeriments de la diversitat religiosa. Els informes van considerar-se a l'hora d'actualitzar la normativa, raó per la qual les noves lleis relatives a l'expedició de passaport no fan una menció expressa a portar el cap totalment descobert.

4 Anàlisi jurídica

L'ús d'indumentària religiosa, com és el vel islàmic, s'integra en la dimensió subjectiva i externa del dret a la llibertat religiosa, dret fonamental

³¹ La normativa vigent a l'any 1994 (Decret 196/1976, de 6 de febrer, pel que es regula el document nacional d'identitat) requeria una «*fotografía en color, del rostro del titular, de frente y con la cabeza descubierta [...]»*, el que no permetia a les dones de confessió musulmana identificar-se d'acord amb la seves conviccions.

reconegut a la Constitució i als tractats internacionals ratificats per Espanya. D'acord amb la doctrina i jurisprudència constitucional, els drets fonamentals no són absoluts, sinó que han de coordinar-se amb els drets dels altres individus així com altres béns i valors constitucionalment rellevants³².

Les prohibicions i limitacions en l'ús del vel islàmic suposen, d'entrada, un atemptat al dret a la llibertat religiosa de les portadores, violació que s'ha justificat per raons de protecció de valors constitucionals tals com l'efectiva igualtat entre homes i dones o l'ordre públic. Un gran número d'aquestes restriccions gaudeixen de dubtosa justificació jurídica.

Una de les qüestions primordials de tot Estat democràtic és el respecte i protecció del pluralisme ideològic. En aquest sentit, limitar el dret a la llibertat religiosa de forma arbitrària suposa un acte greu i hauria de ser condemnat per tota persona que es consideri progressista. En base a les consideracions anteriors, el següent apartat té per objectiu estudiar la plausibilitat d'adoptar mesures orientades a restringir l'ús del vel islàmic al·legant el principi d'igualtat de gènere donat el marc legal vigent a Espanya.

Per tal d'assolir-lo, l'anàlisi jurídica s'ha estructurat en quatre apartats: en primer lloc s'analitza el contingut i significat de la llibertat religiosa tal i com es recull en el marc legal vigent; en segon lloc, s'investiga la utilització del principi d'igualtat com a possible argument per limitar l'ús del vel; en tercer lloc es desenvolupa la tècnica per a incloure dit principi a la clàusula d'ordre públic (únic límit legítim que estableix la CE per a limitar la llibertat religiosa); i per últim, s'explica la problemàtica associada a aquest plantejament.

³² SUÁREZ, L. (2011/12). La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16/17, p. 211.

4.1 El dret fonamental a la llibertat religiosa

4.1.1 Constitució espanyola de 1978

La llibertat religiosa és un dret consagrat a totes les constitucions democràtiques i els tractats de Drets Humans amb especial rellevància a Espanya, doncs representa el trencament amb la llarga tradició confessional del país instaurada per la dictadura. El seu reconeixement a la Constitució era una qüestió acceptada per totes les forces polítiques. No obstant això, al presentar-se el primer avantprojecte de la Constitució actual al gener del 1978, les autoritats eclesiàstiques van protestar degut a falta de menció a l'Església Catòlica. Així per exemple, segons el llavors l'arquebisbe de Saragossa Elías Yanes: «silenciar la realitat social i institucional de l'Església Catòlica a una Constitució per a Espanya és una lamentable deficiència»³³.

En base al fet anterior, representants de varis grups parlamentaris van presentar una esmena per garantir la presència de l'Església Catòlica al text constitucional. El debat va durar mig any fins a la votació de la nova redacció introduïda per l'esmena el dia 7 de juliol de 1978. Aquesta nova redacció contenia un tercer apartat on es reconeixia la importància de la religió catòlica en la societat espanyola i, en conseqüència, el deure de cooperació dels poders públics amb aquesta confessió. Malgrat l'oposició de varis grups parlamentaris³⁴, la nova redacció es va aprovar amb la majoria de vots a favor³⁵, resultant en el l'article 16 CE vigent avui en dia:

³³ LABOA, J.M. (1981). Iglesia y Religión en las Constituciones españolas. Madrid: Ediciones Encuentro.

³⁴ Enrique Barón (PSOE): *“El argumento que se nos da es que España semiológicamente es mayoritariamente católica. Pero es que por esa razón tendríamos que llegar a extremos tan absurdos como decir que la Constitución española tiene que reconocer que España es un país con orografía muy accidentada; o que la mayoría de los españoles somos morenos y de no muy elevada estatura. Y esto entiendo que es una burla, porque la cuestión religiosa es una cuestión que está en principio en la conciencia. [...] Ese privilegio de mención [a la Iglesia católica] nos lleva a que en esta Constitución hay una confesionalidad solapada”*. Sesions del Congrés dels Diputats, legislatura constituent, núm. 106, 7 juliol 1978.

³⁵ GUTIÉRREZ, V. “España aconfesional y católica”. EL PAIS. 5 desembre 2013. http://politica.elpais.com/politica/2013/12/04/actualidad/1386184107_688211.html.

1. «Es garanteix la llibertat ideològica, religiosa i de culte dels individus i de les comunitats sense cap més limitació, quan siguin manifestats, que la necessària per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei.
2. Ningú podrà ser obligat a declarar quant a la seva ideologia, religió o creences.
3. Cap confessió tindrà caràcter estatal. Els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les consegüents relacions de cooperació amb l'Església Catòlica i les altres confessions».

El dret a la llibertat religiosa és un concepte complex, pel que convé analitzar tots els aspectes continguts en el precepte. Aquest comença per mencionar, en primer lloc, a la llibertat ideològica, que en la seva vessant interna representa el dret de tota persona a tenir els seus ideals així com tota classe d'idees i opinions canviants sobre qualsevol matèria. Però és la seva vessant externa la que resulta d'especial interès per a l'ordenament jurídic i per al present treball doncs, en principi, les idees són indiferents per al món jurídic mentre no es manifestin en fets externs. Així, la vessant externa és la que permet compartir i transmetre, en definitiva, exterioritzar les idees personals essent els mitjans per a la seva manifestació la llibertat d'expressió així com el propi Estat democràtic³⁶.

La manifestació de la llibertat ideològica no comprèn únicament l'expressió verbal d'idees i conviccions personals, sinó que engloba també altres formes d'expressar-les més enllà de la llibertat d'expressió, com per exemple, gestos, conductes, accions i altres manifestacions que les permetin transmetre. És la llibertat ideològica la que empara el dret de les dones musulmanes a portar el vel en espais públics, doncs es tracta d'una manifestació de les seves conviccions religioses mitjançant una conducta determinada, consistent en portar un vel.

En segon lloc, el precepte fa referència expressa a la llibertat religiosa, la qual representa, en la vessant interna, el dret de tot individu a tenir qualsevol classe de conviccions religioses lliures de tota mena de coacció per part de l'Estat

³⁶ PREALES, A. Sinopsis artículo 16. *Universidad Carlos III*.

i de qualsevol grup social³⁷. En aquest sentit, el dret a la llibertat religiosa seria una vessant del dret més general a la llibertat ideològica. No obstant això, el fet que la seva vessant externa es caracteritzi per l'expressió col·lectiva i comunitària de les conviccions religioses, essent la seva màxima expressió els actes de culte, impliquen que transcendeixi de a la llibertat ideològica, no pel contingut sinó per la forma d'expressió, raó per la qual es considerin com a dos drets diferenciats.

El reconeixement d'aquestes esferes internes i externes que protegeixen la llibertat de creences i de religió enfront a l'Estat i altres grups socials es complementa, de forma negativa, amb el segon precepte de l'article 16 CE que consagra un dret de no fer, és a dir, un dret a no declarar que comporta que ningú pugui declarar o indagar sobre les conviccions religioses dels demés³⁸: «ningú podrà ser obligat a declarar quant a la seva ideologia, religió o creences».

Per últim, el tercer precepte de l'article 16 complementa el dret a la llibertat religiosa al declarar la aconfessionalitat de l'Estat («cap confessió tindrà caràcter estatal»), marcant una distància amb altres períodes de la història en que aquest es definia com a com a catòlic, amb les consegüents implicacions que això comportava, tals com la negació d'un estatus legal i el reconeixement a les minories religioses que permetés el lliure exercici dels actes de culte. No obstant, les circumstàncies de l'època en que es va redactar la Constitució descrites al principi de la present secció impliquen l'impossibilitat d'un trencament total amb l'anterior règim, caracteritzat per un pes molt important de l'Església catòlica. És per això que la redacció final de l'article 16 CE inclou una menció expressa a l'Església catòlica, resultant en un distanciament del laïcisme declarat en la Constitució republicana de 1931.

La diferència entre un Estat laic i un aconfessional és l'actitud d'aquest enfront a les diferents confessions. Així, el laïcisme entranya una actitud de l'Estat que pretén prescindir de la religió, considerant que en l'àmbit públic aquesta no hi té cabuda. Un clar exemple n'és el cas de França, que ha justificat

³⁷ Espanya. Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 24/1982, de 13 de maig.

³⁸ CARAZO, M^a JOSÉ. (2011). El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental. *Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, pp. 43-74.

mesures prohibitives com les descrites a l'apartat 2.2 en el principi de laïcitat de l'Estat. Per contra, la aconfessionalitat implica una actitud de l'Estat positiva i de cooperació envers a les diferents confessions sense adscriure's a cap d'elles en concret, d'aquí que sovint es faci referència a la aconfessionalitat com a «laïcitat positiva»³⁹. El caràcter laic o aconfessional dels Estats és clau a l'hora d'entendre les actituds socials i respostes legals a les diferents manifestacions religioses.

4.1.2 Interpretació i desenvolupament normatiu

Aquest marc suposa només el punt de partida, d'aquí el seu caràcter estrictament enunciatiu. En aquest sentit, i d'igual manera que els altres drets i llibertats fonamentals, el legislador preveu dues vies per al seu desenvolupament. D'una banda, estableix que el que l'article 16 CE haurà de ser interpretat «de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els Tractats i els Acords Internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya»⁴⁰. D'altra banda, estableix una reserva de llei orgànica per mitjà de la qual es matisi i precisi el contingut d'aquests drets⁴¹.

4.1.2.1 Tractats i Acords internacionals

Varis són els tractats i acords firmats i ratificats per Espanya que contemplen el dret a la llibertat religiosa. Per tal d'estructurar l'anàlisi sobre el seu contingut, s'observaran en primer lloc aquells que responguin a l'àmbit purament internacional, és a dir, inscrits en l'organització de les Nacions Unides. En segon lloc, s'observaran aquells textos rellevants en l'àmbit europeu, tant els de caràcter intergovernamental com aquells elaborats en el si de la Unió Europea.

En primer lloc, i pel que fa al marc internacional, el dret a la llibertat religiosa es troba recollit en dos textos: la Declaració Universal dels Drets

³⁹Per exemple: «el modelo seguido por el ordenamiento Constitucional español regulado en los artículos 9.2, 16.3 y 27.3 y 9 es el de una laicidad positiva [...]». ARECES, M.T. (2014). *La prohibición del burka en Europa y en España*. Pamplona: Aranzadi.

⁴⁰ Article 10.2 CE.

⁴¹ Article 81.1 CE: «són lleis orgàniques les relatives al desenvolupament dels drets fonamentals i de les llibertats públiques, [...]».

Humans (en endavant, “DUDH”) i el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (en endavant “PDCP”). Ha de tenir-se en consideració que aquests són cronològicament anteriors a la Constitució, constituint doncs una base per a la seva elaboració. En conseqüència, el contingut de la Constitució segueix l’estela d’aquests textos, que es procedeixen a estudiar. El dret a la llibertat religiosa es va recollir l’any 1948 en l’article 18.1 DUDH, el qual estableix que:

«Tota persona té dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió; aquest dret inclou la llibertat de canviar de religió o de creença, i la llibertat, individualment o col·lectivament, en públic o en privat, de manifestar la seva religió o creença per mitjà de l’ensenyament, la pràctica, el culte i l’observança».

De la redacció del l’article es desprèn que la llibertat de religió inclou, a més de la seva pràctica, el dret a canviar-la. Per la varietat d’accepcions que s’utilitzen no queda clar si s’està referint a diverses formes de llibertat (i.e. pensament, consciència i religió) o simplement una sola amb diferents manifestacions. En resposta a aquesta pregunta, la doctrina considera que existeix una única llibertat: la capacitat d’elecció d’una pròpia concepció de la vida, és a dir, la capacitat de formar el conjunt de creences que conformen la personalitat d’una persona de forma lliure, ja siguin d’ordre filosòfic, religiós o ideològic.

El PDCP complementa aquest article pràcticament vint anys més tard introduint, en primer lloc, una obligació negativa als Estats: «Ningú no pot ser objecte de mesures coercitives que puguin menyscar la llibertat de tenir o d’adoptar la religió o les creences de la seva tria». En segon lloc, reconeix davant els Estats el dret dels progenitors a rebre l’educació religiosa i moral de la seva elecció per als seus fills. Per últim, i com a novetat més rellevant, el PDCP introdueix límits al dret a la llibertat religiosa, el qual s’entenia com a absolut a la llum de la DUDH. Així, segons el tercer apartat de l’article 18 PDCP, la llibertat de manifestar la religió pròpia podrà ser «restringida» per tal de protegir altres béns jurídics: «la seguretat, l’ordre, la salut o la moral públiques o els drets i llibertats fonamentals dels demés».

En segon lloc, i pel que fa a l’àmbit europeu, el dret sota anàlisi es troba recollit a l’article 9 del Conveni Europeu de Drets Humans (en endavant

“CEDH”). El seu contingut és pràcticament idèntic al seu predecessor DUDH, amb l’afegit d’introduir un límit, idèntic a l’establert al PDCP.

4.1.2.2 *Llei Orgànica de Llibertat Religiosa*

El dret a la llibertat religiosa enunciat a la Constitució es desenvolupa per la Llei Orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de Llibertat Religiosa (en endavant, “LOLR”). Tal i com s’ha explicat anteriorment, la seva elaboració respon al mandat formal establert a l’article 81 CE⁴², que preveu la reserva de llei orgànica a la qual estan subjectes tots els drets continguts dins la secció primera del capítol II del Títol I de la Constitució, això és, els drets i llibertats fonamentals.

La Llei, que només compta amb vuit articles, ve a concretar i matisar el contingut del dret a la llibertat religiosa enunciat a la Constitució. Aquest contingut consisteix en una sèrie de facultats que la LOLR configura entorn a les dues esferes que presenta el dret: la individual i la col·lectiva, essent els destinataris d’aquesta última les Esglésies, Confessions, Comunitats religioses i Federacions inscrites al Registre d’Entitats Religioses. En atenció a l’objectiu d’aquest treball s’analitzarà només el desenvolupament de l’esfera individual, dedicant només un breu comentari a la col·lectiva.

Així, de forma individual, la LOLR desenvolupa la llibertat religiosa com un dret, en primer lloc, en virtut del qual l’individu pot professar les creences religioses que desitgi o no professar-ne cap, canviar de confessió o abandonar la que tenia, manifestar lliurement les seves pròpies creences religioses o absència d’aquestes així com abstenir-se de declarar sobre les mateixes⁴³. És important ressaltar que la voluntat del legislador és la d’incloure a les persones atees, agnòstiques o indiferents⁴⁴ com a subjectes actius del dret a la llibertat religiosa,

⁴² «Són lleis orgàniques les relatives al desenvolupament dels drets fonamentals i de les llibertats públiques [...]».

⁴³ Article 2.1.a) LOLR.

⁴⁴ Resulta convenient ressaltar que, per contra, no s’inclouen sota l’àmbit d’aplicació de la LOLR els individus amb altres tipus de creences pseudo-religioses, tal i com es desprèn de l’article 3.2 LOLR: «Queden fora de l’àmbit d’aplicació de la present Llei les activitats, finalitats i entitats relacionades amb l’estudi i l’experimentació de fenòmens psíquics i parapsicològics o la difusió de valors humanístics o espiritualistes o altres fins aliens als religiosos».

voluntat que s'evidencia amb la l'afegit: «[el dret de l'individu] a no professar-ne cap». Això resulta especialment rellevant per al tema d'estudi doncs suposa col·locar en un plànol d'igualtat a creients (de totes les religions) i no creients, dificultant l'argument de la neutralitat que suposa la laïcitat.

En segon lloc, la LOLR dota de contingut a la vessant externa, la qual inclou el dret de l'individu a practicar actes de culte, rebre assistència religiosa de la seva pròpia confessió, commemorar les festivitats i celebrar els ritus matrimonials propis i rebre sepultura digna. Drets que han de respectar-se també de forma negativa, això és, la no obligació de celebrar actes propis d'una religió diferent a la del propi individu.

En tercer lloc, la Llei preveu el dret a rebre ensenyament i informació religiosa de tota classe i per qualsevol mitjà així com el dret dels individus per a escollir, per a ells mateixos i els seus fills, una educació religiosa i moral en concordança amb les seves conviccions dins i fora de l'àmbit escolar. Per últim, la LOLR preveu el dret d'associar-se, reunir-se i manifestar-se públicament amb fins religiosos.

Seguidament la Llei regula la vessant col·lectiva del dret, centrant-se en la regulació dels actes organitzats per les diferents confessions religioses.

4.1.2.3 Síntesi

En l'apartat anterior s'ha analitzat el marc constitucional del dret a la llibertat religiosa així com el seu desenvolupament normatiu. Aquest es caracteritza per tractar la llibertat religiosa de forma molt àmplia i com un concepte vinculat, però alhora separat, de la llibertat ideològica degut a la singularitat que representen els actes de culte i, en general, les seves manifestacions externes, que transcendeixen de la llibertat d'expressió al incloure certs comportaments, activitats i rituals.

Així, configura a la llibertat religiosa com un dret de doble vessant: una negativa, consistent en el dret a no declarar per raó de la religió ni ser obligat a participar en actes aliens a les creences personals, i una positiva. Aquesta última es divideix alhora en dues vessants, una individual, que inclou un ampli ventall de drets concrets que van des de poder creure lliurement en la religió escollida fins a

la possibilitat de celebrar les festivitats corresponents; i una col·lectiva, que empara els actes d'expressió col·lectiva organitzades per persones jurídiques (Esglésies, Confessions, etc.) de les conviccions religioses dels practicants d'una fe determinada.

Com a aspecte interessant, la Llei inclou sota el seu àmbit d'aplicació a les persones que no creuen en cap religió. Aquest fet està en consonància amb el dret internacional que, tal i com s'ha explicat a l'anterior apartat 4.1.2.1, entén la llibertat religiosa com un dret no tan lligat al fenomen religiós sinó com a eina per garantir la lliure formació de tot individu de les conviccions que conformen la seva personalitat i concepció de la vida.

En aquest sentit s'ha pronunciat també el TC: *«la libertad religiosa garantiza un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculada la propia personalidad y dignidad individual, y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros»*⁴⁵.

4.2 La igualtat de gènere com a pretext per a restringir l'ús del vel

Un cop estudiat el significat i contingut del dret a la llibertat religiosa es procedeix a continuació a estudiar la qüestió plantejada: és legítim limitar l'ús del vel, entès com a manifestació exterior d'aquest dret, mitjançant la igualtat de gènere?

L'àmplia normativa que existeix per regular la llibertat religiosa, i que té per objectiu el lliure gaudi d'aquesta en un context de respecte i igualtat enfront a altres creences, ja siguin religioses o seculars; així com l'actitud positiva i cooperadora envers a la seva promoció que garanteix la Constitució espanyola al

⁴⁵ Tribunal Constitucional (Ple). Sentència 46/2001, de 15 de febrer.

definir Espanya com un Estat de laïcitat positiva, ha comportat que històricament el dret a la llibertat religiosa s'hagi considerat com a dret "pacífic".

Recentment però, aquest dret ha perdut aquest caràcter pacífic per situar-se d'entre els més conflictius a conseqüència del conflicte entorn al vel. Dos són els factors que propicien la confrontació: en primer lloc, l'augment del seu ús com a conseqüència de l'increment dels fluxos migratoris de persones provinents de països de cultura islàmica, fenomen especialment accentuat a Catalunya; i en segon lloc, la consolidació d'una visió negativa del vel com a símbol de submissió i discriminació de la dona que ha anat incrementant d'acord a l'auge del feminisme liberal occidental.

Fins ara, i des d'un punt de vista jurídic, la limitació de l'ús d'aquesta vestimenta per part dels poders públics s'adcrivia només a aquells països amb una forta tradició laica i republicana, tals com França o Turquia. D'altres països, de tradició més liberal o entre ambdues postures (com és el cas Espanya amb aquesta laïcitat positiva), es limitaven a resoldre els conflictes de forma individualitzada i en seu judicial, fallant en la majoria dels casos a favor del seu ús, sempre ponderant el dret a manifestar les conviccions de les afectades en relació a la llibertat negativa dels demés, la qual podria veure's compromesa per l'efecte proselitista i de pressió que podria comportar el vel islàmic.

Recentment però, s'han alçat veus en contra de la cultura permissiva i tolerant aplicada fins ara en aquest segon grup de països. El fet interessant és que el motiu al·legat per a justificar aquest canvi d'actitud ja no resta en el respecte als drets fonamentals dels demés, sinó en el principi d'igualtat. Així, molts són els autors que advoquen per la seva prohibició en base a aquesta nova interpretació que considera la igualtat de gènere com a límit legítim a la llibertat religiosa⁴⁶.

⁴⁶ Per exemple: «En este sentido, planteo que la óptica para abordar esta cuestión debe ser más "republicana" que "liberal", que es la que en general ha mantenido el TEDH cuando la ha abordado. De acuerdo con esta posición, el tribunal europeo ha entendido que el velo es contrario a los valores en que se funda el Convenio Europeo de Derechos Humanos». SALAZAR, O. (2013). La igualdad de género como fundamento y límite de una democracia intercultural, *Relaciones interculturales en la diversidad*, pp. 21.

Més enllà del seu ús per part de directors escolars i responsables dels departaments d'educació, aquesta tesi també ha començat a observar-se, tot i que encara de forma tímida (no s'utilitza com a argument principal per a desestimar recursos relatius a la vulneració de la llibertat religiosa però es menciona o conforma un fonament jurídic independent), en l'àmbit jurídic. Prova d'això és la jurisprudència recent del TEDH, molt especialment les sentències relatives al cas Dahlab c. Suïssa⁴⁷, Sahin c. Turquia⁴⁸ i Refah Partisi c. Turquia⁴⁹, en les quals conclou que : *«It must be acknowledged that it is difficult to reconcile the wearing of a headscarf with the principle of gender equality, which is a fundamental value of our society»* i que *«Sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention»*.

El Tribunal dóna a entendre, per tant, que l'ús del vel s'ha d'entendre contrari als valors del Conveni als efectes de l'article 9 CEDH, emparant l'adopció de mesures legislatives encaminades a prohibir el seu ús abans impensables en atenció el marc jurídic de països com Espanya. Tot i no existir projectes legislatius encaminats a aquest objectiu de moment, aquest argument ja ha estat emprat per tribunals espanyols. Un exemple és la sentència del cas Najwa Malha explicat a l'apartat 3.1, en la qual el tribunal cita al TEDH per justificar la negativa de l'escola a readmetre la menor velada: *«[...] pues el uso del velo, según el Tribunal de Estrasburgo, es un símbolo religioso fuerte, capaz de ejercer un efecto proselitista impropio y como elemento difícil de conciliar en el principio de igualdad de género»*⁵⁰.

Dels fets anteriors es desprèn que existeix certa doctrina favorable a entendre l'ús del vel com a atemptat contra el principi d'igualtat de gènere. El

⁴⁷ *Case of Lucia Dahlab v. Switzerland*. STEDH de 15 de febrer de 2001.

⁴⁸ *Case of Leyla Sahin v. Turkey*. STEDH de 10 de novembre de 2005.

⁴⁹ *Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey*. STEDH de 13 de febrero de 2003.

⁵⁰ Jutjat Contenciós-administratiu núm 32 de Madrid. Sentència núm. 35/2012 de 25 de gener.

repte és ara determinar com aquesta doctrina pot utilitzar-se com a base legal d'una hipotètica mesura encaminada a restringir dit ús.

4.3 La igualtat de gènere integrada en el concepte d'ordre públic

4.3.1 El límit a la llibertat religiosa

Resulta evident, d'acord amb l'explicació detallada del contingut del dret a la llibertat religiosa realitzada a l'apartat 4.1, que l'ús del veïl queda emparat per aquest, doncs suposa una manifestació externa d'unes conviccions religioses. Concretament, aquesta manifestació és la materialització de la vessant positiva, individual i externa del dret, que recull el legislador a l'article 2.1.a) LOLR al establir que «La llibertat religiosa i de culte garantida per la Constitució comprèn, amb la immunitat de coacció consegüent, el dret de qualsevol persona a: a) manifestar lliurement les seves pròpies creences religioses o l'absència d'aquestes».

No obstant això, també resulta evident que els drets fonamentals no s'entenen avui en dia com a il·limitats o absoluts tal i com es considerava en èpoques passades, dominades per corrents jusnaturalistes. En l'actualitat, s'ha superat aquesta visió i existeix un ampli consens entorn a la teoria que els drets fonamentals es poden limitar pel legislador si es donen les condicions exigides, doncs els drets fonamentals d'un individu no s'exerceixen de forma aïllada sinó que han de coordinar-se amb els mateixos drets dels demás individus així com amb els valors i béns jurídics constitucionalment rellevants⁵¹. En aquest sentit es va pronunciar el TC ja en els seus inicis: *«ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado. Como todos, el derecho de huelga ha de tener los suyos, que derivan no solo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos»*⁵².

⁵¹ SUÁREZ, L. (2011/12). La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16/17, p. 211.

⁵² Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 11/1981, de 8 d'abril.

El primer pas, per tant, per a determinar la possibilitat de restringir l'ús del vel per una qüestió de gènere, és el d'observar quins són els límits aplicables a la llibertat religiosa. La Constitució, en el mateix article que enuncia la llibertat religiosa, contempla també els límits d'aquesta. Així, i d'igual manera que els sistemes legals del nostre entorn, disposa que la manifestació de la llibertat religiosa no tindrà cap més limitació que «la necessària per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei». La LOLR ve a concretar aquest concepte d'ordre públic en el seu article 3.1, quan diu «[...] la salvaguarda de la seguretat, de la salut i de la moralitat pública, elements constitutius de l'ordre públic protegit per la llei en l'àmbit d'una societat democràtica». Afegeix també que l'ordre públic també comprèn «[...] la protecció del dret dels altres a l'exercici de les seves llibertats públiques i drets fonamentals».

En la pràctica, la invocació de l'ordre públic com a límit a la manifestació de la llibertat religiosa ha estat molt lligada a la condició de laïcitat de l'Estat, tal i com s'introduïa a l'apartat 4.1.1. En aquest sentit, els Estats que s'han declarat com a laics, relegant en conseqüència les manifestacions religioses a l'àmbit privat, han al·ludit a aquest límit per a prohibir l'ús del vel en espais públics al xocar aquest amb un altre valor constitucional de primer ordre com és el principi de laïcitat.

Els Estats amb configuracions diferents en quant a les seves relacions amb les diferents religions no han evitat l'adopció de mesures restrictives, limitant-se a jutjar els casos un a un. L'ordre públic pren aquí un significat molt diferent i que normalment es tradueix en el respecte a l'autonomia de cada centre escolar per elaborar les seves normes internes⁵³, d'entre les quals es troben les relatives a la vestimenta⁵⁴ i, en cap cas, les instàncies judicials han entrat a valorar

⁵³ La Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'Educació, estableix que «els centres docents disposaran d'autonomia per elaborar, aprovar i executar un projecte educatiu i un projecte de gestió, així com les normes d'organització i funcionament del centre».

⁵⁴ La ja citada sentència 35/2012, argumenta en el seu fonament jurídic quart que: «a la vista de la situació existent en otros países europeos y ante la falta de una ley que regule con carácter específico esta materia y dada la autonomía organizativa y normativa que tienen los centros educativos que les confiere el art. 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, es legítimo y conforme a derecho que prohíban el uso, en su interior, del velo islámico [...]».

els casos com a conflicte entre llibertat religiosa i igualtat de gènere. Aquesta tendència a interpretar de forma “dèbil” el concepte d’ordre públic com a límit en els països de tradició no laica obliga a concloure que no seria legítim invocar-lo com a límit a la llibertat religiosa sota un pretext de defensa del principi d’igualtat de gènere.

4.3.2 La interpretació de la clàusula d’ordre públic a la llum de la jurisprudència del TEDH

El fet anterior obliga, per tant, a buscar altres vies per a aconseguir aquest objectiu. A tal efecte, suposa d’especial interès la línia jurisprudencial mantinguda pel TEDH introduïda anteriorment, doncs sembla contradir aquelles interpretacions nacionals que no consideren el vel com a una manifestació contrària al principi d’igualtat de gènere⁵⁵.

Prova d’això és l’afirmació que formula el tribunal en el cas Sahin quan diu «*[the headscarf] is a powerful external symbol [...] imposed on women by a precept laid down in the Koran that was hard to reconcile with the principle of equality*⁵⁶». Mitjançant aquest argument el tribunal està assumint que el vel no té un caràcter instrumental en la lesió dels drets i llibertats fonamentals dels demés (en el sentit que atempta a la llibertat negativa dels demés pels seus efectes proselitistes i de pressió), sinó que és en sí mateix un objecte de discriminació cap a les dones que xoca amb l’obligació que té l’Estat relativa a la tutela de l’efectiva igualtat entre homes i dones⁵⁷.

Aquesta assumpció del tribunal redueix al mínim el marge d’apreciació nacional i suposa un intent per enquadrar l’ús del vel dins del límit contingut en l’article 9.2 CEDH: «La llibertat de manifestar la seva religió o les seves conviccions no pot ser objecte d’altres restriccions que aquelles que, previstes per

⁵⁵ RUIZ, J.J. (2011). La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 92, pp. 103-140.

⁵⁶ ECHR. *Case of Leyla Sahin v. Turkey*. App. No. 44774/98.

⁵⁷ RUIZ, J.J. (2011). La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 92, pp. 103-140.

la llei, constitueixen mesures necessàries, en una societat democràtica, per a la seguretat pública, la protecció de l'ordre, de la salut o de la moral públiques, o per a la protecció dels drets i les llibertats d'altri».

En vista de tot el que s'ha exposat, i en atenció a que, tal i com es menciona a l'apartat 4.1, l'article 10.2 CE estableix que la Constitució s'ha d'interpretar a la llum dels tractats i acords internacionals ratificats per Espanya⁵⁸ (entre els quals es troba la CEDH), és possible plantejar la inclusió del principi d'igualtat de gènere com a part del límit de l'ordre públic que preveu el mateix article 16 CE, essent possible doncs una restricció de l'ús del vel al·legant aquest principi. Aquesta hipotètica restricció imposada pels poders públics es basaria en una aplicació del principi de bona fe i de l'exercici no abusiu del dret fonamental a la llibertat religiosa, en el sentit que s'estaria limitant una forma d'exercir aquest dret contrària a la dimensió objectiva de la igual dignitat entre sexes⁵⁹.

4.4 Els límits al límit

A través dels apartats anteriors s'ha plantejat una possible via per a al·legar el principi d'igualtat de gènere per a restringir l'ús del vel mitjançant la seva inclusió dins del límit de l'ordre públic previst a la Constitució.

Alhora, aquest raonament obliga a considerar el vel com un element discriminatori cap a la dona en sí mateix, atenent, com afirma el TEDH en el cas Sahin, a l'obligatorietat del seu ús imposada per la llei islàmica, dirigida de forma exclusiva cap a les dones. Sembla que, *a priori*, aquest plantejament és vàlid i

⁵⁸ En aquest sentit, segons el professor Salvador Tarodo, l'article 10.2 CE és una de les tres vies existents en l'ordenament per a la concreció de la clàusula d'ordre públic, al consistir aquest en un mandat d'interpretar els drets fonamentals d'acord amb els tractats internacionals. TARODO, S. (2013). La aplicación preventiva de la cláusula del orden público como límite al derecho de libertad de conciencia (ideológica y religiosa). *VIII Simposio: La razón jurídica (Universidad de León)*.

[http://www.cienciatk.csic.es/Videos/VIII+Simposio+La+razon+juridica%3A+LA+APLICACION+PREVENTIVA+DE+LA+CLAUSULA+DEL+ORDEN+PUBLICO+COMO+LIMITE+AL+DE+RECHO+DE+LIBERTAD+DE+CONCIENCIA+\(IDEOLOGIC_26719.html](http://www.cienciatk.csic.es/Videos/VIII+Simposio+La+razon+juridica%3A+LA+APLICACION+PREVENTIVA+DE+LA+CLAUSULA+DEL+ORDEN+PUBLICO+COMO+LIMITE+AL+DE+RECHO+DE+LIBERTAD+DE+CONCIENCIA+(IDEOLOGIC_26719.html)

⁵⁹ RUIZ, J.J. (2011). La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 92, pp. 103-140.

conforma una via legítima per a aquells qui advoquen per la prohibició del vel en un sentit més en pro de la igualtat de gènere que de llibertat de consciència.

No obstant, hi ha dos factors que limiten, si no impossibiliten, la materialització d'aquest plantejament i que atenen, en primer lloc, a una sèrie de motius legals consistents en la impossibilitat d'una aplicació preventiva de l'ordre públic i la primacia del principi d'autonomia de la voluntat; i en segon lloc, a motius més propers a l'esfera sociològica que posen de manifest els errors en la interpretació de l'Islam a occident, que desemboquen sovint en una discriminació directe cap a aquelles qui professen aquesta religió.

4.4.1 La impossibilitat d'una aplicació preventiva de l'ordre públic

D'acord amb el que s'ha comentat anteriorment, aquest plantejament parteix de la premissa que el vel és imposat, i en conseqüència discriminatori, pel simple fet que els homes del mateix grup social, això és, la comunitat musulmana, no el porten. En conseqüència, s'obvia els casos de dones en que, en legítim exercici de la seva llibertat religiosa, decideixen portar el vel. Dit d'una altra manera, aquest plantejament comporta una presumpció de discriminació en base a la qual es justifica una restricció de l'ús del vel com a prevenció de futures discriminacions.

Referent a aquesta qüestió, la doctrina del TC resulta inequívoca en el sentit que afirma taxativament que quan la Constitució garanteix les llibertats ideològica i de religió sense més limitació que l'ordre públic, està posant de manifest per una banda, la transcendència d'aquestes llibertats com a peça fonamental de la convivència democràtica i el pluralisme polític consagrat a l'article 1 i, per l'altra, el caràcter excepcional de l'ordre públic com a únic límit del seu exercici.

Degut a aquesta transcendència de la llibertat ideològica i de culte, la doctrina del tribunal estableix seguidament que l'ús d'aquesta clàusula de l'ordre públic en cap cas pot ser aplicada pels poders públics com a clàusula oberta que pugui servir com a base de certes sospites sobre possibles comportaments i les seves hipotètiques conseqüències. En aquest sentit, declara que «*el orden público*

no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad⁶⁰».

És a dir, utilitzar la clàusula d'ordre públic per a restringir l'ús del vel sota el pretext d'una hipotètica lesió al principi d'igualtat de gènere fonamentada en una sospita o creença de submissió de la dona als seus companys mascles que l'obliguen contra la seva voluntat a dur-lo significa, a la llum de la doctrina constitucional, una coartació arbitrària de la llibertat religiosa de les dones musulmanes, afectant a més a valors constitucionalment tan rellevants com el ja mencionat pluralisme polític, al propi funcionament democràtic i, sobre tot, al lliure desenvolupament de la personalitat garantit per l'article 10.1 CE⁶¹.

Com diu el tribunal, el límit esdevé el perill, doncs tot i que en la seva concepció original pretenia protegir a les dones de situacions d'hipotètica discriminació, acaba produint una discriminació indirecta i múltiple al concórrer varis factors: ètnia diferent, dona i fe minoritària. Aquesta discriminació s'ha d'entendre en el sentit que, un cop aplicada la restricció a l'ús del vel, s'estaria afectant de forma negativa a un grup social molt determinat: una dona occidental i cristiana podria exercir el seu dret a la llibertat religiosa duent una creu mentre que les dones musulmanes no podrien dur el vel, i tot fonamentat en una suposició no contrastada.

4.4.2 El principi d'autonomia de la voluntat

Resulta en aquest sentit irònic que una mesura recolzada en “ideals feministes i de defensa de la igualtat” (tal i com mantenen els qui la defensen) impliqui, indirectament, l'anul·lació del lliure albir de la dona al dictaminar de

⁶⁰ Tribunal Constitucional (Ple). Sentència 46/2001, de 15 de febrer.

⁶¹ TARODO, S. (2013). La aplicación preventiva de la cláusula del orden público como límite al derecho de libertad de conciencia (ideológica y religiosa). *VIII Simposio: La razón jurídica (Universidad de León)*. [http://www.cienciatk.csic.es/Videos/VIII+Simposio+La+razon+juridica%3A+LA+APLICACION+PREVENTIVA+DE+LA+CLAUSULA+DEL+ORDEN+PUBLICO+COMO+LIMITE+AL+DE+RECHO+DE+LIBERTAD+DE+CONCIENCIA+\(IDEOLOGIC_26719.html](http://www.cienciatk.csic.es/Videos/VIII+Simposio+La+razon+juridica%3A+LA+APLICACION+PREVENTIVA+DE+LA+CLAUSULA+DEL+ORDEN+PUBLICO+COMO+LIMITE+AL+DE+RECHO+DE+LIBERTAD+DE+CONCIENCIA+(IDEOLOGIC_26719.html)

forma paternalista en quines condicions pot i en quines no pot exercir drets determinats.

Aquesta reflexió porta a un segon límit alhora de valorar l'abast de la clàusula d'ordre públic: el principi d'autonomia de la voluntat. Dit principi, integrat en els principis generals del dret, troba el seu fonament en la dignitat i la llibertat de la persona. La dignitat és la qualitat per la qual els individus esdevenen subjectes de drets i obligacions, mentre que la llibertat és la capacitat en virtut de la qual l'individu posseeix el domini sobre els seus propis actes així com sobre aquells béns espirituals i materials que li corresponen i que conformen la seva esfera privada⁶².

En conseqüència, aquest principi crea un deure general de respecte a la persona i la seva llibertat que ha de ser observat tant per particulars com els poders públics. Cap ressaltar, però, que donada la seva naturalesa de principi general del dret, aquest deure no s'ha d'entendre en el sentit d'una obligació jurídica formal, concreta i vinculant, sinó en un mandat a l'hora de crear i interpretar la llei. En aquest sentit, resulta evident que una interpretació restrictiva de l'ordre públic, tot i que aquesta sigui en pro de la igualtat de gènere, és contrària al principi d'autonomia de la voluntat en tant que es persegueix una reducció de la llibertat de les dones musulmanes.

Dit d'una altra manera, s'estaria interpretant la llei de forma errònia, contrària als valors informadors de l'ordenament: entendre que el principi d'autonomia ha de protegir-se només quan en l'exercici de les seves llibertats els subjectes prenen decisions que la moral predominant considera correctes suposa desvirtuar el propi principi⁶³.

Així, el principi d'autonomia de la voluntat implica la primacia per sobre de qualsevol altra qüestió de la llibertat de les dones (musulmanes i no musulmanes) com a subjectes iguals per decidir en relació als components de las

⁶² MOLANO, E. (2007). El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas. *Ius Canonicum*, vol. 47, núm. 94, pp. 441-463.

⁶³ GARCÍA, C. (2016). Ciudadanía y vida social bajo el velo integral. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, pp. 42-67.

seva esfera privada⁶⁴. Això implica, per tant, que el respecte a aquesta llibertat ha de prevaldre fins i tot quan les decisions preses tinguin com a conseqüència una situació de major dependència o de subordinació.

Val a dir, per això, que aquest principi és fruit d'una concepció liberal de l'Estat, en virtut del qual aquest no intervé i es reserva una funció d'arbitratge entre els drets dels individus que el conformen. El fet que el nostre Estat es configuri actualment com a un «Estat social i democràtic de Dret»⁶⁵ comporta que una de les seves funcions sigui la d'eliminar activament els obstacles que posin en perill els valors bàsics de l'ordenament. Una de les vies per aconseguir aquest objectiu és mitjançant la limitació de drets quan el seu exercici atempti contra béns jurídics bàsics.

No obstant, aplicar aquesta lògica al cas que ens ocupa implicaria, per una banda, l'assumpció per part de l'Estat de la capacitat per decidir el que és “bo” o “correcte” per a un individu de forma independent als seus propis desitjos o de la seva elecció de la forma de vida, el que s'oposa frontalment al lliure desenvolupament de la personalitat consagrat a l'article 10.1 CE; i d'altra banda, suposaria entrar en una paradoxa, doncs, pot el dret protegir a les dones de sí mateixes? Pot restringir la seva llibertat quan les decisions que prenen les perjudiquen?⁶⁶.

Les qüestions anteriors porten a confirmar la superioritat del principi d'autonomia en el cas que ens ocupa. No obstant, sí cap, en un Estat social i democràtic de dret, que els poders públics s'abstinguin de facilitar plans de vida que consideri “degradants” i propaguin, en canvi, aquells que consideri millors.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Art. 1.1 CE.

⁶⁶ GARCÍA, C. (2016). Ciudadanía y vida social bajo el velo integral. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, pp. 42-67.

4.4.3 La falsedat de la presumpció de discriminació

Per últim, ha de fer-se referència a la presumpció de discriminació que suposa el fet que es consideri a una dona velada com a sotmesa. En primer lloc, dita presumpció suposa una generalització i reducció d'una qüestió molt complexa que no pot servir com a base legal de cap mesura.

En segon lloc, la presumpció és en si mateixa falsa. L'Islam, al contrari dels prejudicis generalitzats a occident, no obliga les dones a portar el vel així com tampoc obliga a creure en la mateixa fe. Això no vol dir, però, que no existeixin dones al món i a Espanya que el duguin com a conseqüència d'una imposició. El problema és que es mesclen dues qüestions diferents: es relaciona l'Islam amb la situació dels països islàmics, on impera, en major o menor grau, el masclisme.

En aquest sentit, la correcta observació de la llei islàmica porta a entendre que la decisió de dur el vel ha de ser lliure de tota coacció externa i inherent a la dona, qui alhora li dóna el seu propi significat. El significat del vel per a la majoria de dones musulmanes és el de la modèstia, no en el sentit de controlar la libido dels seus companys mascles sinó entesa com a apoderament del propi cos i de primar aquelles projeccions menys superficials de cadascú com el caràcter, la intel·ligència o la personalitat per sobre d'altres més banals com el físic. La llei islàmica en el seu estat pur predica doncs una elecció de vida que podria considerar-se fins i tot feminista, doncs encoratja a les dones a tenir el control sobre el seu cos i entranya un mandat de potenciar les seves aptituds intel·lectuals i afectives.

És cert que resulta si més no estrany, per no dir sospitós, el fet que, tot i la importància que dóna la llei islàmica a l'adopció personal i lliure del vel, la immensa majoria de dones que han nascut en el si de famílies de cultura islàmica l'adoptin en arribar a l'edat assenyalada. Aquestes sospites es tradueixen sovint en presumpcions de discriminació al entendre el fet que hi hagi poques "dissidents" és degut a que les dones són sotmeses contra la seva voluntat a dur el vel. La realitat evidentment és molt diferent: l'ús del vel és per moltes de les dones (especialment aquelles que emigren) un símbol alhora religiós i cultural, que

afirma la seva identitat. En aquest sentit, des del naixement les nenes ho viuen com una cosa desitjable, símbol de fer-se gran, de créixer personalment i que les apropa a la seva família i cultura, les mateixes propietats que atribueixen les noies occidentals al maquillatge, per exemple.

És cert, d'altra banda, que el fet que el vel respongui a una construcció social i cultural dificulta la tasca d'identificar quan la decisió de la dona ha estat lliure i quan imposada, però també és cert que això no justifica la seva prohibició que, més enllà de ser contrària a l'ordre constitucional tal i com s'ha analitzat en aquest treball; es col·loca en el mateix estadi del problema que pretén evitar, obligant a les dones a l'adopció d'una conducta sense atendre al seu lliure judici.

5 Conclusions

Si alguna cosa caracteritza la curta vida del segle XXI és la visibilitat que han adquirit les minories. Prova d'això és, per exemple, l'evolució en la comprensió i legalització de la homosexualitat, la denúncia d'una xenofòbia encara molt estesa arreu del món occidental o la lluita per a la igualtat efectiva entre homes i dones. Tot i que aquest fet és un clar signe de progrés, els nous temps comporten alhora nous reptes. D'entre aquests reptes es troba el d'encabir l'ús del vel islàmic en una societat cada vegada més hostil envers a qualsevol diferència material entre homes i dones.

És per això que recentment han augmentat els crítics envers a l'ús del vel com a peça que de forma directa discrimina a les dones. En base a aquest fet, la proposta del treball consistia en investigar la plausibilitat d'una mesura encaminada a la seva restricció emparada en la protecció del principi d'igualtat de gènere. Per a assolir l'objectiu, s'ha realitzat una anàlisi jurídica en la qual s'estudia les vies legals existents per donar cabuda a tal mesura així com la viabilitat de la seva aplicació, tot aprofundint en el context de la problemàtica a través d'una exposició de la casuística precedent i un estudi del significat de la llibertat religiosa.

L'anàlisi jurídica ha consistit en l'estudi del significat de la clàusula d'ordre públic com a únic límit a la llibertat religiosa existent en el nostre ordenament, pel qual s'ha acudit a les disquisicions entorn a la qüestió tant dels tribunals espanyols com del Tribunal d'Estrasburg. El resultat a dita anàlisi demostra que una mesura d'aquesta naturalesa no té cabuda en el nostre ordenament doncs suposa una aplicació preventiva de l'ordre públic i és contrària al principi d'autonomia que ostenten les dones en tant que subjectes de ple dret.

L'anàlisi també ha posat de manifest l'existència de prejudicis cap a l'Islam consistents en la suposició de que totes les dones que practiquen aquesta religió es troben sotmeses i manquen de poder decisor sobre les seves vides. Justificar una mesura en aquestes suposicions sota el pretext del principi d'igualtat és, en la meua opinió, vincular l'exercici de la llibertat religiosa a unes creences particulars (les que conformen la cultura del grup majoritari) i atempta contra el

lliure albir de les dones musulmanes, anul·lant així la essència feminista que la motiva. El fet que existeixin casos en que l'ús del vel sigui fruit d'una situació patriarcal no pot servir per coartar la llibertat de totes les dones, de la mateixa manera que no es pot prohibir l'ús generalitzat del maquillatge en atenció al fet que el seu ús es deriva d'una objectificació de la dona, també contrària al principi d'igualtat.

En vista de tot això, crec que els poders públics haurien de no plantejar-se l'ús de mesures restrictives, ans al contrari, garantir sempre el ple exercici dels drets fonamentals i les llibertats públiques sense biaixos tot solucionant els problemes que es deriven dels xocs culturals mitjançant la promoció d'un sistema educatiu molt més ric en quant a transmissió de valors com la convivència i la tolerància. D'aquesta manera es milloraria la integració dels col·lectius de diferent cultura i es dotaria a les noies i dones musulmanes de les eines suficients per acceptar, o no, la cultura i religió de la seva família.

Per últim, convé remarcar que el tema plantejat és novedós, en el sentit que no existeixen gaires estudis ni doctrina referents a l'aplicació del principi d'igualtat com a límit a la llibertat religiosa. Per això l'objecte del treball ha estat plantejar un estudi sobre la seva legitimitat com a exercici d'investigació i no un estudi teòric sobre una determinada línia doctrinal.

6 Referències bibliogràfiques

ARECES, M.T. (2014). *La prohibición del burka en Europa y en España*. Pamplona: Aranzadi.

BOUAZZA, O. (2006). Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Administración Pública*, núm 169, pp. 233-248.

BRIONES, I. M. El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. (2009). *Anuario de Derechos Humanos*, núm 10, pp. 17-82.

CAÑAMARES, S. El empleo de simbología religiosa en España. (2005). *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*. Universidad Complutense de Madrid.

CARAZO, M^a JOSÉ. (2011). El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental. *Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, pp. 43-74.

FOSSAS, E.; i PÉREZ, J. L. (1994). *Liçons de Dret Constitucional*. Pòrtic: Barcelona.

GARCÍA, C. (2016). Ciudadanía y vida social bajo el velo integral. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, pp. 42-67.

GARCÍA, F. (2007). Los límites de la libertad religiosa en el derecho español. *Dikaion*, núm 16, pp. 195-210.

LABOA, J.M. (1981). *Iglesia y Religión en las Constituciones españolas*. Madrid: Ediciones Encuentro.

LÓPEZ-SIDRO, A. La mujer y el Islam: la cuestión del velo en España. *Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, núm. 11, pp. 71-78.

LÓPEZ, M. (1997). Contenido esencial del derecho de libertad religiosa. *Anales de derecho (Universidad de Murcia)*, núm 15, pp. 25-39.

MOLANO, E. (2007). El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas. *Ius Canonicum*, vol. 47, núm. 94, pp. 441-463.

PREALES, A. (2003). Sinopsis artículo 16. *Universidad Carlos III*.

RUIZ, J. J. (2011). La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 92, pp. 103-140.

SALAZAR, O. (2013). La igualdad de género como fundamento y límite de una democracia intercultural, *Relaciones interculturales en la diversidad*, pp. 21.

SUÁREZ, L. (2011/12). La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 16/17, p. 211.

TORRES, A.; i PACHECO, J. A. (2008). *Disquisiciones sobre el velo islámico*. Sevilla: Arcibel.

7 Webgrafia

ÁLVAREZ, P. “Najwa recurre el fallo que respaldó la prohibición de asistir a clase con velo”. EL PAIS. 28 març 2010.

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/03/26/madrid/1332784203_502249.html

BOHÓRQUEZ, L. “Que me obliguen a quitarme el velo es como arrancarme mi propia piel”. EL PAIS. 20 diciembre 2016.

http://politica.elpais.com/politica/2016/12/20/actualidad/1482237712_030858.html

CEMBRERO, I. “Najwa, fuera de clase en Pozuelo por cubrirse la cabeza con ‘hiyab’”. EL PAIS. 16 abril 2010.

http://elpais.com/diario/2010/04/16/sociedad/1271368803_850215.html

GUTIÉRREZ, V. “España aconfesional y católica”. EL PAIS. 5 diciembre 2013.

http://politica.elpais.com/politica/2013/12/04/actualidad/1386184107_688211.html

HERNÁNDEZ, I. “Tengo derecho a trabajar con velo”. EL MUNDO. 10 juny 2016.

<http://www.elmundo.es/sociedad/2016/06/10/5756a1bd468aeb14228b45b8.html>

MEDINA, M.A. “Los musulmanes son el 3,6% de la población en España (1,7 millones)”. EL PAIS 10 febrer 2014.

<http://blogs.elpais.com/miradas-arabes/2014/02/poblacion-cuantos-musulmanes-espana-3-por-ciento-2014.html>

STRAW, J. “I want to unveil my views on an important issue”. THE TELEGRAPH. 6 octubre 2006.

<http://www.telegraph.co.uk/news/1530718/I-want-to-unveil-my-views-on-an-important-issue.html>

TARODO, S. (2013). La aplicación preventiva de la cláusula del orden público como límite al derecho de libertad de conciencia (ideológica y religiosa). *VIII Simposio: La razón jurídica (Unisersidad de León)*.

[http://www.cienciatk.csic.es/Videos/VIII+Simposio+La+razon+juridica%3A+LA+APLICACION+PREVENTIVA+DE+LA+CLAUSULA+DEL+ORDEN+PUBLICO+COMO+LIMITE+AL+DERECHO+DE+LIBERTAD+DE+CONCIENCIA+\(IDEOLOGIC_26719.html](http://www.cienciatk.csic.es/Videos/VIII+Simposio+La+razon+juridica%3A+LA+APLICACION+PREVENTIVA+DE+LA+CLAUSULA+DEL+ORDEN+PUBLICO+COMO+LIMITE+AL+DERECHO+DE+LIBERTAD+DE+CONCIENCIA+(IDEOLOGIC_26719.html)

VAN EECHHOUT, L. “Rétrocontroverse: 1989, la République laïque face au foulard islamique”. LE MONDE. 2 agost 2007.

http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/08/02/retrocontroverse-1989-la-republique-laique-face-au-foulard-islamique_941317_3232.html

8 Annex jurisprudencial

Tribunal Europeu de Drets Humans

STEDH 15 de febrer de 2001.

STEDH de 13 de febrero de 2003.

STEDH de 10 de novembre de 2005.

Tribunal Constitucional

STC 24/1982, de 13 de maig.

STC 117/1987, de 8 de juliol.

STC 137/1990, de 19 de juliol.

STC 46/2001, de 15 de febrer.

STC 11/1981, de 8 d'abril.

Tribunals Superiors de Justícia

STSJM 3751/1997, de 27 d'octubre.

STSJM 129/2013, de 8 de febrer.

Tribunals ordinaris

Jutjat Contenciós-administratiu núm 32 de Madrid. Sentència núm. 35/2012 de 25 de gener.