

## EL USO DE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA DINÁMICA EN ESPACIOS PÚBLICOS SANITARIOS

### THE USE OF RELIGIOUS DYNAMYC SYMBOLS IN PUBLIC SANITARY SPACES

JACINTO J. MARABEL MATOS

Asesor Jurídico. Consejo Consultivo de Extremadura

**Resumen:** El reconocimiento del uso de símbolos religiosos en espacios públicos, no obstante su vinculación al derecho de libertad religiosa del 16 CE, es una cuestión controvertida y aún no resuelta que demanda soluciones urgentes y decididas por nuestra sociedad, cuya naturaleza es cada día más multicultural. Los puntos de vista en torno a los distintos significados y carácter de estos símbolos, conducen a irresolubles conclusiones doctrinales. Por el contrario, los problemas que en la práctica diaria presenta su uso para el personal y los usuarios de los servicios sanitarios públicos, se resuelven en base al principio de tolerancia. Esta parece ser la línea interpretativa que se inicia con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013.

**Abstract:** The recognition of the use of religious symbols in public spaces, however his connection to the right to religious freedom of 16 CE, is a controversial and unresolved issue that demands urgent and resolute solutions by our society, whose nature is increasingly multicultural. Points of view around the different meanings and character of these symbols, lead to unresolved doctrinal conclusions. Conversely, the problems that presents its use for staff and users of public health services, in daily practice are resolved based on the principle of tolerance. This seems to be the interpretative line that begins with the recent judgment of Tribunal Supremo's February 14, 2013.

**Palabras clave:** símbolos religiosos; burka; servicios sanitarios.

**Keywords:** religious symbols; burka; public sanitary.

Recepción original: 05/06/2013

Aceptación original: 14/06/2013

**Sumario:** I. Limitación del derecho a la libertad religiosa a través de la regulación local: la prohibición del velo integral en Lleida. II. Símbolos religiosos en espacios públicos. III. Símbolos dinámicos religiosos en espacios públicos sanitarios.

## I. LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN LOCAL: LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL EN LLEIDA

El 8 de octubre de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Lleida acordó la modificación de distintos instrumentos normativos en los que se facultaba a los empleados municipales para prohibir la permanencia y acceso a espacios o locales públicos, respectivamente, a aquellas personas que portaran pasamontañas, casco o velo integral así como vestimentas u otros accesorios que impidiesen o dificultasen su identificación<sup>1</sup>.

La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, que entendió conculcados los derechos a la igualdad y a la libertad ideológica y religiosa contemplados en los artículos 14 y 16 CE, interpuso recurso especial para la protección de ambos, que fue resuelto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 7 de junio de 2011, en sentido desestimatorio. Frente a este pronunciamiento, la misma asociación interpone recurso de casación que será resuelto por la Sección Séptima, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2013, estimando vulnerado el derecho de libertad religiosa del artículo 16 CE, anulando y dejando sin efecto el contenido de la mayor parte de la sentencia de instancia.

---

<sup>1</sup> Artículos 26.2, 27.9 y 102.5 de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia de Lleida, artículo 57 del Reglamento del Archivo Municipal, en los que se impedía acceder a locales o espacios públicos a personas que portaran el velo integral, y artículo 21 del Reglamento del Servicio de Transporte de Viajeros. Este último precepto, estimado conforme a derecho finalmente, facultaba al personal del servicio a demandar la acreditación de los usuarios para comprobar la concordancia con las fotografías de los títulos de transporte, prohibiendo el uso de los mismos si éstos se negaban a identificarse.

En esencia, el Tribunal Supremo resolvía sobre la falta de atribución legal del Ayuntamiento de Lleida para prohibir el uso del *burka* en dependencias municipales, por lo que si bien no entró a dilucidar si en nuestro ordenamiento cabe o no una prohibición del velo integral en espacios públicos, pronunciándose tan solo sobre la impugnación concreta de la Ordenanza que limitaba este uso<sup>2</sup>, la interpretación otorgada a este símbolo como manifestación del ejercicio de la libertad religiosa y no un simple elemento cultural, así como la determinación del concepto de seguridad y orden público ligado a su uso, resultan fundamentales para la interpretación de la jurisprudencia referida al empleo de símbolos dinámicos en general y al ejercicio del derecho en centros sanitarios públicos en particular.

## II. SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN ESPACIOS PÚBLICOS

A lo largo de la Historia, las distintas confesiones han otorgado una importancia fundamental a las imágenes que las representan, por lo que, pese a incorporar distintos significados con el paso del tiempo, el carácter primigenio de todo icono religioso se muestra vigente y reconocible en la actualidad tanto para creyentes como para no creyentes. El indudable proceso de secularización operado en nuestras sociedades, en el que algunos símbolos religiosos han derivado en meros objetos artísticos o culturales<sup>3</sup>, no ha resultado óbice

<sup>2</sup> Así se recogía en los mismos fundamentos jurídicos, cuando se advertía «*que, al razonar como lo hacemos, no nos pronunciamos respecto a lo que el legislador pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa. Si lo hiciéramos, ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional (aunque sea este Tribunal Supremo desde la superior posición constitucional en que el artículo 123 CE lo sitúa), dada su posición constitucional (art. 117 CE) de sumisión a la Ley. Simplemente nos limitamos a afirmar la existencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada.*» STS de 14 de febrero de 2013.

<sup>3</sup> Como se contiene en la STC 34/2011, de 28 de marzo, «*naturalmente, la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Esta es la razón por la que símbolos y atributos propios del Cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa. En este sentido, en la STC 19/1985, de 13 de febrero, señalamos que la circunstancia de que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una*

para que, con independencia del contexto y en el ámbito de cada cultura, siga primando el concepto religioso. Existe una convicción universal e inmediatamente identificable en torno al crucifijo, el velo islámico o la estrella de David, por ejemplo.

Estos iconos religiosos cohesionan la comunidad de fieles en torno a unos mismos postulados, que son interpretados conforme a un determinado sentido, generalmente conformado por la tradición. Todo símbolo religioso, decantado e institucionalizado en una cultura, *«es signo expresivo manifiesto de la experiencia de lo trascendente y en, el mismo, la idea de lo divino y absoluto se hace inmanente, de tal manera que se expresa con más claridad que con las palabras»*<sup>4</sup>.

La semiótica, como se contiene en la STC 94/1985, de 29 de julio, trasciende la materia sensible del elemento representado *«para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos por los ordenamientos jurídicos... Es llamativo y se graba fácilmente en la memoria, lo que facilita su inmediata identificación con la comunidad política que presenta»*<sup>5</sup>.

Sin embargo, la cuestión en torno al unívoco significado del símbolo religioso está lejos de resultar pacífica. Su carácter polisémico ha enfrentado a la doctrina y a la jurisprudencia en un debate, aparentemente estéril, sobre la primacía de una u otra representación,

---

*institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco... que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el «domingo» como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición». La STC 130/1991, de 6 de junio, convino en que la imagen de la Virgen de la Sapiencia en el escudo de la Universidad de Valencia era acorde con la aconfesionalidad proclamada en la CE y, en este mismo sentido, la citada STC 34/2011, de 28 de marzo, estableció que el Colegio de Abogados de Sevilla podía decidir democráticamente sus signos identitarios y designar como Patrona a la Virgen de la Inmaculada Concepción sin quebrantar dicha neutralidad religiosa.*

<sup>4</sup> MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, Marina. «Reflexiones jurídicas entorno a los símbolos religiosos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24. Iustel, 2010.

<sup>5</sup> Pese a que la STC 94/1985, de 29 de julio, refiere a símbolos políticos, el fundamento transcrito resulta asimilable al ámbito religioso.

estableciendo una suerte de soluciones graduales y salomónicas en aquellas ocasiones en las que era necesario negar la premisa mayor para adherirse a determinadas tesis.

A nuestro juicio, la controversia, enrocada en dilucidar durante excesivo tiempo si era decisiva la convicción de aquel que se encuentra confrontado al símbolo, condujo a relativizar su carácter religioso: la hermenéutica en torno a éste debe mantenerse, como apuntamos, dentro del rango interpretativo que le otorgue la sociedad.<sup>6</sup> La naturaleza intrínsecamente religiosa de estos símbolos no se puede desligar del referente socio-cultural, puesto que, «*con ser ontológicamente religioso, el símbolo no deja de ser una manifestación histórico-cultural-social tan legítima como las demás*»<sup>7</sup>.

Debe primar, por tanto el significado objetivo del símbolo<sup>8</sup>. Esta idea se contiene en la STC 34/2011, de 28 de marzo, cuando afirma «*que todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que*

<sup>6</sup> No obstante, la línea doctrinal parece inclinarse por esta última postura, abandonando el subjetivismo de partida para configurar una solución al problema. Así, fundamentalmente a partir de la STC 43/2011, de 28 de marzo, se estima que la concreta valoración individual y subjetiva debe subordinarse a la significación «*comunmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social*». CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. «Los símbolos religiosos en el espacio público. Entre la amenaza real y la mera sospecha». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 20. Iustel, 2010. p. 67.

<sup>7</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. «Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia». *Revista española de derecho administrativo*, n.º 150. Civitas, 2011.

<sup>8</sup> En este caso, cualquiera que parta de otro significado religioso se encuentra simplemente en un error, es decir, que ha entendido mal el símbolo. Ahora bien, esto no es tan sencillo en la práctica, cuando al sentido objetivo se antepone el subjetivo. Así, una profesora puede portar el *hijab* con la convicción de que se trata únicamente de una manifestación pasiva e inocente de su religión, mientras que los alumnos o los padres lo pueden considerar símbolo misionero del Islam; o también puede ocurrir que lleve el velo simplemente por razones de moda, alejada de motivos religiosos. Pero de ahí no se deduce que el significado determinado por la convicción del usuario del símbolo sea también decisivo para aquel que esté confrontado con este símbolo. Con el crucifijo ocurre algo similar: para algunos puede resultar un objeto de arte o símbolo de la tradición, mientras que otros le atribuirán un significado religioso que puede variar desde el mero concepto pasivo e inocente hasta otro proselitista y misionero. BOROWSKI, Martin. «¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal». *Jornadas sobre La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*. Zaragoza, 20 y 21 de marzo de 2012. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. [www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2012/20120320\\_epp\\_borowski\\_m\\_es\\_o.pdf](http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2012/20120320_epp_borowski_m_es_o.pdf). [Consultado el 6 de septiembre de 2012].

*sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social».*

Ahora bien, precisamente porque para la determinación de un hecho religioso hay que partir de su convención social, no es posible una interpretación estrictamente legal o conforme al marco constitucional<sup>9</sup>. En apariencia, esto último sustraería cualquier controversia al respecto de hermenéutica alguna, puesto que su adecuación al ordenamiento jurídico delimitaría todos los significados posibles. Pero como afirma algún autor, esta solución elegante confunde la interpretación de las normas con la determinación de los hechos<sup>10</sup>. Además del riesgo que supondría que, al tipificar la valoración objetiva, el Estado corrompiera su carácter neutral en materia religiosa e ideológica<sup>11</sup>.

Conforme al contexto social resulta indudable que una cruz griega, símbolo presente, de una u otra forma, en casi todos los logotipos de los servicios sanitarios públicos y que ocupa un lugar preeminente en las fachadas de los hospitales, por ejemplo, no puede ser entendida de la misma forma que un crucifijo que presida cualquier sala o estancia de esos centros asistenciales. La cruz roja, como icono sanitario reconocible internacionalmente, se transforma en media luna roja, y viceversa, en atención a la confesión religiosa mayoritaria del país en el que ejerza su labor. Nadie puede cuestionar esto.

Sin embargo y siguiendo con los ejemplos, se advierte con perplejidad que la reglamentación interna de un hospital prohíba a las enfermeras portar el velo islámico mientras las monjas de determi-

<sup>9</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito. «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 23. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. pp. 95-96. En este sentido, los únicos símbolos que, por su carácter institucional, son ajenos a este debate son los constitucionales, como, por ejemplo, la bandera, el propio texto constitucional o la figura del Rey, ya que éstos, con independencia de las creencias o convicciones de los ciudadanos, simbolizan la ideología del Estado. CONTRERAS MAZARÍO, José María, CELADOR ANGÓN, Óscar. «Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas». *Documentos de trabajo*, n.º 124, Fundación Alternativas. Madrid, 2007.

<sup>10</sup> BOROWSKI, M. *¿Qué significa un crucifijo?...*, cit.

<sup>11</sup> ALÁEZ CORRAL, B. *Símbolos religiosos y derechos fundamentales...*, cit. p. 98. También se ha advertido que esta presunta seguridad jurídica consistente en limitar derechos fundamentales de modo general, entraña el riesgo de incurrir en limitaciones que van más allá de la tutela que busca, precisamente, la norma. CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago «El Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa». NAVARRO-VALLS y otros (Coords.) *La Libertad Religiosa y su regulación legal*. Iustel, 2009; págs. 545-546.

nadas congregaciones, con funciones asistenciales similares, pueden hacer uso de sus hábitos.

El margen de apreciación estatal que reconoce la jurisprudencia y el margen interpretativo que debe presidir la labor de esta última, debe tener presente y no puede desterrar en modo alguno el hecho religioso. Así, deberá acomodarse la profusa presencia de simbología católica que tradicionalmente se representa en España con el actual pluralismo confesional, de manera proporcional con las restricciones contenidas en el artículo 3.1 LOLR, cuando determina que « *el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*».

Frente a ello, el principal reto de los poderes públicos debe ir dirigido a asegurar un espacio de encuentro y tolerancia, por encima de cualquier otra medida que suponga acotar o eliminar de la esfera pública el hecho religioso, pues como se concluía en la STEDH, Caso Iglesia Metropolitana de Bessarabia contra Moldavia, de 13 de diciembre de 2001, el deber de estos es mantener un verdadero pluralismo religioso, pues como refiere LLAMAZARES FERNÁNDEZ, «*una comunidad política de convivencia se constituye sobre la base del consenso en torno a una serie de valores que todos se comprometen a respetar y defender, no necesariamente a asumir, entre ellos el compromiso de respetar el derecho a la diferencia y los valores diferenciales surgidos de su ejercicio, siempre que no contradigan los comunes*»<sup>12</sup>.

### III. SÍMBOLOS DINÁMICOS RELIGIOSOS EN ESPACIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Entendemos como simbología dinámica religiosa todo aquel objeto, claramente identificable con una confesión, susceptible de ser portado por el creyente. En este catálogo tan variado podemos incluir la cruz, determinadas imágenes marianas o de santos, el velo o *hiyab* que oculta el cabello o la estrella de David y *kipá* judía. También otros menos habituales en nuestro ámbito pero con algún

---

<sup>12</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. «De la verdadera tolerancia en materia de libertad religiosa. Réplica a Weiler». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 27. Iustel, 2012.

recorrido jurisprudencial en países de nuestro entorno, como el turbante o el *kirpan sijh*<sup>13</sup>.

Sin embargo, pese a que el pluralismo religioso inserto en nuestra sociedad ha derivado hacia una normalización en el uso de prendas o símbolos de distintas confesiones en los centros sanitarios, tanto por los usuarios y pacientes como por los propios profesionales de la medicina, la doctrina no ha focalizado su atención con el mismo grado otorgado a otros espacios públicos como los centros escolares. A ello se añade que la mayor parte de los estudios y comentarios al respecto surgen al hilo de la jurisprudencia, fundamentalmente emanada del TEDH, que ha debido pronunciarse sobre las controversias suscitadas en este último ámbito a raíz de la prohibición de portar el velo islámico.

Con todo, puede apreciarse cada vez con mayor profusión y en las distintas instancias judiciales españolas, pronunciamientos respecto al fondo de asuntos con incidencia en presuntas violaciones del derecho fundamental a la libertad religiosa de similar alcance a los contemplados en la doctrina de Estrasburgo. En ellos se observa que los fundamentos del TEDH, si bien es cierto que su jurisprudencia no entraña vinculación con nuestro ordenamiento, dado su extraordinario alcance, en raras ocasiones son reinterpretados o apartados, siendo incorporados a los textos de las sentencias tras un análisis profundo de sus razonamientos y argumentos jurídicos. Aún así y respecto a simbología dinámica, es difícil encontrar una casuística más allá del referido *hiyab* y, aún en él, el ámbito espacial se agota, como dijimos y pese a la rica casuística que se señala en este estudio, en los centros escolares<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> La doctrina cita el caso de un *sijh* que fue sancionado reiteradamente en Reino Unido por no llevar casco ante la prohibición religiosa que le impelía quitarse el turbante. El TEDH convino que, este caso, la injerencia de los poderes públicos estaba justificada en virtud del orden y seguridad pública. GARCÍA URETA, Agustín. «El velo islámico ante los tribunales británicos. Comentario a The Queen on the application of SB v. Headteacher and Governors of Denbigh High School, Sentencia de la Court of Appeal (Civil Division), de 2 de marzo de 2005». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 666/2005. Por el contrario y en cuanto al *kirpan* o puñal ceremonial religioso que portan los miembros de esta confesión, el Tribunal de Cremona, en Italia, estableció en sentencia de 19 de febrero de 2009 que la libertad religiosa debía prevalecer frente al ordenamiento jurídico penal que proscribía portar armas, en este caso en un centro comercial. CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. «Simbología religiosa y derecho penal en Italia». *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 20. Iustel, 2009.

<sup>14</sup> Respecto al *hiyab* y fuera del ámbito escolar, puede rastrearse la STS de 2 de noviembre de 2010, donde se desestimó el recurso de una letrada a la que, en virtud de la potestad atribuida en cuanto a policía de estrados, el magistrado de la sala impidió su presencia portando el referido velo islámico. La recurrente, que veía impelida su libertad religiosa, alegaba por otro lado cumplir tanto el artículo 39.1 del

En el ámbito de los servicios sanitarios, el principio de laicidad positiva que debe presidir todo espacio público, faculta a sus usuarios y pacientes, en ejercicio del derecho de libertad religiosa, a portar símbolos acordes con su confesión. El sentido común delimitaría aquellas circunstancias, un reconocimiento corporal o la exposición a ciertos instrumentos en los que habría que desvestirse o despojarse de joyas u objetos metálicos por ejemplo, en las que cabría renunciar a dicho derecho. Nada impide que, en el espacio de una habitación o en la cabecera de la cama de un convaleciente se dispongan imágenes de vírgenes o santos, como por lo demás resulta común en nuestros hospitales, si ello conlleva expresión de la voluntad del paciente. A nuestro juicio, tampoco presenta obstáculo que un facultativo, en ejercicio de sus creencias religiosas, muestre sus signos identitarios, más allá de las normas de régimen interno<sup>15</sup>.

El único límite vendría impuesto por el ordenamiento jurídico. En nuestro marco constitucional, «*la esencialidad de la Ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa... resulta inequívoca*», como recuerda la STS de 14 de febrero de 2013, por lo que la legislación ordinaria podrá establecer restricciones sobre usuarios y pacientes de los servicios sanitarios, en base a las previsiones contenidas en el artículo 3.1 LOLR, teniendo en cuenta en todo caso que, como se advierte en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, la excepcionalidad de la limitación debe resultar propor-

---

RD 658/200, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, que se limita a exigir toga para los letrados, como el artículo 33 del Reglamento 2/2005, de Honores, Tratamiento y Protocolo de los actos judiciales solemnes, aprobado mediante Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de noviembre de 2005, conforme al cual bastan la toga y «*traje o vestimenta acorde con la solemnidad del acto*». Por su parte, la inspección de servicios del CGPJ archivó el expediente disciplinario incoado al magistrado, en tanto «*no existe en nuestra legislación un pronunciamiento expreso de prohibición o de permisividad, en cuanto a si los letrados situados en estrados pueden o no llevar prenda alguna en la cabeza, por lo que, entendemos, deberá ser cada Juez o Magistrado, que presida la vista, el que ejerza la facultad de decidir si la vestimenta del letrado reúne esos requisitos que precisa la Ley, permitiendo o rechazando aquella prenda que, a su juicio, no se ajuste a la dignidad y prestigio de la toga que visten al respeto a la Justicia*». Lamentablemente el TS no entró al fondo del asunto al considerar que el CGPJ, en tanto su naturaleza es jurisdiccional y no gubernativa no estaba llamado a revisar la decisión de la Sala.

<sup>15</sup> Con los límites determinados reglamentariamente para situaciones concretas, como la vestimenta quirúrgica o la establecida por motivos de seguridad e higiene en el trabajo. En este sentido, se admite que no existe articulación legal que permita sancionar disciplinariamente a un empleado público que portara el pañuelo islámico, puesto que el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, tan sólo impone a estos el decoro en sus actos y conductas. ROSSELL GRANADOS, Jaime. *La no discriminación por motivos religiosos en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2008; pág. 138.

cional al fin legítimo perseguido y, «*en todo caso, respetuoso con el contenido del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 18/1999, de 22 de febrero)*».

En determinadas circunstancias la normativa permite la retirada temporal de simbología religiosa. Efectivamente, en base a la autonomía del paciente, se admite que éste pueda negarse a recibir la prestación<sup>16</sup>, por lo que sería posible que el facultativo requiriera la retirada cautelar de elementos religiosos a aquellas personas que acuda a su consulta, en el caso que fuera necesario para una exploración y si, llegado el caso, el mismo se negara, con este acto voluntario estaría renunciando expresa y conscientemente a la atención sanitaria.

En cuanto al personal de los centros asistenciales, no hay obstáculo que delimite el uso de simbología religiosa, no ostensible, en el ejercicio de sus funciones, si bien la reglamentación interna sobre vestimenta y la normativa de seguridad e higiene en el trabajo así como la de prevención de riesgos laborales, desaconsejan esta práctica en circunstancias singulares.

Las Administraciones públicas, en virtud de sus competencias, puede regular y limitar el uso de la vestimenta laboral y la uniformidad de sus empleados públicos en ciertos sectores, pero ello no puede ir en detrimento del principio de no discriminación reconocido en el artículo 14 CE. Así, parte de la corriente constitucionalista cuestiona el sentido de prohibir el uso del *hijab* para ciertos profesionales, mientras que otros pueden portar un crucifijo, un colgante con la imagen de la Virgen, una *kipá*, o incluso, tratándose de expresar la propia ideología, una camiseta del Ché invitando a la revolución<sup>17</sup>.

Advertido esto, debemos abordar el uso de los símbolos dinámicos desde el prisma de su significado religioso, puesto que como hemos apuntado, con independencia de otros, a nuestro juicio debe prevalecer el comúnmente aceptado por la sociedad. A estos efectos, resulta indudable que el sentido del *hijab*, de un turbante *sijh*, una *kipá*, una medalla de la Virgen o un crucifijo colgado del cuello, objetivamente y en el contexto español, no puede ser otro que la manifestación externa de la propia confesión.

---

<sup>16</sup> «*Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria*». artículo 2.5 LAP.

<sup>17</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando. «El problema constitucional del *Hijab*». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 10. Iustel, 2010.

No se puede negar que, precisamente en base a la tradición católica de nuestro país, cualquier uso de este tipo de simbología incorporada generalmente por inmigrantes conlleva un evidente carácter religioso, por lo que es en este contexto en el que se producen los problemas que se pueden deducir de su uso en espacios públicos.

Como se expuso, parece que en base al sentido común, nadie cuestiona la libertad de los usuarios de los servicios sanitarios públicos para portar y hacer uso de estos símbolos, de manera discreta y comedida y sin perjuicio de determinadas situaciones en las que, para poder atender sus demandas, deba retirárseles temporalmente. Por el contrario, la controversia se ha suscitado a raíz de la posibilidad de su ejercicio por parte los profesionales de la medicina, vinculados al régimen laboral, estatutario o funcionarial, encargados de prestar la asistencia sanitaria en esos centros.

El régimen interno de los mismos puede prever restricciones al uso de simbología religiosa fundadas en salvaguarda de la seguridad y la salud, como elementos constitutivos del orden público que previene el artículo 3.1 LOLR. Medidas que, en todo caso y por su carácter excepcional, consideramos que deberán ser fehacientemente acreditadas, pese a que la doctrina del TEDH otorga cierto margen de apreciación a las autoridades públicas, compatible con el deber de neutralidad y de imparcialidad, para estimar la legitimidad de las restricciones.

En virtud del orden público, por tanto, un símbolo religioso deviene en objeto de consideración jurídica. Se contempla la limitación de su uso para determinados actos o espacios, siempre que esté justificada la medida. De este modo la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso X. contra el Reino Unido, de 12 julio 1978, estimó aplicable la normativa sobre tráfico y seguridad vial que advierte sobre la obligatoriedad del casco para conducir ciclomotores, pese a que el uso de turbante sea preceptivo para los miembros masculinos de la confesión *sijh*. La Decisión del TEDH Caso Phull contra Francia, de 11 de enero de 2005 y la STEDH, Caso El Morsil contra Francia, de 4 de marzo de 2008, admitieron que la prohibición de portar turbante o velo, en uno u otro caso, venía impuesta por la legislación que previene los controles de seguridad en los aeropuertos y en los consulados, respectivamente.

Frente a ello, nuestro ordenamiento permite a las mujeres de confesión islámica, en la práctica, hacer uso del *hijab* o *chador* en las fotografías necesarias para la obtención del DNI o del pasaporte, pese a que la regulación previene que dicha imagen debe incorporar

el rostro del titular, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación del titular<sup>18</sup>.

Hasta el momento, en España y no obstante el propósito del Ayuntamiento de Lleida, las respuestas a estos problemas han sido resueltas de un modo flexible, procurando satisfacer los derechos fundamentales implicados, incluso en un tema tan controvertido como el del uso del velo integral en espacios públicos.

Por el contrario, la línea interpretativa del TEDH parece conducirse, favorecida por la doctrina que estima el margen de interpretación de cada estado, hacia la restricción del derecho al uso de símbolos religiosos en lugares públicos. Así, se recoge en la reciente STEDH, Caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013.

En la misma se acumularon cuatro demandas, dirigidas contra el Reino Unido e Irlanda, por presunta violación del artículo 9 en relación con el artículo 14 del CEDH. La segunda de las recurrentes, la Sra. Chaplin, que había ejercido como enfermera adscrita durante veinte años al área de geriatría de un hospital público de Gran Bretaña, lo hacía frente a la prohibición de portar en su cuello una cruz, por motivos de seguridad y durante el tiempo que permaneciera en el centro asistencial. El reglamento del centro, para minimizar riesgos de infección cruzada, vedaba el uso de joyería en general. En cuanto a los símbolos religiosos en particular, el personal facultativo debía plantear la cuestión al superior jerárquico que denegaría el uso, en su caso y motivadamente.

---

<sup>18</sup> Art. 5.1.b) del RD 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica y artículo 4.1.c) del RD 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características. Hay que señalar que, para alcanzar esta situación, con anterioridad la Comisión Islámica de Melilla elevó una queja al Defensor del Pueblo al considerar que la regulación vigente entonces mantenía diferentes regímenes para las monjas, que podían posar con tocado, y para las mujeres musulmanas, a las que se les prohibía el uso del *hijab*. La Comisaría General de Extranjería y Documentación emitió una Circular, de 16 de julio de 1998, admitiendo el velo islámico siempre que pudieran apreciarse correctamente las demás facciones del rostro. Tras la aprobación del mencionado RD 1553/2005, volvió a confirmarse dicha interpretación mediante Instrucción de 11 de abril de 2006, si bien condicionando el uso del velo a la presentación de documento acreditativo del culto religioso profesado, cuestión que generó nueva queja ante el Defensor del Pueblo. Éste emitió un informe estimando la violación del artículo 16.1 CE y solicitando la eliminación de las citadas instrucciones que fue, finalmente, seguido por la Secretaría de Estado de Seguridad, que dictó nuevas instrucciones, de 21 de agosto de 2008, suprimiendo dicho requisito.

Las autoridades sanitarias rechazaron las alegaciones de la Sra. Chaplin, justificando que el crucifijo suponía un riesgo para la salud y la seguridad de la propia enfermera, si podía oscilar libremente y entrar en contacto con heridas abiertas, por ejemplo. Se le sugirió que asegurase la cadena y cruz colgante a su tarjeta de identidad; sin embargo, la enfermera rechazó esta posibilidad en tanto era obligado retirarse la acreditación cuando se realizaban tareas clínicas estrechas. Entonces se le ofreció un puesto no clínico con la misma paga, que recibió similar respuesta negativa de ésta. Su posición era portar el símbolo religioso en todo el recinto hospitalario y durante el completo ejercicio de su actividad asistencial y, como tal, recurrió las distintas instancias judiciales en las que, una tras otra, fueron desestimadas sus pretensiones.

El TEDH, entró a conocer el recurso fundamentado en los arts. 9 y 14 del CEDH. En cuanto a este último, no encontró base jurídica para considerar su violación, pues quedó probado que la dirección del hospital ya instó, con resultado satisfactorio, la retirada de otros símbolos dinámicos al personal facultativo. En concreto, una cruz con cadena a una enfermera católica, sendos brazaletes ceremoniales y *kirpan sijs* a dos enfermeras de esta confesión, así como el velo islámico a dos médicos, que aceptaron sustituirlo por un *hijab* ajustado, de tipo deportivo y similar a un pasamontañas. Las medidas, por tanto, resultaron proporcionadas al aplicarse igual trato a personas en situaciones análogas o similares a las de la reclamante.

También se consideró justificada la injerencia en el derecho a la libertad religiosa alegada por la Sra. Chaplin, en virtud de la restricción al mismo prevista en el 9.2 del CEDH. El motivo de la retirada de joyería y símbolos religiosos asimilados era proteger la seguridad de los enfermos y de los propios profesionales, acreditándose fehacientemente «*el riesgo de que un paciente perturbado pudiera coger y tirar de la cadena, lesionándose a sí mismo o a la demandante, o que la cruz podía moverse hacia delante entrando en contacto, por ejemplo, con una herida abierta*»<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Si bien la reclamante alegaba que la Administración no presentó en las instancias nacionales ninguna prueba que demostrara que la utilización de la cruz creara problemas de salud y seguridad, el TEDH acabó estimando el amplio margen de discrecionalidad del que gozan las autoridades públicas en estos casos, según reiterados pronunciamientos del mismo. Aunque se reconocía el derecho a portar el símbolo religioso, «*la razón para solicitarle que se la quitara, a saber, la protección de la salud y la seguridad en una sala de hospital, era en esencia de una magnitud mayor... Los administradores del hospital están en mejor situación para tomar decisiones sobre seguridad clínica que un tribunal, en particular un tribunal internacional que no se ha escuchado testimonio directo*». STEDH, Caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013.

Ahora bien, baste con advertir que, respecto al primero de los motivos, podría predicarse lo mismo de unas lentes o gafas que portaran los facultativos, y sin embargo estas no fueron prohibidas de igual forma por la normativa interna. En cuanto al argumento de que una cruz, medalla o engarce que, en su caso pudiera colgar del cuello de los profesionales de la salud e, involuntariamente, entrara en contacto con una herida abierta, la posibilidad es mínima y decididamente entraría en la categoría de caso fortuito.

A nuestro juicio la determinación de las causas que justifican la seguridad y la salud como fundamentos del orden público protegido por la ley, no pueden ser interpretadas de modo preventivo y difuso frente a riesgos ocasionales y poco probables. Como se contiene en la STS 46/2001, de 15 de febrero, *«sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto»*.

Así fue entendido en la citada STS de 14 de febrero de 2013, para quien el uso del *burka* o velo integral constituye sin ningún género de dudas una manifestación del ejercicio a la libertad religiosa del artículo 16 CE. Como tal, sus límites, establecidos mediante Ley Orgánica, deben ser restrictivamente interpretados. La Administración alegaba que la ocultación del rostro perturbaba el orden público, entendiendo este como paz social, paz pública o convivencia social, en la acepción mantenida en las SSTS de 13 de octubre de 1981 y 25 de enero de 1983, 11 de febrero y 11 de mayo de 2009.

Frente a ello, el Tribunal acogió el argumentario del Ministerio Fiscal, quien no encontraba en qué modo dicha prenda podía alterar el orden público, la paz social o paz pública, pues para la sociedad, inmune al uso de dicha vestimenta, *«por muy ajena a nuestra cultura que ésta sea»*, no resultaría aceptable *«en el momento histórico que vivimos semejante afirmación con el carácter de objetividad y generalidad... Resulta muy difícil aceptarlo en una sociedad globalizada y multicultural, en que imágenes y noticias permiten compartir –a través de los medios audiovisuales y de Internet– el día a día de otros países y otras culturas, presentes además en la vida cotidiana debido a la intensidad del proceso migratorio»*.

*Solamente desde la objetiva consideración de la intranquilidad, del desasosiego de la generalidad de los ciudadanos ante un determinado fenómeno, cabría considerar respaldada legalmente la prohibición, y no cree el Fiscal que el uso del velo integral produzca*

*ese efecto,... Resulta un puro ejercicio de voluntarismo reconocer en aquellas conductas la posibilidad perturbadora que permita encuadrarlas en el concepto legal –perturbación de la convivencia que afecta a la tranquilidad– aun cuando no se aceptara que lo irrelevante está fuera de la norma»<sup>20</sup>.*

Por tanto, pese a la habilitación legal, resulta muy difícil justificar la limitación de derechos que supone el veto al uso de símbolos religiosa, salvo acreditado peligro de la seguridad pública. Ello se pone de manifiesto en el ordenamiento de los veintiséis estados partes del Consejo de Europa, en donde tan sólo Ucrania, Turquía y algunos cantones de Suiza, regularon la prohibición de vestimenta religiosa por parte de los empleados públicos, mostrándose más tolerantes en lo que concierne al uso de símbolos, mientras que en Alemania existe una estricta limitación de los mismos. En Francia, se prohibió tanto la vestimenta como el uso de simbología religiosa en el ámbito público y en el de las relaciones jurídico-privadas, aunque las medidas restrictivas, fundamentadas en el principio de proporcionalidad, debían ampararse en normativa de protección de la salud o de la propia imagen corporativa de empresa<sup>21</sup>.

En el caso español, de momento tampoco parece que exista voluntad política para tramitar iniciativas legislativas instando la restricción del uso de símbolos religiosos en espacios públicos<sup>22</sup>, por

<sup>20</sup> La STS de 14 de febrero de 2013, compartió las censuras del Ministerio Fiscal, considerando que la realidad de la perturbación de la tranquilidad a la que se alude por parte de la Administración carece de demostración fehaciente en cuanto a simple constatación sociológica.

<sup>21</sup> Hay que señalar que, pese a no existir legislación expresa al respecto, tanto en Bélgica, como Holanda, Dinamarca y la propia Alemania, los órganos jurisdiccionales han estimado el derecho del empresario a imponer ciertas limitaciones sobre el uso de símbolos religiosos por los empleados, en base al mismo principio de imagen corporativa que preside la normativa francesa. Sin embargo, en el Caso Eweida y otros contra Reino Unido, el TEDH, aún reconociendo el legítimo deseo de la empresa de proyectar cierta imagen corporativa, no se valoró suficientemente la proporcionalidad de las medidas adoptadas por la misma, puesto que se acreditó la autorización para el uso de otras prendas de vestir religiosas, como turbantes y *hijabs* por parte de los empleados de la compañía, sin que la imagen o marca de ésta se viera afectada negativamente. Además, con posterioridad y tras la reclamación de la Sra. Eweida, la empresa aprobó un nuevo reglamento interno en el que se permitía mostrar cierta simbología religiosa, incluyendo la controvertida cruz y la estrella de David entre otros, por lo que el TEDH estimó que la prohibición anterior no era de importancia tan crucial para la imagen corporativa como se pretendía, por lo que, unido a los anteriores razonamientos, observó conculcación del derecho a la libertad religiosa del artículo 9 CEDH. STEDH, Caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013.

<sup>22</sup> Hasta el momento no se ha iniciado procedimiento de elaboración normativo, pese a la moción presentada por el grupo parlamentario popular en el Senado «por la

lo que en base a un engarce difuso con los límites establecidos en artículo 3.1 LOLR, se ha pretendido motivar la prohibición del uso de símbolos religiosos con fundamento en presuntos efectos proselitistas y de discriminación por razón de género, a nuestro juicio totalmente injustificados.

En cuanto al primero de estos motivos, se asimila la exhibición del símbolo religioso en espacios públicos acotados y frente a pacientes insertos en un régimen de sujeción especial al ejercicio de un proselitismo abusivo e impropio en centros públicos.

Aquí debemos partir de la STEDH, Caso Lucía Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001. En sus fundamentos se desestiman las pretensiones de la reclamante, docente de un colegio público, para hacer uso del *hijab* en el ejercicio de su actividad habitual. El Tribunal consideró, en esencia y sin perjuicio de admitir que el artículo 9 del CEDH amparaba el derecho de la recurrente a portar el velo islámico como manifestación de naturaleza religiosa, que éste era un «*poderoso símbolo externo*» que ejercía un efecto directo y proselitista en alumnos de corta edad. En consecuencia, el margen de apreciación de cada estado permite legislar para limitar su uso y garantizar la neutralidad de la enseñanza pública.

Frente a este pronunciamiento, al poco tiempo, la STC Alemán, de 24 de septiembre de 2003, estimó conculcación del derecho a la libertad religiosa de Fereshta Ludin y nulidad de la resolución administrativa en la que se le denegaba su nombramiento para ejercer como profesora de universidad portando *hijab*<sup>23</sup>. En este caso, el

*que se insta al Gobierno a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que cubran completamente el rostro*». Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, número 484, de 21 de junio de 2010.

<sup>23</sup> A la recurrente, de origen afgano aunque residente en el país desde los diez años, tras superar un proceso selectivo para ejercer como docente en un colegio público, le fue denegada tal posibilidad en virtud de lo expuesto. Tras desestimarse sus pretensiones en sucesivas instancias, el TC Alemán estimó la inconstitucionalidad de la medida, sin base legal alguna. En virtud de ello, el Land de Baden-Württemberg, y algunos otros länder, legislaron los límites al uso del pañuelo y de nuevo la solicitud de la interesada fue denegada, por lo que nuevamente su peregrinación por las diferentes estancias judiciales fue inane, vaciando de contenido el pronunciamiento constitucional. Una crítica al respecto en MARTÍN VIDA, María Ángeles y MÜLLER-GRUNE, Sven. «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, Caso Ludin)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; pp. 313-337. Para visión más amplia vid. ROSSELL GRANADOS, Jaime. «La cuestión

Tribunal presumía cierto grado de madurez de los alumnos para que su libertad de conciencia no fuera condicionada ante dicha prenda. Es decir, no existiría proselitismo si el receptor del mensaje tiene suficiente grado de madurez, como en principio es el caso de los usuarios y pacientes de los servicios sanitarios no limitados cognitivamente por enfermedad.

Hay que señalar que la identificación del personal sanitario con la Administración Pública, es una concepción superada que tan sólo tiene sentido en el modelo liberal que les vincula, en lo que respecta a lo hasta aquí expuesto, a un régimen especial de limitaciones que podría tener sentido en sistemas de laicidad militante como Francia o Turquía. En ningún caso tendría aplicación en el caso español, cuya normativa garantiza que las creencias del empleado público pueden ser ejercidas con plenitud en el desarrollo de su función y, en este sentido, el supuesto enjuiciado por el TC Alemán resulta más acorde con nuestro ordenamiento jurídico que el resuelto frente a Lucía Dahlab<sup>24</sup>.

En cualquier caso y con independencia de su vinculación a los poderes públicos, el TC Alemán exige una acreditación legal del proselitismo alegado: ese «*peligro abstracto*» que sirve para justificar la injerencia en el derecho fundamental de la recurrente<sup>25</sup>. En similares términos, no está de más recordar que las SSTEDH, Caso Kokkinakis contra Grecia, de 25 mayo 1993 y Caso Larissis contra Grecia, de 24 febrero de 1998, establecieron que el proselitismo forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa.

Son los actos de propaganda absoluta o abusiva, el llamado proselitismo impropio, los contrarios a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ajena. Esta doctrina ha sido recogida y aplicada por nuestros tribunales, pudiendo concluirse por tanto que no resulta suficiente con caracterizar el uso de un símbolo dinámi-

---

del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania». MOTILLA DE LA CALLE, Agustín (Coord.) *El pañuelo islámico en Europa*. Marcial Pons. Madrid, 2009; pp. 188 y ss.

<sup>24</sup> En virtud de ello, es de señalar que en 2005 ya la diputada de Coalición por Melilla, Salima Abdeslam Aisa, tomó posesión de su escaño en la asamblea homónima portando el pañuelo islámico, sin que la representación ostentada en nombre de la soberanía popular y del principio de neutralidad religiosa se viera impelida por dicha exteriorización de sus convicciones.

<sup>25</sup> La doctrina sobre el «*peligro abstracto*» se inserta fundamentalmente en el derecho policial alemán, que exige una legislación para que de un supuesto dado sea posible esperar, con un nivel suficiente de certeza, un daño inminente para la seguridad y el orden públicos o para uno de ambos bienes jurídicos protegidos. MARTIN VIDA, M. A. *¿Puede una maestra...*, cit. p. 330.

co como acto proselitista para justificar su prohibición, sino que es necesario acreditar que confluyen en su ejercicio los requisitos que definen el proselitismo absoluto<sup>26</sup>.

Acorde con la jurisprudencia, la doctrina eclesiasticista resulta pacífica al considerar que, pese a que en los centros públicos se debe velar por el principio de neutralidad, consecuencia de la laicidad estatal, no toda manifestación de carácter religioso puede ser interpretada como proselitista. Así, para cierto sector resulta indudable que símbolos externos tales como portar una cruz en la solapa de la chaqueta no pueden ser considerados actos de propaganda en sentido genuino, puesto que no son actos de difusión de doctrina con el fin de conseguir prosélitos<sup>27</sup>. Idéntico sentido cabría entender respecto al uso del *hijab* islámico o la *kipá* judía, entre otros símbolos dinámicos.

Opinamos que, en estas cuestiones debemos alejarnos de todo juicio de valor: si efectivamente queda acreditado el ejercicio de acciones intolerantes, discriminatorias o, explícitamente proselitistas, debe ser el cauce reglamentado para las sanciones disciplinarias de los empleados públicos el que determine si hubo tal violación y, en consecuencia, aplicar una sanción que, en su caso, pudiera derivar en el despido.

Realmente, como señala MOTILLA DE LA CALLE, resulta fácil influir en los menores, teniendo presente la autoridad desplegada por el docente dentro de un ámbito de sujeción especial, pero sería exorbitante otorgar a un símbolo dinámico por el mero hecho de ser portado

<sup>26</sup> La STEDH, Caso Kokkinakis contra Grecia, de 25 mayo 1993, diferenciaba los meros actos de propaganda religiosas, asimilable a la evangelización, del proselitismo absoluto o abusivo, que «representa la corrupción y la deformación. Puede revestir la forma de actividades [que ofrecen] ventajas materiales o sociales con el objetivo de obtener incorporaciones a [una] Iglesia o [ejerciendo] una presión abusiva sobre las personas en situación de angustia o de necesidad, según el mismo informe, utilizando el recurso a la violencia o el «lavado de cerebro»; generalmente no concuerda con el respeto debido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de otro». En la STEDH, Caso Larissis contra Grecia, de 24 febrero de 1998, se reitera esta diferencia, remarcando que es justamente el proselitismo abusivo el que «no concuerda con el respeto debido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ajena». En cuanto a la jurisprudencia española, la doctrina se recoge, entre otras, en la STSJ de Andalucía, 272/2011, de 25 febrero, en donde se desestimó la petición de retirada de un icono mariano presente en las instalaciones de la Guardia Civil.

<sup>27</sup> MARTÍN SANCHEZ, Isidoro. «Algunos supuestos controvertidos de la objeción de conciencia», en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos (Coord.) *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa en España*. Fundación Universitaria Española. Madrid, 2009; pág. 249.

por un empleado público en el ejercicio de su actividad, un efecto de adoctrinamiento, sin prestar atención a otras circunstancias como las anteriormente expresadas<sup>28</sup>. Tampoco puede decirse que, en el ámbito del servicio sanitario público, el uso del pañuelo islámico en sus vertientes no extremas por personal facultativo, suponga un acto de presión para las usuarias musulmanas no practicantes, puesto que éstas son minoría<sup>29</sup>.

En el año 2004 se aprueba en Francia una ley de símbolos ostensibles, prohibiendo el uso del velo en centros educativos no universitarios<sup>30</sup>. Su entrada en vigor se produce apenas tres meses antes de la STEDH, Caso Leyla Shain contra Turquía, de 29 de junio de 2004, cuyos fundamentos conformarán los límites al uso de símbolos dinámicos como ejercicio del derecho a la libertad religiosa en centros públicos<sup>31</sup>. El TEDH, con base en el citado Caso Dahlab contra Suiza, así como el anterior Caso Karaduman contra Turquía<sup>32</sup>, avanzó en esta línea doctrinal y consideró que el Estado podía limitar ciertos símbolos religiosos si, además de su previsión legal, quedaba acreditado su uso en detrimento de la protección de los derechos y libertades ajenos, del orden y de la seguridad pública.

Aún en base a esta previsión legal, la restricción debe vincularse al principio de proporcionalidad, cuestión que, en apariencia, dotaba cualquier decisión de los poderes públicos de una rigurosa y exacta valoración de los derechos fundamentales en juego. Sin

<sup>28</sup> MOTILLA DE LA CALLE, Agustín. «La libertad de vestimenta: el velo islámico». Motilla de la Calle, Agustín (coord.) *Los musulmanes en España: Libertad religiosa e identidad cultural*. Trotta. Madrid, 2004; págs. 123-124.

<sup>29</sup> RUIZ RUIZ, Juan José, «La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 131.

<sup>30</sup> Ley 2004-228 en aplicación del principio de laicidad, sobre el uso de signos o atuendos que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios o liceos públicos. JORF n.º 65 de 17 de marzo de 2004; pág. 5190.

<sup>31</sup> La referencia legislativa no es baladí, puesto que el primero de estos tres límites reposa sobre las previsiones normativas. En este caso se trataba de una estudiante de quinto curso de la Facultad de medicina de Estambul, cuyo rector había emitido una circular prohibiendo a las universitarias llevar la cabeza cubierta y a ellos, incluidos los no nacionales, llevar barba. En consecuencia a Leyla Sahin se le denegó el acceso a unas pruebas de oncología y a matricularse en un curso de traumatología ortopédica, por lo que tras recurrir a las diferentes instancias judiciales, solicitó el amparo de la Corte de Estrasburgo.

<sup>32</sup> En la STEDH, Caso Karaduman contra Turquía, de 3 mayo 1993, la recurrente se negó a quitarse el velo islámico, necesario para realizarse el carnet universitario; sin embargo, el tribunal no consideró «una injerencia desproporcionada al hecho de regular la vestimenta de los estudiantes, así como la de negarles los servicios administrativos, tales como la entrega de un diploma, mientras no cumplan este reglamento, teniendo en cuenta las exigencias del sistema de la universidad laica».

embargo, aquí y según reiterada doctrina del propio TEDH, éste delegó la interpretación al margen de apreciación de cada estado, en el argumento que «*las autoridades nacionales se encuentran en principio en mejor posición que el juez internacional para pronunciarse sobre las necesidades y contextos locales (véase, por ejemplo, Sentencia Handyside contra el Reino Unido de 7 diciembre 1976, serie A núm. 24, ap. 48)*».

El pronunciamiento, confirmado en Gran Sala, el 10 de noviembre de 2005, fue particularmente criticado por la doctrina eclesias-ticista, pudiendo haber suscrito la mayor parte de ésta la opinión de MARTÍNEZ-TORRÓN, para quien la actuación del TEDH fue «*desafortunada, a veces trivial, inconsistente con otros principios jurisprudenciales de Estrasburgo y con poca visión de futuro*»<sup>33</sup>. En similares términos se expresaba el citado voto discrepante de la juez Tulkens, para quien no era tan explícito el fuerte carácter externo que el tribunal atribuía al pañuelo, por sí sólo, si no iba acompañado de cierto grado de ostentación o propaganda agresiva, para fundamentar la agresión a la libertad religiosa que justificaba su prohibición en el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>.

En la posterior STEDH, Caso Kervanci contra Francia, de 4 diciembre 2008<sup>35</sup>, se tuvo oportunidad de abordar la referida ley de símbolos ostensibles, ante los recelos de una parte de la doctrina que preveía, con razón y pese a las demandas por aplicación de la misma, que la normativa sería declarada conforme al CEDH<sup>36</sup>. Efectivamente, el TEDH continuó la doctrina expuesta en el Caso Dahlab. En primer lugar, consideró que la medida restrictiva estaba prevista en la normativa del centro, pues si bien estaba conformada por instruc-

<sup>33</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo». *Derecho y Religión*, n.º 4. Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado, 2009.

<sup>34</sup> Este era el razonamiento que fundamentaba también el dictamen del Consejo de Estado francés que informaba el proyecto de ley de símbolos ostensibles, para quien cabría vetar tan sólo aquellos símbolos dinámicos que fueran acompañados de un proselitismo explícito e identificable. FRAILE ORTIZ, M. *El velo islámico...*, cit.

<sup>35</sup> La demandante, Esma-Nur Kevanci, de confesión musulmana y doce años de edad cuando ocurrieron los hechos en 1999, fue expulsada del colegio al que asistía en Flers por negarse a quitarse el velo en durante la actividad de educación física.

<sup>36</sup> Al año siguiente, las Decisiones del STEDH de 30 de junio de 2009, inadmitirán un grupo de estas demandas en los casos Tuba Aktas, Bayrak, Gamaleddy, Ghazal, J. Singh y R. Singh contra Francia, estos dos últimos de confesión *sijh*, por vestir el *kesti*, un turbante algo más discreto, que suelen llevar bajo el que previene su religión. El centro no admitió esta solución, como tampoco el pequeño gorro que aportaron como alternativa al velo las alumnas musulmanas. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *La cuestión del velo islámico...*; pág. 106.

ciones, circulares, notas de servicio y el propio reglamento interno, el *nomen iuris* en este caso debía ser entendido en su acepción material y no formal.

No podemos compartir este razonamiento ya que, como es conocido y en términos de ordenamiento interno, el derecho sancionador deber ser interpretado restrictivamente y obliga a afirmar su cobertura legal formal, como se expuso en párrafos precedentes. Sin embargo, con cita literal de la doctrina de Estrasburgo, la SJCA n.º 32 de Madrid 35/2012, de 25 enero, estimó conforme a derecho la prohibición que sobre el uso del velo por parte de los alumnos se preveía en la normativa de un centro escolar, concluyendo que «*la cuestión a dilucidar en esta litis es si el uso del velo, ha infringido o no las normas del Instituto y que debemos concluir que sí se han infringido al prohibirlo taxativamente el artículo 32.4 del Reglamento*».

La STSJ de Madrid 129/2013, de 8 de febrero, confirmó la sentencia al inadmitir el recurso de apelación en razón de la *summa graviminis*, puesto que la sanción impuesta, formalmente leve, «*de carácter simbólico o de mera advertencia*», era menor de 30.000 €. Ello evitó un pronunciamiento en cuanto al fondo que quizás hubiera despejado las dudas sobre la presunta violación del derecho fundamental a la libertad religiosa de la alumna que contenía el reglamento de régimen interno, como parecía deducirse del voto particular formulado en la propia sentencia<sup>37</sup>.

Por último, se pretenden justificar los límites al uso de simbología religiosa en aras a una protección del derecho de autonomía de la mujer, distorsionando a nuestro juicio la transcendencia del principio de igualdad de género. Hay que recordar que el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 5 de noviembre de 2005, estableció que la libertad religiosa reconocida en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ampara el uso de vestimenta religiosa.

Este instrumento internacional debe ser puesto en relación con la posterior Recomendación del Consejo de Europa 1927/2010, sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, instaba a los estados miembros a «*no establecer una prohibición general del velo completo o*

---

<sup>37</sup> El voto particular razonaba sobre el alcance de las alegaciones a la sentencia de primera instancia, puesto que no sólo se pedía que se anulara la confirmación del apercibimiento académico, sino, fundamentalmente por vulneración del derecho a la libertad religiosa de la menor. En razón de esta última petición, el asunto no era evaluable económicamente, por lo que debió admitirse por el tribunal el recurso de apelación y resolverse la cuestión de fondo. Voto particular que formula la Magistrada Francisca María Rosas Carrión a la STSJ de Madrid 129/2013, de 8 de febrero.

*de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica», exhortando por otro lado la protección de la libertad de elección «para usar ropa religiosa o especial y garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres musulmanas a participar en la vida pública y llevar a cabo actividades de educación y profesionales».*

Ciertos sectores asimilan el uso del velo islámico a un rol de sumisión de la mujer, cuando lo cierto es que, en el contexto de la sociedad occidental esta prenda, sin perder su carácter esencialmente religioso, se erige en símbolo afirmación cultural e incluso de independencia y emancipación femenina. Como recomienda el Consejo de Europa, se debe promover la independencia de la mujer para decidir libremente el uso de objetos y vestimenta religiosos acordes con su creencia, en una construcción doctrinal que estaría próxima al principio de la autonomía personal y, en todo caso, muy lejos de un la línea que pretende vehicular su uso a la sumisión del hombre<sup>38</sup>.

A nuestro juicio, la decisión, que tiene como referente subjetivo a mujeres adultas, voluntariamente aceptada de portar simbología religiosa supone una declaración de principios, una reafirmación de los valores frente a los de la sociedad que la acoge, muy diferentes a los de sus orígenes<sup>39</sup>. El interés de mostrar modestia cubriéndose

<sup>38</sup> Un sector, ciertamente no pequeño, considera que existe una subyugación de la mujer islámica a la voluntad masculina de la propia familia, pues *«el auge de los relativismos culturales y la exaltación de la defensa de las diversidades, en el nombre de, quizás, un mal entendido concepto de tolerancia, está causando una cierta merma en la garantía de los derechos humanos, esta vez, de las mujeres ocultando de nuevo la esencia del problema que no es otra que la vulneración de sus más elementales derechos humanos en base a los aún presentes patrones de la sociedad del patriarcado»*. A partir de estos cánones, *«se convierte en una costumbre que, lejos de proteger a las mujeres desde la garantía de sus derechos o de articular los instrumentos para erradicar tales abusos sexuales, las confinan en una suerte de esclavitud consistente en esconder partes de su cuerpo (o todo) porque son consideradas objetos de deseo, de vergüenza, de sonrojo. De este modo, se determina, sin contar con su voluntad ni su consentimiento, que han de esconder lo que se considera sus bellezas o atributos. Por lo tanto, desde mi punto de vista, subyace aquí una doble discriminación por razón de género, la que las constriñe a ser tapadas por haber nacido mujer y las que las tapa porque se las considera un único objeto de deseo sexual sin importar, su emocionalidad, sus deseos o su intelectualidad y, desde luego, tampoco el libre ejercicio de su religión»*. MACÍAS JARA, María. «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres». REVENGA SÁNCHEZ y otros (Coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011; págs. 137 y 142.

<sup>39</sup> El uso del velo sería de este modo una manifestación de naturaleza religiosa, por lo que si la mujer actúa de forma libre y voluntaria en ejercicio de su libertad religiosa, su uso debe ser amparado constitucionalmente, mientras no exista un peligro para el orden público o los derechos de los demás. GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús.

el cabello, resulta comparable para cierto sector doctrinal, con la preferencia femenina de agrandar al sexo contrario, denostada si deriva de circunstancias sociales restrictivas, o en el sentido contrario, comparable a la preferencia de no agrandar y esconder los atributos de la feminidad<sup>40</sup>.

El estatus de la mujer portadora del pañuelo es muy distinto, en principio, al paternalismo que pretende atribuirle la Corte de Estrasburgo. La profesora Djaouida Moualhi de la Universidad Autónoma de Barcelona, afirma que el uso del *hijab* no demuestra sumisión, sino más bien lo contrario, pues es un acto de reivindicación cultural: *«la existencia de hijab no ha impedido el avance de los derechos de las mujeres en el seno del Islam; en otro tiempo, era considerado como un signo de elegancia... llevarlo no es un signo de sumisión a los hombres, sino de expresión voluntaria de su fe y de sumisión a Dios... es un acto que de ningún modo manifiesta subordinación, sumisión o una mujer víctima, sino que es un acto de significado social y político, muy valiente, que requiere libertad y voluntad en grandes dosis»*<sup>41</sup>.

El uso del velo no es un precepto coránico, por lo que debe entenderse como un triunfo de una interpretación, acogida principalmente en los países musulmanes de la cuenca del Mediterráneo, más flexible y abierta, frente a la corriente islámica de los países asiáticos en los que las normas sobre la vestimenta de las mujeres son más estrictas. Aún en este caso, la decisión de portar el velo integral o *burka*, tomada en el marco de las libertades que establece nuestro ordenamiento y como razona la citada STS de 14 de febrero de 2013, garantiza que pueda *«optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la protección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir»*.

En este sentido, las críticas al uso del velo islámico integral, aunque también a la exposición pública del *hiyab*, parten a nuestro jui-

«A propósito del velo islámico ¿es posible una solución intercultural?» *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24. Iustel, 2010.

<sup>40</sup> RUIZ RUIZ, J.J. *La prohibición del velo islámico...*, cit.; pág. 128-

<sup>41</sup> REY MARTÍNEZ, F. *El problema constitucional...*, cit.

cio de un subjetivismo cultural en el que se interpretan preceptos del Islam en base a valores occidentales. Así, cierta corriente niega que puedan llegar a ser equiparables la libérrima decisión de una usuaria para portar el *burka*, siempre que el reconocimiento médico no aconseje lo contrario, en un centro hospitalario o la de una doctora a usar el velo mientras ejercita su profesión, con la de una religiosa perteneciente a alguna de las congregaciones con labores asistenciales en esos mismos centros sanitarios, a la que su orden le impone cubrirse con toca<sup>42</sup>.

En estas circunstancias, cabría interpretar que negar el uso del pañuelo islámico a una enfermera mientras que en el mismo hospital se dispensa la libertad de vestimenta religiosa a las miembros de congregaciones católicas, presentes en el organigrama del centro con idénticas funciones auxiliares a aquellas, resultaría, además de paradójico, contrario a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohibiendo la discriminación por razones de religión o convicciones, entre otras<sup>43</sup>.

Los argumentos que inciden sobre un supuesto carácter paternalista que impone determinados usos y vestimentas religiosas a las mujeres, se contradicen al erigirse precisamente en tutores de una pretendida emancipación femenina, sin llegar a discernir que, en este tipo de decisiones donde priman las convicciones religiosas, el carácter subjetivo se antepone a cualquier tipo de valoraciones subjetivas<sup>44</sup>. En cualquier caso y, si resulta tan evidente el conflicto entre el uso del velo y el derecho a la igualdad de género, como se afirma en el voto discrepante de la juez belga Tulkens, inserto en la STEDH, Gran Sala, Leyla Sahin contra Turquía, de 10 de noviembre de 2005, «*el Estado*

<sup>42</sup> MACÍAS JARA, M. *El velo islámico: diversidad cultural...*, cit; págs. 144-145.

<sup>43</sup> Referida al ámbito privado laboral, la jurisprudencia acoge el principio *pacta sunt servanda*. La STSJ de Madrid, de 27 de octubre de 1997, en base dicho principio y la presunción de *bona fides*, estimó que, pese a que el empresario debe facilitar el ejercicio de la libertad religiosa por parte de sus trabajadores, las cláusulas contractuales vinculan a las partes. La STSJ de Baleares, de 9 de septiembre de 2002, permitió a un conductor de autobús judío continuar cubriéndose la cabeza porque no afectaba negativamente a las relaciones de trabajo. En el ámbito del TEDH, estimó en la Decisión del Caso Konttinen contra Finlandia, de 3 de diciembre de 1996, que no hubo despido por razones religiosas de un empleado público del servicio de transporte que se negó a trabajar los viernes tras la puesta de sol, puesto que los preceptos de la Iglesia Adventista del Séptimo Día así lo prohibían.

<sup>44</sup> En este sentido, los razonamientos del Ministerio Fiscal, a los que se adhirió el TS, añadiendo que «*por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no*». STS de 14 de febrero de 2013.

*debería prohibirlo en general, independientemente de su uso en público o en privado»<sup>45</sup>.*

Así pues, con excepción de los referidos límites, el uso de este tipo vestimenta religiosa en sus distintos grados, además de la vertiente explícita al artículo 16 CE, resultaría amparada por el derecho a la exteriorización de la identidad cultural y reivindicación de la propia imagen del artículo 18 CE. A su vez, y en cuanto a esta última garantía, se deduce un doble ámbito de protección: uno derivado, como tal, de la propia libertad de la persona para elegir los símbolos que la identifican e integran su imagen externa y, el otro referido a la prohibición de reproducir y utilizar esa imagen sin consentimiento expreso del titular del derecho<sup>46</sup>.

En definitiva, creemos que en este tipo de casos se debe abandonar cualquier clase de prejuicio de tipo condescendiente y huir de posiciones maximalistas, pues esta dinámica no llevaría el modelo francés, en el que una neutralidad estricta implicaría restricciones absolutas a los símbolos religiosos en los lugares públicos. En este sentido, la doctrina eclesiasticista es pacífica, pues como se fundamenta en la citada STEDH, Caso Kervanci contra Francia, de 4 diciembre 2008, «*el pluralismo y la democracia deben igualmente basarse en el diálogo y un espíritu de compromiso, que implican necesariamente por parte de los individuos concesiones diversas que se justifican con el fin de proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática*».

El juicio de proporcionalidad, por tanto, debe orientar la hermenéutica en este tipo de conflictos, para que la limitación de símbolos religiosos no sea menoscabada ante la necesaria salvaguarda del otro bien jurídico constitucional que demanda su restricción<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> FRAILE ORTIZ, María. «El velo islámico y el voto de la juez Tulkens». *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 18, Aranzadi. Pamplona, 2006. De conformidad con la misma opinión discrepante y muy crítico con los criterios políticos que fundamentaron el caso Sahin, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. «El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en COMBALÍA, SOLÍS, Z. y otros (Coords.) *Derecho Islámico e Interculturalidad*. Iustel. Madrid, 2011; pág. 199.

<sup>46</sup> CASTRO JOVER, Adoración. «Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas y poderes públicos». FERRERIRO GALGERA, Juan (Coord.) *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2008; pp. 798-799. La autora refiere al respecto del derecho a la propia imagen, escasamente estudiando en relación con este ámbito, a LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Derecho de la Libertad de Conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*. Thomson-Civitas. Pamplona, 2007, y ALLENDA SALINAS, Manuel. *Libertad de creencias en el menor y uso de signos de identidad religiosos-culturales. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, IV. UPV. Bilbao, 2003. págs.798-799.

<sup>47</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S. *Tratamiento de la simbología religiosa...*, cit.

