

EL BURKA EN LAS AULAS UNIVERSITARIAS. CUESTIONES JURÍDICAS CONFLICTIVAS PARA UN DEBATE CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

THE BURQA IN UNIVERSITY CLASSROOMS. CONTENTIOUS LEGAL ISSUES FOR DISCUSSION WITH A GENDER PERSPECTIVE

María Concepción Torres Díaz¹

Profesora Doctora Asociada de Derecho Constitucional, Universidad de Alicante - España

concepcion.torres@ua.es

Resumen: La cada vez mayor presencia de mujeres musulmanas en los centros de educación superior en España (y, en países de nuestro entorno europeo), generó antes de la pandemia el debate sobre la posibilidad y viabilidad de aprobar reglamentos o códigos de vestimentas en el seno de las universidades públicas. La finalidad no era otra que evitar que prendas como el burka o la *niqab*, que impiden y/o dificultan la identificación en el aula del alumnado universitario y, en concreto, la identificación de alumnas por ser estas las portadoras de este tipo de prendas, afectara al desarrollo normal de las instituciones académicas. Obviamente, la consulta se hizo extensible, por cuestiones no solo identificativas, sino de seguridad a cualquier tipo de prendas o vestimentas que cubriera completamente el rostro y/o cabeza de sus portadores. El artículo indaga en el marco normativo y jurisprudencial que resulta afecta a esta cuestión desde la óptica de la perspectiva de género como metodología crítica en el análisis del discurso jurídico. Desde este marco analítico, el estudio plantea distintas respuestas jurídicas - a modo de conclusión final - fruto de los distintos *ítems* ponderados ante los conflictos jurídicos surgidos en el ámbito de los derechos afectados.

Palabras clave: derechos, libertades, burka, universidad, mujeres, dignidad, libertad religiosa, libertad ideológica, ámbito público, perspectiva de género.

Abstract: The increasing presence of Muslim women in higher education centers in Spain (and, in countries around our European environment), generated - in its day before the pandemic - the debate on the possibility and feasibility of approving regulations or codes of clothing within the Public Universities. The purpose was none other than to prevent garments such as the burka or the niqab, which prevent and/or hinder the identification of university students in the classroom and, specifically, the identification of female students because they are the bearers of this type of clothing, affect the normal development of academic institutions. The article investigates the normative and jurisprudential framework that affects this issue from the perspective of the gender perspective as a critical methodology in the analysis of legal discourse.

Keywords: rights, freedoms, burqa, university, women, dignity, religious freedom, ideological freedom, public sphere, gender perspective.

1. Contextualización

La presencia – cada vez mayor – de mujeres musulmanas en los centros de educación superior en España (y, en países de nuestro entorno europeo), generó antes de la pandemia¹ el debate sobre la posibilidad y viabilidad de aprobar reglamentos o códigos de vestimentas en el seno de las Universidades Públicas. La finalidad no era otra que evitar que prendas como el burka o la *niqab*, que impiden y/o dificultan la identificación en el aula del alumnado universitario y, en concreto, la identificación de alumnas por ser estas las portadoras de este tipo de prendas, afectara al desarrollo normal de las instituciones académicas. Obviamente, la consulta se hizo extensible, por cuestiones no solo identificativas, sino de seguridad a cualquier tipo de prendas o vestimentas que cubriera completamente el rostro y/o cabeza de sus portadores.

La situación actual en muchos países - tras la vuelta más o menos normalizada a una presencialidad en las aulas pospandemia - ha vuelto a abrir el debate. Máxime teniendo en cuenta la imposición en los espacios públicos del burka a las mujeres en países como Afganistán o Irán fruto de una interpretación excesivamente restrictiva de las tradiciones religiosas y/o culturales cuya carga - a efectos de observancia - recae sobre las mujeres y, en concreto, sobre el cuerpo de las mujeres. Salvando las distancias con la particular situación de los países citados, emerge el debate en el contexto europeo actual sobre la necesidad u oportunidad de contar en los entornos universitarios con reglamentos o códigos de vestimenta que permitan limitar el acceso y/o utilización de los espacios universitarios a las personas que no puedan ser identificadas. El artículo indaga en el marco normativo y jurisprudencial que resulta afecta a esta cuestión desde la óptica de la perspectiva de género como metodología crítica en el análisis del discurso jurídico.

Obviamente, no se está ante una cuestión pacífica, dada la temática planteada. Máxime porque en el análisis propuesto confluyen no solamente aspectos jurídicos, sino ético-religiosos, morales y aspectos relacionados con la igualdad de mujeres y hombres desde el análisis crítico de la perspectiva de género. De ahí la importancia de llevar a cabo una revisión normativa y jurisprudencial, tomando como referencia los análisis doctrinales² sobre la materia a los efectos de dar una fundamentada respuesta jurídica.

-
- 1 Puede consultarse la alocución del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 de 11 de marzo de 2020 en la siguiente dirección url. Recuperado de: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
 - 2 Sobre la materia véase ALÁEZ CORRAL, B., “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 483-520. Véase también, MARTÍNEZ TORRÓN, J., “Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección religiosa por la jurisprudencia de Estrasburgo”. En Martínez-Torrón, J., Meseguer Velasco, S. y Palomino Lozano, R. (coords.), *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en Homenaje al Prof. Navarro-Valls*, 275-301, Madrid, España, Iustel, 2013. Sobre la libertad religiosa y la neutralidad estatal en el ámbito de la educación, véase Javier MARTÍNEZ TORRÓN y Santiago CAÑAMARES ARRIBAS (eds.), *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación: una perspectiva europea y latinoamericana*. Pamplona, España, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

2. Objetivos

A tenor del marco contextual expuesto, el presente trabajo busca dar respuesta a una serie de cuestiones que se erigen en objetivos, a saber:

Determinar si las universidades públicas - en el contexto actual español - pueden regular vía reglamento interno (o, procolo-código de vestimenta) normas mínimas de vestimenta al objeto de establecer prohibiciones generales respecto a determinadas prendas que cubran de forma total el rostro de las personas que los portan.

Revisar y correlacionar el marco normativo que resulta afecta a la cuestión planteada teniendo en cuenta el ámbito de actuación propio universitario bajo la garantía de la "autonomía universitaria"³, y siendo conscientes de los límites que le resultan afectos.

Analizar los derechos fundamentales que resultarían afectados ante una regulación de este tipo, así como determinar los términos y criterios de ponderación constitucional desde el ámbito de los valores y principios constitucionales y, en particular, el principio de proporcionalidad⁴ articulado en sede constitucional.

Determinar los criterios y/o términos en los que cabría cohonestar igualdad y no discriminación por razón de sexo con el reconocimiento constitucional de la libertad ideológica, religiosa y de creencias. Desde una perspectiva más amplia, hacer extensible dicho análisis a otros derechos tales como educación, intimidad personal y familiar, seguridad, salubridad e identificación de las personas integrantes de la comunidad universitaria.

3. Análisis normativo

El presente punto recoge una revisión normativa tanto a nivel internacional, internacional-regional, europeo, constitucional e infraconstitucional. Obsta decir que, en el ámbito internacional, junto a las disposiciones normativas encuadrables en el denominado *hard law*, son de reseñar: recomendaciones, resoluciones, observaciones y programas de acción que se enmarcan en lo que se conoce como *soft law*. Su relevancia – en la presente investigación – estriba en que dichos textos y/o documentos coadyuvan a contextualizar el marco jurídico de interpretación.

3.1. Normativa Internacional

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1945):

3 Sobre la articulación jurídica y jurisprudencial de la autonomía universitaria desde un enfoque constitucional véase, CAPODIFERRO CUBERO, D., "La configuración legal de la autonomía universitaria en el ordenamiento español". En Gavara de Cara, J. C. (eds.). *La autonomía universitaria: un reconocimiento constitucional entre la aplicación práctica y la configuración legislativa*, 25-52, Barcelona, España, Bosch, 2018. Consúltese también, GAVARA CARA, J.C., "La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Gavara de Cara, J. C. (eds.). *La autonomía universitaria ... obra citada*, 53-88.

4 Un análisis jurídico de interés sobre el principio de proporcionalidad constitucional se encuentra en PERELLÓ DOMÉNECH, I., "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *Revista Jueces para la democracia*, 28, 1997, 69-75.

Artículo 1. El precepto dispone lo siguiente: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Artículo 2. El artículo preceptúa lo siguiente: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, etc."

Artículo 3. La dicción literal es del siguiente tenor: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Artículo 7. Señala textualmente: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Artículo 12. Dispone textualmente: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación (...)".

Artículo 18. El precepto es del siguiente tenor:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19. Dispone el mentado precepto:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión: este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 26. El artículo preceptúa lo siguiente: "*Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental (...)*".

2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966).

Artículo 16. Dispone textualmente: "Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica".

Artículo 17. Su dicción literal es del siguiente tenor: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...)".

Artículo 18. El contenido textual del precepto mentado es el siguiente:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza (...).* 3. *La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará*

sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Artículo 19. El párrafo 2 dispone: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión (...)”.*

Artículo 26. La dicción literal es del siguiente tenor:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones públicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27. El contenido del precepto es el que sigue:

En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

3. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 7 de noviembre de 1967

Recoge un catálogo de principios cuyo potencial estriba en ser la primera Declaración Universal de Naciones Unidas que reconoce la desigualdad estructural de mujeres y hombres, y la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación. La declaración insta a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar leyes, costumbres, reglamentos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

4. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [es] (CEDAW, 1979).

Artículo 1. La dicción literal del precepto resulta relevante en la medida que delimita conceptual y normativamente qué debe entenderse por “discriminación contra la mujer”. Dispone textualmente:

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2. Dispone textualmente:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (a) Consagrar (...) en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer (...); (b) Adoptar medidas

adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer (...); (d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación(...): (f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (...).

Artículo 5. El contenido preceptúa lo siguiente:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: (a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...).

Artículo 16. El contenido es el que sigue: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (...)”.

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981).

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 10 de diciembre de 1999. Reconocimiento de los Estados Partes de la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2.

Especial significación cabe prestar a:

Observación n.º 22 sobre Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativa al artículo 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 20 de julio de 1993.

(a) La Observación precisa exactamente que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias. (b) La Observación reseña el carácter fundamental de estas libertades no pudiendo ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales. (c) Significa la diferencia entre libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias, y la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias. (d) En lo que atañe a la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, la Observación precisa que puede ejercerse de forma individual o colectiva y tanto en público como en privado. (e) En cuanto a los actos a través de los cuales cabe ejercer la libertad de manifestar la religión y/o creencias, se extienden a rituales, ceremonias, ritos, enseñanzas, la exhibición de simbología, la observación de fiestas, la observancia de normas dietéticas, el uso de determinada vestimenta, etc. (f) Con respecto al establecimiento de límites y/o restricciones a la libertad de manifestación de la religión y/o creencias, la Observación recuerda que estas serán legítimas siempre que su fin sea proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Añade, a su vez, que cualquier limitación y/o restricción debe estar prescrita por ley y ser estrictamente necesaria. (g) En relación con la interpretación de las cláusulas limitativas, la Observación significa que – en todo caso – se tendrán que observar los derechos garantizados en el Pacto de 1966, especificando expresamente el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Observación n.º 28 sobre la Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, del Comité de derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 29 de marzo de 2000. La observación hace hincapié en los siguientes aspectos:

(a) La obligación de todos los Estados de garantizar a mujeres y hombres el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto. (b) La obligación de los Estados de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, debiendo eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de estos derechos en condiciones de igualdad. (c) La responsabilidad de los Estados en el aseguramiento del disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. (d) La Observación significa expresamente cómo "(...) la desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas (...)". (e) La Observación insta a los Estados a que se cercioren de no utilizar las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración de derechos de las mujeres.

3.2. Normativa Internacional regional

1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966.

Artículo 8. El precepto dispone:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 9. La dicción literal del precepto es del siguiente tenor:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Artículo 10. El contenido textual es el que sigue:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...). 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral (...).

Artículo 14. Dispone textualmente el mentado precepto:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente, por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Artículo 2. El párrafo primero dispone lo siguiente: "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".

Artículo 3. Especial significación tiene la delimitación conceptual de violencia contra la mujer. Dispone:

(...) Por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada". Con respecto al concepto "género" el precepto lo delimita en los siguientes términos: "(...) los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (...).

Artículo 4. El precepto tiene el siguiente contenido:

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. 2. Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla (...). Prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones, derogando las leyes y prácticas que discriminan a la mujer.

Artículo 5. El precepto recoge las obligaciones del Estado dentro del marco de la diligencia debida. Dispone:

1. Las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales.

Artículo 6. El precepto aboga por la implementación de políticas sensibles al género. Dispone:

Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres.

3.2. Normativa europea

En el ámbito europeo – con carácter general – son de destacar, entre otras:

1. *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.* Especial relevancia tienen los siguientes preceptos: artículo 8 (reconocimiento de la igualdad de mujeres y hombres como objetivo de la Unión Europea), artículo 17 (reconocimiento por parte de la Unión de las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas reconocidas por los Estados miembros. Compromisos de un diálogo abierto, transparente y regular entre la Unión y las iglesias y organizaciones).
2. *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000).* Los preceptos a significar son los siguientes: artículo 1 (dignidad humana), artículo 7 (respeto a la vida privada y familiar), artículo 10 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), artículo 14 (derecho a la educación), artículo 20 (igualdad ante la ley), artículo 21 (no discriminación), artículo 22 (diversidad cultural, religiosa y lingüística) y artículo 23 (igualdad de mujeres y hombres).
3. *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato de mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación.* A nivel conceptual cabe destacar las definiciones de “discriminación directa” y “discriminación indirecta”, entre otras.
4. *Carta de la Mujer y el Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019, de 5 de marzo de 2010.*
5. *Estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad, COM/2020/152, de 5 de marzo de 2020).* Con carácter general la Estrategia europea se centra en poner fin a la violencia contra las mujeres, eliminar los estereotipos y roles de género, superar las brechas de género en el ámbito laboral y, en concreto, la brecha salarial de género y en el ámbito de las pensiones, garantizar la participación en pie de igualdad de mujeres y hombres, revalorizar las tareas

de cuidados y responsabilidades asistenciales, etc. Todo ello desde un doble enfoque: perspectiva de género e interseccional. Fruto de la Estrategia europea por la igualdad son las propuestas de Directiva sobre transparencia retributiva y de lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Al objeto del presente estudio, cabe reseñar:

6. *Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre islam, islamismo y la islamofobia en Europa.* El Consejo de Europa se muestra reticente a establecer una prohibición con carácter general del uso del velo. Significa que el uso de símbolos religiosos forma parte del ejercicio de un derecho fundamental, por tanto, y en el marco del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), las restricciones deben ser las necesarias para una sociedad democrática. En este sentido habrá de observarse – en caso de limitación – aspectos relacionados con la seguridad a la hora de identificar a las personas y, por otro lado, la neutralidad estatal, en concreto, en relación con las personas que prestan servicios en el ámbito público. Sin perjuicio de lo expuesto, la Resolución recoge también la necesidad de valorar y tener en cuenta la voluntariedad de la mujer y la necesidad de integrar a las mujeres y suprimir todas las formas de discriminación por razón de sexo. Con base en estas premisas la Resolución colige que una prohibición general puede redundar en mayores dificultades de integración de la mujer musulmana. En este punto, la Resolución aboga por la educación como la vía adecuada para encontrar una solución a los posibles conflictos que el uso del velo comporta.
7. *Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.* En dicho documento se invita a los Estados a garantizar la libertad de expresión y de identidad de las mujeres. Se insta, por un lado, a penalizar todas las formas de coerción, violencia y/o discriminación hacia las mujeres en contextos en los que se les obliga a usar el velo. Por otro lado, se insta a garantizar condiciones sociales y económicas que permitan a las mujeres tomar decisiones informadas a través de la promoción de políticas sobre igualdad, incluidas políticas educativas.

A continuación se incluye un cuadro en donde se referencian algunos de los países europeos que han legislado a nivel estatal sobre la materia. Esto es, sobre la prohibición del uso del burka y/o *niqab* en los espacios públicos, a saber:

Tabla 1

Comparativa Europea

Alemania	Cuenta con regulaciones que limitan y/o restringen el uso del velo islámico en distintos <i>Landers</i> en ámbitos concretos como el educativo.
Bélgica	Aprobó en 2011 la <i>Loi visant 'a interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage</i> , de 1 de junio de 2011 (Le Moniteur Belge, 13.7.2011). Se trata de una ley que prohíbe con carácter general el uso del velo no integral en los espacios públicos. La norma fue avalada por el Tribunal Constitucional belga y, con posterioridad, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
España	No cuenta con regulación específica que con carácter general permita prohibir y/o restringir el uso del velo islámico en los espacios públicos. No obstante, en el año 2010 diversos consistorios

	en Cataluña (Lleida, Barcelona y Tarragona) aprobaron y/o modificaron ordenanzas que incluían limitaciones en el acceso al consistorio aplicable a personas (mujeres) que llevaran el velo integral. Dichas ordenanzas fueron anuladas por el Tribunal Supremo en 2013, puesto que el Alto Tribunal en España consideró que para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental es necesario que se realice a través de una disposición normativa con rango de ley y no a través de una Ordenanza municipal.
Francia	En 2010 se aprueba la <i>LOI n°2010-1192 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public</i> . La ley prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público. Fue avalada por el informe del Consejo de Estado de 25 de marzo de 2010, por el Senado francés, por el Conseil constitutionnel y, finalmente, por la STEDH de 1 de julio de 2014 en caso PAS contra Francia.
Países Bajos	Es uno de los países que dentro del entorno europeo ha aprobado una norma con carácter general que limita el uso de prendas que oculten el rostro en el espacio público.
Suiza	En 2013 el cantón de Tesino aprobó, mediante referéndum, la prohibición de llevar la cara cubierta en lugares públicos. Con posterioridad, el Consejo Federal de Suiza señaló que toda limitación a un derecho fundamental como lo es la libertad religiosa lleva de suyo la necesidad de justificación en base al interés general.

3.4. Normativa nacional

1. *Constitución española (1978)*. Especial atención cabe prestar a los siguientes preceptos: artículo 1.1 (libertad e igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico); artículo 9.2 (igualdad promocional y mandato de optimización a los poderes públicos); artículo 10.1 (dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad); artículo 10.2 (marco internacional en materia de aplicación e interpretación normativa de Derechos Humanos); artículo 14 (derecho humano fundamental a la igualdad y prohibición de discriminación); artículo 16 (libertad ideológica y religiosa); artículo 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar); artículo 20 (libertad de expresión); artículo 27 (derecho a la educación); artículo 53.1 (garantías normativas de los derechos constitucionales), etc.
2. *Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa*. El artículo 1 dispone textualmente: 1. El Estado garantiza el desarrollo fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica. 2. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley (...). Ninguna confesión tendrá carácter estatal". Por su parte, el artículo 3 tiene el siguiente contenido:
 1. 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 salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática.
3. *Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. La dicción literal del artículo 1 es del siguiente tenor:

El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”. El artículo 2 dispone: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia (...).

4. *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*. Son de significar – entre otros – los artículos 1 (funciones de la Universidad) y 2 (reconocimiento de la autonomía universitaria).

5. *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. El artículo 1 resulta clave a la hora de delimitar conceptualmente la violencia de género en el ámbito relacional de la pareja o expareja, dispone:

La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

La definición en los términos expuestos permite identificar este tipo de violencia como violencia estructural del sistema sexo-género.

6. *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación* (derogada). Especial atención cabe prestar a los artículos 1 (principios de la ley) y 2 (fines de la misma). En cuanto a los principios, la norma alude de forma expresa: (a) Equidad, que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad y para superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que permita actuar como elemento compensador de desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, etc.; (b) Educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica; (c) El desarrollo de valores que fomenten la igualdad efectiva de mujeres y hombres; (d) Prevención de la violencia de género; (e) Libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de progenitores y tutores a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos e hijas en el marco de los principios constitucionales. Con relación a los fines, el contenido del artículo 2 resulta clave: (a) Pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades del alumnado; (b) La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres; (c) La educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, entre otros.

7. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Cabe significar los siguientes preceptos que se erigen en nucleares: (1) Artículo 3: principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres; (2) Artículo 4: integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación normativa; (3) Artículo 5: igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, formación y promoción profesional y de trabajo; (4) Artículo 6: delimitación conceptual de discriminación directa e indirecta; (4) Artículo 15: transversalidad del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres; (5) Artículo 23:

educación para la igualdad de mujeres y hombres; (6) Artículo 24: integración del principio de igualdad en la política de educación; (7) Artículo 25: La igualdad en el ámbito de la educación superior; (8) Artículo 27: integración del principio de igualdad en la política de salud, etc.

8. *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.* Son de destacar la pluralidad de enfoques de la norma, a saber: enfoque en los derechos de la infancia como principio rector del sistema educativo, enfoque en la igualdad de mujeres y hombres y no discriminación, coeducación, prevención de la violencia de género y respeto a la diversidad afectivo-sexual, enfoque transversal y personalización del aprendizaje, enfoque para el fomento del desarrollo sostenible y la Agenda 2030, enfoque en el desarrollo de competencias digitales, enfoque dirigido a reforzar la equidad y la capacidad inclusiva del sistema, etc.
9. *Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria.* La norma sienta las bases para favorecer el entendimiento, la convivencia pacífica y el pleno respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ámbito universitario. Los principios básicos sobre los que se asientan son, entre otros: respeto y protección a las personas afectadas, protección de la dignidad, imparcialidad y trato justo a todas las partes, confidencialidad, diligencia y celeridad del procedimiento, observancia de la normativa en materia de igualdad de mujeres y hombres y protección integral contra la violencia de género, acoso sexual y por razón de sexo, acoso discriminatorio, por racismo o xenofobia, etc.
10. *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.* Especial atención cabe prestar a la regulación de las garantías y tutelas jurídicas enmarcadas en el desarrollo del derecho antidiscriminatorio.

4. Análisis jurisprudencial

Compete, en estos momentos, realizar un análisis jurisprudencial. En este sentido, se referencian, comentan y analizan las sentencias más relevantes en atención a las cuestiones jurídicas conflictivas planteadas.

4.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Las sentencias extractadas se clasifican en dos grupos. Un primer grupo correspondiente a las sentencias dictadas con anterioridad a 2014 y, un segundo grupo, en donde las sentencias extractadas están fechadas a partir del año referenciado, momento en el que la Corte de Estrasburgo avaló las leyes francesas y belga que establecían prohibiciones de carácter general en relación con llevar vestimentas en el espacio público que cubran el rostro. Las sentencias que se citan a continuación tienen en común el hecho de abordar restricciones y/o limitaciones concretas y específicas, y no prohibiciones articuladas con carácter general. En este sentido, conviene precisar que el TEDH analiza regulaciones que afectan al velo no integral, prohibiciones de uso en espacios públicos determinados como el ámbito escolar, prohibiciones que afectan a mujeres que se encuentran en situación de sujeción especial, por ejemplo, funcionarias públicas, etc. Las sentencias reseñadas son las siguientes:

1. *STEDH: Caso X contra Reino Unido* (Demanda 7992/1977), de 12 de julio de 1978. El caso X contra el Reino Unido fue uno de los primeros en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que pronunciarse sobre códigos de vestimenta y su afectación a la dimensión exterior de la libertad de creencias e identidad cultural. En este caso, el objeto del conflicto jurídico afectaba a varones Sijis y al uso por parte de estos de turbantes.
2. *STEDH: Caso Dahlab contra Suiza* (Demanda 42393/1998), de 15 de febrero de 2001. La Corte de Estrasburgo reconoce – en este caso – que la prohibición a una profesora de cubrir su cabeza con un pañuelo suponía una restricción al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. No obstante, dicha prohibición no suponía una vulneración del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, haciendo un ejercicio de ponderación con el principio de laicidad estatal en Suiza y teniendo en cuenta que se estaba ante una situación de sujeción especial en la medida que se trataba de una persona que trabaja en una escuela pública. La Corte colige que la prohibición no excede del margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar restricciones en el marco del párrafo 2 del artículo 9 de la CEDH.
3. *STEDH: Caso Phull contra Francia* (demanda 357537/2003), de 11 de enero de 2005. La Corte de Estrasburgo, en este caso, vuelve a avalar la prohibición y/o restricción normativa en relación con el uso del velo islámico. En un ejercicio de ponderación entre valores, principios y derechos (y, de estos entre sí) colige que el “*vivre ensemble*” se erige en el fundamento de la restricción. El TEDH precisa que es la convivencia y su defensa lo que insta a proteger una modalidad de interacción entre los individuos, esencial y sin los cuales no hay sociedad democrática. A mayor abundamiento, la Corte reseña que constituye una elección de la sociedad – en este caso francesa – el aceptar o no el uso del velo integral en los espacios públicos. El TEDH señala que se trata de una medida que cumple con los criterios de proporcionalidad. Sin perjuicio de lo expuesto, el TEDH no se adentra en la prohibición desde un análisis sensible al género que le permita valorar en qué términos afecta a las mujeres musulmanas la prohibición y que portan el velo islámico.
4. *STEDH: Caso Leyla Sahin contra Turquía* (demanda 44774/98), de 10 de noviembre de 2005. La Corte de Estrasburgo precisa – siguiendo una amplia jurisprudencia – que “*en una sociedad democrática, el Estado puede limitar el uso del foulard islámico si éste perjudica el objetivo de protección de los derechos y libertades y del orden y de la seguridad pública*”. El TEDH alude y desarrolla el principio de laicidad de la sociedad turca erigiéndose en seña de identidad de la democracia aspecto que legitima la prohibición y/o restricción de la libertad de manifestar la religión que se profesa en determinados contextos como puede ser el universitario. La Corte hace referencia expresa a la protección de los derechos de las mujeres en relación con el uso del velo islámico y a cómo ejerce una presión sobre éstas si deciden no llevarlo. En este sentido, señala que la prohibición del uso de vestimentas que tapen el rostro en el contexto universitario vía circular interna de la institución es una medida justificada y proporcionada en aras de mantener la vigencia del principio constitucional de laicidad.

En lo que atañe al segundo grupo de sentencias del Tribunal de Estrasburgo (TEDH), son de reseñar las siguientes:

1. STEDH: *Caso SAS contra Francia* (demanda 43835/2011), de 1 de julio de 2014. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce, en esta sentencia, el carácter religioso del burka y el *niqab*. Por tanto, desde ese reconocimiento, entiende que cualquier limitación y/o restricción para vestir dichas prendas supone una injerencia en la libertad religiosa de las mujeres que deciden libremente llevarlas. La Corte señala que la presencia de estas vestimentas por las calles en las sociedades europeas no supone una amenaza general para la seguridad pública, ni atenta contra la dignidad de la mujer y tampoco supone una vulneración del derecho a la igualdad. No obstante, la Corte de Estrasburgo avala la ley francesa que ya entiende que la dicción literal de la misma – pese a la prohibición – no vulnera los artículos 8 y 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

En su análisis la Corte precisa que para que una prohibición como la analizada suponga una injerencia o limitación en el marco de lo establecido en los artículos 8.2 y 9.2 de la CEDH dicha prohibición debería haberse articulado al margen de la siguiente triple exigencia: (i) que venga establecida por ley; (ii) que persiga uno o más objetivos legítimos; (iii) que cumpla el requisito de la necesidad en una sociedad democrática.

A tenor de lo anterior, la Corte no realiza ninguna objeción con respecto al primer requisito, la limitación y/o prohibición viene articulada en una disposición normativa con fuerza de ley. En relación con el segundo – la acreditación de objetivos legítimos – se justifica en la prohibición con base en garantizar la seguridad pública y la protección de los derechos y libertades de los demás en el marco del respeto de valores democráticos. La Corte no realiza mayores precisiones a las alegaciones del estado francés con relación a la protección de derechos y libertades de los demás. Mención especial cabe realizar con respecto a la alegación de la seguridad en el sentido de la posibilidad de identificar a los individuos para prevenir posibles amenazas para la seguridad de las personas. No obstante, la Corte rebaja el sentido alarmista en cuanto a la seguridad pública en atención a las alegaciones del estado francés que justifica las medidas restrictivas en cuanto a la vestimenta en los espacios públicos.

- En lo que atañe a la igualdad de mujeres y hombres, la Corte de Estrasburgo parte de una concepción limitativa de la igualdad y, por tanto, omite hacer un análisis sensible al género en cuanto al significado de determinadas vestimentas que llevan única y exclusivamente las mujeres de determinadas culturas y/o tradiciones, y/o que profesan determinadas religiones. Los mismos comentarios cabría extrapolar en cuanto al pronunciamiento de la Corte en relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, se echa en falta un abordaje crítico desde la perspectiva de género que permita develar las estructuras de poder del sistema sexo-género en aras de poner en cuestión la neutralidad sexual de indumentarias como el burka, *niqab*, *hiyab*, chador y/o velo islámico.
2. STEDH: *Caso Belcacemi y Oussar contra Bélgica* (demanda 37798/2013), de 11 de julio de

2017. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza en este caso si la prohibición, con carácter general, de vestir ropa que cubra total o parcialmente el rostro – objeto de la ley belga de 1 de junio de 2011 – supone una violación de los artículos 8, 9 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

3. En lo que atañe a la afectación de derechos en la sentencia anterior, el TEDH significa que la norma aprobada en Bélgica no vulnera el derecho a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y, por tanto, no se trata de una norma discriminatoria. Entre las razones que arguye la Corte, y que permiten avalar la ley belga, cabe significar que la prohibición encuentra justificación atendiendo a la finalidad de la norma que no es otra que garantizar las condiciones de “convivencia”. Desde este prisma, la Corte de Estrasburgo entiende que el hecho de cubrirse el rostro en el espacio público supone una práctica incompatible con la convivencia y con el establecimiento de relaciones humanas indispensables para la vida social. Añade la Corte que, en cualquier caso, se trata de una cuestión – el hecho de la prohibición normativa – que se incardina en una elección de la propia sociedad belga. Sujeto político legitimado y que ostenta una mejor posición para evaluar las necesidades de la sociedad en cada momento.

En atención al criterio de la proporcionalidad de la medida y/o prohibición, la Corte advierte que las sanciones estipuladas en la norma para supuestos de incumplimientos son proporcionadas porque van desde la multa hasta la pena de prisión, si bien, la privación de libertad se reserva para personas reincidentes y en supuestos muy concretos.

El análisis de las dos últimas sentencias permite inferir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce que el uso del velo no integral en los espacios públicos supone una conducta amparada en el derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 9 de la CEDH (Contreras, 2017), siempre que sea expresión de las creencias religiosas de la mujer que lleva dicha vestimenta. No obstante, el TEDH señala el carácter no absoluto del derecho a la libertad y, en este sentido, reconoce que el Estado puede limitar tal derecho siempre que lo haga bajo las siguientes premisas: (a) Que la limitación venga impuesta por ley, puesto que afecta a un derecho fundamental. (b) Que la limitación y/o restricción sea justificada y proporcionada. (c) Que la limitación y/o restricción se erija en necesaria en una sociedad democrática avanzada.

4.2. Doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo (España)

4.2.1. Sentencia del Tribunal Supremo. Recurso de casación 4118/2011, de 14 de febrero de 2013. A continuación se extractan algunos fragmentos de los Fundamentos de Derecho más relevantes y, de interés, en atención al objeto de la presente investigación, a saber:

- A. Fundamento Jurídico Séptimo (F.J. 7): el Alto Tribunal analiza, en primer lugar, las cuestiones relativas al artículo 16 de la Constitución española. En concreto, trata de dilucidar si una ordenanza municipal es instrumento normativo suficiente para adoptar

una medida limitativa y/o restrictiva de un derecho fundamental. El Tribunal Supremo precisa lo siguiente:

(1) La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el art. 53 CE que dispone que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades El hecho de que el referido precepto constitucional diga que “en todo caso deberá respetar su contenido esencial”, no implica, como la expresión de la sentencia (...) pudiera sugerir (...) que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley.

(2) Continúa el Alto Tribunal señalando: (...) Por el contrario (...) todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal (...).

(3) A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo significa: (...) Caso diferente es que la regulación de materias propias de los títulos competenciales, que constitucional y legalmente corresponden a los entes locales, pueda incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental (...).

(4) El Alto Tribunal precisa lo siguiente: (...) no puede extraerse la consecuencia de que el Ayuntamiento (...) pueda por sí mismo establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental en los espacios municipales, siendo ahí donde deben entrar en juego el análisis del derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE) y el de los límites de su ejercicio (...) si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de la libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa de la Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del art. 53 CE, arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la ley.

B. Fundamento de Derecho Noveno (FJ. 9). El Tribunal Supremo colige que el uso de velo integral constituye una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa (art. 16.1 de la CE, junto a la LO 7/1980). Desde este prisma, cualquier desarrollo normativo relacionado con su contenido, ejercicio y límites debe atenerse a lo establecido en los artículos 53 y 81 de la Constitución española. Sobre la materia, el Alto Tribunal recurre a la doctrina constitucional a fin de analizar las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio de un derecho por *mor* de los artículos 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

(1) El Tribunal Supremo – con cita de la STC 292/2000, de 30 de noviembre -, sintetiza los términos en los que es constitucionalmente aceptable la limitación y/o restricción del ejercicio de derechos. El F.J. 11 significa – en cuanto a los límites – lo que sigue:

(...) no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (...). Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo ... o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental”.

(2) Continúa el máximo intérprete de la Constitución precisando lo siguiente:

“(...) La primera constatación que debe hacerse (...) es que la Constitución ha querido que la Ley y solo la Ley, pueda fijar límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.

(3) El Alto Tribunal continúa recurriendo a la jurisprudencia constitucional sobre la materia y, con cita expresa de la STC 20/1990, de 15 de febrero (F.J. 4), en relación con el alcance de los límites a los derechos fundamentales, significa:

(...) hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos (...), tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Toda vez que, como dice la Sentencia, «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción (...).

(4) El máximo intérprete constitucional (F.J. 4) reseña:

(...) Hay (...) un régimen de concurrencia normativa no de exclusión «de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente (...) la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe (...) el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo: de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados como criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (...).

(5) A mayor abundamiento, el Alto Tribunal recurre a la STC 46/2002, de 15 de febrero (F.J. 11) en donde reseña lo siguiente:

(...) El ejercicio 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 salvaguarda 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.

(6) A tenor de lo sucintamente extractado, el máximo intérprete constitucional añade:

(...) en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto.

(7) Con relación a la afectación del uso del velo islámico en los espacios públicos con el principio de igualdad de mujeres y hombres y la prohibición de discriminación, el Alto Tribunal significa lo siguiente: (a) Toma en consideración la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con principios y valores irrenunciables en nuestra sociedad teniendo en cuenta que se trata de vestimentas que portan únicamente las mujeres; (b) Considera importante dilucidar si el uso de estas prendas por parte de las mujeres es voluntario o no; (c) El Alto Tribunal apela a la libertad individual y, en tal sentido, colige que no considera adecuado en aras de justificar la prohibición que el presupuesto de partida sea 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 (...).

(8) El Alto Tribunal justifica su decisión con base a estudios doctrinales que alertan del enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer otras consideraciones a sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración.

(g) Finalmente, con respecto a la exigencia de identificación en determinados ámbitos en el espacio público, el Tribunal Supremo señala que no es necesario una regulación específica al efecto para regular el uso de determinados servicios públicos a nivel municipal en tanto que beneficiaria o beneficiario, puesto que exigir la identificación no implica una "limitación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa, ni supone regulación de ésta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca (...)".

4.2.2. Sentencia 31/2017, del Juzgado de lo Social n.º 1 de Palma de Mallorca, de 6 de febrero de 2017. Sinopsis analítica: Posible vulneración del derecho a la libertad religiosa y/o ideológica derivada de la prohibición empresarial de llevar el velo islámico (*hiyab*) la trabajadora demandante. Interpretación extensiva de la prohibición con base en el punto 16 del Manual operativo del Departamento de servicio al pasajero-a del

Aeropuerto de Palma relativo a la "imagen personal".

(1) Fundamento de Derecho Tercero (FJ. 3). El Juzgado de lo Social de Mallorca analiza si la prohibición de la empresa para que la trabajadora llevara el velo islámico como expresión de su sentimiento religioso durante la jornada laboral con base en la invocación de las exigencias de uniformidad y de imagen corporativa de la empresa supone una injerencia en el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora.

(2) Fundamento de Derecho Cuarto (FJ. 4). El Juzgado alude a la STC 88/1985, de 19 de julio, en relación con la libertad de expresión en el ámbito laboral. Con cita expresa del máximo intérprete constitucional, extracta las siguientes líneas:

(...) la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1^a) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta (...).

(3) Fundamento de Derecho Quinto (FJ. 5). El Juzgado señala expresamente:

La libertad del individuo de manifestar su religión o convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás o, en palabras de nuestra Constitución, sean "necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

(4) En lo que atañe a la reserva de ley como garantía normativa de los derechos fundamentales y, en concreto, a la hora de establecer restricciones y/o limitaciones en su ejercicio, el Juzgado trae a colación los fundamentos de la STS de 14 de febrero de 2013, precisando textualmente lo siguiente:

(...) la Constitución ha querido que la Ley y solo la Ley pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, antes bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (...).

(5) El Juzgado – sobre la esencialidad de la ley-, significa: "(...) 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 que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso (...)".

(6) Fundamento de Derecho Séptimo (FJ. 7). El Juzgado con cita de otra sentencia suya de fecha 9 de septiembre de 2002 (FJ. 2) recuerda que no existen derechos ilimitados. Significa: (...) no existen derechos ilimitados y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso

de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que deba atribuirse rango preponderante. Ya se ha visto que la orden empresarial de vestir de una determinada ropa no puede lesionar la dignidad y honor del trabajador o cualquier de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagradas (...). (...) el conflicto que se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (art. 20.1 del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados (art. 16.1 CE) (...); derecho fundamental que, como recuerda la (...) STC 154/2002, de 18 de julio, incluye junto a la garantía de la existencia de un claustro íntimo de creaciones y, por tanto, de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, una "dimensión externa del agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (...).

(7) Fundamento de Derecho Octavo (FJ.8). El Juzgado colige que el uso del *hiyab* constituye una manifestación de la creencia religiosa de la trabajadora y que la empresa no mantiene ninguna política de neutralidad religiosa, obedeciendo – por tanto – la prohibición impuesta a una exigencia meramente estética. El Juzgado reseña, además, que la empresa no ha acreditado la causación de un perjuicio en su imagen derivado del uso del *hiyab* por parte de la trabajadora.

4.2.3. Sentencia 35/2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012. Sinopsis analítica: velo islámico y derecho a la educación⁵.

1) Fundamento de Derecho Primero (FJ. 1). El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo delimita el objeto del recurso precisando que se trata de la resolución del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid que confirma la sanción impuesta a la parte recurrente por no atenerse en su indumentaria al Reglamento Interno del Centro. La recurrente alega vulneración de los artículos 10.1 y 16 de la Constitución española y del procedimiento sancionador.

(2) Fundamento de Derecho Segundo (FJ. 2). El Juzgado determina la normativa de aplicación afecta al caso, entre ellas: (1) Artículo 12.2 de la LO 2/2006, de Educación, que reconoce la autonomía de los centros para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del Centro; (2) Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Consejo Escolar el 30 de octubre de 2007. El artículo 15 de dicha norma recoge el derecho del alumnado a que se respete su identidad, integridad y dignidad. Por su parte, el artículo 16 regula los deberes básicos de éstos en donde se significa el respeto de las normas de organización, convivencia y disciplina del centro escolar. A su vez, en el apartado 32 se recogen las normas de conducta precisándose que el alumnado

5 Véase CANO RUÍZ, I., "El uso del velo islámico en el ámbito educativo". En Rodríguez Blanco, M. (2020). *El velo islámico y los derechos fundamentales de la mujer*. Madrid, Fundación Canis Majoris. Colección: Pensamientos Majoris, pp. 91-124. Para profundizar más sobre la prohibición del velo islámico en las escuelas, véase RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.A., "El velo islámico", *Revista Clepsydra*, 5, 2006, 167-176.

“(...) deberá acudir a clase correctamente vestido, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros. En el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza (...)”.

(3) Fundamento de Derecho Tercero (FJ. 3). La parte recurrente alega vulneración del artículo 10.1 CE (dignidad humana). El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo señala que (...) no cabe hablar de vulneración del principio de dignidad de la persona, por el mero hecho de prohibirle acudir a clase con la cabeza cubierta por ningún tipo de prenda, sino que se trata de una norma de convivencia en cuanto a la indumentaria a utilizar por todos los alumnos con objeto de evitar distracciones a sus compañeros (...).

(4) Fundamento de Derecho Cuarto (FJ. 4). Por lo que respecta a la posible vulneración del derecho a la libertad religiosa alegada (art. 16.1 CE), el Juzgado hace referencia a las manifestaciones consustanciales de su ejercicio mediante el empleo de símbolos personales de adscripción religiosa, reseñando como límites a su ejercicio “la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley”.

(5) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, con cita expresa de la jurisprudencia del TEDH, aduce que “(...) la prohibición del velo islámico en el ámbito educativo no implica una vulneración del derecho de libertad religiosa de los alumnos, siempre y cuando la prohibición se ajuste a las pautas del artículo 9 del Convenio”, es decir, que esté prevista por la Ley y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección y defensa de bienes de naturaleza jurídica que coincide con los previstos en el art. 3.1 de nuestra Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (*Sentencias Kervanci y Degru contra Francia*, ambas de 4-12-2008).

(6) Teniendo en cuenta los argumentos y fundamentos anteriores, el Juzgado – haciendo una interpretación extensiva del concepto “Ley” en tanto que garantía normativa – viene a justificar que “(...) la prohibición de emplear el velo islámico en el recinto escolar estaba previsto en el artículo 32 del Reglamento de Régimen Interior de 30-10-07, cuando dispone que: en el interior del centro no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna prenda que cubra la cabeza precepto que aunque entraña una injerencia en el derecho de libertad religiosa, atendiendo a la doctrina citada, dicha injerencia es admisible cuando sea necesaria en el ámbito de una sociedad democrática para la salvaguarda de sus intereses (seguridad, salud, moralidad) previstos en el art. 9 del Convenio.

El Juzgado colige que:

la decisión del centro de prohibir a la alumna el empleo del velo islámico cumple con las exigencias de protección de los derechos humanos y constituye, al mismo tiempo, una medida necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y del orden público.

El Juzgado alude a la Ley aprobada en Francia en 2004 a través de la cual se prohíbe el empleo de símbolos religiosos establecidos en el ámbito educativo entre los que se incluía el velo islámico en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos a fin de garantizar la

laicidad estatal y la libertad religiosa de los integrantes de la Comunidad educativa.

5. Cuestiones jurídicas conflictivas: identificación y delimitación

A tenor de todo lo expuesto, y teniendo en cuenta los objetivos perfilados en el epígrafe II del presente estudio, procede – en este apartado – abordar las cuestiones jurídicas más conflictivas que una hipotética prohibición general del uso del velo islámico y, en concreto, del uso del burka y/o *niqab* en los entornos universitarios – en tanto que espacios públicos – sería susceptible de generar, a saber:

Como primer punto, cabría significar que la elaboración (aprobación) de una norma interna *ex professo* en el ámbito universitario que prohibiera – con carácter general – portar determinada vestimenta (o, indumentaria) que cubriera totalmente el rostro tipo burka o *niqab* (prendas que solo dejan ver los ojos de las mujeres que los portan) supondría – en estrictos términos jurídicos – una restricción y/o limitación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Por tanto, tomando como punto de partida la normativa y jurisprudencia comentada y analizada en el presente artículo, no sería posible. Repárese que, en tanto que restricción de un derecho fundamental, dicha posibilidad solamente sería factible a través de normas con rango de ley.

El artículo 53.1 de la Constitución española resulta clarificador en este punto cuando apela a la reserva de ley como garantía normativa de determinados derechos. Preceptúa:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con o previsto en el artículo 161.1.^a

En lo que atañe a la reserva de ley cabría realizar una serie de consideraciones específicas: Se trata de una garantía normativa prevista constitucionalmente. Esto es, un mecanismo de protección en abstracto de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución española donde se residen derechos como el derecho de libertad religiosa, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, derecho a la igualdad y prohibición de no discriminación, derecho a la educación, entre otros;

Mediante esta garantía el constituyente español se aseguró que la regulación de los derechos más importantes se reservara al legislativo en el marco del principio de legalidad. Dicha circunstancia implica que se reserva al legislador la observancia de los derechos constitucionales recogidos en el Capítulo II del Título I, encargándose de velar porque la regulación los ámbitos de libertad reconocidos a la ciudadanía quedara reservada al legislador; Con respecto a la reserva de ley de los derechos reconocidos en la Sección 1^a, del Capítulo II del Título I de la CE, la reserva es más exigente, puesto que es a ley orgánica (y, no ley ordinaria).

Por tanto, se requieren unas mayorías reforzadas en la tramitación parlamentaria. En este punto cabe aludir a la dicción literal del artículo 81 de la CE. Dispone textualmente:

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Finalmente, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha venido a precisar (STC 76/1983, de 5 de agosto y STC 101/1991, de 13 de mayo) que la reserva a ley orgánica afecta a los elementos básicos y condiciones de ejercicio y disfrute, mientras que el desarrollo material restante puede quedar para ley ordinaria y/o reglamento. Se excluyen de la reserva, por tanto, aspectos que afecten a elementos no necesarios que no incidan en el ámbito de protección del derecho *strictu sensu* y de sus límites.

Teniendo en cuenta lo comentado en párrafos anteriores, una de las cuestiones jurídicas sobre las que dilucidar estribaría en determinar si una hipotética prohibición de portar vestimentas que oculten el rostro podría afectar al contenido del derecho a la libertad religiosa en su manifestación exterior. En este punto concreto, ha sido tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como el Tribunal Constitucional español (TC) y el Tribunal Supremo (TS), los que han venido a determinar que sí afectaría a dicho derecho en tanto que manifestación de su ejercicio, cuyo contenido se concreta en el derecho a mantener las ideas y convicciones propias en el ámbito de las creencias, cuya proyección exterior se puede manifestar, por ejemplo, a través del derecho de culto, el derecho a llevar determinada simbología, etc.

Llegados a este punto, procedería abordar los términos en los que se podría limitar y/o restringir el derecho a la libertad religiosa. En este sentido, resulta de interés reseñar que dicha prohibición y/o restricción sería factible en el marco del principio de legalidad. Por tanto, solo por ley aprobada en el Parlamento. En segundo lugar, el propio artículo 16 de la CE, y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa prevén limitaciones y/o restricción (no hay derechos absolutos), concretándose dichas limitaciones en el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Esta limitación – como se ha expuesto – ha sido concretada vía jurisprudencial (véase la jurisprudencia ya citada del TEDH), con la referencia expresa a que cualquier restricción sea justificada y proporcionada y que, además, se erija en necesaria en una sociedad democrática.

Con respecto a determinar el papel del Estado en un estado aconfesional – como en el caso español – a tenor de lo preceptuado en el artículo 16.3 de la CE, cabría señalar que el Estado debe ser “neutral”. Por tanto, es el principio de “neutralidad” estatal el que debe operar en relación con el fenómeno religioso y, a su vez, el principio de colaboración con las diversas

confesiones religiosas.

Por lo que afecta al criterio de la proporcionalidad en materia de limitación de derechos, cabría realizar las siguientes consideraciones: (7.1) Cualquier medida limitativa y/o restrictiva debe superar el llamado juicio de idoneidad. Esto es, la aptitud de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida. Por tanto, resultaría importante definir cuál sería la finalidad – en este caso – en el ámbito universitario para establecer una prohibición y/o restricción como la que es objeto de abordaje y análisis en el presente artículo; (7.2) Cualquier medida limitativa y/o restrictiva debe superar el llamado juicio de necesidad. Esto es, no debe existir ninguna otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; (7.3) Cualquier medida limitativa debe superar el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*. Esto es, de la medida en cuestión se deben derivar más beneficios para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto.

En lo que atañe a las limitaciones y/o restricciones de derechos se debe tener en cuenta – junto a lo ya expuesto –, los criterios a seguir en materia de interpretación constitucional, entre los que cabe destacar el criterio de plena efectividad de los derechos fundamentales. Con base en dicho criterio, cualquier interpretación deberá realizarse de la forma menos restrictiva posible.

Finalmente, en materia de posibles conflictos entre valores, principios y derechos cabría realizar las siguientes precisiones: (9.1) Los valores y principios constitucionales se erigen en mandatos a seguir por los poderes públicos. Entre ellos, cabría citar: igualdad, libertad, pluralismo político, seguridad, etc. Se trata, por tanto, de mandatos finalistas dirigidos a los poderes públicos que deben orientar e informar su actuación; (9.2) En caso de colisión entre derechos, procederá realizar una ponderación de los mismos teniendo en cuenta criterios como los ya apuntados, así como otros específicos en atención al derecho (o, derechos) en cuestión, en aras de determinar qué derechos deben prevalecer y qué derechos deben ceder.

6. Perspectiva de género como metodología de análisis jurídico

La implementación de la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico⁶ en el presente estudio resulta obligado. Máxime teniendo en cuenta la materia sobre la que versa puesto no es neutra en términos de sexo-género. Repárese que el burka y/o *niqab* lo portan las mujeres. Se hace necesario, por tanto, estructurar los párrafos que siguen con base en los siguientes *ítems*:

6 Sobre la implementación de la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico, véase María Concepción TORRES DÍAZ, M.C., *Derecho y Criminología: guías para una docencia universitaria con perspectiva de género*, Universitat d'Alacant & Xarxa Vives d'Universitats, 2021. Véase también TORRES DÍAZ, M.C., "El sustento constitucional de la participación de Justicia desde la perspectiva de género", en el monográfico "Mujer y Constitución" de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 10, 2017, 181-214. En la misma línea, consultése el artículo TORRES DÍAZ, M.C., "Mujeres y derechos: la categoría "género" como garantía constitucional y la perspectiva de género como metodología jurídica", *Revista Ius Inkarrí*, 8, 2019, Perú, Universidad Ricardo de Palma, 35-67.

Determinar la afectación de una posible medida restrictiva y/o limitativa implantada en el contexto universitario en las mujeres teniendo en cuenta las estructuras de poder socio-sexual del sistema sexo-género que operan. Ténganse en cuenta, las referencias a los llamados conocimientos situados. Desde esta óptica de análisis se hace necesario detectar e identificar cómo operan las estructuras de poder del sistema sexo-género ante determinadas tradiciones culturales y religiosas cuando la carga de su observancia recae sobre las mujeres⁷ y, en concreto, sobre sus cuerpos⁸. Con base en lo anterior, una cuestión que resulta esencial es dilucidar y, por ende, cuestionar la neutralidad socio-sexual del velo islámico. Esto es, profundizar sobre su significado y sobre el rol que asumen las mujeres que lo portan. Si un rol emancipador en el seno de sus comunidades religiosas o si, por el contrario, un rol de sumisión en tanto que sujeto subalterno, esto es, sujeto heterónomo frente al sujeto autónomo. Asimismo, teniendo en cuenta la posible existencia de supuestos en los que son las mujeres las que libremente deciden llevar el velo islámico como signo de identidad cultural, determinar y reflexionar en qué contexto social, educativo y familiar se les reconoce autonomía y agencia, y si ese contexto se sustenta en un ecosistema social y normativo igualitario y no discriminatorio por razón de sexo⁹.

Determinar la afectación de posibles medidas restrictivas y/o limitativas en los términos previstos desde los postulados del derecho antidiscriminatorio en conexión con la configuración socio-sexual de la realidad. Desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio¹⁰, se hace necesario abundar en el concepto de discriminación articulado tanto a nivel internacional (CEDAW) como a nivel europeo y normativo interno. Desde este prisma (y, marco conceptual y contextual) se trata de valorar de qué forma una medida restrictiva y/o limitativa como la analizada coadyuva a la igualdad efectiva y real de mujeres y hombres (a potenciar en el ámbito universitario) o, *a sensu contrario*, si la medida puede tener un efecto adverso y, en su caso, podría dificultar el acceso a las universidades de mujeres en aquellos contextos en donde el hecho de llevar este tipo de prendas no depende ni es fruto de

7 Resultan interesantes leer las aportaciones jurídico-constitucionales de María MACÍAS JARA, "Igualdad y libertad. El velo islámico entre los valores superiores". En Peña, L. y Ausín Díez, T. (2016). *Conceptos y valores constitucionales*. Madrid, España, Plaza y Valdés, 139-158.

8 En lo que atañe a la construcción jurídica sobre el cuerpo de las mujeres puede consultarse TORRES DÍAZ, M.C., "El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres: O, la artificiosa articulación del derecho a la gestación por sustitución", en Carrió Sampedro, A. (dir.) (2021). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. Madrid, Marcial Pons, col. Lege Ferenda, 75-108. Para profundizar más en la materia puede verse María Concepción TORRES DÍAZ, "Prostitución y derechos de las mujeres. Una mirada crítica desde la dogmática jurídica en torno a la corporeidad sexual de las mujeres", en Benavente Moreda, P. (coord.) (2020). *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre la reproducción, sexualidad y género*. Madrid, España, Marcial Pons. Col. Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos, 209-239.

9 En este punto resulta de interés las aportaciones críticas de Tamzali WASSYLA, *El burka como excusa. Terrorismo intelectual, religioso y moral contra la libertad de las mujeres*. Madrid, España, Híbridos. Debate, 2010.

10 Por su interés para la materia, consúltense las aportaciones de la profesora BARRERE UNZUETA, M.A., "Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo: il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia er una rilettura giuridica", *Ragion pratica*, 23, 2004, 363-380. De la misma autora, resulta relevante BARRERE UNZUETA, M.A., "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 9, 2003, 1-27.

una decisión libre y de respeto a la propia identidad cultural o religiosa, sino fruto de una imposición de la que se es más o menos consciente, habiéndose naturalizado y/o normalizado la misma.

Analizar alternativas y/o propuestas atendiendo a las finalidades a perseguir en el contexto universitario en aras de garantizar y promover la igualdad de mujeres y hombres en los entornos universitarios, eliminar discriminaciones en dichos entornos, concienciar a fin de identificar discriminaciones indirectas o encubiertas, garantizar y tutelar el derecho de acceso a la educación superior, garantizar la seguridad de la comunidad universitaria y la identificación a efectos de exámenes y pruebas del alumnado y, garantizar la salubridad.

Valorar propuestas que puedan articularse desde un análisis sensible al género en tanto que criterio de interpretación constitucional con base en determinados preceptos (arts. 1.1, 9.2, 10.1, 10.2, 14 y 96 CE) para su implementación en los entornos universitarios. En este punto conviene significar que el análisis de propuestas normativas desde la perspectiva de género encuentra acomodo y fundamento en el artículo 3.1 del Código Civil y, en concreto, en el criterio teleológico y evolutivo, relacionados ambos con la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, y con la interpretación de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas las normas afectas. En lo que atañe al criterio de la plena eficacia de los derechos fundamentales como criterio específico de interpretación constitucional, la observancia de este criterio desde la perspectiva de género permite posicionarse en el lugar socio-sexual de las mujeres a fin de buscar, desde su posición real en la sociedad, de todas las interpretaciones posibles al caso concreto aquella más favorable a los derechos y libertades afectos. Esto es, igualdad y no discriminación y libertad religiosa e ideológica en conexión con la intimidad personal y familiar, y el derecho a la educación. En materia de límites, una interpretación sensible al género insta a que el establecimiento de límites sea lo más restrictivo posible en aras de la eficacia normativa de las leyes (y/o políticas públicas) que puedan potenciar la igualdad efectiva y real, y eliminar situaciones de discriminación.

Teniendo en cuenta lo analizado en los párrafos precedentes, un análisis sensible al género requeriría: Identificar situaciones de poder socio-sexual en aras de detectar desigualdades y/o desequilibrios en el análisis del uso del velo islámico y en las propuestas y/o alternativas articuladas para limitar su uso en los entornos universitarios; Cuestionar los argumentos a favor y en contra, y valorar efectos de una posible propuesta normativa desechando estereotipos y prejuicios de género; Recopilar la información (documentación, artículos, normativa y/o jurisprudencial, etc.) necesaria a fin de visualizar contextos de discriminación por razón de sexo en el ámbito relacional familiar de las mujeres que portan burka, *niqab*, *hyab*, etc.; Cuestionar la neutralidad socio-sexual del derecho a la libertad religiosa e ideológica de las mujeres cuando es sobre ellas (y, sus cuerpos) sobre las que recae la obligación de preservar tradiciones

y/o costumbres; Cuestionar el derecho sustantivo afecto (y, la jurisprudencia sobre la materia) a fin de evaluar alternativas del impacto diferenciado en función de si la medida propuesta afecta a mujeres o a hombres, y los términos en los que dicha afectación se produce.

7. Consideraciones finales

Teniendo en cuenta el marco contextual de la presente investigación, así como los objetivos formulados procede, en estos momentos, realizar y/o apuntar una serie de consideraciones finales: El contexto académico y universitario actual – en donde confluyen diversidad de culturas, tradiciones y/o religiones – obliga a reflexionar sobre determinados aspectos entre los que cabe significar la posibilidad de regular (limitar y/o restringir) el uso de determinada vestimenta y/o indumentaria que impida identificar el rostro de las personas que lo portan.

Resulta evidente que en el contexto universitario la identificación de las personas es crucial. Máxime si se tiene en cuenta que una parte de la actividad docente se centra en la evaluación de resultados académicos en donde la identificación del alumnado es obligatoria. Asimismo, en actividades que tienen una continuidad en el tiempo a efectos de valorar progresos y avances académicos. A su vez, el ámbito universitario es un contexto en donde es necesario garantizar condiciones de seguridad y de salubridad, por tanto, la identificación de las personas de la comunidad universitaria se torna imprescindible.

Con base en lo anterior, y como se recoge en el presente estudio, una regulación a través de reglamento interno de vestimenta (y/o protocolo) con carácter general en donde se prohíba el uso de determinada vestimenta (burka o *niqab*) es susceptible de afectar – a tenor de lo analizado – a la manifestación exterior del derecho a la libertad religiosa. Por tanto, y teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, y los criterios que se establecen para articular límites, no sería recomendable una regulación general en dichos términos. Máxime teniendo en cuenta que podría ser objeto de impugnación ante los tribunales por no respetar la reserva de ley en el marco de lo establecido constitucionalmente. Cuestión distinta sería establecer – en la normativa universitaria ya existente – la obligación de identificación obligatoria y las pautas para garantizar la misma en cuanto a indumentaria a la hora de hacer uso y/o acceder a determinados servicios y/o prestaciones universitarias. La clave en este punto estriba en justificar la necesidad y el fin legítimo de la medida limitativa y/o restrictiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, el contexto en España cambiaría (a efectos de contar con un reglamento interno a nivel universitario *ex professo* sobre la materia), si existiera – al igual que en Francia o Bélgica – , una norma (ley) a nivel nacional que prohibiera en el espacio público el uso de vestimentas que impidieran la identificación de las personas portadoras y, en concreto, la identificación de las mujeres en tanto que son las que llevan burka o *niqab*. Como se ha analizado en el presente artículo, una prohibición general en el marco de una ley a nivel estatal

- si bien supondría limitaciones de derechos (libertad ideológica, religiosa o de creencias)-, sí tendría acomodo en el marco de lo preceptuado en el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por tanto, sería plenamente factible y acorde con el marco constitucional y la legalidad vigente en España.

6. Bibliografía

Aláez Corral, B. (2011), Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 483-520.

Barrere Unzueta, M. A. (2004). Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo: il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia er una rilettura giuridica, *Ragion pratica*, 23, 2004, 363-380.

Barrere Unzueta, M. A. (2003). Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 9, 2003, 1-27

Cano Ruiz, I. (2020). El uso del velo islámico en el ámbito educativo, en Rodríguez Blanco, M. (2020). *El velo islámico y los derechos fundamentales de la mujer*. Madrid, España, Fundación Canis Majoris. Colección: Pensamientos Majoris, 91-124.

Capodiferro Cubero, D. (2018). La configuración legal de la autonomía universitaria en el ordenamiento español, en Gavara de Cara, J. C. (eds.). *La autonomía universitaria: un reconocimiento constitucional entre la aplicación práctica y la configuración legislativa*, 25-52. Barcelona, España, Bosch.

Contreras Mazarío, J.M. (2017). El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 577-613. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.05>

Gavara CaraA, J.C. (2018). La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Gavara de Cara, J. C. (eds.). *La autonomía universitaria: un reconocimiento constitucional entre la aplicación práctica y la configuración legislativa*, 53-88, Barcelona, España, Bosch.

Macías Jara, M. (2016). Igualdad y libertad. El velo islámico entre los valores superiores, en Peña, L. y Ausín Díez, T. (2016). *Conceptos y valores constitucionales*. Madrid, España, Plaza y Valdés, 139-158.

Martínez Torrón, J. (2013), "Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección religiosa por la jurisprudencia de Estrasburgo", en Martínez-Torrón, J., Meseguer Velasco, S. y Palomino Lozano, R. (coords.), *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en Homenaje al Prof. Navarro-Valls*, 275-301, Madrid, España, Iustel.

Martínez Torrón, J., y Cañamares Arribas, S. (eds.) (2019), *Libertad religiosa, neutralidad del*

Estado y educación: una perspectiva europea y latinoamericana. Pamplona, España, Aranzadi Thomson Reuters.

Perelló Doménech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, *Revista Jueces para la democracia*, 28, 1997, 69-75.

Rodríguez Hernández, J. A. (2006). El velo islámico, *Revista Clepsydra*, 5, enero 2006, 167-176.

Torres Díaz, M. C. (2017). El sustento constitucional de la impartición de Justicia desde la perspectiva de género, en "Mujer y Constitución", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 10, 181-214.

- (2019). Mujeres y derechos: la categoría "género" como garantía constitucional y la perspectiva de género como metodología jurídica, *Revista Ius Inkarrí*, 2019, 35-67.
- . (2020). Prostitución y derechos de las mujeres. Una mirada crítica desde la dogmática jurídica en torno a la corporeidad sexual de las mujeres, en Benavente Moreda, P. (coord.) (2020). *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre la reproducción, sexualidad y género*. Madrid, España, Marcial Pons. Col. Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos, 209-239.
- (2021). El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres: O, la artificiosa articulación del derecho a la gestación por sustitución, en Carrió Sampedro, A. (dir.) (2021). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. Madrid, España, Marcial Pons, col. Lege Ferenda, 75-108.
- (2021). *Derecho y Criminología: guías para una docencia universitaria con perspectiva de género*. Alicante, España, Universitat d'Alacant & Xarxa Vives d'Universitats.

Wassyla, T. (2010). *El burka como excusa. Terrorismo intelectual, religioso y moral contra la libertad de las mujeres*. Madrid, España, Híbridos Debate.

Cómo referenciar este artículo/How to reference this article (*):

Torres Díaz, M.C. (2023). El burka en las aulas universitarias. Cuestiones jurídicas conflictivas para un debate con perspectiva de género. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 6, 118-146, doi: 10.6018/iqual.536211

Torres Díaz, M.C. (2023). El burka en las aulas universitarias. Cuestiones jurídicas conflictivas para un debate con perspectiva de género. [The burqa in university classrooms. contentious legal issues for discussion with a gender perspective] . *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 6, 118-146, doi: 10.6018/iqual.536211