



FACULTAD DE DERECHO

LIBERTAD RELIGIOSA

La problemática del velo

Autor: Marta Gómez Gutiérrez

Quinto Curso de Derecho y Relaciones Internacionales E-5

Derecho Constitucional

Tutor: María Isabel Álvarez Vélez

Madrid

Abril 2018

RESUMEN

El presente trabajo analiza la problemática del uso del velo o “*hiyab*” como manifestación externa de la libertad religiosa en el desarrollo de la actividad laboral. En primer lugar, se recoge la libertad religiosa en el marco de la Constitución Española de 1978, su desarrollo por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, y las limitaciones a los derechos fundamentales desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial. A su vez, se hace referencia a la regulación de la libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y al principio de proporcionalidad aplicado por la jurisprudencia europea para limitar los derechos fundamentales. En segundo lugar, se realiza un estudio actual de la cuestión en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales, en recientes sentencias, han sentado los principios básicos para conocer cuando una prohibición del uso del velo en el ámbito laboral puede considerarse discriminatoria a tenor de la Directiva 2000/78. En último lugar, se analiza el estado de la cuestión en España, dónde solo existe una única sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca sobre la materia. Finalmente, el trabajo concluye resaltando varias ideas: la inexistencia de jerarquía entre los derechos fundamentales y la posible relación entre la prohibición del velo y el discurso del odio o la islamofobia.

Palabras claves: Libertad Religiosa, Hiyab, Derechos Fundamentales, Directiva 2000/78, Principio de Proporcionalidad y Discurso del Odio.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the problematic of the use of the veil or "hijab" in the development of labor activities as an external manifestation of religious freedom. In the first place, religious freedom is included in the framework of the Spanish Constitution of 1978, its development by the Organic Law of Religious Freedom of 1980, and the limitations on fundamental rights from a doctrinal and jurisprudential perspective. In turn, reference is made to the regulation of religious freedom in the European Convention on Human Rights and to the principle of proportionality applied by European jurisprudence to limit fundamental rights. Secondly, a current study of the matter is made in the Court of Justice of the European Union and in the European Court of Human Rights, which, in recent judgments have laid down the basic principles to know when a ban on the use of the veil in the workplace it can be considered

discriminatory under Directive 200/78. Lastly, the state of the matter is analyzed in Spain, where there is only one single judgment of the Social Court of Palma de Mallorca on the matter. Finally, the paper concludes by highlighting several ideas: the non-existence of a hierarchy between fundamental rights and the possible relationship between the prohibition of the veil and hate speech or Islamophobia.

Keywords: Religious Freedom, Hijab, Fundamental Rights, Directive 200/78, Principle of Proportionality and Hate Speech.

ÍNDICE

Listado de abreviaturas.....	5
1. Introducción	6
2. Regulación de la Libertad Religiosa en la Constitución Española de 1978.....	8
2.1 Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980	9
2.2 Los límites de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia	11
3. Regulación de la Libertad Religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos	13
3.1 Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia	14
4. El estado actual de la cuestión en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	16
4.1 Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	18
4.2 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	24
4.3 Comparativa entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	26
5. El estado de la cuestión en España	27
5.1 Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca	29
6. Conclusiones.....	32
7. Bibliografía	37

Listado de abreviaturas

ADDH: Association de Défense des Droits de l'Homme

CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

LOLR: Ley Orgánica de Libertad Religiosa

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

1. Introducción

La libertad religiosa, se configura como un derecho fundamental que se encuentra extremadamente ligado con la dignidad humana, es por ello que nuestro ordenamiento reconoce el ejercicio de la libertad respecto de las creencias religiosas e ideológicas. Sin embargo, éste es un derecho complejo que integra distintas esferas y dimensiones. El derecho a la libertad religiosas presenta dos dimensiones:

En primer lugar, una dimensión interna, que supone una libertad de pensamiento. En tanto en cuanto somos libres de pensar aquello que queramos, y no existe límite que se pueda imponer a ellos.

En segundo lugar, el derecho presenta una dimensión externa, que supone la libertad de manifestar o hacer externo ese pensamiento, es decir, actuar con la ideología que se asuma. Parece lógico que si se tiene derecho a tener pensamientos y concepciones, necesariamente, se debe tener derecho a poder actuar congruentemente con los mismos y de acuerdo a éstos.

Durante los últimos años, el hecho religioso y la libertad religiosa vuelven a estar presente en el debate social, tanto en España, como en Europa. En general, son los asuntos relacionados con la religión y con su dimensión externa en la esfera pública los que han creado más controversia en los últimos tiempos. Entre las cuestiones presentes en el debate social destacan aquellas que tienen que ver con las obligaciones laborales, los días festivos o con la exteriorización de símbolos religiosos en Estados laicos o aconfesionales como el nuestro.

En este sentido, no tenemos más que recordar la polémica creada tras la Sentencia Lautsi del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “TEDH”) condenando a Italia por mantener crucifijos en las escuelas y la rectificación en la posterior Sentencia definitiva del TEDH tras la reacción del Gobierno Italiano¹. O la repercusión creada tras la entrada en vigor en 2011 en Francia de la ley que prohíbe el *burka* y el *niqab* en espacios públicos, que se ha visto respaldada posteriormente por el

¹ STEDH *Lautsi c. Italia*, de 3 de noviembre de 2009, demanda núm. 30814/06.

TEDH considerándola acorde al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “el Convenio” o “CEDH”)².

En consecuencia, y sin olvidarnos de la realidad multicultural y plural de las sociedades europeas, la pregunta que nos planteamos es, ¿Podremos fijar un marco normativo lo suficientemente amplio que se adecue a la realidad de las creencias y a la pluralidad existente en estas sociedades?

Así, el objetivo del presente trabajo es transmitir una visión global del modo en el que se regula el derecho fundamental a la libertad religiosa en España, con una breve mención a la Ley Orgánica que lo desarrolla y a su regulación en el Convenio. A su vez, y ante la imposibilidad de abarcar toda la jurisprudencia en cuanto a estas manifestaciones religiosas, hemos considerado oportuno referirnos a la tutela jurisprudencial en torno a la problemática del velo o “*hiyab*”, uno de las expresiones más polémicas en nuestros días. La problemática del velo ha sido visible en países como España, Francia, Holanda o Bélgica, algunos de éstos votaron a favor de prohibirlo en algunas de sus modalidades en los espacios públicos³. Sin embargo, dejaremos de un lado el problema que suscita el velo en los espacios públicos, así como el problema que suscita el velo en las escuelas o ámbito educativo, para centrar nuestra atención en las controversias más recientes del uso de éste en el ámbito laboral.

De este modo, centraremos nuestro análisis en la incidencia de la creencia religiosa en el desarrollo de la relación laboral por varias razones:

En primer lugar, la actualidad de la materia, en tanto en cuanto el año pasado coincidieron en el tiempo tres resoluciones, dos de ellas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, “TJUE”) y una en España, en el Juzgado de los Social de Palma de Mallorca. En segundo lugar, por la falta de regulación existente, tanto a nivel nacional como europeo, pues la problemática del velo en las escuelas así como en los espacios públicos es un tema estudiado por la doctrina del cual existe variada jurisprudencia, mientras que el velo en el ámbito laboral cuenta con menor o escasa

² LOI 1192/2010 du 11 octobre, du Interdisant la Dissimulation du Visage dans l'espace public (JORF n°0237 du 12 octobre 2010).

³ Francia, Bélgica, Holanda o Letonia, son algunos de los Estados Miembros que prohibieron el niqab y el burka en espacios públicos.

cobertura doctrinal y jurisprudencial. En consecuencia, las dos resoluciones recientes del TJUE tienen suma importancia de cara al futuro, al haber sentado las primeras líneas generales a seguir por los Estados miembros para que una prohibición del uso del velo en el desarrollo de la actividad laboral no sea considerada discriminatoria a tenor de la Directiva 2000/78CE, que analizaremos posteriormente.

2. Regulación de la libertad religiosa en la Constitución Española de 1978

En España, el artículo 16.1 de la Constitución reza así: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*⁴. Así, en relación con los límites de la libertad religiosa, y siguiendo con lo establecido en la Constitución, únicamente puede limitarse la esfera externa, como bien recoge el propio artículo 16, al imponer como límite el orden público garantizado por la ley. Por otro lado, el 16.2 añade una garantía especial para la protección de este derecho, al estipular que: *“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”*.

Es el precepto 16.3 de la Constitución el que recoge la aconfesionalidad del Estado español: *“Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”* Así, el hecho de que España sea un Estado aconfesional, y no sea laico o confesional católico, quiere decir que el Estado se inhibe y no se entromete en las creencias de los ciudadanos, el Estado se limita a tutelar que éstos puedan creer y practicar su fe, tanto en público como en privado con el único límite a:

La protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática⁵.

⁵Artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177 24 de julio de 1980).

Asimismo, los ciudadanos pueden, simplemente, no creer en nada y ser agnósticos o ateos. Tal y como determina el Tribunal Constitucional, la libertad religiosa exige la neutralidad de los poderes públicos⁶. No debemos olvidar que la libertad religiosa está enmarcada dentro del Título Primero, Capítulo segundo, Sección 1ª de la Constitución, denominada “*Derechos fundamentales y libertades públicas*”. En consecuencia, se encuentra sujeta a reserva de ley orgánica, tal y como recoge el artículo 81.1 de la Constitución⁷.

2.1 Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980

La Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales para desarrollar el derecho garantizado en la Constitución es la 7/1980, de Libertad Religiosa, de 5 de julio (en los sucesivos, “LOLR”)⁸. Así, la Constitución y la LOLR de 1980 establecieron un equilibrado modelo de relaciones entre el Estado español y la religión. Además, la LOLR fue la primera ley orgánica promulgada que desarrollaba un derecho fundamental, lo que a su vez demuestra la importancia atribuida durante el proceso de transición democrática a la religión. Sin embargo, hoy en día numerosa doctrina encuentra la LOLR algo desfasada y con numerosas carencias y debilidades, es por ello que proponen una conveniente reforma que se adecue a las nuevas circunstancias.⁹ Esta reforma requiere de sosegada reflexión en tanto en cuanto afectaría a la tutela del derecho de libertad religiosa.

El artículo 7.1 de la LOLR es uno de los más relevantes del texto, y establece que:

El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España.

Es decir, para llevar a cabo dichos acuerdos de cooperación, las confesiones religiosas debían cumplir dos requisitos: estar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (también denominado “RER” que actualmente, forma parte de la Dirección General de

⁶ STC 154/2002 de 18 de julio (FJ sexto).

⁷ Díez-Picazo, L, *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

⁸ LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE 24 de julio de 1980).

⁹ Navarro Valls, R., Mantecón Sancho, J., Martínez Torrón, J., *La Libertad Religiosa y su Regulación Legal*, Iustel, Madrid, 2009.

Asuntos Religiosos, del Ministerio de Justicia) y haber alcanzado un notorio arraigo en España. Este notorio arraigo es un concepto jurídico indeterminado concretado más tarde por la Comisión Asesoría de Libertad Religiosa. En efecto, en la actualidad existen unos requisitos para reconocer este arraigo: más de 30 años en el registro, presencia en 10 CCAA y más de 1.000 inscripciones en el RER. Como bien ha señalado el profesor LANZAS GÁMEZ, *“a través de la legislación y los acuerdos que se han firmado con las confesiones religiosas, [...] se han incrementado las diferencias de régimen jurídico entre las diferentes confesiones religiosas asentadas en España”*¹⁰.

Por este motivo, podríamos diferenciar dos grandes regímenes:

Por un lado, España suscribió el 3 de enero de 1979 el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, en el Vaticano, previo al desarrollo de la LOLR, en el marco de un tratado internacional y no de una ley ordinaria.

Por otro lado, el 10 de noviembre de 1992, el Estado español suscribió tres acuerdos de colaboración, mediante las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1994, respectivamente; con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (se estima que en España hay, aproximadamente, 1.200.000 protestantes), la Federación de Comunidades Israelitas de España, (desde 2004, se denomina Federación de Comunidades Judías de España y se estima que cuenta con unos 50.000 fieles) y la Comisión Islámica de España (aunque no existen cifras oficiales, se estima que 1.200.000 musulmanes residen en nuestro país).¹¹

En lo referente a la limitación de la Libertad Religiosa, la LOLR establece que los límites de ésta última son: la salud pública, la moralidad pública, la protección de la seguridad y los derechos de terceros. Estos límites plantean ciertos problemas al ser conceptos subjetivos difícil de calificar. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional ha dado una interpretación restrictiva de estos límites. En la STC 46/2001 el Tribunal determina que un acto contra la moralidad pública sería un acto no permitido

¹⁰ Lanzas Gámez, F. La libertad religiosa en España durante los treinta años de la Constitución de 1978, *Revista Videtur Quod - Anuario del Pensamiento Crítico*. Núm 0. 2008, pp.44-60.

¹¹ Pérez Vaquero, C, “El reconocimiento de la libertad religiosa”, *Noticias Jurídicas*, 1 de junio de 2011 (disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4667-el-reconocimiento-de-la-libertad-religiosa/>; última consulta 10 /01/2018).

jurídicamente, pero además, exige una sentencia firme que establezca que se han llevado a cabo actos “delictivos” para que se considere probado que cierta religión, secta, o Iglesia ha atentado contra la moralidad pública:

[...] Sólo mediante Sentencia firme, y por referencia a las prácticas o actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público que faculten para limitar lícitamente el ejercicio de la libertad religiosa y de culto¹².

2.2 Los límites de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia

Si se atiende a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Constitución, entendemos que los derechos fundamentales son inalienables, y que en consecuencia, se deben mantener en todo momento y ser cumplidos tanto por el Estado como por particulares. Sin embargo, es necesario precisar que los derechos no son absolutos o ilimitados, en tanto en cuanto presentan límites. Esta afirmación ha sido reiterada por la doctrina y a su vez, puede considerarse una cláusula común en la jurisprudencia constitucional:

Todo derecho tiene sus límites que [...] en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos¹³.

En consecuencia, en líneas generales podemos entender que los derechos pueden quedar limitados por dos situaciones: porque entren en conflicto con bienes o valores constitucionales o bien porque entren en conflicto con otro derecho de forma que no sea posible satisfacer ambos derechos a la vez.

Es importante apuntar que el conflicto en el ejercicio de diferentes derechos debe resolverse intentando garantizar la existencia de ambos, es decir, asegurando y garantizando el disfrute de los dos derechos, aunque sea en parte, mediante el sacrificio parcial de los derechos en conflicto, reduciéndolos de manera proporcional, en vez de sacrificar totalmente uno de ellos.

¹² STC 46/2001 de 15 de febrero.

¹³ STC 2/1982 de 29 de enero.

Por otro lado, parte de la doctrina y entre ellos, DE OTTO, sostiene que es imposible que los derechos creen conflictos entre sí, ya que los derechos responden a los principios de armonía y unidad. En este sentido, los posibles conflictos que pudieran surgir entre derechos fundamentales se deberían a que uno de los derechos se ha extralimitado. Por tanto, no supondría una colisión de derechos sino una mera extralimitación de uno de ellos, que no ha respetado sus límites. De forma que, en el caso de que este derecho respetara los límites, el conflicto desaparece. Es decir, según parte de la doctrina, la limitación existiría en la delimitación conceptual del contenido mismo del derecho. Lo importante sería definir de manera clara los límites internos, ya que, si estos se encuentran bien definidos, nunca se podrían producir conflictos más que aquellos derivados del incorrecto ejercicio de uno de los derechos (y llegados a esta situación, solo habría que limitar el derecho que se ha extralimitado)¹⁴.

En este sentido, la interpretación comentada nos recuerda que el legislador no puede inventar límites que no formen parte de lo ya permitido o requerido por la propia Constitución. Sin embargo, también podemos encontrar algunas dificultades en esta postura o teoría. Al respecto, hay que tener en cuenta que aunque algunos enunciados constitucionales puedan discernir de manera clara los contornos y delimitar cada derecho, esto no siempre sucede así. Normalmente, el enunciado constitucional de los derechos contiene referencias valorativas y abstractas que no se precisan con certeza.

La existencia de estos límites ha sido confirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional en 1993¹⁵, como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Barfod en 1989¹⁶. Sin embargo, y como veremos más adelante, se precisa que, al igual que estas libertades no pueden considerarse de un modo absoluto, tampoco se pueden considerar de tal modo los límites que se le imponen y a los que han de someterse el ejercicio de tales derechos, en tanto en cuanto si bien es cierto que algunas cláusulas “delimitan” la esfera de los derechos, también es cierto que tales cláusulas quedan “delimitadas” por los propios derechos¹⁷.

¹⁴DE OTTO, I., La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. En: MARTIN RETORTILLO, L. “*Derechos fundamentales y Constitución*”. Civitas, Madrid, 1988, p. 137.

¹⁵ STC 371/1993 de 13 de diciembre.

¹⁶ STEDH 11508/1985 de 22 de febrero de 1989.

¹⁷ Prieto Sanchis, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional Año VIII, n. 8, p. 67*.

3. Regulación de la Libertad Religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La libertad religiosa aparece en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) el 10 de Diciembre de 1948 en París. A su vez, también queda recogida en el artículo 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta) que entró en vigor el 1 de Diciembre de 2009, con el Tratado de Lisboa, bajo la rúbrica de “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”:

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.

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH) adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de Noviembre de 1950, proclama en su artículo 9 el mismo derecho a la libertad religiosa recogido en el artículo 10.1 de la Carta y dado que la manifestación de una creencia religiosa de una personas puede tener un impacto en otras, los redactores del Convenio también incluyen un límite al ejercicio de este derecho en el artículo 9.2 del CEDH:

La libertad de manifestar su religión o sus 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 públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás¹⁸.

De esta forma, entendemos que a la luz tanto del Convenio como de la Carta, la libertad religiosa es un derecho fundamental de la persona que implica la libertad de elegir libremente su religión, pero también de no elegir ninguna, la libertad de cambiar de religión, así como la libertad de manifestarla en público o en privado, individual o colectivamente. Consideramos que de forma paralela a la configuración laica o neutral del Estado, la libertad de religión, conciencia y pensamiento, constituye uno de los pilares básicos de toda sociedad plural y democrática. Es una de las libertades

fundamentales de todos los Estados occidentales, aunque ello no significa que su interpretación y alcance sean iguales en todos los Estados miembros.

En lo referente a cuál es la protección de la libertad religiosa en Europa, podemos estar a lo dispuesto por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en concreto, en el caso *Arrowsmith c. Reino Unido*, en el que se sostuvo que únicamente sería objeto de protección por el artículo 9 del CEDH aquellos actos que son manifestación de una ideología y no los que vengan motivados por una ideología:

El término práctica (...) no abarca todos y cada uno de los actos que están motivados o influenciados por una concreta religión o creencia; [...] cuando las acciones de los individuos no manifiestan o expresan realmente la creencia en cuestión, no pueden considerarse protegidas como tales por el artículo 9.1, aunque estén motivados o influidos por aquélla¹⁹.

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina, denominada “*Arrowsmith test*” el ámbito de protección del artículo 9 del CEDH no se extiende a cualquier acto realizado bajo una ideología ni a cada uno de los comportamientos externos del individuo de acuerdo a sus propias convicciones, sino que tan solo se protegen aquellos actos y comportamientos exigidos u obligados por la ideología, que sean una necesaria manifestación de su *fórum interno* y no aquel acto o comportamiento simplemente permitidos por ésta²⁰. Sin embargo, el problema de esta doctrina es que no siempre es tan fácil determinar si estamos ante una manifestación ideológica o, por el contrario, ante un acto motivado por tal ideología, y es en esta determinación donde surgen los problemas y conflictos.

3.1 Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia

Es innegable la estrecha relación existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Sin embargo, ya que esta relación es uno de los debates constitucionales más actuales, no entraremos a analizar las diferentes posiciones que existen (“*tesis de necesidad*” o “*tesis de contingencia*”) sino que haremos referencia al

¹⁹ STEDH 7050/75, de 5 de diciembre del 1978.

²⁰ Martínez- Torrón, J., “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa, Ministerio de Justicia, Secretaria Técnica*, 2001, p.122.

principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad para limitar los derechos, y en este caso, el derecho a la libertad religiosa²¹.

En este sentido, estamos de acuerdo en la imposibilidad de exigir que el legislador prevea todos los casos posibles de colisión de derechos fundamentales, o que establezca una norma general para que el juez pueda decidir cuál es el derecho fundamental que prevalece en cada supuesto o en qué medida puede un bien jurídico delimitar estos derechos. De aquí que se ejerza una ponderación.

El Tribunal Constitucional, ha reiterado en varias ocasiones la importancia de esta obligada ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto y ha sostenido que el principio de proporcionalidad es “un principio inherente al Estado de Derecho”. Así, el Tribunal Constitucional declaró que:

Al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares²².

Del mismo modo, la doctrina ha mantenido que el principio de proporcionalidad es un principio íntimamente ligado con el resto y que sirve como “*criterio para delimitar la órbita de acción del poder estatal en relación con los derechos fundamentales de los individuos en el marco del ordenamiento jurídico*”²³.

Así, el principio de proporcionalidad es asumido por la jurisprudencia en España, influida por la jurisprudencia y doctrina alemana, y se concreta en relación con otros tres: el principio de idoneidad (Grundsatz der Geeignetheit), el principio de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit) y el principio de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

²¹ La tesis de necesidad presume una conexión necesaria entre los Derechos Fundamentales y el análisis de proporcionalidad, mientras que la tesis de contingencia presume que esta conexión depende del derecho positivo, es decir, lo que en efecto haya decidido el legislador.

²² Vid. entre otras las STC de 12 de diciembre 111/93 (FJ 8), STC de 28 de marzo 55/96 (FJ 3) y STC de 20 de julio 136/99 (FJ 22).

²³ Bernal Pulido, C., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 601.

El primero de estos principios exige la idoneidad medio-fin en la que cualquier restricción de un derecho fundamental se estructura, siendo necesario que la limitación que sufra el derecho sea adecuada para lograr el fin que se pretende justificar²⁴. Por su lado, el principio de necesidad implica que no exista otra medida limitadora igualmente efectiva pero con un perjuicio menor en el derecho fundamental de los afectados²⁵. Y por último, la proporcionalidad en sentido estricto implica que los medios elegidos sean “razonables” con el resultado que se pretende conseguir.²⁶

En definitiva, este principio sostiene que es posible que se limite el derecho con contenido fundamental como es la libertad religiosa, pero solo cuando sea necesario para la protección de un bien jurídico reconocido en la Constitución, o entre en conflicto con otro derecho fundamental. En estos supuestos, se deberá someter al test de proporcionalidad, instrumento imprescindible para ponderar bienes constitucionales y derechos fundamentales en conflicto. En consecuencia, este principio ha sido usado por el TJUE y el TEDH en las sentencias que analizaremos a continuación para determinar si la prohibición del velo estaba o no justificada y en qué medida la restricción es proporcionada. En este sentido, el TEDH en Sentencia de 15 de enero de 2013 caso *Casilda c. Reino Unido* señala que:

[...] Dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, el Tribunal considera que, cuando una persona alega una restricción a la libertad de religión en el lugar de trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia con el derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad de considerar en el balance total si la restricción era proporcionada o no²⁷.

4. El estado actual de la cuestión en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Actualmente existe una conflictividad social en torno a la problemática del velo en Europa. Este problema se ve influenciado por la división política y social que existe en

²⁴ Como bien expone ALEXY, éste principio no es más que la expresión de la idea del Óptimo de Pareto. Se puede mejorar una posición sin que se perjudique a otra.

²⁵ La relevancia práctica de este subprincipio es mayor que la del anterior, en tanto en cuanto el test de idoneidad será relativamente fácil pasarlo, mientras que el principio de necesidad es más controvertido, en aquellos casos en los que el tribunal considere que la protección de los derechos puede lograrse de forma menos lesiva.

²⁶ Alexy, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, págs. 11-29.

²⁷ STEDH 48420/10 de 15 de enero de 2013 (FJ 83).

torno a la Unión Europea, así como la afluencia de migrantes de terceros países, muchos de ellos de tradición musulmana. Así, el velo islámico, y sus medios y forma de integración, constituye uno de los debates actuales en las sociedades multiculturales en la región.

Es por ello, que los problemas jurídicos en torno al uso del velo en la esfera pública han aumentado en los últimos años, dentro y fuera de la Unión Europea. Sin embargo, nosotros nos centraremos en el punto de vista de la Unión que será el que tenga que aceptar y seguir más adelante España.

Las principales cuestiones planteadas recientemente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, “TJUE” o “el Tribunal”) son aquellas en relación con el uso del velo islámico en el mundo laboral. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, y en cuanto a esta materia, cabe resaltar la importancia de la Directiva 2000/78CE, (en lo sucesivo, “la Directiva”), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²⁸. En concreto, esta Directiva determina que:

Se deberá prohibir en toda Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países [...] y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación²⁹.

Así, no fue hasta el 14 de Marzo de 2017 que el TJUE irrumpe en el debate sobre el uso del velo islámico en el mundo laboral. Todo ello, después de que un tribunal belga solicitara la interpretación de la anterior Directiva en una cuestión prejudicial, y siendo ésta la primera vez que los tribunales comunitarios tratan un litigio en relación al uso del velo islámico, cuya sentencia sea posible que sienta jurisprudencia.

Por su lado, también Francia ha elevado a cuestión prejudicial un litigio similar (*Bouagnaoui y ADDH c. Micropole SA*) que aún está pendiente de resolución por el Tribunal. Por tanto, es obvio que el aumento de población musulmana en los países

²⁸ Directiva. 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

²⁹ Directiva. 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, p. 12.

Europeos ha generado un debate sobre la exhibición de estos símbolos islámicos en la esfera pública. Aunque la Sentencia del TJUE del 14 marzo de 2017 haya delimitado las primeras líneas en el sector privado, aún los Estados Miembros esperan una orientación que les pueda servir de cara al futuro en casos o litigios similares.

4.1 Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como se ha mencionado, el TEDH ha dictado dos sentencias el 14 de marzo de 2017, una petición por el Tribunal de Casación belga y otro por el Tribunal de Casación francés, en relación al uso del velo islámico en el ámbito laboral y a la posibilidad de que tal prohibición pueda considerarse o no discriminatoria. En primer lugar, se analizará la petición por el Tribunal de Casación belga (*Hof van Cassatie*) el 9 de marzo de 2015 al TJUE en relación con el asunto *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*.

En este caso, al Tribunal se le plantea por primera vez la cuestión del velo en el mundo laboral. Así, los principales interrogantes que el Tribunal debía resolver eran dos: ¿Es posible despedir a una mujer por portar el velo en el trabajo? ¿Y puede un empresario en el ámbito privado prohibir a una musulmana llevarlo? Ambas cuestiones no se habían planteado nunca antes. Por tanto, es de vital importancia las líneas establecidas por el Tribunal sobre esta materia para los Estados Miembros.

El marco legal de esta materia en lo referente al Derecho de la Unión, se encuentra definido en la Directiva 2000/78/CE. Y en concreto, al principio de no discriminación por motivos o convicciones religiosas. En este sentido, no es sorprendente que ambos casos, tanto el Tribunal Belga como el Tribunal Francés en el asunto *Bougnaoui y ADDH c. Micropole S.A*, que analizaremos posteriormente, soliciten la interpretación de esta Directiva por parte del TJUE. Ambas sentencias dictadas el 14 de marzo de 2017 por el Tribunal.

Para entender el contexto del asunto belga, la Sra. Samira Achbita es una musulmana que trabajaba para la empresa “G4S” como recepcionista y que el día 12 de junio de 2006 fue despedida por su propósito de llevar el velo islámico al trabajo. Hasta entonces, la empresa no tenía norma escrita en relación a llevar símbolos religiosos al

trabajo, pero el 13 de junio de 2006 introdujo lo siguiente en su reglamento interno: “*Se prohíbe a los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y/u observar cualquier rito derivado de éstas*”.

La Sra. Samira Achbita interpuso demanda contra G4S por daños y perjuicios, y con carácter subsidiario exigió una indemnización por vulneración de la Ley antidiscriminación. Tras ser desestimadas sus demandas, recurrió ante el Tribunal de Casación Belga, el cual suspendió su procedimiento y remitió al Tribunal de Justicia de la Unión la siguiente cuestión prejudicial:

¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE en el sentido de que la prohibición de llevar un velo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas y religiosas?³⁰.

Para resolver la cuestión, el Abogado General siguió una línea argumental basada en tres diferentes argumentos seguidos más tarde por el Tribunal en su Sentencia dictada el 14 de marzo de 2017: 1) ámbito de aplicación de la Directiva 2) el concepto de discriminación por motivos de religión 3) posibles justificaciones de la discriminación. En relación a la primera cuestión, el Tribunal no hace más que confirmar la aplicación de la Directiva al asunto. Así, determina que esta aplicación se desprende del artículo 3 apartado 1 letra c) de la misma:

La Directiva 2000/78 se aplicará, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, [...] a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración³¹.

Sin embargo, es cuanto menos curioso la mención que el Tribunal realiza a la interpretación de Francia en lo relativo a este artículo de la Directiva. El Estado laico considera que la aplicación de la Directiva solo comprendería las competencias atribuidas a la Unión Europea y no a la función pública “service publique”, ya que ésta estaría comprendida dentro de la identidad nacional de los Estados. Es decir, la

³⁰ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 22).

³¹ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 29-30).

Directiva encontraría una limitación en la identidad nacional, y por tanto, no sería de aplicación en aquellos supuestos en los que la trabajadora musulmana porte el velo en la administración pública.

Aunque el caso belga no verse sobre un empleo en la administración pública, el Tribunal aprovecha para recalcar que la identidad nacional consagrada en el artículo 4 del TUE no limita a la Directiva³², sino que esta identidad deberá tenerse en cuenta a la hora de interpretarla³³. Esta última idea es interesante, en tanto en cuanto los Estados Miembros no podrán simplemente excluir la aplicación de la Directiva en casos de musulmanas que porten el velo en la administración pública, sino que se verán obligados a aplicarla y en todo caso, justificar la discriminación directa o indirecta en la identidad propia del Estado.

Seguidamente, el Tribunal se refirió al concepto de discriminación por motivos de religión, ya que sin ninguna duda y tal como recoge en su sentencia, la Sra. Samira Achbita lleva el velo por motivos religiosos. Y en concreto, justificó por qué la discriminación realizada a la Sra. Samira Achbita es una discriminación por motivos religiosos indirecta y no directa³⁴. Para llevar a cabo tal afirmación, el Tribunal aprecia el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva. Este apartado recoge que para que haya una discriminación religiosa directa es esencial que la persona *“haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra”* por razón de la religión³⁵. Así, sostiene el Tribunal que en ningún caso se aprecia un trato menos favorable a la Sra. Samira Achbita frente a aquellos que profesen otras religiones, subrayando que la prohibición controvertida afecta no solo al velo sino a todos los símbolos religiosos visibles por igual.

Sin embargo, el Tribunal sí admite que tal norma en la práctica puede afectar a ciertos grupos religiosos más que a otros, y, por tanto, no descarta la posibilidad de

³² El artículo 4 del TUE recoge que la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional.

³³ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 30-31).

³⁴ Como bien explica el Tribunal, la importancia de este matiz es jurídicamente relevante en tanto en cuanto los motivos para justificar una discriminación directa son mucho menos amplios que aquellos para justificar una indirecta. Véanse STJUE C-499/08 de 12 de octubre de 2010 (FJ 31), STJUE C-83/14 de 16 de julio de 2015 (FJ 73) y STJUE C-267/12 de 12 de diciembre de 2013, (FJ 45).

³⁵ Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, p. 2.

discriminación indirecta de la norma. En consecuencia, estudia las diferentes justificaciones que en su caso pudiera tener tal diferencia de trato por motivos religiosos con arreglo a la Directiva, para descartar que tal discriminación fuera ilícita.

Para que exista una justificación legítima a la diferencia de trato por motivos de religión y esta discriminación no pueda ser considerada ilegítima, el TJUE alude al artículo 4, apartado 1, de la Directiva:

Los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato [...] no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado³⁶.

Así, el Tribunal considera que teniendo en cuenta el margen de apreciación empresarial, una recepcionista como la Sra. Achbita debe respetar las normas de indumentarias y privarse de portar el velo islámico, entendiendo esta prohibición como un requisito profesional esencial y determinante a efectos del artículo 4 de la Directiva³⁷. Además, también considera que tal prohibición es un objetivo legítimo, como medida o política de neutralidad religiosa y de creencias que G4S se ha impuesto a sí misma, dentro de los límites de apreciación empresarial. Y es aquí cuando el Tribunal vuelve a hacer mención al país vecino, pero esta vez reivindicando su postura al respecto:

Como ha señalado acertadamente Francia a este respecto, se trata de evitar, en particular, que las convicciones políticas, filosóficas o religiosas manifestadas públicamente por una trabajadora con su vestimenta puedan ser relacionadas, o incluso atribuidas por los terceros a la empresa G4S o a los clientes a quienes G4S presta sus servicios³⁸.

Por último, el Tribunal se centra en analizar si la prohibición impuesta por G4S supera el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4 de la Directiva. Para ello, el Tribunal analiza si la prohibición cumple con los tres requisitos analizados anteriormente: El principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, el Tribunal determina que la prohibición es idónea puesto que es un requisito profesional claro y reconocido por

³⁶ Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, p. 4.

³⁷ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 84).

³⁸ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 95).

todos los trabajadores, es necesaria para llevar a cabo una política de neutralidad religiosa por la empresa³⁹ y cuyo perjuicio en los intereses legítimos de la trabajadora es proporcional o no excesivo. Este último punto es quizás el más controvertido, y el Tribunal concluye que será el propio órgano jurisdiccional remitente el que deba buscar un equilibrio entre las circunstancias del caso concreto, el símbolo religioso y su visibilidad o tamaño, la actividad realizada por la trabajadora y el contexto en el que la desempeña, como la identidad nacional de Bélgica⁴⁰.

En conclusión, y contestando a las preguntas formuladas al inicio, el TJUE determina que es posible que un empresario en el ámbito privado prohíba a una trabajadora que profese la religión islámica llevar el velo, mientras tal prohibición venga formulada dentro de una política empresarial general dirigida a prohibir el uso de símbolos religiosos, políticos o filosóficos y no sea una prohibición o perjuicio contra una religión específica. Esta política de empresa puede a su vez suponer una discriminación indirecta justificada para mantener una neutralidad empresarial, siempre y cuando respete el principio de proporcionalidad. A éste respecto, el Tribunal no se involucra y delega a los propios órganos jurisdiccionales que serán los que deban considerar si tal discriminación es justificada o no atendiendo a las circunstancias concretas, el símbolo religioso, la actividad de la trabajadora, el contexto y la identidad nacional del Estado.

En segundo lugar, analizaremos la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Francia), el 9 de abril de 2015, en el asunto *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA* y la posterior sentencia dictada por el Tribunal el 14 de marzo de 2017. El contexto de este asunto es muy parecido a la cuestión prejudicial belga. Así, la Sra. Bougnaoui, ingeniera de proyectos de la empresa Microopole fue despedida el 22 de junio de 2009 por llevar el velo mientras prestaba servicios en los locales de los clientes de la empresa.

La cuestión planteada por la Cour de Cassation al TJUE fue la siguiente:

¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de

³⁹ El TJUE indica que no se han propuesto alternativas menos gravosas e igualmente adecuadas para alcanzar el fin perseguido por G4S, (FJ 111).

⁴⁰ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 127).

dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo?⁴¹.

Sin embargo, a pesar de su “aparente” similitud con el asunto previo, existe una enorme diferencia de fundamento entre ambos despidos. En este sentido, mientras que el despido de la Sra. Achbita puede constituir una discriminación indirecta pero justificarse legítimamente (siguiendo con la neutralidad empresarial mantenida por G4S Secure Solutions), no parece que Microopole en este caso tuviera una política parecida, y así lo reivindica el Tribunal.

En consecuencia, para que la diferencia de trato mantenida por Microopole pueda justificarse y no ser considerada discriminatoria, es preciso que la voluntad de un empresario, de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico, constituya un requisito *profesional esencial y determinante*, según lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva⁴².

Cabe destacar, como se ha expuesto anteriormente en el asunto belga, que a tenor del artículo 4 de la Directiva únicamente pueden constituir tal requisito “*debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo*”. El Tribunal en la sentencia, y también que esto implica un requisito objetivo debido a la naturaleza de la actividad, dentro del cual no tiene cabida las consideraciones subjetivas como en este caso, la voluntad de Microopole de satisfacer los deseos de sus clientes. En consecuencia el Tribunal concluye:

La voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición.

Como observación final, las dos sentencias reflejan la opinión que, en líneas generales la actuación del TJUE tiene algunas deficiencias, en tanto en cuanto delega en los tribunales nacionales considerar si una prohibición puede ser discriminatoria o estar

⁴¹ STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 19).

⁴² STJUE C-157/15 de 14 de marzo de 2017 (FJ 34).

justificada. Es cierto que incluye una serie de requisitos a tener en cuenta a la hora de tomar la decisión (circunstancias concretas, el símbolo religioso, la actividad de la trabajadora, el contexto y la identidad nacional del Estado) pero todos ellos son de carácter ambiguo. Pienso que podría haber sido más claro tratándose de una cuestión estrechamente ligada con derechos fundamentales y la debilidad de su argumentos puede acarrear problemas futuros en los Estados Miembros.

4.2 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Así, es importante resaltar que el TJUE no es el único que se ha pronunciado sobre la cuestión de los símbolos religiosos. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha dictado sentencias en relación al artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dos de los asuntos más recientes son *Eweida y otros c. Reino Unido* del 15 de enero de 2013, en el cual hay varias demandas relacionadas y el Tribunal decide acumularlas, así como el asunto *Ebrahimian c. Francia* del 26 de noviembre de 2015.

En el primero, los demandantes consideran que las sanciones que le imponen en sus trabajos vulneraban sus derechos a la libertad religiosa y a la libertad de manifestar su religión o convicciones, recogidos en el artículo 9 del Convenio. Mientras por otro un lado el Gobierno del Reino Unido considera que el artículo 9.2 no protege cada acto o comportamiento motivado por una religión y que las prácticas realizadas por los demandantes no constituyen una práctica de religión reconocida generalmente.

Respecto a la primera demandante, la cual lleva una cruz en el mostrador de atención al cliente de British Airways en Heathrow, el TEDH concluye que al no haber pruebas de invasión real de los intereses de terceros, el Gobierno no protegió de manera suficiente el derecho a manifestar su religión de la demandante, esencial en cualquier sociedad democrática. Sin embargo, la segunda demandante llevaba la cruz en un hospital y para que no la llevara argumentan razones de seguridad y salud pública, razón de mayor peso que el TEDH si considera una medida proporcionada, ya que concluye que “*la injerencia con su libertad de manifestar su religión era necesaria en una sociedad*

democrática y que no hubo ninguna violación del artículo 9 respecto de la segunda demandante”⁴³.

En relación a la tercera demandante, esta era una cristiana que no consideraba bien que ella participara como funcionaria en uniones homosexuales, por lo que perdió su empleo. Entraban en juego pues el derecho a manifestar las creencias religiosas de la demandante y los derechos de los demás, también protegidos por el Convenio. En estos casos, en el que se da un conflicto de derechos, el tribunal admite un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales y no considera que superaran dicho margen. Por lo tanto no admite violación del artículo 9⁴⁴.

Finalmente el cuarto demandante también por causa similar a la anterior, se negó a prestar asesoramiento a parejas del mismo sexo y por ello perdió su trabajo. El TEDH admitió que su negativa constituía una manifestación de su libertad religiosa, y que por tanto, el Estado tenía una obligación positiva. Sin embargo, de nuevo ante el equilibrio del derecho del demandante a manifestar su religión o creencias y el de terceros, el TEDH reconoce amplio margen de apreciación a los Estados Miembros, y no considera que este margen se excediera y por tanto no considera que hubiera violación del artículo 9⁴⁵.

Por su lado, en lo que respecta a la sentencia *Ebrahimian c. Francia* del 26 de noviembre de 2015, el contexto es también parecido, ya que Ebrahimian fue despedida de un hospital público francés por llevar pañuelo en el trabajo. La demandante argumentaba que la no renovación de su contrato como trabajadora del hospital violaba su derecho a manifestar su religión, apoyándose en el artículo 9 del Convenio. Sin embargo, el TEDH considera que llevar el pañuelo es una manifestación religiosa incompatible con el requisito de neutralidad de los funcionarios, apreciando el artículo 1 de la constitución francesa y la neutralidad que se deriva del mismo⁴⁶.

⁴³STEDH 48420/10 de 15 de enero de 2013 (FJ 100).

⁴⁴ STEDH 48420/10 de 15 de enero de 2013 (FJ 106).

⁴⁵ STEDH 48420/10 de 15 de enero de 2013 (FJ 110).

⁴⁶ STEDH 64846/11 de 26 de noviembre de 2015 (FJ 69-71).

Es evidente que en ambas sentencias el TEDH sigue una misma línea argumental cuando el derecho a la libertad religiosa de las demandantes entra en conflicto con los derechos y libertades de otros. En este último asunto, el derecho de otros se ve reflejado en la necesidad de respetar la religión de todas las personas. Así, en este caso el TEDH no considera que las autoridades nacionales se hayan excedido en su margen de apreciación, dando mayor importancia a la defensa del carácter secular del Estado francés.

4.3 Comparativa entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Podemos apreciar ciertas similitudes y diferencias entre la actuación del TJUE y el TEDH. Por un lado el TJUE se centra en analizar si los despidos cumplen con la Directiva 2000/78/CE y en concreto, con el principio de no discriminación por motivos o convicciones religiosas. Mientras que por otro, el TEDH actúa para determinar si se ha vulnerado los derechos fundamentales de las demandantes, y en concreto, el derecho a la libertad religiosa y a la manifestación de ésta, recogido en el artículo 9 del Convenio.

Sin embargo, ninguno de ellos tiene una postura taxativa o tajante. Por su lado el TEDH, permite un gran margen de apreciación a los Estados Miembros cuando el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora entra en conflicto con el derecho de otros, y más en Estados laicos como Francia. Aquí encontramos una actuación parecida por parte del TJUE que también delega en los tribunales nacionales considerar si una prohibición puede ser discriminatoria o estar justificada acorde a la Directiva. Aunque, el Tribunal incluye una serie de requisitos a tener en cuenta a la hora de tomar la decisión como son las circunstancias concretas, el símbolo religioso, la actividad de la trabajadora, el contexto y la identidad nacional del Estado, desde mi punto de vista son justamente estos requisitos los que permiten que se introduzca arbitrariedad y de los que deriva el problema. ¿Hasta que punto puede la identidad nacional de un Estado determinar si una empleada puede llevar o no un velo en la cabeza al trabajo? ¿Tendrán los tribunales en cuenta el contexto y las circunstancias concretas de la trabajadora en la práctica? Todos estos interrogantes son los que desde mi punto de vista crearan más

problemas en el futuro si los tribunales europeos no son más concisos y se involucran más en posteriores sentencias.

5. El estado de la cuestión en España

En España, solo ha trascendido una sentencia sobre el uso del velo islámico en el ámbito laboral en un Juzgado de lo Social en Palma de Mallorca, que analizaremos posteriormente. Así, podríamos decir que el debate en nuestro país ha estado centrado en la escuela y los espacios públicos. De esta forma, Lleida fue de las primeras ciudades en prohibir el uso del velo islámico integral en espacios públicos mediante una Ordenanza Municipal el 8 de octubre de 2010. Tras Lleida, hubo otros seis municipios que desarrollaron normativas parecidas. Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló la Ordenanza Municipal considerando que en ella se limitaba el ejercicio de la libertad religiosa de las portadoras del velo integral y que el Ayuntamiento carecía de competencia para regular una limitación de este derecho fundamental, para lo que sería necesario la existencia de una Ley previa con base a la que pudiera limitarse el ejercicio de tal libertad en lo relativo al uso del atuendo: *“La insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental, no puede sustituirse por las posibilidades normadoras de las Ordenanzas municipales”*⁴⁷.

Así, la Sentencia destaca la falta de justificación de que el uso del citado velo integral perturbara la tranquilidad ciudadana, el orden público o la seguridad, así como que la medida fuera necesaria: *“La realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica”*. De esta forma, la base esencial en la cual se sustentaba la Ordenanza Municipal se desvanece, al no contar con una base probatoria de la perturbación de la tranquilidad por la ocultación del rostro en el desarrollo de actividades cotidianas. Es decir, el Tribunal Supremo rechaza la argumentación del Ayuntamiento para el desarrollo de la Ordenanza Municipal, tanto en las razones materiales alegadas para aceptar la limitación al ejercicio de la libertad religiosa como la competencia del Ayuntamiento de Lleida para establecer tal limitación.

⁴⁷ STS 4118/2011 de 14 de febrero de 2013 (FJ 10).

Del mismo modo, existe en España una moción aprobada en el Senado el 23 de junio de 2010, en la cual se insta al Gobierno para que regule el uso del velo integral en los espacios públicos, en concreto insta a:

Realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres⁴⁸.

Sin embargo, el legislador hasta el momento no ha elaborado ninguna ley al respecto. En relación a la limitación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 88/1985 de 19 de julio declaró que:

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[...]. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza⁴⁹.

También, se puede apreciar que existen sentencias en España en relación a las manifestaciones de la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales. Así, el Tribunal Constitucional sostuvo en una Sentencia en 1985 que un cambio puramente fáctico (como el de las ideas o creencias religiosas del trabajador) en cuanto que manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, no puede provocar la modificación del contrato de trabajo suscrito⁵⁰. Y en esta línea, se dirigen otras sentencias como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad

⁴⁸ Moción ante el Pleno presentada por el Grupo Parlamentario Popular, por la que se insta al Gobierno a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que cubran completamente el rostro, incluida en el orden del día de la sesión plenaria del día 22 de junio de 2010.

⁴⁹ STC 88/1985 de 19 de julio.

⁵⁰ STC 19/1985 de 13 de febrero.

Valenciana de 2000, en un supuesto de ausencias en el trabajo ⁵¹, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2010, referida a un supuesto similar en el cual el demandante se ausentaba los viernes e indica textualmente que:

El demandante asumió una jornada al contratarse y luego la pretendió modificar de propia mano, no asumiéndolo la empresa que sanciona, reitera la orden de mantener el horario los viernes y advierte de consecuencias de futuras sanciones de persistir en las vías de hecho los siguientes viernes. El demandante mantiene la conducta en los sucesivos pese a los cuatro requerimientos empresariales previos al despido, sin siquiera acudir a la jurisdicción en su caso para obtener el cambio de jornada⁵².

Las sentencias mencionadas anteriormente abordan asuntos de manifestaciones religiosas en la relación laboral, sin embargo, ninguna hace referencia al uso del velo islámico en éste ámbito. A continuación, nos referiremos al único caso que se ha dado en España hasta el momento en el que la trabajadora no pretende imponer una modificación en su jornada laboral ni en el horario de trabajo, sino que hace uso del velo islámico en el desarrollo de su relación laboral como manifestación externa de su libertad religiosa. No cabe por tanto estimar que su pretensión altere el contenido de su contrato, teniendo en cuenta además que no existe una norma de uniformidad en relación con los trabajadores que prohíba los símbolos religiosos ni que recoja la prohibición del uso del velo, ni tampoco se indica nada que apunte a dicha prohibición. Se analizará por tanto cual ha sido el fallo del Juzgado y los fundamentos y línea argumental que ha seguido.

5.1 Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca

De forma coincidente en el tiempo con las dos resoluciones judiciales del TJUE analizadas previamente, un Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca (en adelante “el Juzgado”) reconoció el derecho de una trabajadora musulmana a llevar el velo islámico en el desarrollo de su relación laboral. La trabajadora, desempeñaba sus funciones laborales en los mostradores de facturación en el aeropuerto de Mallorca, en el departamento de servicio al pasajero. En un primer momento, la trabajadora solicitó hacer uso del velo islámico como manifestación y/o expresión de su sentimiento religioso, lo que fue autorizado en los inicios por la empresa. Después, éste derecho se

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana 3421/2000 de 11 de septiembre.

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 1760/2013 de 22 de mayo.

le fue negado bajo el pretexto de uniformidad e imagen corporativa de la empresa, siendo sancionada hasta en siete ocasiones por llevarlo.

El Juzgado determina que siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el empresario debe probar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas y el carácter ajeno de éstas a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales⁵³. En este sentido, el Juzgado, a los efectos de determinar si las medidas tomadas por la empresa estaban o no justificadas entiende que:

[...] Siendo el uso del velo una expresión de la libertad religiosa de la trabajadora, la empresa en ningún momento ha concretado perjuicio alguno en su imagen, siendo que a la actora se le ha autorizado por Aena el uso del velo en la fotografía de su tarjeta de identificación dado que no concurren tampoco motivos de seguridad⁵⁴.

No siendo objeto de controversia en la Sentencia, que la trabajadora practicara la religión musulmana ni que el uso de éste atuendo (*velo o hiyab*) sea un acto religioso. Así, el Juzgado sostiene que la empresa no invoca una política de neutralidad religiosa, ni cualquier otro motivo en relación a la creencia religiosa de la trabajadora o con la seguridad pública. De esta forma, la trabajadora considera que estaba siendo discriminada puesto que mientras otros trabajadores podían exhibir vírgenes, cruces y otros símbolos religiosos visibles sin ser por ello sancionados, o directamente no hacer un uso correcto del uniforme, portando elementos no reglamentarios como piercings o tatuajes, a ella no se le permitía portar el velo.

Al igual que en las sentencias analizadas previamente en el marco de la Unión Europea, el Juzgado español se refiere a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación, en lo relativo a su artículo 1º y al marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones. Asimismo, señala el Juzgado en la Sentencia que:

La discriminación por motivos religiosos o ideológicos, es una de las causas clásicas de discriminación prohibidas en todos los tratados internacionales, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, hasta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁵.

⁵³ STC 17/2003 de 30 de enero, STC 188/2004 de 2 de noviembre, STC 38/2005 de 28 de febrero y STC 3/2006 de 16 de enero.

⁵⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma 31/2017 de 6 de febrero de 2017 (FJ 3).

⁵⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma 31/2017 de 6 de febrero de 2017 (FJ 3).

Recordemos, que como hemos visto en las Sentencias del TJUE y del TEDH, el artículo 4 de la Directiva, prevé que:

Los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

Ahora bien, como señala acertadamente el Juzgado, no existe en este caso una norma interna prohibitiva de símbolos religiosos en la empresa ni posicionamiento alguno al respecto. En consecuencia, y como bien indicó el Tribunal Supremo en la Sentencia contra Lleida, el Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca sostiene que la libertad del individuo de manifestar sus convicciones o religión no podrá ser objeto de más restricciones que las previstas por Ley, y que a su vez, constituyan medidas necesarias en el marco de una sociedad democrática para el orden, la salud, la moral, la seguridad pública o la protección de los derechos o libertades de los demás. Esta reserva de ley la tiene en cuenta el Tribunal Supremo en su sentencia el 14 de Febrero de 2013 por la que anula la ordenanza municipal de Lleida referida previamente, al indicar que:

La Constitución ha querido que la Ley y sólo la Ley pueda fijar los 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. 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, resulta así en nuestro marco constitucional inequívoca⁵⁶.

Es por ello, que el hecho de que el TJUE se pronuncie en sentido distinto al Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca -admitiendo la posibilidad de que siguiendo con el artículo 4 de la Directiva una diferencia pueda estar justificada y no sea discriminatoria- no parece afectar a la demandante, en tanto en cuanto la norma de neutralidad empresarial no existía en este caso. De esta perspectiva, la propia sentencia ya señalaba:

⁵⁶ STS 4118/2011 de 14 de febrero de 2013.

La empresa no ha invocado una política de neutralidad religiosa, alega simplemente que sus empleados en el departamento de atención al pasajero deben cumplir las normas de uniformidad que no permiten hacer uso de prendas o elementos distintos de los que ella misma proporciona, en defensa de una buena imagen corporativa⁵⁷.

Además, no queda acreditado por la empresa el perjuicio sufrido en su imagen derivado del uso del velo. En consecuencia, no parece que las dos Sentencias europeas afectaran la resolución del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, en tanto en cuanto la exigencia por parte del Tribunal Europeo de que exista una norma en la empresa que prohíba expresamente a sus trabajadores el uso de cualquier símbolo religioso, filosófico o político, no se cumple en el presente caso. De forma que, en ausencia de la misma, debería reconocérsele a la trabajadora el derecho a usar en el desempeño laboral tal simbología, o por el contrario, estaríamos ante una discriminación de carácter religioso según la Directiva, como bien señala el Juzgado de lo Social de Palma, que resuelve a favor del derecho de la trabajadora, estimando producida la discriminación invocada y la consiguiente lesión a su derecho a la libertad religiosa⁵⁸.

No obstante a lo ya expuesto, y mostrándonos favorables al fallo del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, esperamos que la Sentencia sea recurrida por la empresa ante la Audiencia Provincial, y más tarde, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para que de un lado el asunto tenga mayor repercusión, y de otro, se sienten unas líneas argumentales que puedan ser seguidas en futuros casos similares en España.

6. Conclusiones

En lo referente al uso del atuendo en las relaciones laborales, desde la perspectiva jurídica previamente apuntada, el derecho a la libertad religiosa recogido en el artículo 16.1 de la Constitución no impide ni limita el también derecho de la libertad de empresa del artículo 38 del mismo texto constitucional. Asumiendo que éste último conlleva la capacidad jurídica de adoptar una organización propia y un diseño propio en el ámbito en el que la empresa desarrolla su actividad y se desenvuelve.

⁵⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma 31/2017 de 6 de febrero de 2017(FJ 3).

⁵⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 31/2017 de 6 de febrero de 2017 (FJ 8).

No cabe por tanto argumentar en defensa del uso del velo islámico en el desarrollo de la actividad laboral, el superior rango jurídico del derecho a la libertad religiosa, ubicado entre los derechos fundamentales y libertades públicas en el texto constitucional, frente al derecho de libertad de empresa situado en el marco de los derechos y deberes de los ciudadanos en el mismo texto. Así, como se ha apuntado a lo largo de este trabajo, no existe jerarquía entre derechos, ni tampoco la diferente posición de éstos en el texto constitucional puede llevar a una prevalencia absoluta de uno sobre otro, en tanto en cuanto ningún derecho es absoluto e ilimitado, sino por el contrario, se deberá imponer una adecuada coordinación entre ellos.

En esta dirección, radica la razón de ser de la solución adoptada por el TEDH, al resolver la cuestión entre la colisión del derecho fundamental de la trabajadora a manifestar su religión mediante signos externos en el desarrollo de su actividad y la imprescindible y necesaria organización y disciplina empresarial. Es decir, aún siendo evidente el derecho de la trabajadora de profesar su fe religiosa, éste de ninguna forma puede hacer sombra al derecho a la libertad empresarial para imponer el orden disciplinario y organizativo laboral, siempre que éste último se ajuste a la cultura, los usos y las costumbres del país en el que se desarrolle la actividad. Asimismo, parecería excesivo para la convivencia democrática -dentro del texto constitucional español y del Estado social y democrático de Derecho- pretender un absoluto y exclusivo predominio del derecho fundamental a la libertad religiosa sobre cualquier otro derecho. En consecuencia, consideramos completamente acertada la decisión del TEDH, sin dar absoluta virtualidad a la libertad religiosa y reconociendo la ineludible capacidad de dirección y organización empresarial, sin la cual, la propia empresa perdería su identidad.

En lo que respecta al uso del velo en los espacios públicos, España podrá seguir el ejemplo francés y desarrollar una Ley que en el marco de la Constitución prohíba su uso. Sin embargo- y como hemos visto hasta el momento- el legislador no se ha pronunciado al respecto. En este sentido, al igual que en el ámbito laboral, parece lógico que la libertad religiosa, como cualquier otro derecho fundamental, y al no ser un derecho absoluto, pueda verse limitada en ciertos momentos y lugares que queden al margen de su ejercicio. El problema radica en determinar en qué momentos y qué lugares.

De un lado, estamos de acuerdo en que si el uso del velo atenta contra el orden, la moralidad, la salud, la seguridad pública o las libertades de otros, podría justificarse su supresión de acuerdo con el principio de proporcionalidad usado por la jurisprudencia (en tanto en cuanto pasaría el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Sin embargo, si se considera que el uso del velo no supone un acto de provocación, ni atenta contra la dignidad o libertad del resto- como tampoco lo hacen otros símbolos- la cuestión se complica. Bajo esta idea, la prohibición del velo no solo podría suponer una limitación a la libertad religiosa, sino que también puede suponer un límite a la libertad de expresión y al pluralismo político, y con ello, poner en riesgo garantías democráticas, desnaturalizando en todos los sentidos el pluralismo ideológico esencial de todo Estado democrático.

En consecuencia, si partimos de la opinión de que la medida en cuestión se establece en un ámbito de libertad, como es el de nuestra sociedad, y de que la mujer en este ámbito puede disponer y optar por la vestimenta que considere más oportuna y adecuada a su religión o cultura, así como reaccionar ante imposiciones o coacciones externas, y que, además, el velo no incita a la violencia ni al odio, ¿Por qué ciertos países, gobiernos y sociedades se empeñan en prohibirlo? Nos surgen en este sentido varias cuestiones que trataremos de abordar a continuación: ¿Es la prohibición del velo una herramienta para la islamofobia? ¿Un pretexto para ocultar el discurso del odio?

No entraremos a analizar el discurso del odio, pues sus interpretaciones son diversas y cambiantes en los diferentes países. Sin embargo, sí es importante que nos detengamos a recordar que el discurso del odio o “*hate speech*” (como se le conoce en el ámbito internacional) hace referencia a aquel discurso que consiste en emitir contenidos ofensivos hacia ciertos colectivos de la población, pudiendo incluso denigrar en el honor de la persona. La islamofobia, a su vez, puede considerarse una manifestación del discurso del odio.

Como hemos apuntado previamente, las sociedades han evolucionado, y no podemos negar el avance y la evolución que han realizado en su lucha contra la discriminación. Sin embargo, es evidente que el fenómeno de la inmigración, y en concreto, aquella procedente de los países musulmanes, ha despertado un nuevo fenómeno de discurso del odio o islamofobia. Las diferencias culturales, la difícil integración y también el fenómeno terrorista, han provocado un sentimiento de hostilidad hacia los musulmanes en los países de occidente.

Es por ello, que aunque sea atrevido afirmar que la prohibición del uso del velo constituye, con carácter general, un pretexto bajo el cual se oculta un sentimiento de rechazo hacia los musulmanes o musulmanas, sí nos parece conveniente apuntar la estrecha relación existente entre ambos. Así, que Francia haya sido uno de los países occidentales más afectado por el terrorismo islámico y que, a su vez, sea de los primeros y de los pocos Estados en promulgar en 2010 una ley que prohíbe el *burka* y el *niqab* en espacios públicos, no nos parece coincidencia. Además, si tenemos en cuenta que esta ley fue adoptada por una mayoría absoluta (solo obtuvo un voto en contra en la Asamblea Nacional y otro en el Senado), entendemos que la sociedad francesa está de acuerdo con la prohibición. El propio ex presidente de la República Francesa expuso en un discurso:

El “burka” no es bienvenido en el territorio de la República Francesa”, [...] en nuestro país, no podemos aceptar que las mujeres estén presas detrás de una pantalla, aisladas de toda vida social, privadas de toda identidad [...] No es un signo religioso. Es un signo de sometimiento de las mujeres. Por eso, no es bienvenido en el territorio de la República.⁵⁹

⁵⁹ Sarkozy, N., Discurso sobre la prohibición del burka y el niqab en los espacios públicos, Congreso de Versalles, 22 de junio de 2009.

En este sentido, podemos apreciar como la razón de la prohibición no estriba en la violencia o peligro que pueda suponer el atuendo para el orden, la seguridad o la moral pública, sino que tiene que ver con lo que ellos consideran “sometimiento de la mujer musulmana”. Así, es más una razón de rechazo hacia la religión que profesan, sus tradiciones e ideología, que una cuestión de peligro o seguridad pública.

Si España y los países del entorno siguen el ejemplo Francés y desarrollan leyes similares a la promulgada en Francia en 2010, estarían pues incitando a que se extienda el discurso del odio o la islamofobia. En tanto en cuanto, no consideramos que las razones expuestas por el ex presidente de la República Francesa sean suficientes para limitar la libertad religiosa y el derecho a la intimidad de aquellas mujeres adultas que libremente eligen una vestimenta siguiendo con su cultura, religión o ideología. Además, consideramos que la prohibición generalizada del uso del velo podría producir un efecto perverso- como el enclaustramiento de la mujer en el entorno familiar- negándoles la integración en los espacios públicos a aquellas mujeres que decidan anteponer sus convicciones religiosas. En otras palabras, se acabaría perjudicando a aquellas mujeres que en un principio se pretende proteger, encerrando- y ahora sí de verdad- a aquellas mujeres que se las consideran “presas” por portar el velo, en sus lugares más íntimos, dónde se les permita ejercer libremente su ideología, lo que finalmente sería contrario al fin único de integración en las sociedades y eliminación de las discriminaciones.

La cuestión del velo islámico no es más que “la punta del iceberg” tras el cual se esconde un profundo problema político, legal y, ante todo, sociológico, que va mucho más allá del simple atuendo con el que se cubren el rostro las mujeres musulmanas. Sin embargo, y aunque en el Islam existan -como en cualquier cultura o ideología- radicalismos, es evidente que no podemos generalizar cuando ello implique comprometer algo tan vital y necesario como son los derechos fundamentales de las personas. Por todo lo expuesto previamente, nos mostramos favorables a las decisiones del TEDH que han permitido las restricciones de los derechos fundamentales, siempre y cuando se ajusten a ciertos límites y cumplan con el criterio de proporcionalidad, siendo razonables, justificadas y necesarias. Sin prudencia jurídica, no vemos posible el buen desarrollo y correcto funcionamiento de un sistema democrático.

7. Bibliografía

1. Listado de Legislación

Legislación Española:

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980).

Legislación Europea:

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. (Diario Oficial de la Unión Europea L 191, 29 de julio de 1992).

Directiva (UE) 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. (Diario Oficial de la Unión Europea L 303, 2 de diciembre de 2000).

2. Listado de Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1982 de 29 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985 de 13 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1985 de 19 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 111/93 de 12 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 371/1993 de 13 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/96 de 28 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 136/99 de 20 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/2001 de 15 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/2002 de 18 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/2003 de 30 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 188/2004 de 2 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 38/2005 de 28 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/2006 de 16 de enero

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4118/2011 de 14 de febrero de 2013

Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana 3421/2000 de 11 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 1760/2013 de 22 de mayo.

Jurisprudencia del Juzgado de lo Social

Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 31/2017 de 6 de febrero de 2017

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7050/75 *Arrowsmith c. United Kingdom* de 5 de diciembre del 1978

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11508/1985 *Caso Barfod* de 22 de febrero de 1989

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30814/06 *Lautsi c. Italia* de 3 de noviembre de 2009

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 48420/10 *Eweida and others c. United Kingdom* de 15 de enero de 2013

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 64846/11 *Affaire Ebrahimian c. France* de 26 de noviembre de 2011

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-499/08 *Ingeniørforeningen i Danmark c. Region Syddanmark* de 12 de octubre de 2010.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-267/12 *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutual* de 12 de diciembre, de 2013.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-83/14 *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia* de 16 de Julio de 2015.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-157/15 *Achbita c. GS4 Secure Solutions* de 14 de marzo de 2017.

3. Obras doctrinales

Alexy, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11-29.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constucionales, Madrid, 2014.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

De Otto, I., Martín Retortillo, L. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

Díez-Picazo, L., *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

Lanzas Gámez, F., “La libertad religiosa en España durante los treinta años de la Constitución de 1978”, *Revista Videtur Quod - Anuario del Pensamiento Crítico*. Núm 0. 2008, págs. 44 a 60.

Martínez- Torrón, J., “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”, *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Secretaria Técnica, 2001, p.122.

Navarro Valls, R., Mantecón Sancho, J.,Martínez Torrón, J., *La Libertad Religiosa y su Regulación Legal*, Iustel, Madrid, 2009.

Pérez Vaquero, C., “El reconocimiento de la libertad religiosa”, *Noticias Jurídicas*, 1 de junio de 2011 (disponible en:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4667-el-reconocimiento-de-la-libertad-religiosa/>; última consulta 10 /01/2018).

Prieto Sanchís, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional Año VIII, n. 8, p. 67*.