

# HIYAB Y ESCUELA EN ESPAÑA: UN SUPUESTO DE GESTIÓN EXCLUYENTE DE LA DIVERSIDAD\*

MARÍA MORENO ANTÓN\*

## Resumen:

En los últimos años se han recrudecido los conflictos relacionados con la utilización de atuendos identificativos de la creencia por parte de algunas estudiantes musulmanas, concretamente el pañuelo islámico o *hiyab*. ¿Hay que permitir su presencia en las aulas? ¿Debe prevalecer el derecho a la educación o la libertad religiosa? La falta de legislación ante un fenómeno impensable en nuestro país hace unos años ha generado un vacío legal que alimenta el debate, no sólo en foros jurídicos y políticos, sino también en la calle. La integración debe ser el objetivo a lograr, pero debemos preguntarnos si el sistema hace lo necesario para tender a ella. La respuesta es un rotundo no a juzgar por el asunto *Najwa Malha*, eje del presente estudio.

**Palabras clave:** Pañuelo islámico, escuela, diversidad cultural, exclusión, integración, acomodo.

## Abstract.:

In recent years it has intensified the conflicts related to the use of identifying garb of belief by some Muslim students, particularly the islamic headscarf or *hiyab*. Should we allow their presence in the classroom? Should the right to education or religious freedom prevail? The lack of legislation on an unthinkable phenomenon in our country a few years ago has generated a loophole that fuels the debate, not only in legal and political forums, but also in the street. Integration should be the goal to achieve, but we must ask ourselves whether the system makes you need to tend to it. The answer is a resounding no judging by case *Najwa Malha*, axis of this study.

**Keywords:** Islamic veil, school, cultural diversity, exclusion, integration, accommodation.

DOI: 10.7764/RLDR.2.16

**Sumario.-** 1. INTRODUCCIÓN 2. IDEAS FUERZA 2.1 Los objetivos educativos 2.2 El pañuelo islámico como expresión del derecho a manifestar la creencia 2.3. Parámetros jurídicos para la resolución de conflictos 3. LA RESPUESTA DEL SISTEMA EN EL CASO *NAJWA MALHA* 3.1 La Administración educativa 3.2 La sentencia del Juzgado de instancia 3.3 La apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid 4. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El empleo de simbología religiosa en el ámbito educativo se puede asociar con la presencia de crucifijos en las aulas y pasillos colegiales, es decir con la simbología estática, que en España está permitida en los colegios privados con ideario precisamente en base al carácter propio del centro, pero es de dudosa legalidad en los públicos en base al principio de laicidad (art. 16.3 CE), del que deriva el de neutralidad ideológica propio de

la escuela pública (art. 18 Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación)<sup>1</sup>. Sin embargo, el tema ha adquirido otra perspectiva con la inmigración de origen islámico, que ha generado conflictos relacionados con la utilización de atuendos identificativos de la creencia por parte de algunas estudiantes musulmanas, concretamente el pañuelo islámico o *hiyab*. ¿Hay que permitir su presencia en las aulas? ¿Debe prevalecer el derecho a la educación o la libertad religiosa? La falta de legislación ante un fenómeno impensable en nuestro país hace unos años ha generado un vacío legal que alimenta el debate, no sólo en foros jurídicos y políticos, sino también en la calle.

La trascendencia jurídica derivada de la utilización de prendas religiosas en los colegios se produce por primera vez en Francia, a finales de 1989, con la llamada *guerra del velo*, cuando la asistencia al instituto con *foulard* por parte de algunas alumnas musulmanas, motiva su expulsión por atentar contra el principio de laicidad<sup>2</sup>. Legalmente la batalla concluye con la Ley de 15 de marzo de 2004 que prohíbe en los centros docentes públicos la utilización de signos que manifiesten de manera ostensible la pertenencia religiosa (art. 1). Curiosamente, el debate ha vuelto a la actualidad francesa doce años después, si bien

---

\* Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D NESPUPRI, “Neutralidad del espacio público: escuela pública y privada” (DER2015-63823-P).

\* Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrática acreditada.

<sup>1</sup> Sobre la presencia del crucifijo en colegios públicos véase: ALENDA SALINAS, M., “Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales”, *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, IV, Bilbao 2003, pp. 59-72.. CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La cruz de Estrasburgo. En torno a la sentencia Lautsi v. Italia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 22, 2010, 13 pp. LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> C., “La presencia de símbolos religiosos en las aulas de centros públicos docentes”, *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada 1998, pp. 559 y ss. MORENO BOTELLA, G., “Crucifijo y escuela”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2, 2003, [www.iustel.com](http://www.iustel.com). PATRUNG, F., “La última aproximación jurisprudencial y normativa en relación con la exposición del crucifijo, símbolo de identidad cultural en Italia”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 8, 2005, [www.iustel.com](http://www.iustel.com). MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El caso Lautsi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVIII, 2012, pp. 215-252. PRIETO ALVÁREZ, T., “Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 150, abril-junio 2011, pp. 443 y ss. RUIZ-RICO RUIZ, G., “Símbolos religiosos en el espacio público escolar. Examen de la sentencia *Lautsi contra Italia*”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G. y RUIZ RUIZ, J.J. (Dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid 2011, pp. 167-189. En el mismo volumen, SALAZAR BENÍTEZ, O., “Símbolos religiosos y espacio público: comentario del asunto *Lautsi contra Italia*”, pp. 191-215. Vid. también, RELAÑO PASTOR, E., “El asunto del crucifijo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: hacia una solución de compromiso”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVII, 2011, pp. 393-431. ROCA, M<sup>a</sup> J., “La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho Español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXIII, 2007, pp. 257-291.

<sup>2</sup> Vid. BRIONES, I., “La laicidad en la jurisprudencia francesa”, *Ius Canonicum*, XXXVI, n<sup>o</sup> 71, 1996, pp. 259 y ss. La situación en otros países europeos puede consultarse en MARTÍN SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, “Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales. Derecho europeo y español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVIII, 2012, pp. 103-133.

ISSN 0719-7160

ahora la discusión se centra en si la prohibición debe extenderse también a las universidades estatales<sup>3</sup>.

En España, el primer conflicto sobre el uso del pañuelo en la escuela tuvo lugar en febrero de 2002 cuando los medios de comunicación se hicieron eco de la negativa de un padre musulmán, residente en San Lorenzo de El Escorial (Madrid), a que su hija Fátima asistiera al colegio sin *hiyab*. La repercusión mediática fue de tal envergadura que, además de innumerables editoriales, artículos, cartas de lectores, declaraciones de representantes políticos, sindicales, asociaciones de padres, directores de centros, líderes religiosos.... hubo una petición al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre el velo<sup>4</sup>. Finalmente, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid resolvió autorizar a Fátima la asistencia al colegio con el pañuelo, basándose en su derecho a la escolarización y en la ausencia de normativa legal que impidiera el uso de la prenda<sup>5</sup>.

La polémica se reproduce en abril de 2010, también en Madrid, cuando *Najwa Malha*, joven musulmana de 16 años, alumna de 4º de Educación Secundaria Obligatoria (ESO), es apartada del instituto en el que cursa sus estudios por usar *hiyab*, contraviniendo el Reglamento de Régimen Interno del centro que prohíbe acudir a clase con la cabeza cubierta.

Estamos ante un supuesto que entronca con el fenómeno multicultural provocado por la globalización y la movilidad geográfica de la población, que origina la presencia social de culturas distintas, apoyadas en valores y principios diversos, así como con los modelos de gestión de dicho fenómeno, con las respuestas político-jurídicas que ofrecen los Estados a la hora de gestionar la diversidad cultural. Es pacífica la opinión que exige la integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida y que reclama el auxilio de los poderes públicos para ayudar a dicha integración pero siempre con el límite infranqueable del respeto a los derechos humanos, valores universales que deben situarse por encima de cualquier cultura. Así lo proclaman algunos textos internacionales como el art. 4 de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2 de noviembre de 2001 cuando establece que la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana, pero, a la vez, nadie puede invocar la

---

<sup>3</sup> *Lydia Guirous*, responsable de asuntos seculares de la Unión por el Movimiento Popular, el partido que lidera *Nicolas Sarkozy*, y autora del libro *Allah es grande y la república Francesa también*, decía no hace mucho que “el velo es un objeto de sumisión de las mujeres que simboliza su pertenencia a una religión antes que simbolizar su pertenencia a a la comunidad nacional. Es por eso por lo que debe ser prohibido de las universidades públicas, y por tanto laicas” (<http://www.elmundo.es/internacional/2015/03/14/5503141f268e3ead218b456c.html>. Consulta 14 de febrero de 2016).

<sup>4</sup> Editorial del diario *La Razón* de 18 de febrero de 2002. El asunto fue objeto de atención por toda la prensa escrita de tirada nacional entre los días 16 a 26 de Febrero de 2002.

<sup>5</sup> Un resumen del caso puede verse en CAÑAMARES ARRIBAS, S., “El empleo de simbología religiosa en España”, *Osservatorio delle libertà de istituzioni religiose, OLIR*, Abril de 2005, [www.olir.it](http://www.olir.it), pp. 8-12.

diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el Derecho Internacional, ni para limitar su alcance<sup>6</sup>.

Ahora bien, la integración es un modelo bidireccional, que exige comportamientos al inmigrante y a la sociedad receptora: los propios inmigrantes deben adoptar una actitud positiva, favorable a la integración, para lo que es conveniente el conocimiento de la lengua, las costumbres y las leyes del país de residencia. La sociedad receptora debe gestionar la diversidad mediante políticas activas tendentes a la integración, como relativizar algunos valores y principios o flexibilizar la aplicación del Derecho, mediante fórmulas de acomodo que permitan mantener tradiciones propias.

Si en el plano formal o sobre el papel las cosas parecen claras, hay que reconocer que, en la realidad, la verdadera integración está lejos de alcanzarse. Así se desprende de la percepción que tienen las propias inmigrantes musulmanas residentes en nuestro país cuando opinan que es el propio sistema el que las expulsa de él pues *transmite que no valemos, que no vamos a conseguir nada en la vida porque no somos de aquí*<sup>7</sup>. Esta percepción se acentúa en el contexto educativo en el que los docentes dudan del futuro universitario de las estudiantes musulmanas o “se sorprenden cuando una chica marroquí de barrio recibe una mención honorífica en sus estudios”<sup>8</sup>.

La integración debe ser el objetivo a lograr, pero debemos preguntarnos si el sistema hace lo necesario para tender a ella. La respuesta es un rotundo no a juzgar por el asunto *Najwa Malha*, eje del presente estudio.

## 2. IDEAS FUERZA

### 2.1. LOS FINES Y OBJETIVOS EDUCATIVOS

“El alumnado es el centro y la razón de ser de la educación. El aprendizaje en la escuela debe ir dirigido a formar personas autónomas, críticas, con pensamiento propio. Todos los alumnos y alumnas tienen un sueño, todas las personas jóvenes tienen talento. Nuestras personas y sus talentos son lo más valioso que tenemos como país”. Así comienza el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2013 de 9 de noviembre para la Mejora de la Calidad Educativa, texto modificador de Ley Orgánica 2/2006 de Educación (LOE), que recuerda, a continuación, los objetivos de la educación consagrados en el art. 27.2 de

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido, el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea así como el art. 12 de la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos humanos de 19 de Octubre de 2005, que proclama el respeto a la diversidad cultural, al tiempo que señala que no puede alegarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

<sup>7</sup> Reportaje “Musulmanas y tan españolas como vosotras”, *Yo Dona* de 28 de febrero de 2015. <http://www.elmundo.es/yodona/2015/02/28/54ef5340ca4741216d8b4578.html>. Consulta 14 de febrero de 2016.

<sup>8</sup> *Ibidem*

ISSN 0719-7160

nuestro Texto Fundamental: el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

Siguiendo las directrices de la Unión Europea, que proclama el respeto a la diversidad cultural en el art. 22 de su Carta de Derechos Fundamentales, y que trata de fomentar la educación intercultural de todos los alumnos de la Unión, con el fin de combatir la exclusión socio-cultural y conseguir la integración de los hijos de inmigrantes en los sistemas educativos y en la sociedad europea<sup>9</sup>, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación señala como uno de los fines del sistema educativo español la formación en el respeto de la interculturalidad como elemento enriquecedor de la sociedad (art. 2.1 g.). Es principio educativo relevante la transmisión de valores que favorecen la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia que constituyen la base de la vida en común (art. 1 LOE). Entre los fines de la educación hay que resaltar el pleno desarrollo de la personalidad, la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, la propuesta del ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia y la prevención de conflictos y su resolución pacífica. Se insiste además en la importancia de la preparación del alumnado para el ejercicio de la ciudadanía (art. 2 LOE).

La educación es el mejor instrumento para transformar la diversidad en un factor de entendimiento mutuo que permita el acercamiento entre los individuos, no su separación<sup>10</sup>; es el vehículo idóneo para transmitir y hacer valer políticas interculturales. Pero el espacio escolar es también un banco de pruebas para evaluar la efectividad de tales políticas, porque en él confluyen y coexisten las concepciones culturales y vitales de nacionales y foráneos. De su convivencia armónica, así como de la transmisión de valores que seamos capaces de realizar a través de la educación, va a depender en gran parte el futuro de las sociedades. *Asumir la diversidad en el ámbito escolar es, además de un síntoma de realismo, una obligación institucional y profesional para ensayar el entendimiento precoz entre los chicos y las chicas de distinto origen: la escuela es un sitio donde la gente se debe acostumbrar a convivir en la diferencia, con respeto*<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 21 de Enero de 1993 sobre la diversidad cultural y los problemas de la educación escolar de los hijos de inmigrantes en la Comunidad Europea. Un estudio sobre la educación intercultural en el ámbito comunitario puede verse en CONTRERAS MAZARÍO, J. M<sup>a</sup>, "Derecho a la educación y educación intercultural en el marco de la Unión Europea", *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia 2005, pp. 201 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. SUAREZ PERTIERRA, G., "Educación en valores y multiculturalidad", *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia 2005, p. 439.

<sup>11</sup> ARGIBAY, M. "Debates e interrogantes en el ámbito educativo", *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona 2004, p. 298.

## 2.2. EL PAÑUELO ISLÁMICO COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A MANIFESTAR LA CREENCIA

El *hiyab* es un pañuelo de cabeza que cubre el pelo, el cuello y normalmente las orejas. Puede combinarse con ropa europea o con otras prendas propias de la cultura islámica. Es el más usado por las musulmanas que viven en países occidentales, especialmente las jóvenes, en los que se conoce también como *velo*, *pañuelo* o *foulard*.

Desde una perspectiva religiosa, su uso puede apoyarse en algunos preceptos coránicos dirigidos especialmente a las creyentes<sup>12</sup>. Ahora bien, aunque no está claro que portar el pañuelo venga impuesto por un mandato religioso ni que su utilización se apoye siempre en sentimientos religiosos<sup>13</sup>, en Europa el *hiyab* se asocia a la religión islámica y los problemas producidos respecto a su utilización en espacios públicos se han tratado como una manifestación de la creencia religiosa, de manera que puede afirmarse que portarlo forma parte del derecho de libertad religiosa, en cuanto constituye manifestación de la religión, aunque las razones personales para usarlo puedan ser muy variadas<sup>14</sup>. En este sentido, señala ROSSELL que el *hiyab* se asocia, a veces, con la emergencia de un peligro por el apoyo que supone a movimientos extremistas o fundamentalistas islámicos; en otros casos, se ve como un símbolo de denigración de la mujer y muestra de la desigualdad de género que propugna el Islam; incluso se considera un ejemplo de la ausencia de interés por integrarse en la sociedad de acogida y reafirmar la propia identidad cultural; pero ninguno de tales aspectos debe distraer de su verdadero sentido que es la manifestación de la creencia religiosa por parte de la mujer<sup>15</sup>.

En el plano jurídico, el Comentario Oficial al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona “el uso de prendas de vestir o tocados distintivos” entre los

---

<sup>12</sup> *¡Profeta!, Di a tus esposas, a tus hijas, a las mujeres de los creyentes que se ciñan con los velos. Ese es el modo más sencillo de que sean reconocidas y no sean molestadas. Dios es indulgente, misericordioso (Azora 33, aleya 59). Di a las creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve. ¡Cubran su seno con el velo! (Azora 24, aleya 31).*

<sup>13</sup> Al respecto vid. RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam en España”, *Ius Canonicum*, XLVII, nº 94, 2007, pp. 527-528. También, CAMARERO SUÁREZ, V., *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp.17-18.

<sup>14</sup> Hay mujeres que lo llevan como símbolo de libertad, porque las libera de la tiranía de la belleza en un mundo dominado por la imagen y el físico; otras lo usan como un puro acto de rebeldía frente a ideologías políticas o a imposiciones familiares; también se puede llevar por costumbre, porque es lo que se ha visto en casa desde la infancia; o como factor reivindicativo de las tradiciones; o de solidaridad hacia otros musulmanes como consecuencia del incremento de la islamofobia; y existen también casos en que se usa por obligación, sea legal o familiar (Cfr. FRANCÉS BRUNO, E., *La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español, Alternativas a legislar*, Documento de trabajo 32/2008, Fundación Alternativas, Madrid 2008, p. 13).

<sup>15</sup> Cfr. ROSSELL, J., “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”, en MOTILLA, A. (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid 2009, pp. 201-202.

ISSN 0719-7160

comportamientos incluidos en las facultades propias del derecho de libertad religiosa<sup>16</sup>. En la misma línea, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1743 (2010) sobre *Islam, islamismo e islamofobia*, de 23 de junio de 2010 señala que el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende el derecho de los individuos a elegir libremente portar o no vestimenta religiosa, lo que permite afirmar que el uso del *hiyab* por motivos religiosos es conducta incluida en la esfera de protección del art. 9.1 de dicho Pacto cuando reconoce la libertad de manifestar la religión o las convicciones de manera individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

### 2.3 PARÁMETROS JURÍDICOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

La premisa de partida debe ser que en un sistema de libertades como el español, que cuenta con mecanismos jurídicos suficientes para hacer valer los derechos, denunciar su violación y obtener su reparación, hay que presumir que el uso del pañuelo es el resultado de la libre elección de la mujer, por lo que su prohibición no puede apoyarse en las particulares y subjetivas valoraciones que realizan los terceros sobre el significado que tenga el portarlo. En este sentido, el Tribunal Supremo, a propósito de la presencia del *burka* en la vía pública, ha indicado que nuestra Constitución ha propiciado un marco de libertad en el que la mujer tiene a su disposición medidas adecuadas para optar, en los términos que quiera, por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, así como para reaccionar contra imposiciones de las que pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección del poder público, por lo que no puede partirse del presupuesto implícito o explícito de que la mujer que viste el velo integral en el espacio público no lo hace libremente, sino como consecuencia de coacción externa<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> *La observancia y la práctica de la religión o de las creencias puede incluir no sólo actos ceremoniales, sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos...* (Ap. 4. del Comentario Oficial sobre el art. 18 PIDCP del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 30 de julio de 1993). En aplicación de esta interpretación, en su Dictamen de 18 de enero de 2005, *caso Hudoyberganova c. Uzbekistán*, avala la posición de la reclamante, expulsada de la Universidad por llevar *hiyab* y negarse a quitárselo. El Comité considera que impedir a una persona portar prendas religiosas, en público o en privado, puede constituir una violación del párrafo segundo del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o de adoptar una religión. Recuerda que la libertad de manifestar la religión no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones, pero el Estado Parte no ha invocado ningún motivo específico en razón del cual la restricción impuesta a la actora hubiera sido necesaria (Vid. RELAÑO PASTOR, E. y GARAY, A., "Leyla Sahin contra Turquía y el velo islámico: La apuesta equivocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del TEDH de 10 de noviembre de 2005", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2º semestre 2005, pp. 234-235).

<sup>17</sup> STS de 14 de febrero de 2013, F.J. 10º. RJ/2013/2613.

Señalado esto, es preciso tener en cuenta algunos datos que pueden condicionar la solución jurídica que se adopte<sup>18</sup>. En primer lugar conviene determinar si la portadora del pañuelo es estudiante o profesora; hay también que tener en cuenta el tipo de centro en el que se usa el velo; y por último, hay que aplicar los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional en materia de límites a la libre manifestación de las creencias, que no es un derecho absoluto, sino que debe conjugarse con otros bienes y valores dignos de protección, mediante un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades del caso concreto, estableciendo el alcance del derecho a la vista de la incidencia que su ejercicio puede tener sobre otros derechos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la ley<sup>19</sup>.

Tratándose de alumnas, el principio de laicidad consagrado por el art. 16.3 de la Constitución española no parece argumento suficiente para impedir el uso estudiantil del pañuelo islámico en los colegios públicos. En primer lugar, porque en España la laicidad tiene un sentido abierto o positivo que impide la postura militante o combativa de la laicidad francesa, pues, al mismo tiempo que veda la confusión entre funciones religiosas y estatales, exige a los poderes públicos una actitud promocional del derecho de libertad religiosa mediante la cooperación con las confesiones<sup>20</sup>. En segundo lugar, porque la neutralidad religiosa exigida a todos los poderes públicos e instituciones del Estado, incluidos los centros públicos<sup>21</sup>, tiene como fin garantizar en condiciones de igualdad la libertad religiosa de todos, siendo el presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática<sup>22</sup>. Pero la neutralidad requerida al establecimiento, no puede extenderse a todos y cada uno de sus alumnos, a los que debe permitirse la libre manifestación de sus creencias pues, en otro caso, la laicidad que garantiza la libertad se convierte en opresora de la misma. Éste ha sido el caso de Francia, en el que la laicidad combativa o militante ha culminado en la imposición de una homogeneidad de comportamiento según el modelo predeterminado estatalmente, con el consiguiente sacrificio de la diversidad de creencias y del respeto a las libertades individuales de estudiantes y padres<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. MORENO ANTON, M., "Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, 30 pp.

<sup>19</sup> STC 154/2002, F.J. 7º.

<sup>20</sup> STC 46/2001, F.J. 4º y STC 154/2002, F.J. 6º.

<sup>21</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, *en un sistema jurídico-político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas, y muy especialmente los centros docentes, han de ser ideológicamente neutrales. Esta neutralidad (...) es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente* (STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 9º).

<sup>22</sup> STC 177/1996, F.J. 9º.

<sup>23</sup> Cfr. MOTILLA, A., "El problema del velo islámico en Europa y en España", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XX, 2004, p. 103. Téngase en cuenta, además, que la ley francesa establece una prohibición general que impide tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y aplicar la regla de la proporcionalidad para llegar a una solución justa.



ISSN 0719-7160

Si el centro es privado, la existencia de un ideario, por sí sola, no debe ser obstáculo para impedir el uso del pañuelo, que no debe interpretarse como un ataque al carácter propio del colegio, sino como el ejercicio de una opción personal, indicativa exclusivamente de las creencias de quien lo porta, quien, por otra parte, tiene derecho a que se respeten su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales<sup>24</sup>.

Tampoco parece que la utilización del velo transgreda los límites de la libertad religiosa. Llevarlo a clase no supone alteración de la salud, la moral o la seguridad públicas que son los elementos del orden público protegido por la ley. El mero temor a que se generalice su uso con fines desestabilizadores del sistema, no es suficiente para impedir el ejercicio del derecho porque el orden público no puede usarse como una cláusula abierta de carácter cautelar o preventivo para evitar futuros conflictos, salvo en supuestos excepcionales en los que se acrediten debidamente los riesgos para los elementos que lo integran y se adopte una medida adecuada al fin perseguido<sup>25</sup>. Y la posible afectación de la libertad religiosa negativa de los demás alumnos, consistente en el derecho a no tener, no manifestarse, no actuar en materia religiosa y no sufrir los actos de proselitismo ajeno<sup>26</sup>, decae si se piensa que portar una prenda con significación religiosa es una conducta externa meramente pasiva, que indica la opción personal de quien lo lleva, pero que no puede entenderse como injerencia en la libertad de los terceros, si no se acompaña de actitudes, conductas o actos indicativos del propósito de influir en ellos. Otra interpretación supone el sacrificio injustificado de una libertad en aras de la presumible protección de otra, lo cual en absoluto resulta proporcionado, y además lleva de hecho a la negación del pluralismo, que es valor superior de nuestro Ordenamiento<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> A juicio de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, el perjuicio ocasionado al ideario por el hecho de que unas cuantas niñas acudan a clase con el velo islámico sería irrelevante o mínimo para justificar el sacrificio del derecho a la vertiente externa de la libertad religiosa (Cfr. "Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores", en POMED SÁNCHEZ, I. y VELASCO CABALLERO, F. (Eds), *Ciudadanía e inmigración*, Zaragoza 2003, p. 221). Si los Reglamentos internos del centro prevén uniformes obligatorios para los alumnos, se puede llegar a una solución de compromiso que, por ejemplo, imponga el uniforme y a la vez permita el uso del pañuelo, porque, como dice MOTILLA, la flexibilidad y el diálogo son criterios aconsejables para evitar tensiones sociales (Cfr. "El problema del velo islámico en Europa y en España" ..., cit., p. 108).

<sup>25</sup> STC 46/2001, F.J. 11º.

<sup>26</sup> STC 141/2000, F.J. 4º y 5º.

<sup>27</sup> A juicio de ALENDA SALINAS el conflicto entre la libertad de creencias negativa y la libertad positiva de usar una prenda religiosa se produce entre bienes de igual valor y no puede resolverse con el sacrificio completo de uno de ellos, por lo que no tiene amparo constitucional prohibir el uso del velo islámico apoyándose únicamente en la libertad religiosa negativa de los terceros (Cfr. "La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 9, 2005, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), p. 10).

Distinto tratamiento debe merecer la utilización del velo islámico por docentes, sean de centros públicos o privados<sup>28</sup>. En defensa de su uso por profesoras de colegios públicos se alega el carácter abierto y plural de la enseñanza, que no puede transmitir la idea de una sociedad cerrada; el significado de la laicidad abierta o positiva, que impide desterrar las manifestaciones religiosas al ámbito privado; o la inocuidad que supone para la neutralidad el uso de un signo que sólo indica la pertenencia religiosa de quién lo lleva, sin prejuzgar el carácter del centro en el que desempeña su actividad<sup>29</sup>. *Ad abundantiam*, se dice que garantizar la libertad individual y abrir la escuela a la pluralidad de creencias, incluidas las islámicas, es el reto de una sociedad que pretenda ser tolerante y abierta<sup>30</sup>.

Ahora bien, aunque ciertamente la neutralidad se predica de la institución y no de las personas que la integran, si se considera que el profesor es un miembro representativo de la comunidad educativa, se le debe exigir una conducta personal acorde con los principios rectores de la institución a la que representa, lo que conlleva discreción en los atuendos indicativos de su ideología, religión o creencias<sup>31</sup>. Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional cuando dice que la neutralidad de los centros públicos prohíbe a los docentes cualquier forma de adoctrinamiento ideológico a los alumnos, como única actitud compatible con el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos<sup>32</sup>. Entiendo que el juego conjunto de la neutralidad de los colegios públicos y la prohibición de adoctrinamiento ideológico como garantía del derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos, justificarían la prohibición a los profesores de portar prendas expresivas de pertenecer a una determinada religión.

En los centros privados definidos ideológicamente, sean o no concertados, la libertad del profesor debe cohonestarse con la libertad del colegio para mantener y defender el ideario. El profesor no está obligado a hacer propaganda o apología del mismo, pero sí a tener una actitud de respeto y no de ataque<sup>33</sup>, que se concreta en el deber de discreción, de consideración y de reserva que ha de informar su labor cuando no se sienta

---

<sup>28</sup> Un amplio análisis del supuesto puede verse en ALÁEZ CORRAL, B., "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, 2003, pp. 112 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, "Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores...", cit., p. 220.

<sup>30</sup> Cfr. MOTILLA, A., "El problema del velo islámico en Europa y en España...", cit., p. 115

<sup>31</sup> La utilización de prendas religiosas por profesores se enmarca dentro de la actividad de la enseñanza, que es una actividad pública, en el sentido de que se ejerce en el seno de las Administraciones públicas, y en dicha medida es una actividad revestida de *imperium* que debe caracterizarse por la nota de la neutralidad (Cfr. ALENDA SALINAS, M., "La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas...", cit., p. 25).

<sup>32</sup> *La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (.....) impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renunciar a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre, o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita* (STC 5/1981 de 13 de Febrero, F.J. 9º).

<sup>33</sup> STC 5/1981 de 13 de Febrero, F.J. 10º.

ISSN 0719-7160

identificado con el ideario<sup>34</sup>. Así definido, este deber de respeto comporta, a mi juicio, la abstención del uso de prendas indicativas de una creencia religiosa contradictoria o no compatible con el ideario del colegio.

### 3. LA RESPUESTA DEL SISTEMA EN EL CASO NAJWA MALHA

*Najwa Malha* es una estudiante española de origen marroquí que cursa 4º de Educación Secundaria Obligatoria en el Instituto de Educación Secundaria (IES) “Camilo José Cela” de Pozuelo de Alarcón (Madrid), centro docente público en el que está escolarizada desde 2005. Es una chica normal, a juicio de sus amigas, usa maquillaje, pantalón corto, lleva el pelo suelto... Pero en marzo de 2010 decide utilizar *hiyab* como forma de expresión de su creencia religiosa y asiste a clase portando la prenda. El artículo 32.4 del Reglamento de Régimen Interior del centro prohíbe el acceso al edificio con gorras u otras prendas que cubran la cabeza. En base a dicha norma y ante la negativa de *Najwa* a quitarse el pañuelo, la dirección del Instituto le impide el acceso a su aula, de manera que es apartada de su clase y confinada en la sala de visitas del establecimiento, situación que se prolonga durante tres semanas.

Tras la polvareda mediática que se genera cuando el caso sale a la luz, el Consejo escolar, integrado por representantes de todos los estamentos de la comunidad educativa, es convocado para decidir sobre la posible modificación del Reglamento de convivencia. De sus diecisiete miembros, quince votan a favor de mantener la prohibición de usar prendas que tapen la cabeza, ratificando así la tomada previamente por el claustro de profesores<sup>35</sup>.

La familia de *Najwa* solicita entonces la baja en el IES “Camilo José Cela” y su escolarización en otro centro, a lo que accede la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid que, inicialmente, la adscribe al IES “San Juan de la Cruz”, ubicado a unos 500 metros del anterior. Sin embargo, el director de este centro convoca con carácter urgente al Consejo escolar que, *in extremis*, modifica su Reglamento de convivencia a fin de impedir el acceso al instituto con la cabeza cubierta<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Voto particular del Magistrado Francisco Tomás y Valiente a la STC 5/1981 de 13 de Febrero, motivación jurídica 16ª.

<sup>35</sup> “Nada de correr un tupido velo: Nawja cambia de colegio”, *Diario ABC* del miércoles 21 de abril de 2010, Enfoque, p. 5.

<sup>36</sup> <http://www.forumlibertas.com/najwa-quiere-volver-a-su-instituto-y-con-su-hiyab-sus-padres-presentan-un-recurso-contrala-comunidad-de-madrid/> (consulta 18 de marzo de 2016).

Finalmente la menor es escolarizada en el IES “Gerardo Diego”, también de Pozuelo de Alarcón, cuyo Reglamento interno de convivencia no prohíbe el uso de prendas que tapen la cabeza.

### 3.1 LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA

El art. 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación reconoce la autonomía de los centros docentes para aprobar normas de organización y funcionamiento del centro. En su virtud, el Instituto de Educación Secundaria “Camilo José Cela”, en el que está escolarizada *Najwa*, tiene un Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Consejo escolar con fecha 30 de octubre de 2007, cuyo art. 15 reconoce como derechos de los alumnos el respeto a su identidad, integridad y dignidad morales, así como a su libertad de conciencia, convicciones religiosas y convicciones morales de acuerdo con la Constitución. En el apartado 4 de su art. 32 sobre “Normas de conducta” se dispone que *los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, 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*<sup>37</sup>. La infracción de las normas de conducta se califica como falta leve, que debe ser corregida de manera inmediata mediante amonestación verbal o por escrito. Las amonestaciones escritas deberán ser devueltas al profesor tutor tras su firma por los padres (arts. 35 y 45 del Reglamento).

En base a la normativa expuesta, la conducta de la alumna que asiste a clase con *hiyab* es calificada y sancionada como falta leve por todos los órganos competentes del Instituto, incluido su Consejo escolar, sanción confirmada por Resolución del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid de 20 de agosto de 2010, por la que se resuelve el recurso administrativo de alzada planteado por la familia de la estudiante<sup>38</sup>.

La respuesta administrativa ante la conducta de *Najwa* plantea dos interrogantes, uno de tipo material y el otro de tipo técnico-jurídico. La primera duda que surge es si realmente la estudiante fue castigada solo con una amonestación, sanción legalmente prevista para su conducta. A la vista de los hechos, la respuesta debe ser negativa pues *Najwa* estuvo 20 días yendo al colegio, pero sin posibilidad de asistir a las clases, limitándose a “estar”

---

<sup>37</sup> En palabras del director del centro, la finalidad de la norma era prohibir a los alumnos varones vestir a la moda con gorras que les cubrieran la cabeza y las orejas, escondiendo los cascos para escuchar música y no prestar atención a las clases (<http://www.forumlibertas.com/najwa-quiere-volver-a-su-instituto-y-con-su-hiyab-sus-padres-presentan-un-recurso-contra-la-comunidad-de-madrid/> consultado el 18 de marzo de 2016).

<sup>38</sup> Por no deponer su actitud de cubrir la cabeza con el pañuelo islámico a la alumna se le impusieron las siguientes sanciones: seis apercibimientos entregados entre los días 7 a 16 de abril y otros dos que la estudiante no llegó a conocer porque no se le habían podido entregar. Uno de los apercibimientos fue notificado por escrito al padre de la menor y lo devolvió firmado al centro, manifestando su disconformidad y adjuntando un escrito en el que se invocaba el derecho de libertad religiosa de su hija y se solicitaba su readmisión a clase pues en cinco años su conducta no había merecido ningún comentario negativo (Relato fáctico extraído del voto particular que formula la magistrada *Francisca M<sup>ª</sup> Rosán Carrión* a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 129/2013, de 8 de febrero de 2013).

ISSN 0719-7160

en una sala hasta el cumplimiento del horario lectivo. En este sentido, parece que el IES “Camilo José Cela” se olvidó durante todo ese tiempo del derecho a la educación de la estudiante, no teniendo en cuenta su supremo interés, principio rector de cualquier actuación que afecte al menor de edad y que resulta vinculante para todos los que tengan contacto con él, sean individuos, entidades o poderes públicos<sup>39</sup>. El claustro de profesores, la dirección del centro y el consejo escolar estuvieron poco atentos a derechos básicos de la menor y a su interés prevalente, pues le impidieron el ejercicio efectivo de su derecho a la educación, al apartarla de las clases y recluirla en la sala de visitas durante nada menos que tres semanas.

Mención aparte merece el comportamiento del IES “San Juan de la Cruz”, segundo centro en el que estaba prevista la escolarización de la menor, que decide la víspera cambiar el Reglamento incluyendo una norma prohibitiva de entrada en el edificio con la cabeza cubierta. Esta postura resulta inadmisibles y dice muy poco de establecimientos docentes y responsables educativos que deberían ser los primeros en predicar con el ejemplo, pues su actuación resulta muy poco acorde con los objetivos y fines de la educación que están obligados a conseguir, entre los que, recordemos, se halla el respeto a la interculturalidad, así como con la transmisión de los valores de la tolerancia y de la libertad, en un marco democrático de convivencia, que son también objetivos proclamados por las normas educativas. ¡Bonita forma de preparar al alumnado para el ejercicio de la ciudadanía, que se halla también entre los fines de la educación!

Desde un punto de vista técnico-jurídico, hay que plantearse si un centro docente tiene competencia para limitar derechos fundamentales como el de la libre manifestación de la creencia y si un Reglamento de Régimen interno es instrumento jurídico válido para hacerlo. El Tribunal Supremo, a propósito de la competencia de los ayuntamientos para restringir derechos fundamentales a través de ordenanzas municipales<sup>40</sup>, ha señalado que la regulación del contenido esencial de un derecho fundamental está reservado a la

---

<sup>39</sup> El interés superior del menor se configura como un derecho sustantivo del mismo a que sean evaluados sus mejores intereses a la hora de adoptar medidas que le conciernan; como un principio general de carácter interpretativo a la hora de optar por aquella interpretación normativa que mejor responda a los intereses del menor; y como una norma de procedimiento a fin de asegurar el respeto completo a sus derechos y desarrollo integral (Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Desde estas premisas, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor dispone que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el privado. El citado interés debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones públicas o privadas, los tribunales o los órganos legislativos. Entre los criterios para interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor, el precepto señala “la preservación de su identidad, cultura, religión o convicciones” (art. 2.2 d.).

<sup>40</sup> STS de 14 de febrero de 2013, RJ/2013/2613. En ella se resuelve el recurso por el que se impugnan distintos preceptos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia de la ciudad de Lérida de 8 de octubre de 2010, en los que se establece la prohibición de usar velo integral en los espacios o locales destinados al uso o servicio público.

regulación de la Ley, entendiendo el término en sentido formal como norma emanada del poder legislativo, porque así lo dispone el art. 53 de la Constitución, de modo que sólo en lo que no sea contenido esencial puede quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la Ley. Cuando el art. 53 de la Constitución dispone que *solo por ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, se podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades*, está reservando a la Ley todo el ejercicio del derecho fundamental, que no puede ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal (F.J. 7º). Recuerda a tal efecto la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *la Constitución ha querido que la Ley, y solo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental*<sup>41</sup>, para concluir que la esencialidad de la Ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa, resulta inequívoca en nuestro marco constitucional sin que pueda sustituirse por las posibilidades normadoras de las ordenanzas municipales (F.J. 9º).

Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, hay que concluir que ni un instituto público tiene competencia alguna para limitar el derecho de libertad religiosa, ni un Reglamento de convivencia es medio normativo adecuado para hacerlo pues, como concluye el Tribunal Supremo a propósito de la prohibición del *burka* en el espacio público del municipio de Lérida, *sin una ley previa con base a la que pueda limitarse el ejercicio de la libertad del art. 16 de la Constitución, hay que concluir en la ilegalidad de la prohibición por vulneración del derecho de libertad religiosa* (F.J. 13º).

Sin embargo, algunos consideran que las limitaciones contenidas en los Reglamentos de los centros escolares públicos se pueden justificar formalmente en base a los deberes impuestos por la legislación educativa a los alumnos, de forma que la Ley Orgánica del Derecho a la Educación podría ser una cobertura legal mínima que permitiría a la normativa interna de los centros docentes concretar con detalle tales deberes<sup>42</sup>, sin que hubiera que presumir automáticamente que toda norma de régimen interno es un límite absoluto por sí mismo a derechos fundamentales de los educandos<sup>43</sup>. Aunque, a continuación, también se indica que las concreciones reglamentarias sobre los límites constitucional y legalmente establecidos a los derechos fundamentales de los alumnos,

---

<sup>41</sup> Vid. SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F.J. 6º; 18/1999, de 22 de febrero, F.J. 2º; 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 11º.

<sup>42</sup> El art. 6.4 de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación (LODE) contempla entre los deberes básicos de los alumnos: b) participar en las actividades formativas; c) seguir las directrices del profesorado; e) participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar; f) respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa; g) respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo.

<sup>43</sup> Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., "Símbolos religiosos y ejercicio de los derechos fundamentales en los espacios públicos", en REQUEJO, P. (Coord.) *Derechos y espacio público*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2013, pp. 147-148.

ISSN 0719-7160

deben tener una conexión racional con las finalidades constitucionalmente legítimas previstas por la legislación educativa, e igualmente, su aplicación en el caso concreto por las autoridades educativas o por los tribunales debe estar guiada por esta exigencia de la reserva de ley, además de por el principio de proporcionalidad y por el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales limitados<sup>44</sup>. Desde mi punto de vista, la formulación concreta de los deberes básicos de los alumnos realizada por la legislación educativa, no sólo no permite dar cobertura a la limitación de derechos fundamentales por parte de las normas de convivencia de los centros docentes, sino que, de manera implícita, obliga a que tales derechos sean respetados por toda la comunidad educativa y, en este sentido, hay que citar el artículo 6.4 f) de la LODE, que recoge el deber de respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa. Por otra parte, el hecho de que sea un deber del alumnado respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro (art. 6.4 g. LODE), en ningún caso puede servir de base para otorgar a dichas normas capacidad limitadora de derechos fundamentales.

Puede afirmarse también que la norma reglamentaria que prohíbe llevar la cabeza tapada en el interior del instituto es, en realidad, una norma general que no está dirigida a limitar el derecho de libertad religiosa, pero también es verdad que su aplicación por parte de los órganos correspondientes de la comunidad educativa sí que produce una limitación a un derecho fundamental que no está prevista por ley, generando así una grave lesión a la libertad religiosa de la estudiante<sup>45</sup>, ante lo cual caben dos opciones: o bien modificar la norma de convivencia, introduciendo cautelas que impidan la limitación de derechos fundamentales; o bien realizar una aplicación flexible de dicha norma, a fin de adaptarla a situaciones particulares en las que pueden verse afectados bienes jurídicos especialmente merecedores de protección, como los derechos básicos del alumnado.

### 3.2 LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE INSTANCIA

Los padres de *Najwa* impugnan ante los tribunales la resolución de las autoridades administrativas que confirman la sanción impuesta a la estudiante por el IES “Camilo José Cela”, mediante la presentación de un recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid en el que se alega vulneración del art. 10.1 de la Constitución, que consagra a la dignidad humana como fundamento del orden político y

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> En opinión de NARANJO DE LA CRUZ, si se admite que portar el pañuelo comporta el ejercicio de un derecho fundamental, la aplicación de la norma general sancionadora no puede ser vista más que como un límite al mismo, pues de su aplicación resulta la privación de protección a parte del contenido delimitado por él (Cfr. “La prohibición del uso del hiyab en los centros escolares públicos. Análisis desde el Derecho Constitucional español”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 9, 2011, p. 286).

la paz social, así como del art. 16.1 de nuestra Carta Magna que proclama el derecho a la libertad religiosa. El recurso es resuelto mediante sentencia de 25 de enero de 2012.

La resolución judicial no considera vulnerado el principio de dignidad personal por el mero hecho de prohibir a la alumna acudir a clase con la cabeza cubierta porque se trata de una norma de convivencia sobre la indumentaria que se aplica por igual a todos los alumnos, va dirigida a regular la convivencia en el centro docente y tiene como fin evitar distracciones a los compañeros<sup>46</sup>. Al juzgador de instancia le “resulta bastante curioso que la alumna se vistió con normalidad desde el primer curso de ESO, en septiembre de 2005, esto es, cumpliendo las normas internas del centro y en el mes de febrero de 2010, esto es, más de cuatro años después decidió acudir al instituto llevando el velo islámico, lo cual resulta bastante incomprensible” (F.J.3º). Quizá lo verdaderamente incomprensible es el presunto desconocimiento por el operador jurídico de la doble vertiente que tiene la dimensión externa de la libertad religiosa, que faculta a su titular para tener, vivir, manifestar y practicar su creencia (vertiente positiva), pero también para no tener, no vivir, no practicar, no manifestar dicha creencia (vertiente negativa) y en este sentido hay que recordar el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, que incluye entre las facultades que conforman su contenido esencial profesar las creencias libremente elegidas o no profesar ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que se tiene, “manifestar libremente” la propia creencia o “abstenerse” de hacerlo. La decisión sobre cuándo, cómo y dónde se ejerce un derecho fundamental corresponde exclusivamente a su titular siempre que se utilice el marco legalmente previsto, siendo inane la emisión de juicios de valor que nada aportan al caso, salvo la extemporánea y velada crítica de un juzgador a conductas que son lícitas y legítimas.

A la hora de analizar la posible vulneración de la libertad religiosa de la estudiante, la sentencia del juez de lo contencioso-administrativo se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que considera ajustada al Convenio de Roma la prohibición del velo islámico en el ámbito educativo si la medida está prevista en la ley y es necesaria 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 y libertades de los demás<sup>47</sup>. En aplicación de esta doctrina, se concluye que la decisión del centro de prohibir el empleo del velo islámico a la alumna cumple con las exigencias de protección de los derechos humanos y constituye una medida necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y el orden público (F.J. 4º).

La resolución reconoce que no existe una ley que regule con carácter específico esta materia, pero que la medida prohibitiva de uso del pañuelo islámico está prevista en el

---

<sup>46</sup> Sentencia nº 35/2012, de 25 de enero de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid, F.J. 2º.

<sup>47</sup> Sobre la jurisprudencia europea acerca del pañuelo islámico puede verse MORENO ANTÓN, M., “Los recelos de Europa ante la realidad multicultural: hiyab y TEDH”, *Derecho y Religión*, vol. IX, 2014, pp. 169-204.



ISSN 0719-7160

art. 32 del Reglamento de Régimen Interior del colegio de 30 de octubre de 2007 y es legítima en base a la autonomía normativa y organizativa que confiere a los centros el art. 120.2 de la Ley Orgánica de Educación 2/2006 (F. J. 4º). Sin embargo, si el recurso hubiera llegado ante el Tribunal Supremo, probablemente este razonamiento hubiera quedado invalidado por aplicación de la doctrina jurisprudencial antes mencionada, según la cual la Constitución ha querido que la Ley, y solo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental, entendiéndose el término en un sentido formal, como norma emanada de las Cortes Generales<sup>48</sup>.

La sentencia de instancia considera también que la injerencia en el derecho de libertad religiosa es admisible si es necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y el orden público. Respecto a la protección del orden público, se dice que la laicidad es un valor constitucional que forma parte del mismo porque se vincula con la protección de los valores democráticos y cuya defensa es primordial, particularmente en los centros públicos, por lo que cualquier actitud que no respete este principio no puede ser admitida como parte de la libertad de manifestar la religión (F.J. 4º). Y Con relación a los derechos de los demás, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal de Estrasburgo, se califica al *hiyab* como “un símbolo religioso fuerte, capaz de ejercer un efecto proselitista impropio y elemento difícil de conciliar con el principio de igualdad de género” (F.J. 5º).

¿Asistir a clase portando el pañuelo islámico afecta al principio de laicidad? Para responder a esta cuestión hay que determinar previamente el significado que el principio tiene en nuestro Ordenamiento. La laicidad conlleva la autonomía e independencia del Estado y las confesiones, de manera que deben distinguirse las funciones políticas propias del Estado, de las religiosas que son propias de las confesiones. Es clara al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional: *la laicidad impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, y al mismo tiempo, veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales*<sup>49</sup>. De la laicidad forma parte la neutralidad que equivale a imparcialidad y equidistancia del Estado respecto a las concepciones religiosas. Separación y neutralidad como componentes de la laicidad, son deberes inexcusables de los poderes públicos, pero no de los ciudadanos, cuyo derecho a manifestar las creencias en el espacio público en condiciones de igualdad, viene precisamente garantizado por el principio de laicidad, que en España no puede entenderse como neutralización de lo

---

<sup>48</sup> En esta misma línea, se considera que hay clara vulneración de la reserva de ley orgánica establecida constitucionalmente para fijar los límites a derechos fundamentales cuando se deja a la decisión del reglamento interno de un centro escolar la vigencia en éste de una determinada manifestación de un derecho fundamental (Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, R., “La prohibición del uso del *hiyab* en los centros escolares públicos. Análisis desde el Derecho Constitucional español” ..., cit. p. 298).

<sup>49</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo de 1982, F.J. 1º.

religioso o como cierre del espacio público a las manifestaciones de religiosidad, al estilo de la laicidad francesa, porque el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias religiosas no puedan ser objeto de protección. El mismo art. 16.3 de la Constitución, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, dice también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, lo que permite calificar la laicidad del Estado español como *laicidad positiva, abierta o plural*, que permite a los poderes públicos considerar el componente religioso perceptible en la sociedad y mantener una actitud positiva respecto al ejercicio de la libertad religiosa en sus plurales manifestaciones<sup>50</sup>. Por eso, se dice que el verdadero papel de la laicidad positiva no es actuar como límite al ejercicio de la religión, sino todo lo contrario, garantizar que los individuos y las confesiones puedan ejercer su libertad religiosa en las mismas condiciones, sin interferencias por parte de los poderes públicos<sup>51</sup>.

Desde estas premisas, no parece defendible que la laicidad positiva sea un límite legítimo al ejercicio del derecho de la estudiante a manifestar su creencia mediante el uso del *hiyab*. Estamos ante un principio garante del ejercicio efectivo y paritario de un derecho y ante una ciudadana que no tiene obligación alguna de ser neutral porque no representa a una institución o poder públicos.

Veamos ahora las consideraciones de la sentencia con respecto a los derechos de los demás. En realidad, la resolución no aporta un solo dato en el que apoyar la posible lesión de derechos ajenos por el uso del pañuelo islámico en el instituto, limitándose a valorar el símbolo como “fuerte”, “capaz de ejercer un efecto proselitista impropio” y “difícil de conciliar con la igualdad de género”, utilizando los términos manejados por el TEDH<sup>52</sup>.

El juzgador de instancia no tiene en cuenta una sola de las muchas matizaciones que doctrinalmente ha recibido la valoración de la Corte Europea sobre una simple prenda de vestir. Respecto a su calificación como signo exterior fuerte y el tipo de mensaje que transmite, que arranca de *Dahlab* y se mantiene en decisiones posteriores, se ha considerado que el Tribunal Europeo prejuzga el símbolo y le atribuye una presunción de lesividad en sí mismo, lo que tiene como efecto desorbitado considerar que el mero hecho de portarlo condiciona psicológicamente, influye en la libertad religiosa de los demás y ejerce presión sobre las creencias de otros, aún sin ir acompañado de otros

---

<sup>50</sup> STC 46/2001 de 15 de febrero, F.J. 4º. También STC 154/2002, de 18 de julio, F.J. 6º y STC 101/2004, de 2 de junio, F.J. 3º.

<sup>51</sup> Vid. NAVARRO VALLS, R., “Neutralidad activa y laicidad positiva. (Observaciones a “Para una interpretación laica de la Constitución”, del profesor A. Ruiz Miguel)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 18, 2008, pp. 14-15, [www.iustel.com](http://www.iustel.com). También, CAÑAMARES ARRIBAS, S., “¿Es delito creer? Hacia una laicidad positiva”, *Agencia de noticias Zenit*, 24 de febrero de 2013 en *Diario del Derecho de Iustel* de 25 de febrero de 2013, RI §1110173, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>52</sup> Entre otras, Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 42393/98, de 15 de febrero de 2001, caso *Dahlab c. Suiza*. Sentencia de la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005, asunto *Leyla Sahin c. Turquía*. Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 5500/01, de 24 de enero de 2006, caso *Kurtulmus c. Turquía*. Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 26625/02, de 24 de enero de 2006, caso *Kose y otros c. Turquía*. Sentencias de 4 de diciembre de 2008, casos *Kervanci c. Francia* y *Dogru c. Francia*.

ISSN 0719-7160

comportamientos o conductas<sup>53</sup>. Respecto a su valoración como signo impuesto a la mujer, que simboliza su desigualdad con respecto al varón, se ha estimado que no corresponde al TEDH realizar una apreciación de tal tenor, como tampoco le corresponde interpretar, de manera general y abstracta, el sentido de portar el pañuelo, imponiendo su punto de vista a una mujer adulta, que decide llevarlo libremente, e incurriendo así en un paternalismo que se contradice con su propia construcción jurisprudencial de un verdadero derecho a la autonomía personal sobre la base del art. 8 del Convenio<sup>54</sup>. E igualmente se le reprocha su actitud contradictoria, al tratar de proteger los derechos de la mujer sin contar con su libertad y autonomía y mediante la restricción de su derecho individual a manifestar la religión<sup>55</sup>. En este punto, el Tribunal Europeo parece rectificar en la sentencia que resuelve la adecuación al Convenio Europeo de Derechos Humanos de la ley francesa que prohíbe el uso del *burka* en espacios públicos<sup>56</sup>. Frente a la alegación del gobierno francés de que la prohibición persigue un fin legítimo, en la medida en que trata de proteger la igualdad entre hombres y mujeres y el necesario respeto a la dignidad humana, la Corte de Estrasburgo declara que la igualdad de género es un reto fundamental para los Estados miembros y puede justificar injerencias en ciertos derechos y libertades, pero un Estado no puede invocarla para prohibir una práctica que es defendida por las propias mujeres que la observan, en ejercicio de su libertad y sin estar sometidas a coacción (§ 119). De igual forma, la dignidad no puede justificar una prohibición general de usar velo integral en espacios públicos, aunque cause extrañeza o impacto en los terceros, porque se trata de una expresión de la propia identidad cultural que contribuye al pluralismo inherente en democracia y no hay prueba de que quienes visten dichas prendas pretendan atentar contra la dignidad ajena (§ 120)<sup>57</sup>.

### 3.3 LA APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo que desestima el recurso interpuesto por los padres de *Najwa*, se interpone recurso de apelación ante el

---

<sup>53</sup> Cfr. TURCHI, “Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo”, *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, nº 29/2012, p. 4, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it). En el mismo sentido MOTILLA, A., “El problema del velo islámico en Europa y en España”....., cit., p. 115.

<sup>54</sup> Opinión disidente de la juez *Tulkens* a la sentencia de la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005, *asunto Leyla Sahin c. Turquía*, Apartados 11 y 12.

<sup>55</sup> Cfr. RELAÑO PASTOR, E. y GARAY, A., “Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 12, 2006, p. 24, [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

<sup>56</sup> Sentencia de la Gran Sala de 1 de julio de 2014, asunto S.A.S. c. *Francia*

<sup>57</sup> Sobre esta resolución vid. HERRERA CEBALLOS, E., “La prohibición del velo integral en espacio públicos: la sentencia del TEDH (Gran Sala) en el asunto S.A.S. contra Francia, de 1 de julio de 2014”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36, 2014, 17 pp.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), que es rechazado por la sentencia 129/2013, de 8 de febrero de 2013.

Desgraciadamente, el TSJM no entra en el fondo del asunto, limitándose a analizar una cuestión procedimental: la posible inadmisión del recurso por razón de la cuantía.

El Tribunal de apelación no realiza valoración alguna sobre la posible vulneración del derecho de libertad religiosa de la menor por no dejarle usar el pañuelo islámico en el instituto y se centra en determinar si la cuantía del asunto llega a la cantidad legalmente prevista para recurrir en apelación. La base legal de la cuestión es el art. 81.1. a) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que niega la posibilidad de apelar las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo cuando se hubieran dictado en asuntos cuya cuantía no sea superior a los 30.000 euros. Esta “*summa graviminis*” establecida por la Ley Jurisdiccional, impide el acceso a la segunda instancia de asuntos considerados de menor entidad económica. Tampoco tienen acceso a la apelación aquellas pretensiones en las que se tenga certeza de que la cuantía, aún no estando perfectamente determinada, en ningún caso puede alcanzar dicha cifra. Y en el caso de sanciones consistentes en la suspensión o privación de derechos, si existe una posibilidad razonable de establecer una valoración económica, debe fijarse la cuantía del recurso con arreglo a ella (F.J. 3º y 4º).

El Tribunal Superior de Justicia aplica estas previsiones legales al caso de *Najwa Malha* y llega a las siguientes conclusiones (F.J. 4º):

- En base a los arts. 32 y 35 del Reglamento de Régimen Interior del establecimiento docente, la estudiante es castigada por la comisión de una falta leve, que comporta la sanción de amonestación o apercibimiento.
- Las sanciones leves por incumplimiento de las normas de convivencia del centro docente tienen carácter admonitorio, no aflictivo desde el punto de vista económico.
- El apercibimiento tiene naturaleza simbólica o de mera advertencia, pero no tiene contenido económico.
- La sanción de apercibimiento no es que no sea susceptible de valoración económica, es que carece de ella siendo de cuantía inapreciable. Se trata de un reproche ínfimo, que no lleva aparejada sanción pecuniaria.
- En base a lo expuesto, el asunto debe incardinarse en el procedimiento en única instancia, sin posibilidad de acceder a una segunda, atendiendo a la “*summa graviminis*” fijada por el legislador para poder apelar. En consecuencia se declara inadmisibile el recurso de apelación sin imposición de costas.

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrado *Francisca M<sup>ª</sup> Rosas Carrión* cuyo epicentro es que la demanda de los padres de la estudiante

ISSN 0719-7160

musulmana no tiene por causa de pedir unos hechos y un interés meramente académico, sino la defensa de la libertad religiosa de su hija menor de edad, derecho que de ninguna manera puede valorarse económicamente, por lo que no existe una posibilidad razonable para fijar la cuantía de la pretensión. Se razona que la petición de los recurrentes no es la mera anulación de la sanción de apercibimiento, sino *su anulación por vulneración del derecho de libertad religiosa de la menor Najwa Malha*, por lo que la sanción impuesta a la alumna no puede calificarse de “simbólica o de mera advertencia” y el reproche a su conducta tampoco ha sido “ínfimo” porque dicha sanción no ha sido por una conducta académica asimilable a llevar una gorra en el interior del instituto, *sino por una manifestación de su libertad religiosa*, con lo que ha quedado comprometida su conciencia. Por tales razones, la magistrada no comparte la tesis del Tribunal sobre la cuantía del caso, entiende que no es un asunto de menor entidad y que la pretensión concreta del recurrente no es evaluable económicamente, razón por la cual debió admitirse el recurso de apelación y entrar en el fondo del mismo.

En mi opinión, la argumentación de la Magistrado-juez es irreprochable porque resulta sorprendente que una pretensión cuya esencia es obtener la reparación de una presunta lesión de un derecho fundamental se califique de “menor entidad” o de “cuantía inferior a 30.000 euros”, con el perverso efecto de impedir su acceso a la segunda instancia judicial y la obtención, en su caso, de la reparación del derecho presuntamente violado.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

*Najwa* es estudiante de origen marroquí y creencia islámica que reside en España. Su caso tiene perfecto encaje en un contexto multicultural, término descriptivo que designa la diversidad cultural y axiológica presente en una misma sociedad, generada por la presencia de códigos culturales distintos, apoyados en valores y principios diferentes a los de la sociedad en la que se insertan<sup>58</sup>. Por eso, los parámetros a utilizar para su solución deben conectarse con los modelos de gestión de la diversidad cultural. Y en este

---

<sup>58</sup> El fenómeno multicultural viene provocado por la inmigración, por la inserción en la sociedad de grupos humanos procedentes de otros países y medios culturales con el fin de mejorar sus condiciones de vida personales y familiares. Se instalan con su particular forma de vida, sus propias creencias religiosas e ideológicas y sus pautas culturales que, con frecuencia, chocan con los principios y valores imperantes en el territorio al que acceden. La multiculturalidad se acrecienta con la inmigración porque aparecen en la sociedad nuevas pautas culturales, familiares, otras tradiciones, otras instituciones que quieren verse reconocidas en la sociedad de acogida. El tema no es nada fácil cuando la cultura, el tipo de vida y las normas ético- jurídicas de aquellas comunidades no son compatibles con los valores y principios de los Estados democráticos que las reciben, que, si bien, consideran al pluralismo como un valor de su Ordenamiento, también proclaman la libertad, la justicia y la igualdad como valores irrenunciables de sus Ordenamientos, en los cuales deben sustentarse todas las normas jurídicas que rigen la vida de sus ciudadanos (v. g. art. 1 Constitución Española).

sentido, el uso de una “inocente prenda” por parte de niñas y mujeres se ha convertido en un elemento clave de la polémica que suscitan las fórmulas de integración de los musulmanes en los países europeos, en un microcosmos donde se reflejan las tensiones y contradicciones de la sociedad multicultural<sup>59</sup>.

Desde estas premisas, la valoración del caso *Najwa Malha* debe realizarse utilizando los criterios base del Estado español para afrontar la diversidad, criterios tendentes a integrar la las diferencias culturales, pero con el límite de respetar los derechos humanos, valores universales, innegociables e inderogables, que se sitúan por encima de cualquier cultura. Así se desprende del art. 3.2. de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuando establece que la profesión de convicciones religiosas o culturales de signo diverso no puede servir de cobertura para realizar actos contrarios a las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por España<sup>60</sup>.

Son coordenadas jurídicas básicas a tener en cuenta en nuestro Ordenamiento para abordar los conflictos generados por la diversidad cultural:

En primer lugar, el respeto a la dignidad humana como criterio interpretativo rector de cualquier norma jurídica al configurarse en nuestra Carta Magna como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Entendida como *el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con su entorno*, la dignidad constituye un mínimo invulnerable que cualquier estatuto jurídico debe asegurar<sup>61</sup>. La tutela y protección de la dignidad se convierte pues en un filtro para la permisión o inclusión de pautas culturales extrañas o ajenas a las de la sociedad española.

En segundo lugar, el reconocimiento a los extranjeros de la titularidad del derecho de libertad religiosa en condiciones de igualdad con los españoles, es decir en el mismo marco jurídico y con los mismos límites (art. 13 CE y art. 3.1. de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)<sup>62</sup>. No cabe pues una restricción indebida de la libertad religiosa por desconfianza

---

<sup>59</sup> Cfr. MOTILLA, A., *Consideraciones generales*, en MOTILLA, A. (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 11.

<sup>60</sup> El art. 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el respeto a la diversidad cultural, pero su Preámbulo incardina este reconocimiento en el marco de protección de los derechos humanos como valores universales. Recuérdese también el art. 4 de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2 de noviembre de 2001: la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana, pero, a la vez, nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el Derecho Internacional, ni para limitar su alcance. Asimismo, la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos humanos de 19 de Octubre de 2005, al tiempo que recoge el respeto a la diversidad cultural, señala que no puede alegarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 12).

<sup>61</sup> Vid. STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003, F.J. 5º.

<sup>62</sup> El Tribunal Constitucional determina que el ejercicio de los derechos inherentes a la persona debe corresponder por igual a españoles y extranjeros por exigencias del art. 10.1 CE: “*derechos tales como el*

ISSN 0719-7160

o incomprensión hacia otras tradiciones, por no entender o no compartir prácticas religiosas distintas, aunque el derecho tampoco puede usarse para realizar o legitimar comportamientos contrarios a derechos humanos.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta principios jurídico-políticos orientadores de la actuación estatal como el de laicidad (art. 16.3 CE), que, como ya se ha dicho, en España es laicidad abierta, positiva o plural, que no excluye, no destierra las manifestaciones religiosas al ámbito privado, no trata de borrar lo religioso de la esfera social, sino de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa.

Por último, no debe olvidarse el principio de igualdad (art. 14 CE) que proscribida la discriminación es decir *la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, que no está justificada, que no es razonable desde un punto de vista objetivo*<sup>63</sup>. Especial importancia tiene en un marco multicultural el concepto de discriminación indirecta, que tiene lugar cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, pueden ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de su origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esa finalidad no sean adecuados y necesarios<sup>64</sup>.

Si se hubieran aplicado estas coordenadas, el enjuiciamiento del caso *Najwa Malha* hubiera debido conducir a resultados distintos, más acordes con el respeto a la diversidad y a la inclusión de las diferencias en un Estado social, potenciador de los derechos fundamentales de todos. En especial, debería haberse tenido en cuenta el impacto adverso que las normas de convivencia del instituto generaban a la estudiante por razón de sus creencias religiosas y la clara desventaja que le suponía su cumplimiento con respecto a sus compañeros. Porque realmente *Najwa* sufrió una discriminación indirecta por razón de su religión, generada por el Reglamento Interno del IES “Camilo José Cela”, frente a la que podrían haberse utilizado técnicas o instrumentos inclusivos, tendentes a minimizar los perjuicios que su cumplimiento le ocasionó, como flexibilizar la aplicación de la norma en función de sus particulares circunstancias, pues la verdadera integración exige actitudes y medidas no excluyentes por parte de un Estado que se precie de tal. En este sentido, resulta especialmente encomiable la doctrina jurisprudencial del

---

*derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a la tutela judicial efectiva, a la libertad y la seguridad, el derecho a no ser discriminado corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”* (STC 107/1984, de 23 de Noviembre, F.J. 3º).

<sup>63</sup> STC de 2 de julio de 1981, F.J. 3º.

<sup>64</sup> Art. 2 de la Directiva 2000/78/CE 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. En el mismo sentido los arts. 27 y 28 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social.

acomodamiento razonable, utilizada en el sistema jurídico canadiense como mecanismo para paliar la injusticia material que leyes neutras pueden provocar a los que tienen una cultura o religión no coincidente con los estándares sociales mayoritarios<sup>65</sup>. La filosofía del acomodo razonable es “hacer sitio a todos” pues trata de adaptar la aplicación de la norma neutra a la persona a la que le causa efectos perjudiciales por razón de su cultura o creencias, siempre que ello no suponga una carga o penalidad excesiva<sup>66</sup>. Se trata de una técnica para integrar satisfactoriamente las diferencias de una sociedad multicultural en un mismo marco de convivencia y conseguir que todos, a pesar de esas diferencias, se beneficien de los mismos recursos y posibilidades<sup>67</sup>. Si existe justificación para acomodar, el trato diferente otorgado a quien solicita el acomodamiento no se puede calificar como trato de favor, es decir como un trato injusto en relación con quienes no necesitan acomodamientos, sino que forma parte de la justicia distributiva en un Estado Social de Derecho<sup>68</sup>.

Considero que el pañuelo islámico es un elemento personal de libre uso por la mujer musulmana y expresivo de una creencia religiosa que debería ser tolerada sin traumas por la sociedad. Por eso, evaluada desde los posibles modelos de gestión de la diversidad, la postura de las autoridades educativas y de los tribunales españoles en el caso *Najwa Malha* me parece claramente asimilacionista<sup>69</sup>, poco respetuosa con la diversidad cultural y nada proclive a favorecer la integración de aquellos a los que normas neutrales ocasionan un impacto adverso por tener pautas culturales y religiosas distintas a la

---

<sup>65</sup> Sobre esta construcción jurisprudencial puede verse, ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2013. La autora relata que para tener derecho a una demanda de acomodamiento hay que cumplir los siguientes requisitos: a) que una norma concreta tenga efectos discriminatorios; b) que la discriminación se produzca por uno de los motivos contemplados en la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982 (raza, color, sexo, convicciones...); c) que la obligación de cumplir la norma causa perjuicios al demandante de acomodo ( pp. 64-65)

<sup>66</sup> Existe penalidad excesiva cuando el acomodo entraña gastos desproporcionados, o afecta al funcionamiento de la empresa u organización, o atenta a valores democráticos o a derechos fundamentales ajenos. La obligación del acomodo exige buena fe, cesiones y flexibilidad por ambas partes pues el solicitante de acomodo no puede pretender algo imposible de realizar por parte de la organización (Cfr. ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá.....*, cit. pp. 142-144).

<sup>67</sup> Cfr. RELAÑO PASTOR, E., “El pluralismo religioso: el modelo canadiense”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 1, 2003, p. 40

<sup>68</sup> Cfr. ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá.....*, cit. p. 96.

<sup>69</sup> La asimilación como respuesta a la diversidad parte de una visión monocultural del fenómeno migratorio por parte de la sociedad de acogida cuya cultura, más fuerte, se impone a la más débil del que llega. En este modelo el Estado interviene siempre en defensa de la propia cultura, por lo que no hay alteración de los principios y valores del país de acogida. Se considera un modelo basado en la superioridad e imposición de la cultura autóctona, poco acorde con valores básicos de la sociedad occidental como los de libertad, igualdad y respeto a la identidad cultural de las minorías (Cfr. ESPLUGUES MOTA, C., “Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (Dir), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII, Ed. Consejo General Poder Judicial, Madrid 2002, pp. 98-99.



ISSN 0719-7160

mayoría. Si la escuela se considera banco de pruebas de las políticas integradoras, la prohibición de que las alumnas lleven el *hiyab* en aras de preservar la laicidad o en base al significado negativo que la prenda tiene para algunos, sin que concurren otras circunstancias que lo justifiquen, sólo demuestra el fracaso de las mismas y el cierre a la diversidad y pluralidad de creencias en los colegios.