

ORDEN PÚBLICO Y NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS IDENTITARIOS

Diego CÓRDOBA CASTROVERDE *

Resumen

En el artículo se abordan las diferentes formas de discriminación de las minorías identitarias. Estas minorías chocan, con frecuencia, por razones culturales, religiosas o de otra índole con la sociedad en la que conviven, lo que obliga a establecer el alcance de sus derechos y, al mismo tiempo, los límites que se les imponen. Se analiza especialmente el orden público, en sus diferentes acepciones, como límite ante las diferentes situaciones en que se invocan derechos identitarios.

Abstract

The article addresses different forms of discrimination of minority identity. These minorities collide, often due to cultural, religious or otherwise with the society in which coexist, making it necessary to establish the scope of their rights and, at the same time, the limits imposed on them. Especially analyses the public order, in its different forms, as a limit to different situations in which invoked rights identity.

Palabras clave

Discriminación. Minorías identitarias. Orden Público. Igualdad. Discriminación indirecta.

Keywords

Discrimination. Minority identity. Public order. Equality. Indirect discrimination.

* Magistrado del Tribunal Supremo.

SUMARIO: I. La discriminación identitaria. 1. Formas de discriminación. 2. Prueba de la discriminación. 3. Diferencias no prohibidas: discriminación positiva. II. Los derechos de las minorías identitarias y sus límites. 1. Límites. 2. El orden público como límite. 3. El orden público penal. 4. El orden público civil. 5. Un concepto más amplio de orden público: el orden público constitucional. 6. Aplicación de estos límites: a) Intento de que por razones religiosas o culturales se amplíe la esfera de sus derechos. b) Derecho a prohibir a los miembros de ese grupo algo que está permitido con carácter general. c) Otros supuestos serían los casos en los que se pretende algo, en interés de la preservación de su identidad o del ejercicio de la religión, que está reconocido a quienes forman parte de la cultura mayoritaria. d) Pretensión de la supresión de signos representativos de la mayoría en aras al respeto al derecho de la minoría y del principio de igualdad. III. La problemática especial que ha planteado el uso del velo. El uso del velo ante los Tribunales de Justicia.

I. LA DISCRIMINACIÓN IDENTITARIA. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

CONVIENE empezar por aclarar el concepto de discriminación identitaria al que me referiré. Entendiendo por tal, aquella que hace referencia al desigual tratamiento de un grupo o colectivo que se caracteriza por tener un elemento común, normalmente vinculado a uno de los elementos referidos artículo 14 CE, que lo identifica y lo diferencia del resto.

Los problemas se han planteado desde diferentes perspectivas y en relación a grupos o colectivos muy diferentes. En muchas ocasiones, se han planteado como problemas de discriminación por razón de sexo, pero también por razones de origen racial o étnico, religioso o por la preservación de los valores culturales del grupo, o por razones de identidad política o ideológica.

En muchos casos la practica discriminatoria no solo implica un tratamiento desigual sino que suele implicar algo más, un plus añadido: el menosprecio de los rasgos y características del colectivo o de los individuos en cuanto parte integrante del mismo.

1. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Los problemas de discriminación identitaria se plantean: bien cuando se adoptan decisiones concretas que restringen o limitan el ejercicio de derechos o libertades de los individuos que lo integran, en cuanto parte integrante de este colectivo; o cuando se adoptan previsiones que discriminan fundamentalmente a este colectivo en relación con los demás.

Ello nos enfrenta a las diferentes manifestaciones de la discriminación:

1.º La discriminación directa. Concorre cuando un individuo, por motivos de la pertenencia a un colectivo, o el colectivo en sí mismo, se ve sometido a una medida que implica un desigual tratamiento (por razón de genero, religión, origen

racial o étnico etc.) respecto de otro individuo o colectivo diferente o respecto de la mayoría.

2.º La jurisprudencia del TJUE ha creado el concepto de «discriminación por asociación o asimilación» que, aunque menos frecuente, se produce cuando la circunstancia identitaria concurre en otro sujeto pero la discriminación se produce en quien está asociado o asimilado a él(1).

3.º La discriminación indirecta.

Existe, finalmente, otra forma de discriminación especialmente relevante para las minorías identitarias, se trata de la llamada «discriminación indirecta», que puede considerarse en nuestros días como la manifestación más preocupante de discriminación por la dificultad de detectarla, por la amplitud de sus efectos y por el escaso tratamiento y atención que ha recibido.

Como acertadamente señala Ana Rubio Castro (2) el legislador intenta destacar que lo relevante para calificar un acto como discriminatorio no es la intencionalidad del sujeto que realiza el acto discriminatorio, sino el fin o las consecuencias de desventaja que el acto produzca. De modo que tanto la discriminación directa como la indirecta pueden ser ambas conscientes o inconscientes.

La distinción entre ambas formas de discriminación (directa o indirecta) no es novedosa y ya se contenía en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (3) y fue recogida por nuestro Tribunal Constitucional (4) para posteriormente incorporarse a varias Directivas de la Unión Europea (entre ellas la Directiva del Consejo 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 referida a la discriminación por razón de sexo).

Esta última Directiva (art. 2) define la discriminación indirecta como aquella que se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas, pertenecientes a este colectivo concreto, en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

Tanto las normas que recogen esta forma de discriminación como nuestro Tribunal Constitucional ha aceptado esta definición, afirmando que la discriminación indirecta es aquella en la que partiendo de un tratamiento formalmente neutro o no

(1) La Sentencia Coleman (Reino Unido) de 17 de julio de 2008, se despidió a una señora que alegaba que había sido despedida porque cuida a su hijo que tiene una minusvalía. El Tribunal afirma que cuando un empresario trate a un trabajador que no sea el mismo la persona con discapacidad de manera menos favorable que a otro en situación análoga, y se acredita que el trato procede de que el trabajador cuida a un hijo suyo que tiene una minusvalía, estamos ante una discriminación ilícita.

(2) RUBIO CASTRO, A., en el capítulo dedicado a «Las medidas antidiscriminatorias; entre la igualdad y el control» en la obra colectiva *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Editorial Comares, Granada, 2001.

(3) Por todas, SSTJCE de 12 de febrero de 1974, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez; sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna; sentencia de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel).

(4) SSTC 145/1991, 22/1994, de 27 de enero (FJ 4) 286/1994, 147/1995, 198/1996 y 240/1999, de 20 de diciembre, 253/2004, de 22 de diciembre, 33/2006, de 13 de febrero de 2006, 154/2006, de 22 de mayo de 2006.

discriminatorio se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo (STC 198/1996, fundamento jurídico 2.º; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995). La discriminación indirecta puede darse no sólo cuando exista «una norma» formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6)».

Con carácter general, se ha señalado que las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, que sin ser expresos, conduzcan de hecho al mismo resultado. Así pues, cuando la norma o la actividad limitativa o restrictiva, se aplica independientemente de criterios de raza, sexo, ideología, o religión pero finalmente producen el resultado o tienen el riesgo de aplicarse solo a estos colectivos con un resultado restrictivo o limitativo, puede constituir una medida de discriminación indirecta.

El elenco de actos o disposiciones que pueden producir una discriminación indirecta es muy amplio: aquellos que impongan condiciones más gravosas o impliquen resistencia a facilitar bienes o servicios, establezcan obligaciones inexistentes para otros colectivos, limiten derechos o libertades fundamentales, etc. También lo es el ámbito sobre el que se puede proyectar, pues comprende prácticamente todas las facetas en las que se desenvuelve la actividad de un colectivo determinado en sociedad tales como el deporte, el ocio, la cultura, el trabajo, la educación, etc. (5).

2. PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN

Para acreditar la existencia de una discriminación pueden utilizarse todos los medios de prueba admitidos por nuestro ordenamiento jurídico.

El problema suele plantearse ante la dificultad de acreditar ante los tribunales una discriminación indirecta, dado que una norma o actuación formalmente neutra, sin embargo, puede causar un resultado adverso en un determinado colectivo. En estos casos, no es necesario aportar un término de comparación, tal y como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 de diciembre de 2004 «cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el artículo 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es

(5) El artículo 23 de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000 de 22 de diciembre se refiere de forma expresa a la discriminación «que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tengan como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural».

una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara, «no son los individuos», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 CE, en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas».

Por lo tanto, para acreditar que esta medida aparentemente inocua que, sin embargo, produce un resultado restrictivo o limitativo de derechos para un determinado colectivo, el demandante deberá demostrar, en primer lugar, que esta medida afecta mayoritariamente a ese colectivo y fundamentalmente a él, pues la discriminación se basa precisamente en la existencia de un trato desigual y, a su vez, injusto. Para ello, se ha sostenido la especial relevancia de las pruebas estadísticas. Mediante la prueba estadística se trata de demostrar que una determinada medida o disposición incide negativamente y de forma mayoritaria sobre un colectivo determinado y en esa medida se convierte en una medida discriminatoria del mismo.

Especial importancia tiene la doctrina sentada por la STJCE 9.^a, 9 de febrero de 1997 (núm. C-167/1997) en la que se establecen los mecanismos para detectarla. En ella se afirma que cuando una medida conlleva el riesgo, por su propia naturaleza, de afectar de modo diferente a un colectivo y/o este efecto diferente queda demostrado en la práctica, con estadísticas fiables y significativas, estamos ante una medida discriminatoria a menos que pueda demostrarse que dicha medida se basa en factores objetivos y ajenos a toda discriminación.

Para demostrar la incidencia que esta medida produce en un determinado colectivo y no en los demás, se puede acudir a «estadísticas fiables» que demuestren una diferencia significativa en la incidencia que esta medida tiene en ese colectivo respecto a los demás, y que descarten a largo plazo que esta incidencia se debe a fenómenos fortuitos. La fiabilidad implica que «las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar porque dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto» (STJCE de 9 de febrero de 1999 Seymour-Smith y Laura Pérez).

Ello tiene una enorme importancia en la forma en la que los jueces y tribunales tienen que abordar el análisis y la valoración de la prueba aportada para este tipo de discriminaciones ya que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE» (STC 145/1991, de 1 de

julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6).

La segunda consecuencia es la inversión de la carga de la prueba, de modo que desde el momento en que el demandante aporta indicios de la existencia de una discriminación, mediante una estadística fiable, recae sobre la parte demandada la carga de acreditar que dicha práctica no es discriminatoria, con la excepción hecha de aquellos procedimientos en que sea el tribunal o el órgano competente quien deba instruir los hechos en cuestión en los que la parte demandante queda dispensada de probar los hechos cuya instrucción incumba al tribunal o al órgano competente.

La existencia de estadísticas significativas basta para demostrar una repercusión desproporcionada y la carga de probar una justificación recae sobre el autor de la medida presuntamente discriminatoria (STJCE de 9 de febrero de 1999 Seymour-Smith y Laura Pérez).

Ahora bien, no todo desigualdad tratamiento a un colectivo, o la necesidad de que este se vea obligado a soportar determinadas limitaciones o prohibiciones, derivan en una discriminación contraria a derecho, pues algunas son legítimas no incurriéndose por ello en una conducta discriminatoria prohibida por la Ley. La medida será legítima cuando:

- Sirve a un fin legítimo, no discriminatorio.
- Es eficaz para conseguirlo.
- Es proporcionada y no existían otros mecanismos menos perjudiciales para ese colectivo para conseguirlos.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es muy claro e insistente al proclamar que si existe una justificación objetiva y razonable de la medida en cuestión, aunque afecte de modo mayoritario a un determinado colectivo, ello no supone por sí mismo la existencia de discriminación (6).

3. DIFERENCIAS NO PROHIBIDAS: DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y SUPUESTOS EXCEPCIONALES

La prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con un origen racial o étnico determinado, por razón de sexo

(6) En tal sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de febrero de 1999 señala que: «Pues bien, es jurisprudencia reiterada que, si un Estado miembro puede probar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de su política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin, el mero hecho de que la disposición legal perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede ser considerado como infracción del artículo 119 del Tratado (véanse, en especial, las Sentencias de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel, C-444/1993, Rec. I-4741, apartado 24, y Freers y Speckman –de 7 de marzo de 1996, C-278/1993, Rec. I-1165–, apartado 28)». Y también afirma que «no constituyen una discriminación por razón de sexo, aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo».

o de discapacidad. Así lo ha sostenido en diversas sentencias nuestro Tribunal Constitucional (entre otras cabe citar STC 128/1987, de 16 de julio o STC 269/1994, de 3 de octubre). No existe inconveniente alguno para que el legislador o la Administración también pueda adoptar medidas que tiendan a paliar la desventaja en que pueden encontrarse ante determinadas situaciones y que les concedan un trato más favorable sin que ello vulnere el principio de igualdad, pues se trataría de dar un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

Por otra parte, y siempre en «circunstancias excepcionales», también es justificable una diferencia de trato cuando una característica vinculada al origen racial, étnico, religioso constituya un requisito profesional esencial y determinante que justifique su preferencia, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

II. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS IDENTITARIAS Y SUS LÍMITES

La discriminación por razones identitarias ha sido especialmente relevante en los fenómenos inmigratorios pero no es exclusiva de este colectivo, pudiendo apreciarse en otros grupos nacionales por motivos muy variados por ejemplo: los miembros de la etnia gitana.

El fenómeno migratorio ha sido más estudiado debido a que en este supuesto se enfrenta: por un lado el derecho del extranjero a continuar viviendo de la misma forma que en su país de origen, incluyendo determinadas manifestaciones culturales y religiosas que pueden entrar en conflicto con la sociedad de acogida; y por otro el derecho de los naturales del país a que sus formas de vida y sus valores, plasmados en garantías normativas, sean tomadas en consideración y respetadas por estos grupos o colectivos.

Las opciones que se han manejado desde la sociología jurídica para afrontar este problema han sido:

1.º La asimilación, entendida como la adaptación plena a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida.

2.º La integración, que supone una cierta incorporación y una apertura a la cultura y valores del país de acogida pero no su obligada asimilación, se trata de un proceso bidireccional. De la sociedad se exige el reconocimiento y respecto de las peculiaridades ajenas pero de los inmigrantes se espera un proceso de aprendizaje mayor, comenzando por el idioma y de sus tradiciones culturales y sociales y modelos de actividad y comportamiento.

Pero estas dos opciones son formulaciones genéricas que no resuelven los problemas jurídicos que plantea la protección de los derechos identitarios de estas minorías. Los supuestos planteados en la práctica y en la jurisprudencia son muy variados:

¿Puede un motociclista sikh exigir que se le dispense de la obligación general de llevar casco apelando al deber religioso que pesa sobre él de vestir turbante?

¿Cabe que un preso judío o un escolar judío pueda exigir una comida Kasher en el centro penitenciario o en un colegio público?

¿Tiene derecho un trabajador musulmán a interrumpir su actividad laboral para realizar las oraciones que su religión exige?

¿Debe permitirse a los comerciantes judíos que abran sus negocios el domingo, dado que no pueden hacerlo el sábado porque su religión se lo prohíbe?

¿Tiene derecho una alumna islámica a ser eximida de la clase de educación física porque no le está permitido mostrarse en traje de deporte a personas de otro sexo?

¿Puede llevar velo en clase las alumnas islámicas? ¿pueden llevar velo en el estrado las abogadas islamistas? ¿y las profesoras islamistas de una escuela pública? ¿y si se trata de un gurka? ¿rige para las mojas católicas una regla diferente que para las profesoras musulmanas?

¿Pueden exigir los inmigrantes el enterramiento de sus muertos conforme a las prescripciones de su religión, sin someterse al régimen general de derecho funerario vigente en el país de acogida?

¿Debe permitirse la difusión mediante altavoces en las ciudades las diferentes llamadas del muecín a la oración? Cabe plantear idéntica pregunta respecto del toque de las campanas en las iglesias cristinas. La solución que el ordenamiento debe ofrecer por razones culturales ¿debe ser diferente?

¿Pueden los padres rechazar por razones religiosas que su hijo reciba una transfusión sanguínea cuando esté en peligro de muerte? Y ¿pueden los padres, según sus costumbres culturales, privar a sus hijas de la educación superior, casarlas sin su consentimiento o someterlas a prácticas de ablación?

¿Debe ser autorizada la poligamia de los inmigrantes en el país de acogida cuando está permitida en su país de origen? ¿puede denegarse la nacionalidad por tal motivo?

La respuesta a estos conflictos es complicada y no se ha encontrado una solución válida y uniforme en los diferentes países de nuestro entorno.

Debe partirse del dato consistente en que la protección de las minorías identitarias no está consagrada, en principio, como un derecho fundamental a la identidad grupal y tampoco se protege especialmente a las minorías por razones culturales. Tampoco el derecho de asociación proporciona garantías para la identidad de un grupo en el seno de otro ordenamiento jurídico que se rige por otros valores y tradiciones, pues este derecho fundamental sobre todo asegura el derecho de los individuos a asociarse con otros para los fines que ellos mismos determinen, pero las asociaciones deben respetar lo que está mandado o prohibido con carácter general.

De modo que en la mayoría de las ocasiones la fórmula jurídica para enfocar la protección de esta diversidad y los derechos identitarios de los individuos que integran el colectivo es la invocación de los derechos y libertades de los individuos, especialmente el derecho a no sufrir desigualdades proscritas en el artículo 14 de la CE (7) o, invocando el derecho a la libertad ideológica o religiosa [art. 16 CE (8)],

(7) «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

(8) «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.»

o el derecho a la libertad de pensamientos ideas u opiniones y a la libertad de expresión(9), para justificar comportamientos o combatir mandatos o prohibiciones que afectan a sus características identitarias.

En el planteamiento de estos problemas de discriminación indentitaria los derechos fundamentales suele invocarse conjuntamente con el de igualdad. De modo que cuando se plantea la defensa de los derechos y libertades de los miembros que integran este colectivo pueden ser interpretados también como problemas de igualdad y viceversa. Así, una limitación de la libertad, con carácter general, puede plantear la cuestión de la igualdad cuando afecta sólo o de manera específica a un grupo definido por características comunes.

Ello nos sitúa ante el problema de modular el ejercicio de estos derechos fundamentales y establecer sus límites.

1. LÍMITES

El ejercicio de derechos y libertades por los individuos que integran una minoría identitaria está sujeta a límites, pues tales derechos no son absolutos. Como ha señalado el TC, (STC 70/2003, de 12 de marzo) «ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo consagra ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones, éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela (TC SS 11/1981, de 8 de abril, 2/1982, de 29 de enero, 91/1993, de 15 de marzo, 110/1994, de 11 de abril, 52/1995, de 23 de febrero, 37/1998, de 17 de febrero)».

Por otra parte, no se trata tan solo de modular el ejercicio de los derechos frente al Estado sino que, como acertadamente señala Jose M.^a Rodríguez de Santiago (10), «En el moderno Estado social prestador español esa libertad (se refiere a la libertad religiosa) no la ejerce el ciudadano sólo frente al Estado, sino dentro del Estado mismo (el colegio, el cuartel, la residencia o el hospital)...para hacer efectivo ese derecho pesa sobre el Estado la responsabilidad de crear los marcos organizativos y procedimentales adecuados».

2. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE

Centraré mi atención en el «orden público» como límite.

Existen pocos conceptos tan difíciles de precisar como el de «orden público». Nuestro ordenamiento jurídico hace continuas referencias al «orden público» y suele ser utilizado como límite a la actuación de los individuos o grupos o al ejercicio de sus derechos.

(9) «A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.»

(10) RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El Estado Aconfesional o neutro como sujeto “religiosamente incapaz”. Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE».

El concepto de orden público es muy amplio y su contenido varía dependiendo del contexto en que este es utilizado. Existe un concepto de orden público penal (11), un orden público procesal (12), un concepto de orden público en el derecho civil y finalmente un concepto de «orden público constitucional», a los que a continuación me referiré.

Los límites a los supuestos de discriminación identitaria son más difusos y complejos cuanto más amplio es el concepto de orden público que se maneja.

3. EL ORDEN PÚBLICO PENAL

El ejercicio de los derechos y libertades por grupos identitarios tiene un primer límite obvio: el derecho penal. Desde esta perspectiva, el concepto de orden público, utilizado sobre todo en el ámbito penal y administrativo sancionador, se identifica con el intento de garantizar los elementos esenciales del «orden social», fundamentalmente en relación con el concepto de seguridad, tranquilidad o paz social. Lo que ha llevado, en no pocas ocasiones, a identificar «orden público», «paz social», «seguridad ciudadana» como conceptos sinónimos. De forma que para la dogmática penal el bien jurídico protegido mediante el concepto de orden público y los delitos que atentan contra el mismo sería la garantía de la paz pública en las relaciones sociales, situación que permite afirmar la existencia de un orden material, sustancial, que rige la convivencia y cuya alteración, real o potencial, debe proibirse, agrupando a las muy distintas formas de criminalidad que suelen agruparse como atentados al «orden público».

Es preciso destacar que las meras convicciones personales no pueden ser sancionadas, son sus manifestaciones externas las que tienen trascendencia jurídica, son los actos y no las convicciones lo relevante. Desde esta perspectiva el «orden público penal» opera como límite infranqueable frente a las conductas delictivas que pretendan ampararse en su pertenencia a un colectivo determinado y en las características que lo identifican.

Los supuestos pueden ser muy variados, pero basta destacar el caso de prácticas de mutilación general femenina o ablación, que algunas comunidades invocan como una tradición cultural de entronización a la mujer en la sociedad adulta, práctica que se enfrenta con el rechazo de la sociedad occidental, que se ha plasmado

(11) En el derecho penal, y más concretamente en el Código Penal, existe un capítulo entero dedicado a los delitos contra el orden público en el que se comprenden los delitos de sedición, atentados contra la autoridad y funcionarios públicos, los desordenes públicos etc y otro título dedicado a las faltas contra el orden público en las que, entre otras se castiga a los que perturben levemente «el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas», pero al margen de esta específica regulación el orden público penal aparece referido al conjunto del derecho penal como límite.

(12) La Ley Orgánica del Poder Judicial utiliza el concepto de orden público como límite excepcional para restringir la publicidad de las actuaciones judiciales y acordar su carácter secreto (art. 232.2 de la LOPJ) para denegar la cooperación entre tribunales españoles y extranjeros (art. 278.1 de la LOPJ).

en prohibiciones penales. Así, nuestro código penal castiga (13) la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.

4. EL ORDEN PÚBLICO CIVIL

Pero el concepto de orden público penal no soluciona la mayoría de los problemas.

Existe un concepto más amplio de orden público en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el derecho civil utiliza un concepto de orden público que opera en diferentes supuestos muy variados: constituye un límite a la utilización de la costumbre como fuente del derecho (el art. 1.3 del CC establece que «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada») lo cual es especialmente relevante frente a la invocación de las características culturales identitarias arraigadas para intentar justificar la diferenciación; el orden público como límite a la renuncia de los derechos (art. 6.2 del CC la renuncia a los derechos reconocidos en la ley sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público); o como límite para la aplicación de la ley extranjera (art. 12.3 del CC); también constituye una causa de denegación de la nacionalidad por residencia (art. 16.2 CC); o incluso constituye un límite de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes (el art. 1255 del CC dispone que «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público»).

El concepto de orden público en este caso es mucho más amplio y tiene un contenido diferente a la mera vulneración de los límites penales fijados por una sociedad, pues incluye conceptos más generales y valores diferentes que la mera prohibición penal, incluyendo por ejemplo la dignidad de una persona. Un supuesto revelador de este concepto de orden público civil, como límite a la renuncia de derecho o los pactos o cláusulas concertados por las partes, sería la sentencia de los Tribunales franceses que declararon contrarios al orden público, comprensivo de la dignidad humana, los campeonatos de lanzamientos de enanos aún mediante consentimiento de estos.

5. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Y finalmente puede identificarse un concepto aun mucho más amplio: el «orden público constitucional», que opera también como límite frente al ejercicio de derechos y libertades de los individuos en cuanto integrantes de un colectivo identitario. Una clara manifestación de este límite se contiene en el artículo 16 de

(13) El artículo 149.2 del Código Penal castiga al que «causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz», habiéndose interpretado que este delito puede cometerse por acción como, desde la posición de tutor o garante, en la modalidad de comisión por omisión.

nuestra Constitución, en la que tras reconocer la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, establece «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley», o la previsión contenida en el artículo 9.2 del Convenio de Roma de 1950(14).

El orden público, al presentarse como una excepción al ejercicio de un derecho o libertad fundamental deben interpretarse en sentido estricto, lo que, jurídicamente, se traduce en su aplicación restrictiva y la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos hipotéticos o futuros.

Este concepto de «orden público constitucional» se identifica con el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, (componente del concepto de orden público en un sentido amplio y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 19/1985, de 13 de febrero).

Pero el orden público constitucional abarca algo más: la situación de normalidad del funcionamiento de las relaciones sociales en atención a los principios y valores esenciales de la misma. Se vendría a entender el «orden público» como mantenimiento o conservación del orden social y constitucional establecido.

La idea de la que se parte es que la sociedad no puede ser tolerante con quienes pretenden destruir sus cimientos y los pilares en los que se asienta, si bien este límite debe interpretarse en el sentido de que tan solo incluya lo aspectos esenciales. Y es aquí donde surge el problema, pues estos aspectos esenciales han sido interpretados con una distinta amplitud por los Estados, proporcionando soluciones diversas a los problemas que se plantean por parte de colectivos identitarios y su pretendida discriminación por el Estado.

Así la neutralidad del Estado frente a los fenómenos religiosos se han adoptado, al menos, dos modelos: la neutralidad estatal española (o alemana) frente al modelo de la *laïcité* francesa (o turca), que cierra el espacio de lo público-estatal a las manifestaciones religiosas, para empujarlas al ámbito de lo privado.

En este contexto es que se inserta el debate sobre la «ley de laicidad» propuesta en Francia. Los defensores de la ley presentan los «valores de la República» como un espacio neutro de igualdad y respeto para todos. Jacques Chirac, basado en las conclusiones de la «Comisión Stasi», propuso la ley que prohíbe el uso de signos religiosos manifiestos (kipá, cruces, velos) en la escuela pública. Los argumentos enunciados por el presidente a fin de justificar la ley de laicidad se basaron en la «unidad de la República» y se argumentó la necesidad de «reafirmar con fuerza la neutralidad y la laicidad del servicio público», apelando a los valores de «la Nación».

Por otra parte, para solucionar estos conflictos no se pueden utilizar, tan solo, las exigencias que para el individuo le impone el fenómeno identitario (entiéndase por tal por ejemplo su religión o sus tradiciones culturales) y el grado de exigencia o compromiso que se le exige, pues este varía dentro de las distintas corrientes y el grado de implicación en las mismas.

(14) Precepto que con relación a la libertad de manifestar su religión o sus convicciones señala que «no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

A los tribunales no les competen erigirse en árbitros sobre la intensidad o importancia que tienen los mandatos dentro del grupo. Pues al igual que repugna la idea de que los tribunales indaguen en las convicciones ideológicas, culturales, religiosas o creencias íntimas de una persona o que el Estado incumpla su deber de neutralidad sin inmiscuirse en la importancia dogmática, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional la neutralidad (STC 38/2007) no permite que el Estado realice juicios valorativos relativos al corpus ideológico o dogmático de una confesión. Como contrapartida, tampoco es posible utilizarlas para justificar una conducta contraria a las normas.

6. APLICACIÓN DE ESTE LÍMITE A LOS SUPUESTOS EN CONFLICTO

Dieter Grimm en su artículo «Multiculturalidad y derechos fundamentales» (15) utiliza diferentes criterios de ponderación:

a) Los casos en los que la minoría (por ej. por motivos culturales o religiosos), pretende que se les permita hacer algo que está prohibido con carácter general (se amplía el ámbito de libertades para el grupo).

b) El supuesto en el que se pretende, por vía de normas internas del grupo, imponerles obligaciones que están en contradicción con las normas vigentes, o lo es lo mismo solicitan les sea reconocido el derecho a prohibir a los miembros de ese grupo algo que está permitido con carácter general (se reduce el ámbito de libertades para el grupo).

c) Otros supuestos serían los casos en los que se pretende algo, en interés de la preservación de su identidad, que está reconocido a quienes forman parte de la cultura mayoritaria (estamos en el ámbito de la igualdad de trato).

Analicemos los diferentes supuestos que se integran en cada uno de estos apartados y las posibles soluciones que se brindan para resolver el conflicto:

a) Intento de que por razones religiosas o culturales se amplíe la esfera de sus derechos.

Aquí el debate se centra en el análisis de si se han de conceder o no a ciertos ciudadanos exenciones del cumplimiento de leyes neutrales. Se podría distinguir entre si la prohibición protege al individuo o a terceros.

Si se trata de proteger al individuo Stuart Mill, en un ensayo sobre la libertad, advertía que «el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente».

Conforme a este planteamiento si la finalidad es la protección del individuo, la regla podría ser que la dispensa es posible salvo que atente a valores esenciales o a la seguridad pública.

(15) En el libro *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, edición y traducción de Ignacio Gutierrez, Editorial Trotta, 2007.

Este sería el caso de un sij residente en el Reino Unido, al que le habían impuesto repetidas multas de tráfico por negarse a cumplir con la norma que obligaba a los conductores de motocicleta a usar un casco de protección. Argumentaba el demandante que, para poder cumplir con la norma, habría debido quitarse el turbante que resulta obligatorio para los varones de su religión; y que, si debía elegir entre la ley divina y la ley humana, su conciencia le impulsaba a inclinarse por la primera. La legislación inglesa de tráfico fue modificada, como resultado de la presión política de la comunidad sij, para permitir una excepción al uso obligatorio del casco de protección en el caso de motociclistas varones de esa religión.

Si se trata de proteger el interés de terceros, habrá que ponderar el interés más digno de protección y preponderante.

La tolerancia con las minorías identitarias que reclaman el respecto a sus elementos diferenciales, tiene un claro límite en la posibilidad de causar daños o perjuicios o incidir en los derechos de terceros. Pero también habría que considerar que exista la posibilidad de aunar o conciliar los intereses en conflicto por ejemplo: si el tiempo que pierden los trabajadores para la práctica de sus oraciones puede ser recuperado en otro momento sin perjudicar la actividad de la empresa o su organización.

En tal sentido, se enmarcarían algunas de las previsiones contenidas en los Acuerdos de Cooperación del Estado Español con las distintas comunidades religiosas (16).

En la STC 19/1985, de 13 de febrero, el problema se planteó en relación con un despido a un trabajador por incumplimiento de su jornada laboral. El conflicto se centraba entre la alegada discriminación por incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales, pues en la argumentación de la demandante se viene, en definitiva, a sostener que pertenece al contenido esencial de la libertad religiosa el que prevalezca esta ante los deberes laborales, y, por tanto, en la idea del demandante que es preciso conciliar la organización del trabajo en la empresa –que considera factible sin trastorno grave– con la práctica religiosa. El Tribunal Constitucional razonó que «Situada así en sus precisos términos la cuestión se hace fácil su respuesta, pues, aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es

(16) La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España y aborda, los específicos derechos que se derivan del ejercicio de su función religiosa, situación personal en ámbitos de asistencia religiosa en centros o establecimientos públicos; enseñanza religiosa islámica en los centros docentes. Y entre sus previsiones se contempla que los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna; la sustitución, mediante acuerdo entre las partes, de sus festividades y conmemoraciones religiosas, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores; o que los alumnos musulmanes que cursen estudios en centros de enseñanza públicos o privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes, en el día del viernes durante las horas a que se refiere el número 1 de este artículo y en las festividades y conmemoraciones religiosas anteriormente expresadas, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela; o que los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse en los días a que se refiere el número anterior, serán señalados, para los musulmanes que lo soliciten, en una fecha alternativa, cuando no haya causa motivada que lo impida.

un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas».

Pero la sentencia añade algo más, conectando la libertad religiosa con el artículo 14, en cuanto proscribiera todo trato discriminatorio por razón de las condiciones o circunstancias que establece en fórmula abierta. Y tras analizar si el descanso semanal en domingo tiene una connotación religiosa, que termina por negar, afirma que «la posibilidad de pactar en convenio o por pacto individual otro día de descanso semanal impide entender que exista una vulneración de su libertad religiosa la cual no le permite dejar a voluntad de una de las partes el cumplimiento de un contrato laboral».

Y finalmente se podría atender a determinar si la dispensa pretende compensar desventajas previas que surgen del cumplimiento de las obligaciones que su pertenencia al grupo identitario le impone o, si por el contrario, se privilegia a la minoría y le proporciona ventajas respecto a la mayoría.

En este supuesto se podrían plantear los supuestos de apertura de los comercios judíos el domingo para compensar el cierre el sábado por razones religiosas.

b) Derecho a que el propio grupo pueda prohibir a los miembros de la minoría identitaria algo que está permitido con carácter general. En este caso, se trataría de reducir el ámbito de libertades para los miembros del grupo.

En estos casos, cuando se limita la libertad garantizada, con carácter general, en aras a la identidad de una minoría cultural, es el individuo que integra dicho grupo el que asume las consecuencias y, por lo tanto, al Estado le corresponde la defensa de los derechos de ese individuo frente a las amenazas procedentes de terceros, incluidos los miembros de su propia familia o grupo, especialmente cuando esta limitación sea contra la voluntad del individuo. Sin embargo, cuando es con el beneplácito del individuo el Estado no intervendría salvo que se trate de valores fundamentales (vida, integridad física o psíquica o afecten al derecho de igualdad incluida la igualdad de género), especialmente cuando sean menores, en donde puede erigirse en defensa y representación de los intereses del menor aun en contra de la voluntad de su grupo o familia (no escolarización, y por supuesto, los casos de ablación etc.), o cuando aun siendo mayor su voluntad está coaccionada o limitada. Aquí el orden público opera como un límite claro.

La cuestión en este caso es en qué medida el reconocimiento de las normas del grupo impide el desarrollo de la personalidad y la integración en la sociedad de acogida y, por ello resultan contrarias al orden público. En estos casos, el problema puede ser enfocado como una actuación discriminatoria contra el colectivo, pero también esa práctica del colectivo puede implicar una ventaja para el individuo.

Las manifestaciones de estos supuestos pueden ser muy variadas:

– En algunos casos estas prácticas a las que se pueden ver sometidos determinados miembros del grupo se convierte en un factor que permite al individuo que pertenece a ese colectivo obtener ventajas en la sociedad que repudia estas practicas y las prohíbe, de modo que el orden público constitucional opera como límite frente al grupo y a favor del individuo. Sería el caso de la concesión del asilo a una mujer

que invocó el temor fundado a someterse a una ablación, tal y como ocurrió en la SAN de 21 de junio de 2006 (rec. 1076/2003) en la que se tomó en consideración, la existencia de una prueba indiciaria que daba verosimilitud al riesgo de verse sometida a esta práctica, afirmándose en la sentencia que «El hecho de que este tipo de prácticas estén oficialmente prohibidas por las normas penales de los países de procedencia no permite descartar, en todo caso y al margen de las circunstancias concurrentes en cada caso, la existencia de un peligro real a padecerlas. No debe olvidarse que este tipo de prácticas se desarrollan en un ámbito privado y, en la mayoría de las ocasiones, con la aquiescencia familiar y social del entorno que rodea a la mujer que la padece, y en el que las autoridades gubernativas, en muchas ocasiones, son incapaces de brindar una protección efectiva contra tal abuso a causa de la propia situación social de las mujeres y por el fuerte arraigo social de las mismas, y en el que las propias afectadas se ven coartadas a denunciar tales hechos por el rechazo familiar y social que ello supondría, lo cual justificaría que la recurrente no hubiese denunciado estos hechos ante las autoridades competentes».

– En otros, la pertenencia a un grupo con elementos identitarios le acarrea medidas restrictivas o desventajas. En la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000, se restringió el régimen de visitas de un padre por considerar que el movimiento religioso al que pertenecía podría considerarse como una secta destructiva, aconsejando la adopción de medidas que impidiesen al padre hacer partícipe a sus hijos de las creencias profesadas por él como miembro de aquella. La sentencia analizó los límites en los siguientes términos «... el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico (SSTC 1/1981, de 26 de enero, FJ 5; AATC 271/1984, de 9 de mayo; 180/1986, de 21 de febrero; 480/1989, de 2 de octubre; 40/1999, de 22 de febrero; STEDH caso Hoffmann, §§ 33 y 36, por remisión del § 38), posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares, bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias. Cuando el artículo 6.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta.

Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del artículo 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos

legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3, 20/1990, FFJJ 3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas (SSTC 120/1990; 137/1998; SSTEDH caso Hoffmann, § 36; caso Manoussakis, § 47, 51, 53; caso Larissis, § 54).

La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis, § 42 a 44 y 47; de 24 de febrero de 1998, caso Larissis, § 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 120/1990, FJ 8; 215/1994, de 14 de julio, FJ 4; 332/1994, de 29 de diciembre, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 3; AATC 71/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; SSTEDH caso Kokkinakis, § 48; caso Larissis, § 53).

A la vista de lo dicho, cumple examinar si la resolución judicial impugnada impuso un límite justificado en aras de un fin constitucionalmente legítimo a la libertad de creencias del recurrente y, en su caso, si lo aplicó de modo proporcionado al sacrificio de dicha libertad...».

También sería el caso en el que las características o comportamientos identitarios (la tradición cultural o religiosa), le impide obtener ventajas o beneficios en la sociedad de acogida, como puede ser la denegación de la nacionalidad por poligamia (17). La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en numerosas sentencias (Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2001 –rec. 1105/2000– y 11 de junio de 2002 –rec.574/2001–) se ha pronunciado sobre la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico, afirmando que «...no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica, y además porque la ley española

(17) El artículo 217 del Código Penal castiga al que «contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior».

así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal (art. 46.2 CC)...».

Otro supuesto serían los supuestos en los que las normas culturales o religiosas, restrictivas de derechos para los miembros del grupo, inciden en la capacidad de integración en la sociedad. Locke sostuvo que los intolerantes no tienen derecho a beneficiarse de la tolerancia. La intolerancia cultural elimina cualquier derecho del intolerante a reclamar un trato tolerante con sus propias costumbres y convicciones.

Este es el caso de los conflictos que se han planteado (18) con motivo de la denegación de la nacionalidad, por falta de integración social, por su pertenencia a una movimiento religioso que defiende una conducta segregacionista respecto de la sociedad no musulmana, al no tener ningún interés en integrarse. Estos movimientos o sectas pretenden conseguir la implantación de un Estado islámico, en el que todos los aspectos de la vida sean regidos por la Ley islámica, y conseguir que la Administración del Estado les reconozca como un colectivo diferenciado del resto de la sociedad que tiene derecho a regirse por la ley islámica en sus relaciones internas, impidiendo que sus seguidores, a los que les obliga a un seguimiento estricto y único de la Sharia (ley islámica) en todos los ordenes de la vida (incluyendo la forma de vestir y la posición subordinada de la mujer), puedan adaptarse a los patrones culturales y normas de la sociedad de acogida y, en definitiva, dificultando su inserción en las sociedades occidentales y propagando una conducta segregacionista.

La Audiencia Nacional afirmó en estos casos que «Es obvio que las características de este movimiento refuerzan la idea de que sus seguidores no pretenden integrarse en la sociedad de acogida, propugnando una conducta segregacionista y de aislamiento respecto de la comunidad no musulmana, rechazando participar en el entramado social y en la actividad colectiva (política, vecinal o institucional) que conforman las sociedades occidentales, cuyo valores y forma de vida rechazan.

Las características de este movimiento, con total independencia de sus creencias religiosas que quedan al margen de este debate, tienen una indudable importancia al tiempo de establecer el cumplimiento del requisito de integración en nuestra sociedad. No debe olvidarse que su solicitud está destinada a obtener la nacionalidad española, que implica un plus importante respecto de la mera estancia y permanencia en territorio español, por la que se conceden derechos pero también conlleva deberes para con la sociedad en la que se integra, razón por la que nuestro Código Civil la prueba de su efectiva integración en nuestra sociedad que implica, como ha venido sosteniendo esta Sala de forma reiterada, la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente» y más adelante afirma que «Ahora bien, la obtención de la nacionalidad española se condiciona en nuestro Código Civil al cumpli-

(18) SSAN de (rec. 713/2008), de

miento de unos requisitos que aparecen conectados con los hechos personales y el comportamiento individual desplegado por cada solicitante, por lo que no resulta posible un juicio en abstracto desvinculado de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso.

Es por ello que, aun en aquellos casos en los que resulte acreditada o razonablemente pausable la pertenencia del solicitante a este movimiento fundamentalista religioso, habrá que estar a la conducta desplegada por el recurrente en cada caso en concreto para valorar si su comportamiento individual y colectivo responde a la exigencia de integración social en los términos exigidos por la jurisprudencia, pues el grado de implicación personal en este movimiento y el rigor con la que se viven sus mandatos puede tener una diferente intensidad en cada sujeto, no debiendo descartarse que simpatizantes o incluso miembros activos de este movimiento puedan demostrar su efectiva integración en nuestra sociedad, si bien en este último caso la prueba habrá de ser aun más intensa que la que como regla general se exige a todo peticionario de la nacionalidad española, pues tendrá que acreditar cumplidamente que la pertenencia a un movimiento que se caracteriza por rechazar la integración de sus miembros en los valores, costumbres e instituciones de las sociedades occidentales como la nuestra, no le ha impedido una integración real y efectiva en nuestra sociedad».

Este problema también se ha enfocado desde la perspectiva del Derecho de asociación y disolución de partidos. Así el TEDH en relación con el Partido de la Prosperidad contra Turquía de 31 de julio de 2001, en el que se disolvió este partido porque pretendía instaurar un sistema jurídico ajeno al Estado que auspiciaba que cada grupo religiosos se rigiera por sus propias leyes y tuviera sus propios jueces, su única Ley fuera la «Sharia» o ley islámica, propiciando un sistema teocrático, y la posibilidad de recurrir a la guerra santa. Y ello porque se consideró conforme a derecho la suspensión del partido político que sustenta una opción religiosa incompatible con la democracia.

c) Supuestos en los que se pretende algo, en interés de la preservación de su identidad o del ejercicio de la religión, que está reconocido a quienes forman parte de la cultura mayoritaria.

En este caso, junto con la invocación de razones religiosas o culturales para obtener esta prestación también se suele enfocar desde la perspectiva de la igualdad de trato.

Una primera manifestación de este problema serían los supuestos en los que, con invocación de la igualdad de trato, el grupo minoritario exigen determinadas prestaciones diferentes o la acomodación de servicios públicos a las características identitarias de la minoría. Este sería el caso de las solicitudes dirigidas a tener una comida especial en la cárcel por razón de sus creencias religiosas o culturales (19), o de obtener una educación especial en el colegio.

(19) La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España (ACIE) prevé en su artículo 14.4 que «la alimentación de los internado en centros o establecimientos públicos y dependencia militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadan)».

En estos casos, no es posible oponer el orden público como límite. La solución a estos conflictos exige tomar en consideración el principio de proporcionalidad, ponderando la importancia de la prestación exigida y los costes que dicha prestación supone para el Estado, pues estas prestaciones pueden suponer, en determinados casos, una carga inasumible cuando implican un gran desembolso destinado a muy pocas personas o cuando es preciso atender a numerosas exigencias diferenciadas. También ha de tomarse en consideración que los derechos fundamentales actúan como derechos de defensa y como deberes de protección, pero no existe una obligación autónoma de promoción estatal en interés de la garantía identitaria. El Estado puede prestar el apoyo pero no le es exigible.

Este es el caso contemplado en la STC 166/1996, de 28 de octubre de 1996, en la que un miembro de la confesión religiosa «Testigos Cristianos de Jehová», solicita el reintegro de unos gastos médicos que la fundamenta en que el hecho de haber tenido que acudir a la medicina privada al no serle garantizado por los facultativos de la Seguridad Social un tratamiento que, adecuado a sus creencias religiosas, excluyera en todo caso la transfusión de sangre en la intervención quirúrgica que se le había de practicar. A juicio de los recurrentes, la negativa al reintegro implicaba una penalización económica a sus creencias religiosas, que violaba tanto el artículo 16.1 de la CE como el principio de igualdad (art. 14 CE) que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la asistencia y prestaciones suficientes, para todos, sin discriminación alguna.

El Tribunal Constitucional rechazó la obligación de realizar prestaciones especiales para satisfacer las creencias religiosas afirmando que «obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. La prestación de una asistencia médica en los términos exigidos por el recurrente supondría, como hemos señalado en otra ocasión, «una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición» (STC 19/1985).

El Tribunal Constitucional también rechaza la vulneración de la desigualdad de afirmando que «el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato». Y como lo pretendido en la demanda no es asegurar un trato igualitario, pues igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino cabalmente se pretende lo contrario: modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos. No puede apreciarse por tanto la denunciada vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la ley reconocido por el artículo 14 CE».

d) Otros supuestos serían los referidos a la supresión de signos religiosos representativos de la mayoría en aras al respeto al derecho de la minoría y del principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 4 de junio de 2001, sostiene que la libertad religiosa es inmune a cualquier coacción de los poderes públicos. Sin embargo, la manifestación exterior religiosa, como todo derecho fundamental, no

es absoluto debiendo estar sometida a límites basados en la finalidad de mantener el orden público constitucional. En general, la doctrina del TC español afirma que los conflictos entre derechos fundamentales deben ser resueltos mediante la regla de la proporcionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Un supuesto concreto podría ser la presencia de signos religiosos en lugares públicos, pues con ser un signo externo inequívocamente religioso, por lo que su presencia en centros o lugares públicos puede, en principio, resultar contraria al principio de neutralidad religiosa del Estado (art. 16.3 CE), cuestión distinta sería la presencia de cuadros con motivos religiosos pues el arte forma parte del patrimonio y la cultura de una comunidad que no puede ser cercenada por esta neutralidad del Estado frente a la religión.

De todos modos el TEDH y el Tribunal Constitucional Español han matizado la distinta influencia que tienen las manifestaciones activas en relación con las meras actuaciones pasivas. Al TEDH llegó el caso de la señora Soile Lautsi, de origen finlandés, pero afincada en Italia, que acudió a la dirección del instituto donde estudiaban sus hijos solicitando airadamente la retirada de los crucifijos en las aulas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en noviembre de 2009, le dio la razón. El fallo judicial produjo en Italia una convulsión general que se extendió a otros países como España, donde en diversos centros escolares, como el «Ortega y Gasset», de Almendralejo (Badajoz), y el «Macías Picavea», de Valladolid, los padres de unos alumnos lograron de los tribunales de justicia la retirada de los crucifijos de las aulas donde estudiaban sus hijos. Ante un recurso presentado por el gobierno italiano, la sentencia del TEDH quedó pendiente de ser confirmada o revocada. Por fin, la Gran Sala invalidó la sentencia argumentando que la exhibición de crucifijos en las aulas no viola el derecho a la educación y a la libertad de pensamiento y religión. Según la sentencia –un crucifijo colgado de una pared es un símbolo esencialmente pasivo, cuya influencia sobre los alumnos no puede ser comparada a un discurso didáctico o a la participación en actividades religiosas. Añade el texto que la presencia de crucifijos no está asociada a una enseñanza obligatoria del cristianismo, porque no es un adoctrinamiento, sino la expresión de la identidad cultural y religiosa de los países de tradición cristiana y –nada indica que las autoridades se muestren intolerantes hacia los alumnos de otras religiones, no creyentes o de otras convicciones filosóficas.

En nuestro país, la reciente STC 34/2011, de 28 de marzo de 2011, por la incorporación en el Estatuto de un Colegio de Abogados proclamación de la Virgen María como patrona del Colegio de Abogados de Sevilla, comienza afirmando que «todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social. En este mismo sentido, la muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros contra Italia –que ha juzgado sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas– pone de relieve que, en este ámbito, la percepción subjetiva del reclaman reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado...».

«... En segundo lugar, debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso. En este sentido, en la STC 19/1985, de 13 de febrero (FJ 4), señalamos que la circunstancia de que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco... que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el “domingo” como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición». Igualmente, en la STC 130/1991, de 6 de junio, en relación con la presencia de la imagen de la Virgen de la Sapiencia en el escudo de la Universidad de Valencia, apreciamos que resultaba compatible con la aconfesionalidad proclamada en nuestra Constitución, tanto la decisión del claustro universitario de proceder a su supresión como la que hubiera supuesto su mantenimiento.

III. LA PROBLEMÁTICA ESPECIAL QUE HA PLANTEADO EL USO DEL VELO

Especial problemática se ha planteado con el uso del velo islámico (20). El problema se ha enfocado desde diferentes perspectivas: por un lado como un ataque a los valores laicos y de neutralidad religiosa del Estado en el espacio público y por otro como un ataque a los principios y valores de las sociedades occidentales —especialmente la igualdad por razón de género— al constituir un signo de sumisión de la mujer al varón. Frente a ello se aduce el derecho al uso de este símbolo que obedece a una recomendación religiosa que recato, de pudor, un signo de castidad y puritanismo de costumbres y se ha ido convirtiendo poco a poco en signo de identidad. Y al mismo tiempo se ha convertido en una señal de rebeldía como pudiera serlo el uso de la barba entre los jóvenes progresistas de los años setenta en España. Debe recordarse que aunque en la actualidad esta en desuso en España

(20) Por mandato del Corán las mujeres no deben aparecer sin velo ante los varones que han pasado la pubertad. Los tipos de vestimenta islámica, entre otras, el Hiyab: que significa «velo» en árabe siendo el pañuelo más utilizado en Occidente que deja descubierto el rostro, el Chador: de color negro, utilizado normalmente por las iraníes. Se trata de una tela semicircular abierta por delante que cubre a la mujer de la cabeza a los pies, pero dejando la cara al descubierto. El Burka: originario de Afganistán, oculta completamente el cuerpo de la mujer, lo que dificulta su identificación. En la cara lleva una rejilla tupida que le permite respirar pero ver con dificultad, y el Niqab, de color negro que cubre el rostro de la mujer y sólo le deja libre los ojos, usado normalmente en el Golfo Pérsico como los Emiratos, Yemen o Kuwait.

hasta épocas recientes era frecuente el uso de un pañuelo por parte de las mujeres en los templos católicos e incluso por la calle.

Desde una perspectiva de confrontación de derechos fundamentales y principios y valores constitucionales, se invoca el derecho de la libertad religiosa de la persona que desea llevarlo y su derecho a no sufrir discriminación por razón de la religión, frente a la aconfesionalidad y neutralidad del Estado.

Una abundante jurisprudencia del TEDH se ha ocupado del problema.

En el caso *Lucia Dahlab contra Suiza* de 15 de febrero de 2001, una profesora que daba clase a niños pequeños, originalmente católica, se convierte al islam y aparece en clase cubierta con el velo islámico, finalmente se le prohíbe el acceso al centro alegando el carácter público y laico del centro. El TEDH después de reconocer la importancia de la libertad religiosa en una sociedad democrática, afirma que en una sociedad «en la que coexisten diversas religiones en el seno de la misma población, puede aparecer como necesario introducir limitaciones en dicha libertad desde la idea de conciliar los intereses de los diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de cada uno, considerando que es necesario sopesar frente al derecho a la libertad religiosa el fin legítimo que representa la neutralidad en la enseñanza pública sin que sea fácil conciliar la exhibición del velo islámico con el mensaje de toleración, respeto a los demás, igualdad y no discriminación que se trata de transmitir en un centro laico por parte de los profesores».

En el caso *Leyla Sahin* de 29 de abril de 2004. Una ciudadana turca, estudiante de la universidad de Estambul se le impidió entrar en clase con velo en base a una circular del Rector de la Universidad que prohibía a los varones la barba y las mujeres ir con velo islámico. El Tribunal se reafirma en la misma doctrina afirmando que «el artículo 9 no protege en absoluto cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia» añadiendo que «en una sociedad democrática al coexistir diversas religiones en el seno de una misma población, puede resultar necesario introducir límites en la libertad de manifestar la religión o las creencias, cuando sean necesarias para conciliar los intereses de los diversos grupos y para asegurar el respeto a las convicciones de cada uno». Se destaca el papel del Estado «como organizador neutro e imparcial del ejercicio de las diversas religiones, cultos y creencias, recalándose que tal papel contribuye a asegurar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática» de manera que tal deber de neutralidad y de imparcialidad «impone al Estado tomar las medidas para asegurar que se toleren los grupos opuestos». Y se añade que «el pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan a una sociedad democrática. Y si bien es cierto que a veces hay que subordinar los intereses de los individuos a los de un grupo, la democracia no se identifica con la supremacía permanente de la opinión de la mayoría sino que exige un equilibrio que asegure un trato justo a los miembros de la minoría, evitando cualquier abuso de posición dominante. El pluralismo y la democracia deben fundarse igualmente sobre el dialogo y un cierto espíritu de compromiso, que suponen necesariamente concesiones recíprocas por parte de los ciudadanos, justificadas por el fin de la salvaguarda y promoción de los ideales y valores de una sociedad democrática. Si los derechos y libertades de los demás figuran como tales entre los garantizados por la Convención y sus Protocolos, habrá que admitir que la necesidad de protegerlos puede llevar a los Estados a restringir otros derechos o libertades igualmente consagrados por la Convención. Pre-

cisamente esta búsqueda constante de equilibrio entre lo derechos fundamentales de cada uno constituye el basamento de una sociedad democrática...».

En el caso *Sefica y otros contra Turquía* de 24 de enero de 2006, se trataba de varias alumnas de colegios y sus padres que atacaban la prohibición, contenida en una directiva de un colegio que habían firmado y aceptado al matricularse en el mismo que las impedía acudir a la escuela con velo islámico. En línea con la anterior jurisprudencia se destaca que el artículo 9 del Convenio Europeo no protege, con carácter absoluto, cualquier tipo de conducta motivada o inspirada por una religión o creencia y ni siquiera garantiza siempre el derecho a comportarse tal y como lo exija una determinada convicción religiosa.

En el caso *Sevgi Kurtulmus contra Turquía* de 24 de enero de 2006, una profesora asociada de la Universidad de Estambul acudió a la facultad con pañuelo, incumpliendo la legislación de funcionarios que establece reglas específicas de vestimenta, que disponía que las mujeres deben acudir al trabajo con la cabeza descubierta, lo que finalmente supuso que se le impusieran sanciones disciplinarias y se la apartara de la docencia. El Tribunal vuelve a recordar que el artículo 9 de la Convención «no protege de forma automática cualquier acto motivado o inspirado por una religión o convicción. En absoluto asegura siempre el derecho a comportarse según las exigencias de una convicción religiosa sin que en tal caso se confiera el derecho a sustraerse a las reglas e imposiciones que se consideran justificadas», principios que se aplican igualmente a los miembros de la función pública, insistiéndose que el respeto a la neutralidad en la enseñanza pública y, en concreto en los centros docentes permiten sostener que las reglas de presentación personal o sobre vestimenta de los funcionarios se imponen por igual a todos ellos, con independencia de las funciones o convicciones religiosas.

Y en caso *Araç contra Turquía* de 19 de septiembre de 2006, se abordó el problema de la negativa a sacarse una foto sin velo para la ficha de inscripción universitaria. El Tribunal considera que la libertad religiosa nada tiene que ver con pretender sacarse una fotografía de identidad con o sin velo. Y en otro sentido, pero con la misma solución el caso *Sofianopolus contra Grecia* de 12 de diciembre de 2002 en que el tras suprimir el gobierno la necesidad de que en el DNI constase la religión de una persona se impugna por el colectivo ortodoxo argumentando que el ejercicio de la libertad religiosa abarcaba poder manifestar la religión en dicho documento de identidad, sosteniendo el TEDH que el ejercicio de la libertad religiosa nada tiene que ver con el ejercicio o manifestación de su religión.

En todos estos casos, se constata la existencia de una jurisprudencia que limita o restringe el derecho a la invocada libertad religiosa para actuar en contra de normas, no necesariamente de rango legal, que encuentran su justificación en el intento de preservar un espacio público de la influencia de los signos religiosos. Se advierte un límite basado en orden público constitucional que se ha decantado claramente por la neutralidad frente a la religión, lo que permite una conciliación de las diversas convicciones de los ciudadanos que integran dicha sociedad. Solución fácilmente trasladable a otras manifestaciones culturales, étnicas etc que pudieran entrar en conflicto con lo que pueden considerarse valores esenciales de una determinada sociedad, cualquiera que sea el rango de la norma o disposición en que dicho valor se plasme.

Para concluir, puede resultar interesante abordar la problemática y soluciones que se han dado respecto del uso del velo ante los Tribunales de Justicia y el orden público como límite.

El uso del velo islámico en comparecencias y en actuaciones judiciales suscita un conflicto entre los valores constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y libertad religiosa (arts. 10.1 y 16.1 CE) y algunos de los principios procesales penales que resultan inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), como son los de publicidad, intermediación y oralidad.

Los supuestos que se han planteado han sido muy variados, entre ellos cabe citar, a título de ejemplo, los siguientes: en septiembre de 2009 un magistrado de la Audiencia Nacional, solicitó a una testigo que se retirara el burka para declarar explicándole que su religión no estaba por encima de la ley y que era fundamental ver su rostro en la declaración. Finalmente, la testigo accedió a declarar sin burka al día siguiente si bien no se procedió a la grabación de su declaración; en octubre de 2009, el mismo Magistrado expulsó a una Abogada de origen marroquí que no quiso quitarse el hiyab en estrados. Los motivos alegados por el Magistrado se basaban en la interpretación del artículo 37 del Estatuto de la Abogacía, conforme a la cual los Letrados, en estrados, sólo podían llevar la cabeza cubierta por birrete. En todo caso, esta decisión de expulsión fue adoptada sobre la base de que la Letrada no tenía asumida la defensa de ninguno de los acusados en el proceso, esto es, no quedaba afectado el derecho de defensa de los mismos.

Existe unanimidad en sostener que «no debe permitirse a ningún testigo comparecer con objetos o ropas que le impidan ser vistos por el tribunal, las partes o el imputado...»; criterio que se alinea con la cita que incorpora la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de junio de 2004, lo que exige diferenciar en nuestro análisis entre el «hijab» y el «chador», de un lado, y el «niqab» y el «burka», de otro, puesto que el uso de los dos primeros pudiera considerarse que no quebranta derecho fundamental alguno, ni supone ningún tipo de limitación o irregularidad procesal.

Centrado el objeto de la cuestión en el uso del niqab o burka las discrepancias surgen a la hora de determinar la forma en que debe procederse: para algunos jueces la solución se basaría en admitir la testifical, por analogía al trato dado a los testigos ocultos, admitidos por la ley como testigos protegidos (STC de 28 de febrero de 1994), siempre y cuando la testigo esté perfectamente identificada con cédula de identificación o por huellas; para otros, sería preciso examinar si por la levedad del testimonio o cualquier otra circunstancia, las partes entienden que en nada altera sus derechos, ni el ejercicio de defensa de los letrados, ni el cometido del Tribunal no habría inconveniente alguno para llegar a cabo la testifical; en otros casos, se ha optado por autorizar dicha declaración por medio de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido de manera que la testigo no se vea obligada a despojarse del velo islámico en la misma sala de vistas en la que se halla presente el acusado o el público que asiste a las sesiones del juicio oral; y finalmente otros optan por adoptar las medidas adecuadas, incluidas las de carácter coactivo o «vis compulsiva» cuando se trate de actuaciones indispensables para aclarar los hechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARASTE Y SAHÚN, María Lourdes, «Diversidad religiosa y trabajo: el ayuno del mes de Ramadán», *Revista de Jurisprudencia*, El Derecho Editores, 2008.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego, «La discriminación indirecta ante los tribunales: su prueba», *Revista de Jurisprudencia*. El Derecho, núm. 2, septiembre de 2005.
- DIETER GRIMM, «Multiculturalidad y derechos fundamentales», *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, edición y traducción de Ignacio Gutierrez, Editorial Trotta, de 2007.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, «La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas», *Cuadernos de Cívitas*, 2007.
- MÉRIDA ABRIL, Carmen, *Garantía Jurisdiccional de la dignidad y de las libertades*.