

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
de Elche



Trabajo Fin de Grado

EL BURKINI COMO SÍMBOLO
DE LA DOBLE
DISCRIMINACIÓN DE LA
MUJER MUSULMANA

Alumno: Manuel Gómez Morales

Tutora: Rosario Tur Ausina

Cristina López Sánchez

Grado en Derecho

Curso académico 2017/2018

“el mundo de la humanidad tiene dos alas: una es la mujer y la otra es el hombre. Hasta que ambas alas no se hayan desarrollado igualmente, el pájaro no podrá volar...”

(Abdul Bahá)

ÍNDICE

Abreviaturas	5
Introducción	6

I. CAPÍTULO: EL BURKINI COMO SÍMBOLO RELIGIOSO, CULTURAL Y JURÍDICO-POLÍTICO EN EL MUNDO ÁRABE

A) La indumentaria en la religión islámica	8
1. Las diferentes prendas del islam	10
2. ¿Qué es el burka?	12
B) Significado del burka en la religión y cultura islámica	16
C) Religión, moral y feminismo islámico	18

II. CAPÍTULO: EL BURKA Y LA DISCRIMINACIÓN COMO PROBLEMA COMPARTIDO

A) Trascendencia jurídico-política del burka en el marco europeo	
1. Problemática general: la problemática entre diversos valores	20
2. Prohibiciones parciales o sectoriales	
a) <i>Alemania</i>	21
b) <i>Italia. Relevancia del caso Lautsi</i>	24
c) <i>Reino Unido</i>	28
d) <i>España</i>	29
3. Prohibiciones generales	31
4. Prohibiciones en el ámbito laboral	36
B) La posición central de los derechos fundamentales en los sistemas constitucionalistas. Cultura, religión y derechos	
1. La reintroducción de los valores en el constitucionalismo contemporáneo	38
2. Los derechos fundamentales en la UE	

a) <i>Evolución de los derechos fundamentales en el ámbito europeo</i>	39
b) <i>Importancia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. TEDH y TJUE</i>	41
C) La discriminación por razón de religión, cultura y raza	
1. Acercamiento al principio de igualdad	44
2. La discriminación en la CE	46
3. La discriminación por motivos de religión en España	
a) <i>La libertad religiosa</i>	48
b) <i>Najwa Mabla</i>	50
III. CAPÍTULO: LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
A) La igualdad en la esfera privada	
1. Introducción al “Drittwerking”	53
2. Tratamiento de la eficacia del principio de igualdad en el ámbito privado	55
B) Los límites del Derecho privado	
1. La real efectividad del principio de igualdad	57
2. Burkini, aproximación a una caso real	59
3. Impugnación de un acuerdo adoptado en junta de propietarios	
a) <i>Algunas reflexiones en torno al artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal. Plazos, nulidad y anulabilidad</i>	61
b) <i>Legitimación activa</i>	64
CONCLUSIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	74
ANEXOS	79

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
IBIDEM	Obra o página web citada inmediatamente antes
IES	Instituto Enseñanza Secundaria
LO	Ley Orgánica
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
RAE	Real Academia Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Uno de los retos pendientes más importantes del ser humano es, sin duda alguna, alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres.

El miedo a lo desconocido es algo innato en el ser humano. Aportar un granito de arena para conocer algo mejor el papel de la mujer en la realidad musulmana y el porqué del rechazo que produce su vestimenta en los Estados constitucionalistas europeos me motiva especialmente para realizar esta labor.

En la actualidad, una de las cuestiones más controvertidas en este ámbito debido a su trascendencia social, jurídico-política y religiosa, es el uso por parte de las mujeres que profesan la religión islámica de las distintas prendas que caracterizan su vestimenta, en especial el burka o su versión para baño denominada burkini, que en los últimos tiempos ha sido objeto de polémica por su prohibición de uso en determinados lugares públicos en Francia, dando lugar a una prohibición general del mismo con respaldo del TEDH, cuestión que desarrollo posteriormente, y en una comunidad de propietarios en Alicante.

En este trabajo voy a profundizar en el significado de estas prendas en los Estados islámicos, donde se hace preciso diferenciar entre la religión islámica y el islamismo más radical y donde existen distintos criterios a la hora de determinar cuál es el papel de la mujer en los diferentes ámbitos de la sociedad.

También mostraré el rechazo que producen estas prendas en la sociedad occidental y que suele justificarse con el rechazo a la discriminación de la mujer, ya que se considera que están obligadas a portarlas sin contar su opinión. Para ello voy a basarme, principalmente, en recursos bibliográficos de autores que son grandes conocedores de los derechos fundamentales, artículos periodísticos recogidos de diversas páginas web, y los conocimientos que he ido adquiriendo a los largo de mis estudios en la Universidad Miguel Hernández de Elche, así como diversa jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional.

Así pues, el principal objetivo de mi trabajo es reflejar la situación de la mujer musulmana para intentar que no se repitan episodios de rechazo hacia las mismas. Nos encontramos con un problema de la sociedad en su conjunto, donde basándonos en la religión y en la seguridad optamos por la prohibición en lugar de la tolerancia y la adaptación, y que

debemos solucionar entre todos comprendiendo a la mujer como víctima y parte de un problema compartido.

No se trata de un problema ajeno a nuestra cultura y nuestra religión ya que, como analizaremos más en profundidad, las religiones no son el único problema, también la interpretación de las mismas. Podemos caer en el error de pensar que en “nuestra” religión católica, no existe discriminación, nada más alejado de la realidad, y para muestra, valga como ejemplo la famosa frase bíblica “por la mujer comenzó el pecado, por culpa de ella morimos todos”¹.

La primera parte de mi trabajo sirve para diferenciar las prendas religiosas que caracterizan a las mujeres musulmanas, así como la evolución que ha sufrido a lo largo de los años.

En el siguiente bloque me centraré en la visión europea del problema, donde cabe destacar los diferentes grados de prohibición del uso del velo islámico en varios países europeos y cómo conectan estas limitaciones con los sistemas constitucionalistas, cuyo núcleo central gira en torno a los derechos fundamentales.

La última parte la voy a centrar en analizar en profundidad la polémica surgida en España a raíz de la prohibición de bañarse en la piscina de una urbanización privada a una mujer que usaba el burkini, vulnerando los derechos fundamentales de esta persona escudándose en la autonomía que ofrecen los pactos entre particulares. Es este caso concreto el que motiva la realización de este trabajo, el cual he conocido a través de la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández, cuya labor es digna de elogio y admiración.

Varias son las preguntas que debemos hacernos para poder reflexionar sobre este tema, como si las mujeres son libres a la hora de elegir portarlas, si está justificado su uso obligatorio en el Corán y, sobre todo, lo que yo considero más importante, si las últimas tendencias de prohibir su uso en la esfera pública o privada de diversos Estados occidentales no suponen una discriminación hacia la mujer, que históricamente viene siendo tratada de forma desigual. Esta última pregunta tiene, evidentemente, una respuesta afirmativa.

Así pues, en este caso, nos enfrentamos a una discriminación que tiene una doble vertiente: por un lado, la discriminación de la mujer por el hecho de serlo, y, por otro lado, la discriminación de la mujer por pertenecer a una determinada religión. Combatir la discriminación con más discriminación es una fórmula abocada al fracaso.

¹ Frase extraída de la Biblia. Eclesiástico, 25:24

CAPÍTULO I. EL BURKINI COMO SÍMBOLO RELIGIOSO, CULTURAL, Y JURIDICO- POLÍTICO EN EL MUNDO ÁRABE

A) LA INDUMENTARIA EN LA RELIGIÓN ISLÁMICA

La vestimenta y la religión son dos partes importantes en la sociabilidad humana, un elemento de identidad de las personas, y ambas han ido evolucionando a la vez a lo largo de la historia. Su conexión, en el ámbito religioso, radica en que la indumentaria representa gráficamente cuál es la identidad religiosa de quien la porta, aunque en los Estados constitucionales, donde se impone la secularización del Estado, su trascendencia es distinta, como veremos más adelante.

La problemática, como he dejado entrever, no es únicamente de la religión islámica, aunque desde nuestra perspectiva resulte más llamativa la indumentaria musulmana simplemente por ser diferente, porque ese miedo a lo diferente nos sigue cegando, aunque lo creamos superado.

Tomando como ejemplo la religión cristiana, por ser mayoritaria en nuestro continente, quiero resaltar diversos aspectos. La discriminación de la mujer se justifica con las sagradas escrituras. Podríamos citar varias referencias bíblicas, pero en nuestra opinión, la que mejor refleja esta situación es la que dice que “asimismo, que las mujeres se atavíen con ropa decorosa, con pudor y modestia, no con peinado ostentoso, no con oro, o perlas, o vestidos costosos”². Pudor y modestia son las notas básicas del pensamiento católico respecto la vestimenta de la mujer. La RAE³, define los estereotipos como “imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable”. La referencia citada, constituye a nuestro juicio, la creación de un estereotipo, privando a la mujer de la libertad suficiente para crear su propia personalidad. Los estereotipos no hacen referencia a como somos, sino a cómo debemos ser.

Diversos Papas cristianos, también han sembrado el germen de la desigualdad, y sirva como ejemplo la cita del Papa Benedicto XV de 6 de enero de 1921, cuando señala que “ahora, muchas niñas no ven nada malo en seguir ciertos estilos desvergonzados (en clara alusión a las modas). Seguramente se ruborizarían si tan solo pudieran adivinar las

² Timoteo 2:9.

³ Real Academia Española.

impresiones que hacen y los sentimientos que evocan (en clara referencia a la excitación) en aquellos que las miran”⁴.

Lo que refleja de forma más clara la escasa diferencia y a la vez la diferente evolución de la cuestión es la obligación que existía en el Código Canónico⁵ del año 1917 que obligaba a la mujer a asistir a la ceremonia provista de un velo que le tapara la cabeza, como un símbolo de modestia y para evitar de ese modo la distracción. Aquí, la cuestión problemática no es tanto que se obligue a la mujer a acudir a la ceremonia con una determinada vestimenta, sino el motivo, ya que se da por hecho que otro tipo de vestimenta causa unas determinadas consecuencias en el sexo contrario, con lo que el elemento del estereotipo vuelve a estar presente. Esta obligación permanece vigente hasta la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico de 1983, en el que simplemente deja de mencionarse dicha obligación⁶, aunque cabe decir que se mantiene como tradición eclesial, dejando a la elección de la mujer su uso en misa. No obstante, como hemos visto, ya se ha consolidado una idea estereotipada sobre la vestimenta de la mujer.

En la actualidad, únicamente es obligatorio en las monjas religiosas, tanto dentro como fuera de la misa, y por parte de las vírgenes consagradas, que consideran a Jesús como su esposo y portan el velo como signo de fidelidad a él, con base en el artículo 604 del Código Canónico que dice que “se consagran para dedicar su vida a Jesucristo, se comprometen a llevar una vida casta, y renunciar a la vida matrimonial para transmitir el Evangelio en la parroquia, su trabajo, familia y amistades”⁷.

⁴ <http://www.tldm.org>. (Fecha de consulta 05/04/2018).

⁵ Ciencia jurídica que supone una rama dentro del derecho, que estudia y desarrolla la regulación jurídica de la iglesia católica.

⁶ <http://saeculorumvalue.blogspot.com.es>. (Fecha de consulta 05/04/2018).

⁷ <http://www.periodistadigital.com>. (Fecha de consulta 05/04/2018).

1. Las diferentes prendas en el islam

Los países musulmanes basan su vestimenta en las enseñanzas procedentes del Corán (libro sagrado del islam). La comunidad musulmana entiende que la vestimenta resulta relevante por varios motivos. El primero de ellos es que “cubre partes del cuerpo para que no sean vistas por los demás, respondiendo así al pudor innato del ser humano, y que lo diferencia de los animales, y el segundo es que protege al cuerpo del sol, del frío y de otros daños causados por la intemperie”⁸.

De varios versículos de este texto sagrado se pueden extraer, siempre según la interpretación de quien lo lee, una serie de características que debe reunir la vestimenta de los adeptos a esta religión, tanto para hombres como para mujeres.

Para ambos sexos, la ropa no debe ser estrecha, ni transparente, ni los hombres ni mujeres pueden vestir prendas características del otro sexo, ni los colores pueden ser fluorescentes ni llamativos.

Existen dos prendas características en los hombres, que son “el Keffiyeh”, una prenda que usan los hombres sobre su cabeza para mostrar su orgullo por la identidad árabe, y “el thawb” o “thobe” o “suriyah”, que es una túnica larga y ancha que llega hasta los tobillos. La cuestión es crear una imagen estereotipada que diferencie entre hombres y mujeres.

Para las mujeres, existe una variedad más amplia, según el país donde viva y sus preferencias. Así, debemos diferenciar entre: “el hijab”, que es un pañuelo que cubre su cabello, y en ocasiones su cuello, que es símbolo de identidad para muchas mujeres y para otras supone la posibilidad de interactuar en la sociedad mezclándose con el hombre sin problemas a la hora de estudiar o trabajar⁹, “el niqab” que cubre el rostro pero deja al descubierto los ojos, y que es usado por las mujeres más conservadoras e influenciadas por la predicación Wahabi, que es la rama más radical del Islam, “el burka”, en el que nos detendremos más profundamente, “el al-amira”, que es un velo de dos piezas que suele ser utilizado por las mujeres más jóvenes porque es más fácil que se mantengan en su lugar¹⁰ “el shayla”, que es un pañuelo que se enrolla en la cabeza y que cae sobre los hombros y principalmente utilizado en países del Golfo Pérsico y Europa, “el khimar, que es un velo que cubre cabello, cuello y hombros, pero que deja libre el rostro, “el chador”, que es una

⁸ <https://religionenlibertad.com>. (Fecha de consulta 07/04/2018).

⁹ <http://www.elmundo.es>. (Fecha de consulta 07/04/2017).

¹⁰ <http://elpais.com>. (Fecha de consulta 07/04/2018).

especie de manta que cubre todo el cuerpo y que es usado por las mujeres al salir de casa¹¹, “la chilaba”, que es una prenda que cubre de cuello a tobillos y que suele ponerse encima de la ropa, y es usada indistintamente por hombres y mujeres, y que, al igual que la “abaya”¹² que es una prenda similar, tiene una gran variedad de diseños y refleja la clase social de quien la porta.

El hijab y el niqab surgieron junto al islam¹³. Antes de la llegada del islam, las mujeres se consideraban objetos de posesión del hombre, y con su llegada esta situación se intentó erradicar, otorgándoles a las mujeres los mismos derechos que al hombre, elevando su estatus social al de ser humano. Cuando las mujeres se rebelaron decidieron vestir el hijab para reflejar que ya no eran una posesión del hombre, así que originariamente es un signo de liberación y no de machismo.

Ana Martín Plaza¹⁴, nos ofrece algunas claves sobre la evolución del significado de estas prendas, reflejando las diferentes posturas respecto al asunto. Para López García¹⁵, el velo como símbolo de opresión de la mujer islámica, es una visión propia de nuestra cultura, y en algunas sociedades musulmanas, es visto incluso como una forma de protección contra el machismo. Otra visión distinta, la ofrece el iraquí Al khalifa¹⁶, que explica que el Corán cita varias veces el “hijab”, pero nunca se refiere expresamente a la vestimenta de la mujer, y que su uso se debe a la “interpretación de los clérigos, que han colocado a la mujer como enemigo número uno de su religión”. Como veremos más adelante, son los dos criterios principales es los que basa sus reivindicaciones el feminismo islámico.

¹¹ <http://rpp.pe>. (Fecha de consulta 07/04/2018).

¹² <https://www.elconfidencial.com> (Fecha de consulta 07/04/2018).

¹³ <https://www.regeneracionlibertaria.org>. (Fecha de consulta 07/04/2018).

¹⁴ Martín Plaza, Ana. [https:// www.rtve.es](https://www.rtve.es). “El velo islámico, de signo de sumisión de la mujer a símbolo de “rebeldía” frente al mundo occidental”. (Fecha de consulta 07/04/2018).

¹⁵ López García, Bernabé. *Ibidem*.

¹⁶ Al Khalifa, Waleed Saleh. *Ibidem*.

2. ¿Qué es el burka?

El burka, y, por ende, el burkini, es una prenda de vestir característica de las mujeres islámicas, la más controvertida de todas, ya que cubre todo el cuerpo y tiene un mayor impacto visual. De hecho, en algunos países islámicos, como Kuwait o Irán está totalmente prohibido su uso, ya que la interpretación del islam por estos Estados no es tan radical como en otros, como por ejemplo Arabia Saudí.

Su principal característica es que cubre completamente el cuerpo de la mujer, incluso sus ojos, que quedan escondidos tras una especie de malla.

El origen del burka es pre islámico, y ha sido usado desde tiempos inmemoriales, tanto por hombres como por mujeres, para protegerse del sol y de la abrasión debido a las tormentas de arena del desierto. Prendas similares, fueron usadas milenios atrás por mujeres, con el fin de evitar que las más jóvenes fueran asaltadas por las tribus rivales.

Es a partir de 1996, cuando los talibanes toman el poder en Afganistán, cuando se impuso el uso del burka, que anteriormente era voluntario, obligando a las mujeres a abandonar sus estudios y trabajos, que hasta entonces realizaban en condiciones de cierta igualdad, debido a la interpretación radical por parte de este grupo de la Ley Islámica. Comienza un periodo en el cual a la mujer se le obliga a vestir el burka en público, un tipo de vestimenta que oculta por completo la presencia de la mujer, ya que, según sus creencias, la cara de la mujer es una fuente de corrupción que de alguna forma no están en relación con la misma. No tienen permitido trabajar ni estudiar después de haber cumplido los 8 años, lo cual no les permite tener prácticamente ninguna educación¹⁷.

En Afganistán y Pakistán, viven alrededor de 50 millones de personas que proceden del grupo étnico lingüístico de los pastunes, cuyo origen se data en el siglo II a.C., y que se caracterizan por su fortísimo carácter patriarcal y machista, donde la mujer es únicamente una propiedad del hombre¹⁸.

Según Save the Children, 50 mujeres mueren cada día en Afganistán al dar a luz; una de cada tres sufre toda clase de abusos físicos y sexuales, y su esperanza de vida es de apenas 44 años; más del 85% de las afganas son analfabetas; el 70% de las menores en edad escolar no van a la escuela, las razones son diversas: muchas de ellas pertenecen a familias

¹⁷ <https://geopolítico.es>. (Fecha de consulta 08/04/2017).

¹⁸ Junquera Cubiles, Eduardo Luis, “Una interpretación histórica de los códigos éticos y el uso de las prendas en el ámbito islámico”, *Encuentros multidisciplinares*, año 2016.

conservadoras, no quieren asistir a las aulas por temor a los talibanes o tienen dificultades para llegar en transporte a un centro escolar¹⁹.

Con estos datos vemos claramente como una prenda destinada a proteger la integridad de la mujer pasa a ser un símbolo de opresión y machismo, ocultándose tras el velo de la religión. Queda claro entonces que la forma de vestir, o las partes del cuerpo que enseñen o dejen de enseñar las mujeres, no implica un aumento de su seguridad ni de su libertad, ni que vayan a ser más respetadas por su uso. La religión, no es sino un instrumento más utilizado al servicio del machismo, pero no únicamente en la sociedad musulmana, sino en la sociedad en general.

Ciertamente, su uso es bastante discutido, incluso entre los propios Estados islamistas. En el año 2014, la Universidad de Michigan²⁰, realizó una serie de encuestas en Estados con mayoría islamista, y el resultado fue el siguiente: para los ciudadanos de Pakistán, las mujeres deben cubrir sus rostros (o al menos la cabeza) de una manera rigurosa, vistiendo el niqab o abaya, y sólo el 2 % de los encuestados (51 % de los cuales son hombres), respondieron que las mujeres pueden ser vistas en público con la cara descubierta y mostrando el cabello.

Los estudiosos del ateneo estadounidense han realizado investigaciones entre 2011 y 2013, examinando a los habitantes de siete países diferentes, con una mayoría musulmana: Túnez, Pakistán, Egipto, Irak, Líbano, Arabia Saudita y Turquía. Y lo han hecho a partir de la pregunta de cómo deben aparecer las mujeres "en público" para ser "apropiado" y coherente con la moral. A los encuestados se les muestran seis imágenes diferentes, que representan un burka, el niqab, tres formas diferentes de velo (más o menos adherente y extendido), y, finalmente, la cara de una mujer descubierta.

De los más de 3.000 encuestados en Pakistán, el 32% se muestran favorables a la promoción del niqab, mientras que la abaya es la segunda opción con el 31% de los votos, pero sólo el 3% dice que quieren que sea el burka, un porcentaje que es todavía es más alto que el magro 2% que las quiere libres. En general, en los siete Estados musulmanes ha prevalecido la imagen que muestra a una mujer que llevaba un velo que sólo deja la cara al descubierto. Sólo en el Líbano, la mayoría (alrededor del 50%) optó por la mujer con el pelo suelto y la cara descubierta.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ <http://elmed.io/como-debe-vestir-la-mujer-en-el-islam/>. (Fecha de consulta 18/04/2018).

En Pakistán, sólo el 22% cree que las mujeres pueden "vestir como mejor les parezca " mientras que más de dos tercios están a favor de directivas precisas en el campo de la ropa, por último, el 92% de los encuestados consideró que las esposas deben obedecer "siempre" a sus maridos y sólo el 7% cree que el matrimonio debe basarse "en el amor"²¹.

La "versión acuática" del burka, conocida como burkini, está de plena actualidad, debido a que, en algunas playas de Francia, país de la igualdad, libertad y fraternidad, se ha prohibido su uso. Concretamente, y por citar alguna en concreto, en Cannes, se prohíbe "el acceso a las playas y al mar a toda persona que no lleve una vestimenta correcta, acorde con las buenas costumbres y el laicismo, que respete las reglas de higiene y seguridad en el agua". Si analizamos la frase, encontramos dos cuestiones dignas de mención. La primera cuestión que llama la atención es la referencia a la "vestimenta correcta, acorde con las buenas costumbre y el laicismo...". Las buenas costumbres son hábitos admitidos por la sociedad, y cada grupo social tiene sus propias costumbres. También se pueden definir como "práctica social con arraigo entre la mayor parte de los integrantes de una comunidad"²². Podemos adivinar pues, que las malas costumbres son hábitos dañinos para una sociedad, con lo que esta primera cuestión carece de sentido, pues bañarse no perjudica a nadie de forma objetiva, por lo que el perjuicio se debe a una interpretación subjetiva que solo puede entenderse desde una perspectiva divergente del laicismo. A veces, una frase puede definir una situación de forma precisa, y a este respecto me gustaría citar textualmente una frase del periodista Iñigo Sáenz de Ugarte, que en un artículo para eldiario.es, expresa perfectamente la situación, diciendo textualmente que "en unos países, la obligación es ponerse ropa; en Francia, la contraria. En ambos casos se invoca a la moralidad pública: religión y laicismo comparten niveles similares de coerción sobre lo que las mujeres pueden vestir"²³. La moralidad pública integra el bien común o el bienestar general, entendido como "conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección"²⁴. La moral pública, puede variar dependiendo del contexto histórico o del país desde el que se analice. Hay que tener en cuenta que Francia es un Estado constitucionalista, y el eje sobre el que giran dichos Estados son los derechos fundamentales, y estos a su vez son derechos subjetivos que corresponden a todos los ciudadanos. Así pues, en nuestra opinión, este

²¹ [http://www.asianews.it/noticias-es/Cabeza-\(y-cara\)-cubiertos,-obediencia-al-hombre:-la-mujer-en-un-Pakist%C3%A1n-islamizado-30027.html](http://www.asianews.it/noticias-es/Cabeza-(y-cara)-cubiertos,-obediencia-al-hombre:-la-mujer-en-un-Pakist%C3%A1n-islamizado-30027.html). (Fecha de consulta 09/04/2018).

²² <https://definicion.de/costumbres/>. (Fecha de consulta 09/04/2018).

²³ https://www.eldiario.es/zonacritica/Francia-burkini-prohibicion-mujeres-Islam_6_552304782.html. (Fecha de consulta 10/04/2018).

²⁴ <https://prezi.com>. (Fecha de consulta 10/04/2018).

motivo no puede justificar la supresión del derecho fundamental a manifestar su propia cultura y su propia religión, necesaria e indispensable para alcanzar la mencionada perfección personal. Por otro lado, la mezcla entre buenas costumbres y vestimenta nos lleva de nuevo a reflexionar sobre los estereotipos creados por nuestra sociedad sobre la vestimenta que debe llevar la mujer en cada ámbito de su vida. Si realmente la mujer es libre para poder elegir llevar el burkini, no podemos menoscabar su libertad basándonos en un laicismo interesado en el que no quepan las diferentes culturas, porque separar religión y cultura es una cuestión demasiado compleja y que requiere un análisis individualizado de cada situación.

La segunda cuestión es la relativa a la “higiene y la seguridad en el agua”. El burkini está fabricado en poliéster, solución higiénica y resistente al cloro, el mismo material que los trajes de buzo y de neopreno utilizados por muchos bañistas y por los que practican los deportes acuáticos; sin embargo estos no han sido prohibidos. Parece que más que un problema religioso, nos encontramos ante un problema de discriminación de la mujer, que es la única que lleva este tipo de prenda.

También en nuestro país se ha convertido en noticia en los últimos tiempos, ya que una comunidad de propietarios de Alicante prohibió el uso de esta prenda de baño en su piscina comunitaria.

Sobre el burkini, nos referiremos en profundidad al analizar el caso concreto que se ha dado en nuestro país, pero conviene indicar que la invención de dicha prenda ha supuesto la posibilidad de que las mujeres islámicas hayan podido acceder a las competiciones oficiales de deportes acuáticos, cuestión que sin duda facilita su integración.

B) SIGNIFICADO DEL BURKA EN LA RELIGIÓN Y CULTURA ISLÁMICA

En primer lugar, queremos dejar claro, que, a nuestro entender, nos enfrentamos a un problema de discriminación por razón de sexo, donde la finalidad del uso de estas prendas por parte de la mujer no es más que el reflejo de una parte de la sociedad islámica machista y que interpreta su texto sagrado de forma interesada para resaltar la superioridad del hombre sobre la mujer, y no a un problema religioso. Solemos caer en la tentación de criminalizar los textos sagrados, cuando en realidad la interpretación es el núcleo central del problema.

El Corán es el texto sagrado del islam, lo que es la Biblia al cristianismo.

García Pascual²⁵, considera que existe una interpretación bastante generalizada del Corán como instrumento de liberación para las mujeres, y que, como Fátima Mernissi²⁶ explica, la religión islámica tiene un fuerte componente igualitario, reflejado en la propia relación de Mahoma con las mujeres. El Corán habla del hijab en dos ocasiones, sin imponer taxativamente su uso.

Los textos más conocidos de los teólogos musulmanes suelen llegar a la misma conclusión: en el Corán no hay instrucciones concretas sobre una determinada vestimenta que deba utilizar la mujer, y se pueden dar diversas interpretaciones dependiendo del contexto social en el que se desarrolle la vida de las personas que profesan esta religión. Por ejemplo, en determinados países musulmanes como Egipto, Marruecos, Turquía o Líbano, no es obligatorio su uso.

Eduardo Luis Cubiles²⁷, nos ofrece los principales detalles sobre el auge en la utilización de las mencionadas prendas. De este modo, la “oficialidad” de la utilización de esta vestimenta por parte de la mujer islámica, proviene del movimiento wahabí, que es una parte radicalizada de la corriente mayoritaria del islam, que es la suní²⁸. Este movimiento, tiene un gran poder dentro del islam, principalmente por el respaldo que tiene del Gobierno de Arabia Saudí, que lo financia. Sus inicios se datan en 1745, de la mano del clérigo Abd al Wahab, al cual se debe su nombre, y realizan una interpretación severa del Corán,

²⁵ García Pascual, Cristina “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”, *cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, pp.43 a 67, año2016.

²⁶ Escritora marroquí, una de las voces más relevantes de la intelectualidad del mundo árabe y una autoridad mundial en estudios coránicos. (1940-2015).

²⁷ <http://diario16.com/islam-velo-islamico-burkini/>. 06/09/2017. (Fecha consulta 11/04/2018).

²⁸ Los sunitas son mayoría entre los musulmanes, se estima que entre el 86% y el 90% pertenecen a esta corriente, que se caracteriza por ser la rama más tradicional y ortodoxa del islam.

persiguiendo el tabaco, el vino, el juego, y estableciendo una separación entre hombres y mujeres, que tienen su principal reflejo en la sociedad de Arabia Saudí.

Los islamistas más ancianos, tanto suníes como chiíes²⁹, cuya diferenciación nació tras la muerte de Mahoma en el año 632³⁰, consideran que el islam que se está enseñando actualmente en muchas mezquitas, no se identifica de manera alguna con los textos del Corán, ya que llevan a cabo una interpretación extremadamente radical de los mismos.

Esta visión extremista del islam se ha expandido hasta las mezquitas europeas y estadounidenses, principalmente entre los más jóvenes y los conversos a la religión islámica, provocando un choque entre dos culturas diferentes, que hasta ese auge habían convivido en relativa armonía.

El islam, además de una religión, es una cultura, al igual que las demás. Todas las religiones influyen en la cultura y en la sociedad de quienes las practican. La principal diferencia entre el islam y las diferentes religiones, radica en su ala extrema. No podemos confundir el islam, que es la religión musulmana que tuvo su origen en las enseñanzas del profeta Mahoma (570-632), y el islamismo, que, aunque fundamentado en la religión, es un movimiento político-religioso que aspira a hacer del islam una verdadera ideología política, basándose en una interpretación extrema e interesada de las escrituras del Corán. Desde la década de 1970 el islamismo más radical pretende aplicar rigurosamente la ley coránica y crear Estados islámicos³¹.

De lo anteriormente expuesto, parece concluirse que el burka o velo es un instrumento utilizado por los hombres para reafirmar su superioridad sobre las mujeres, y que niega la individualidad de las mismas.

²⁹ Los chiitas se iniciaron como una facción política, y se caracterizan por llevar a cabo una interpretación abierta y constante de los textos islámicos.

³⁰ Los suníes consideraban que debían suceder a Mahoma como autoridad religiosa, sus propios compañeros, mientras que los chiíes consideraban que debían ser sus sucesores inmediatos.

³¹ www.capital.com.pe. (Fecha de consulta 11/04/2018).

C) RELIGIÓN, MORAL Y FEMINISMO ISLÁMICO

El Profesor Martínez Velasco³², describe la moral como la “dimensión de la persona que se manifiesta en el hecho de que el hombre, al ejercitar su existencia, no se limita a desarrollar las facultades de que está dotado, a realizar sus posibilidades, a satisfacer sus deseos y a colmar sus necesidades, sino que se ve interiormente obligado a tener en cuenta un ser ideal, un bien, que juzga sus acciones, reclama el asentimiento de su libertad y se hace presente a su conciencia como valor que dignifica su vida. Este bien, que orienta el conjunto de la existencia, se desgrana por él en un sistema de bienes que rigen los diferentes sectores de su vida. Su presencia se manifiesta en la pregunta ¿qué debo hacer?”. En otras palabras, el objetivo de la moral es alcanzar la perfección personal.

Continúa el profesor, considerando la religión como “una nueva dimensión de la persona gracias a la cual el hombre reconoce en una actitud fundamental de reconocimiento y aceptación una realidad sobrehumana como origen u como destino último y salvación de su vida. En la religión responde el hombre a la pregunta ¿qué sentido tiene mi vida?”³³

Las creencias religiosas suponen una base fundamental en el crecimiento de la persona, ya que son trascendentales para su formación. Debido a la gran importancia de la religión en el crecimiento personal, debemos plantearnos el papel que representa la misma en el ámbito de la mujer. Con base en lo visto hasta ahora, podemos entender que existan mujeres islámicas que defiendan la utilización de estas prendas de vestir porque han crecido en esta creencia, y forma parte de su personalidad.

Para poder entender mejor el movimiento feminista islámico, resumiremos un texto expuesto por la investigadora Margot Badran³⁴ en la Conferencia de Feminismo Islámico en París, en septiembre de 2006, donde establece una serie de reflexiones acerca de una cuestión tan desconocida en occidente. Para ella, el feminismo islámico “rearticula el islam de género igualitario y socialmente justo enraizado en la idiosincrasia coránica. Pone al descubierto el pensamiento y la práctica patriarcales”³⁵.

Continúa explicando que únicamente el islam, y no el resto de religiones, a través del Corán, contiene un mensaje de igualdad entre hombres y mujeres, de derechos de las mujeres y de justicia social, que ha sido pervertido precisamente en nombre del propio

³² Martín Velasco, Juan, “Religión y Moral”, *Isegoría, Revista de filosofía moral y política*, p.43, año 1994.

³³ *Ibidem*, p.44.

³⁴ Badran Margot, “Feminismo islámico en marcha”. *clepsidra: revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, n° 9, pp. 69 a 84, año 2010.

³⁵ *Ibidem*, p. 69.

Corán. El feminismo es considerado por una gran parte de los musulmanes, como algo occidental, y los hace sentirse incómodos con el acercamiento entre el islam y el feminismo.

En el texto también reflexiona acerca de la dicotomía secular-religiosa. El significado del término secular en el contexto musulmán no implica la ausencia de religión, sino la libertad para todas las religiones dentro de una nación, o lo que es lo mismo, el pluralismo religioso o aconfesionalidad que es tutelado por el Estado en el constitucionalismo laico.

El islamismo radical difunde en diferentes partes de África y Asia, en los años 70 y 80, la idea de que la palabra secular es anti islámica. Así, las mujeres simpatizantes de los islamistas defienden que su postura respecto a la mujer procede de la auténtica interpretación, manteniendo la tensión entre religión y secularismo, o, lo que es lo mismo, entre islam y occidente. Por el contrario, algunas feministas seculares, han confundido las prácticas patriarcales impuestas en nombre del islam con la religión islámica, que es precisamente lo que el feminismo islámico pretende combatir.



CAPÍTULO II. EL BURKA Y LA DISCRIMINACIÓN COMO PROBLEMA COMPARTIDO

A) TRASCENDENCIA JURÍDICO-POLÍTICA DEL BURKA EN EL MARCO EUROPEO

1. Problemática general: la confrontación entre diversos valores

El principal problema que se plantea en las sociedades constitucionalistas europeas respecto al uso del burka por las mujeres musulmanas tiene lugar en el uso y gestión del espacio público, aunque como veremos en un posterior capítulo, también orbita en el ámbito privado.

Generalmente, la tendencia europea, es la de prohibir su uso, de forma parcial, en determinadas parcelas del dominio público, basándose principalmente en motivos de seguridad y de igualdad, sobre todo a partir del auge del terrorismo islamista radical.

Estas limitaciones o prohibiciones están generando en algunos Estados un resurgir del uso del velo, como por ejemplo en Alemania, donde su utilización ha aumentado exponencialmente por parte de las niñas musulmanas, un claro ejemplo de que las limitaciones de derechos no funcionan. La mejor opción para que esta situación sufriera un giro a la inversa, sería que el Estado alemán invirtiera en campañas para informar y sensibilizar a la comunidad musulmana de que en los sistemas constitucionalistas no se imponen las decisiones, sino que se deja la suficiente libertad al menor para que pueda elegir libremente, ya que al final, el problema se traduce en una cuestión de respeto hacia la libertad, de libertad para elegir, libertad para formar tu propia convicción, libertad para poder vestir, etc.

Antes de analizar las distintas regulaciones de los principales Estados europeos en este ámbito, cabe hacer referencia a la existencia de dos tipos de prohibiciones del uso del velo integral o burka en el espacio público. Por un lado, tenemos las prohibiciones parciales o sectoriales, vinculadas principalmente con las relaciones administrativas que afectan a las mujeres musulmanas, como por ejemplo la necesidad de identificación en un centro escolar, bien sea como profesora o como alumna; y, por otro lado, se encuentran las prohibiciones generales de portar el velo integral en espacios públicos, cuestión esta mucho más controvertida y que parece potencialmente lesiva para los derechos fundamentales.

Empezando por las prohibiciones relativas o sectoriales, existen numerosas sentencias que justifican estas prohibiciones, sobre todo en el ámbito escolar. A continuación, nos

referimos a las principales prohibiciones llevadas a cabo en el ámbito de los Estados europeos³⁶.

2. Prohibiciones parciales o sectoriales

Para analizar las prohibiciones sectoriales, y continuando con la reflexión de Aláez Corral, diferenciaremos entre los dos tipos de laicismo de Estado existentes.

El laicismo activo se caracteriza porque el Estado reconoce las diversas organizaciones religiosas por igual y contribuye a la financiación de sus clérigos, templos y actividades, mientras que, en el laicismo pasivo, la Constitución del Estado admite todas las religiones, pero no se identifica con ninguna ni las financia³⁷.

a) Alemania

Alemania tiene una concepción de Estado desde un punto de vista activo, reconoce y financia de igual forma las diferentes organizaciones religiosas sin decantarse por ninguna de ellas, a diferencia del laicismo pasivo francés, lo que hace que una prohibición general del uso del velo islámico sea inconstitucional, tanto a nivel nacional como por parte de los Estados federados, una valoración jurídica que ha sido corroborada por el Servicio científico del Parlamento alemán en un Dictamen de mayo de 2010.

A pesar de ello, existen diversas prohibiciones parciales indirectas en varios Estados alemanes sobre el uso del velo integral, sobre todo en el ámbito escolar, y más concretamente sobre maestras en colegios públicos, donde cinco de ellas se justifican basándose en que constituye una expresión de su falta de neutralidad religiosa y política aunque llama la atención que, en un Estado laico como el alemán, exista una diferencia de trato flagrante, ya que, tanto el hábito empleado por las monjas católicas como el uso de símbolos religiosos y culturales cristianos han sido justificados por el Tribunal Supremo administrativo alemán en sentencia de 24 de junio de 2003, considerando que la mencionada diferencia de trato se ajusta a la Constitución, cuestión que desde nuestro punto de vista implica cierto grado de discriminación.

El caso más significativo objeto de esta prohibición de portar el velo por parte de una maestra musulmana, es el de la señora Fehresta Ludin. El Tribunal Superior administrativo

³⁶ Los datos han sido extraídos de Aláez Corral B., "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", n° 28, pp.483 a 520, año 2011. Aunque el Dictamen no ha sido publicado, se pueden conocer algunos extractos del mismo a través del blog del diputado de la CDU Wolfgang Boschbach: <http://wolfgang-bosbach.de/news/burkaverbot-indeutschland>.

³⁷ www.ensayos-filosofia.es. (Fecha de consulta 12/04/2018).

federal alemán, confirmó el 4 de julio de 2002 -rechazando el recurso de alzada y la decisión original de la Oficina de Enseñanzas Medias en 1998- que la recurrente, la señora Ludin, no era apta para acceder a la función pública como maestra por negarse a dar clase sin el pañuelo en la cabeza (hiyab) que porta por motivos religiosos³⁸.

Ludin, finalmente recurre ante el Tribunal Constitucional alemán, cuya actuación, que da lugar a la STC alemán de 24 de septiembre de 2003, puede resumirse de la siguiente forma³⁹: el Tribunal considera que la funcionaria tiene derecho a ejercer sus derechos fundamentales, ya que el ordenamiento jurídico protege la libertad religiosa y de pensamiento sin límites específicos. Si bien, esta libertad se puede ver afectada por los daños de los padres en la educación de sus hijos, en la libertad religiosa negativa de los alumnos y alumnas y la paz escolar. Se manifiestan durante el proceso diversos testimonios, como el de la Dra. Karakasoglu, que tras realizar un estudio sobre 25 estudiantes musulmanes, concluye que no puede afirmarse que el hecho de llevar el velo por parte de la maestra pueda identificarse con la opresión de la mujer, sino que en las mujeres jóvenes se identifica con algo que ha sido elegido libremente, en referencia a uno de los argumentos en los que se había basado la decisión de no permitir el acceso a la señora Ludin al ejercicio de la docencia. Este estudio es sumamente relevante porque enfatiza lo que a nuestro juicio es la clave de la problemática respecto a las prohibiciones del uso del burkini que nos ocupa en este trabajo, la libertad de la mujer para poder elegir libremente. También es tenido en cuenta por el Tribunal el informe del profesor Bliesener, que es especialista en pedagogía, y que considera que no hay influencia alguna en los niños como consecuencia de portar el velo en las clases. Esta es otra de las claves, la enseñanza que damos a los niños que se encuentran en pleno proceso de formación, esa enseñanza no debe ser otra que una sociedad libre e igualitaria.

Finalmente, El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo por violación del derecho al igual acceso a la función pública del artículo 33.2 de la Constitución Alemana en conexión con los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de creencias de los artículos 4.1 y 2 de la citada Constitución, pero no per se, sino porque no hay base legal suficiente para justificar la limitación de tales derechos. El Tribunal justifica su resolución mediante una serie de razonamientos, de los que nos gustaría destacar los siguientes: el

³⁸ Martín Vida, M^a Ángeles y Müller-Grune, Sven, “¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n^o 70, pp. 313 a 337, enero-abril 2004.

³⁹ Lasagabaster Herrarte Iñaki, “El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (nota a la STC federal alemán de 24 de septiembre de 2003)”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria*, n^o69, pp. 235 a 250, año 2004.

Tribunal considera que el hijab no es un símbolo religioso en sí mismo, sino que depende de la persona que lo lleve y sus motivaciones. En nuestra opinión parece querer decir que si se trata de un símbolo religioso no se debería permitir, algo que se contradice con su propia resolución. También expresan que no queda demostrado que el uso del hijab influya en las motivaciones y el rendimiento de los alumnos. Sobre este punto consideramos que sí que puede influir en los alumnos, pero de forma positiva, ya que viendo como una profesora puede portar velo a las clases como manifestación de su libertad religiosa, los niños toman idea de una sociedad plural, una sociedad que acepta las diferentes religiones y donde caben las diferencias culturales. El último punto a destacar es que el Tribunal considera que no existen motivaciones legales que justifique el rechazo a la maestra por el hecho de que se niegue a quitarse durante las clases el velo. Para nosotros la principal motivación legal que puede existir es el cumplimiento de los preceptos constitucionales, ya que parece que para el Tribunal alemán la vulneración de determinados derechos fundamentales no es suficiente para rechazar una conducta anticonstitucional. La eficacia directa de los derechos fundamentales es una de las principales características de las constituciones modernas y no podemos dar pasos atrás sobre una cuestión tan relevante.

En esta sentencia, también llama la atención el voto particular de 1 de los 3 jueces del TC alemán, que afirma que no es necesaria una regulación concreta sobre el asunto, ya que considera que la situación de los funcionarios debe ser observada desde el punto de vista del Estado, y que sus derechos fundamentales están garantizados por la Constitución siempre que sean compatibles con la propia razón y características de ser de la función pública, debido a la estrecha relación existente entre el funcionariado y el Estado. Por ello, considera que la administración puede exigir unas características personales determinadas que garanticen la educación, y que dicha administración tiene derecho a obligarle a no portar el velo para cumplir con la neutralidad y adecuación al ejercicio de la función que se le reconoce.

Tras analizar la sentencia, parece adivinarse cierto recelo o respeto a un pronunciamiento claro por parte del Tribunal, quizá para evitar entrar en cuestiones que atañen a otras religiones mayormente aceptadas por la sociedad, trasladando la cuestión al legislador.

Finalmente, decir que el TC Alemán, después de doce años de discusión tras la sentencia Ludin, emitió una nueva sentencia⁴⁰ en marzo de 2015 donde afirmaba que prohibir el uso

⁴⁰ Gericht/Institution: BV erf G, Erscheidungen13.03.2015. Entscheidungsdatum: 27.01.2015 Aktenzeichen:1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10.

del velo de forma general a las profesoras funcionarias del Estado es contrario a la actual Constitución⁴¹, una conclusión, a nuestro entender, plenamente acertada y que supone un giro en la dirección adecuada por parte del Tribunal, reforzando el valor de los preceptos constitucionales.

Además del ámbito escolar, las prohibiciones sectoriales se han extendido a otras esferas, afectando a otros derechos fundamentales, como al impedirse la participación en reuniones y manifestaciones públicas cuando no sea posible su identificación o, en un supuesto que verdaderamente puede estar justificado, en la conducción de vehículos de motor, ya que el uso del velo integral puede afectar a la seguridad pública. Como vemos, en este supuesto la ponderación realizada parece indicar la corrección de la actuación del legislador.

b) Italia. La relevancia del caso Lautsi

Italia es otro de los Estados en los que no parece resultar jurídicamente posible una prohibición general de la utilización del velo en los espacios públicos, ya que, como Aláez Corral suscribe, los artículos 7 y 8 de la Constitución italiana, establecen respectivamente la independencia del Estado y la religión afirmando su separación, y que todas las confesiones religiosas son iguales ante la Ley.

Antes de entrar en la materia que nos ocupa, y continuando con el caso italiano, consideramos importante comentar una sentencia del TEDH, que, aunque no se refiere al velo, sí es relevante por su trascendencia en el ámbito religioso.

Simón Yarza⁴², nos habla de uno de los casos más impactantes a los que ha tenido que enfrentarse en los últimos tiempos el TEDH. En síntesis, el asunto es el siguiente:

Todo comienza con la demanda de la señora Soile Lautsi, cuyos dos hijos estudiaban en una escuela pública italiana, en la cual habían colgados crucifijos en las aulas, y que consideraba que con ello se vulneraba su derecho a la libertad religiosa y la de educar a sus hijos conforme a sus creencias. Tras solicitar en una reunión del consejo escolar su retirada, obtuvo una negativa como respuesta.

A continuación, recurrió la decisión del consejo ante el Tribunal Administrativo de Veneto, alegando la violación del principio de laicidad en conexión con el principio de igualdad y libertad religiosa, así como el artículo 9 del CEDH y el principio de imparcialidad de la

⁴¹ Mario Elásegui, Itxaso, “La vuelta del concepto de deutscheitkultur a raíz de los actuales planes de integración de los inmigrantes alemanes”, *Revista Estudios de Deusto*, año 2015.

⁴² Simón Yarza, Fernando, “Símbolos religiosos. Derechos subjetivos y Derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 43, pp. 901 a 925, año 2012.

Administración Pública. El Tribunal Administrativo desestimó finalmente la demanda, y la demandante apeló al Consejo de Estado⁴³, que confirmó el pronunciamiento recurrido.

Finalmente, Soile Lautsi demandó a Italia ante el TEDH, que falló a su favor y condenó a Italia por violación del artículo 2 del protocolo 1º del CEDH (derecho de los padres a elegir la enseñanza de sus hijos), y el artículo 9 del mismo convenio (el derecho a la libertad religiosa). La opinión de la Sala fue unánime, siete votos a favor y ninguno en contra.

Lo más relevante del asunto viene a continuación, ya que el Gobierno italiano solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala, quien revocó la sentencia anterior por quince votos a favor y dos en contra.

Tur Ausina⁴⁴, lleva a cabo una serie de reflexiones acerca de la diversidad ideológica y religiosa, y de cómo los menores pueden verse afectados por la simbología religiosa. En especial se centra en el caso Lautsi, destacando que nos encontramos ante un problema que no es únicamente ideológico o religioso, sino que afecta a valores y derechos fundamentales que contribuyen a la integración de las personas que conviven en una misma sociedad.

Además, considera que la primera sentencia, dictada por el TEDH en 2009, si bien resulta escasa en argumentación, no implica la renuncia a la identidad religiosa de una sociedad, plenamente identificada con la religión católica, sino más bien que los entornos educativos no pueden identificarse únicamente con un determinado símbolo. Respecto a la segunda sentencia, la dictada en el año 2011, destaca la autora que debido a la reacción social y política más allá de las fronteras italianas, parecía adivinarse una impugnación de la primera sentencia. Esta se produce en efecto el 18 de marzo de 2011, justificada principalmente en que la tutela de la tradición religiosa corresponde a los propios Estados, mediante la denominada teoría del “margen de apreciación estatal”, aunque siempre respetando los derechos incluidos en el Convenio y sus Protocolos.

A nuestro juicio, de esta última resolución del TEDH parece desprenderse que el papel del propio Tribunal queda limitado por los propios Estados, sin que haya sido capaz de resolver con eficacia un problema que se presentaba a título individual, sobre determinados derechos fundamentales que corresponden a una persona concreta. Es evidente que corresponde al Estado configurar su propia identidad como pueblo, pero también lo es que

⁴³ Máxima instancia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Italia.

⁴⁴ Tur Ausina, Rosario. “La simbología religiosa desde planteamientos inclusivos democráticos en el ámbito educativo. A propósito de los casos “Lautsi c. Italia” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Souto Paz, José Antonio, y Souto Galván, Clara, *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, pp. 127 a 158, año 2012.

debe hacerlo respetando los principios y valores constitucionales y procurando la integración de todos sus miembros.

De una forma más concreta respecto al uso del velo, el Ministerio del Interior italiano presentó el 23 de abril de 2007 la “carta de valores de la ciudadanía y la integración”⁴⁵, que conviene analizar. En las primeras reflexiones incluidas en la carta, se hace referencia en varias ocasiones a la “tradición italiana” respecto al cristianismo y al judaísmo como base fundamental de la actual sociedad italiana. Esta “tradición italiana” vuelve a salir a colación en el artículo 25, que señala textualmente que “basándose en su propia tradición religiosa y cultural, Italia respeta los símbolos y los signos de toda religión. Nadie puede considerarse ofendido por los signos y símbolos de otras religiones distintas de la suya. Tal como está establecido en las Cartas internacionales, es justo educar a los jóvenes al respeto de las convicciones religiosas de los demás, sin ver en ellas factores de división entre los seres humanos”. En nuestra modesta opinión, creemos que la tradición es una cuestión muy importante para los Estados, y que resalta las principales características de nuestra identidad, pero no es menos cierto que los nuevos tiempos en los que la globalización es un proceso imparable, la neutralidad en determinados aspectos, como la religión, nos lleva hacia una sociedad más igualitaria y solidaria.

Otro artículo que consideramos controvertido es el 26 que establece que “en Italia no se ponen restricciones al modo de vestirse de las personas, siempre que sea libremente elegido y no ofenda su dignidad. No se aceptan formas de vestirse que cubran la cara porque ello impide el reconocimiento de la persona y obstaculiza las relaciones con los demás”. El contenido básico y esencial de la dignidad humana es la libertad y la igualdad de la persona. En este artículo podemos interpretar que, independientemente de que la mujer musulmana haya elegido libremente portar el velo conforme a sus creencias religiosas y culturales, cuestión imprescindible que forma parte del contenido de la dignidad de una persona, no podrá llevarlo, con lo que se puede observar cierta contradicción ya que el propio artículo hace referencia a la mencionada dignidad. El contenido de esta carta nos obliga a reflexionar en los contenidos implícitos y ambiguos que pueden contener determinadas declaraciones, incluso Constituciones, como el ejemplo de la española de 1978, en cuyo artículo 16.3 se destaca a España como un Estado aconfesional, mencionándose que hay que cooperar con la Iglesia Católica y las demás confesiones, dejando entrever la posibilidad de predominio del catolicismo respecto al resto de religiones. Creo pues que el

⁴⁵ <https://www.libertaciviliimmigratione.interno.gov.it>. (Fecha de consulta 16/04/2018).

arraigo social no debe entenderse desde una posición de dominio, sino que debemos construir un nuevo arraigo social basado en la apertura hacia todas las costumbres y religiones diferentes, estableciendo los mismos límites, siempre que estén objetivamente justificadas.

Al igual que en el caso alemán, en Italia se han establecido limitaciones sectoriales al uso del velo, como en el caso de la prohibición de su uso en las manifestaciones, y cuando se llevan a cabo identificaciones específicas y sectoriales. Como vemos, estas prohibiciones van enfocadas a mejorar la seguridad, cuestión que verdaderamente sí puede estar justificada, siempre que el legislador configure las normas convenientemente y respetando los derechos fundamentales.

Vemos pues, que en Italia tampoco existen prohibiciones absolutas, aunque sí es cierto que ha habido intentos de varios ayuntamientos italianos por llevar a cabo dicha prohibición general en sus localidades; intentos que han sido rechazados por sentencia del Consejo de Estado italiano⁴⁶. Esta sentencia del año 2008 establecía que con base en la libertad religiosa, estaba justificado el uso del burka por las mujeres y no era contrario al orden público, excepto en el caso de las manifestaciones, ya que diversos ayuntamientos italianos habían prohibido su uso basándose en este motivo establecido en la Ley 152/1975 de 22 de mayo. Pero estas prohibiciones locales fueron declaradas contrarias a la Constitución. Sin embargo, a pesar de la mencionada sentencia, se han producido varios episodios ciertamente lamentables en diversas localidades italianas, como el sucedido en Verona en el año 2009⁴⁷, donde una mujer que portaba burkini fue “invitada” a justificar si el mencionado traje cumplía con los parámetros sanitarios necesarios, pues hay diversos materiales que no se pueden usar. Lamentablemente, ante la presión, la mujer prefirió abandonar la piscina junto a sus hijos. Aunque más lamentable todavía nos parece que el imán de Verona considere que la actitud de la mujer de acudir con burkini a la piscina es una forma de provocación. Como vemos, parece que por una vez ambas culturas están de acuerdo, lo lamentable es que sea acosta de la mujer como objeto de discriminación.

⁴⁶ Órgano consultor jurídico-administrativo y custodio de lo legal en el ámbito administrativo nacional.

⁴⁷ <http://maq2109.blogspot.com.es/2009/08/>. (Fecha de consulta 13/04/2018).

c) Reino Unido

En el Reino Unido, la situación no dista en exceso de lo anteriormente mencionado.

A pesar de que, a diferencia de los anteriores Estados mencionados, en Reino Unido sí que hay religión oficial, no existe una prohibición general del uso del velo islámico integral en el ordenamiento británico, aunque sí encontramos diversas prohibiciones sectoriales, básicamente en el ámbito escolar.

Las principales sentencias vienen a confirmar las distintas disposiciones reglamentarias sobre uniformes y la consiguiente prohibición del uso del velo en la enseñanza, destacando el papel integral de los uniformes escolares a la hora de evitar la diferenciación social, económica o de modas, así como que las utilizaciones de dichas prendas por parte de las alumnas musulmanas podrían resultar un obstáculo para la integración de las niñas y el correcto funcionamiento de las clases, en clara consideración a una igualdad basada en una misma uniformidad. Nos parece cuanto menos cuestionable esta justificación, ya que consideramos que precisamente esas diferenciaciones no son las que hay que eliminar, ya que la igualdad no implica que todos debemos ser iguales, sino que debemos ser tratados como iguales, independientemente de las señas que nos identifiquen como persona, en este caso la vestimenta.

También conviene recordar que las sentencias incluyen la prohibición del uso del burka por parte del personal docente, ya que se considera que el contacto gestual o visual entre los alumnos y el profesorado ayuda a comprender mejor el contenido de la información proporcionada por la profesora. Volviendo otra vez al asunto Lautsi, podemos observar cierta diferencia de trato respecto a la importancia de los símbolos religiosos cuando hablamos de una religión como la islámica. Tal y como destaca Rosario Tur⁴⁸, en la sentencia del año 2009 el Tribunal considera que el Estado no puede imponer una determinada creencia permitiendo la exposición de símbolos que contengan un significado religioso, pero como hemos reflejado anteriormente, esta sentencia fue revocada, y en 2011 La Gran Sala estima que no puede considerarse “adoctrinamiento” el hacer uso de la simbología religiosa. Si aplicamos esta doctrina al caso, carecerían de justificación alguna las prohibiciones del burka en el personal docente.

⁴⁸ Tur Ausina, Rosario. “La simbología religiosa desde planteamientos inclusivos democráticos en el ámbito educativo. A propósito de los casos “Lautsi c. Italia” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Souto Paz, José Antonio, y Souto Galván, Clara, *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, pp. 127 a 158, año 2012.

d) España

Respecto a España, volvemos a encontrarnos con una situación muy similar a la relatada, donde los principios constitucionales impiden una prohibición general del velo en los espacios públicos, aunque sí que nos encontramos con varias situaciones problemáticas. Es el caso de la acontecida en 2009, cuando el Juez de la AN, Javier Gómez Bermúdez, hizo abandonar la sala a una abogada de origen musulmán por llevar cubierto el pelo con un velo, alegando que en los tribunales españoles es obligatorio declarar con el rostro descubierto, en el mismo juicio en el que previamente había expulsado de la sala a una testigo por negarse a testificar sin el burka.

En el ámbito administrativo, al igual que sucede en Francia o en Italia, existe una prohibición implícita del uso del velo integral o burka en el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, que regula la expedición del pasaporte ordinario⁴⁹, prohibición que, a nuestro entender, está completamente justificada a efectos de una correcta identificación de la persona.

En cuanto a los municipios, en varias localidades catalanas se han dictado ordenanzas municipales prohibiendo expresa y parcialmente el uso del velo integral, principalmente para el acceso a edificios o instalaciones municipales, y sin referirse única y exclusivamente al velo islámico, sino a cualquier prenda que impida la identificación de la persona, imponiendo sanciones para el caso de su incumplimiento. Cabe destacar, por su importancia, la sentencia del TS en recurso de casación nº 4118/2011, por la impugnación de la sentencia de la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, interpuesto por la asociación Watani⁵⁰ por la libertad y la justicia, que anula el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por varios preceptos que vulneran el derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE y el derecho de participación en los asuntos públicos, que el recurrente consideraba vulnerados. Entre estos preceptos, pongo como ejemplo el artículo 26.2 que dice textualmente que “La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u

⁴⁹ Artículo 4.1.c), donde se requiere para su expedición “Una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 x 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir la identificación de la persona”.

⁵⁰ Organización no gubernamental, cuyos principales objetivos son promover el bienestar y desarrollo educativo, cultural, social y físico de los extranjeros.

otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas...”. En este caso, si se podría observar cierto grado de discriminación por la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa, al aludir de forma explícita a la utilización de un símbolo religioso.

Estos son los puntos más relevantes en cuanto a las prohibiciones sectoriales en Europa. Como vemos, la mayoría de ellas parecen razonablemente justificadas, con base en que no se refieren al velo como prenda identificativa cultural o religiosa, sino que su limitación se fundamenta en una necesidad, sobre todo a efectos de identificación y no discriminación de los menores, de la sociedad en su conjunto.

Para concluir con este apartado, como hemos visto, cabe reseñar que los Estados nos ofrecen diferentes motivaciones para justificar la prohibición del velo islámico. Alemania parece ser la nación que más apuesta por una convivencia armónica, con una sentencia del TC alemán que allana el camino a la igualdad. En el resto de Estados analizados, se entremezclan motivos razonables basados en la seguridad en determinados espacios y nunca a nivel general, sobre todo tras el auge del terrorismo islamista, y de identificación de las personas, cuestión extrapolable a todos los ciudadanos independientemente de su cultura o religión; y otros que parecen excusar tal prohibición y que son ciertamente cuestionables, como en los supuestos de los uniformes escolares o la comunicación visual de Reino Unido. Cambiar prohibición y discriminación por integración es un objetivo pendiente en el marco europeo.

3. Prohibiciones generales

Cuando nos referimos a prohibiciones generales del uso del velo integral, la situación es bien diferente, los motivos que intentan justificarla tienen difícil explicación.

El caso más significativo hasta el momento es la sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014, que falla a favor del Gobierno francés, considerando que las prohibiciones generales del uso del velo integral no son contrarias a los derechos reconocidos en el CEDH. Del trabajo de Ramírez Navalón se extraen los siguientes datos⁵¹:

Para ponernos en antecedentes, la Ley objeto de controversia es la Ley 1192/2010, de 11 de octubre, donde en su artículo 1 se establece que “ninguna persona puede estar en el espacio público con el rostro oculto”.

En el artículo 2 se delimita el contenido que lleva aparejado el espacio público, considerándose como tal las vías públicas, los lugares abiertos al público, los servicios públicos, es decir, cualquier lugar menos el domicilio o el lugar de culto. Además, se exceptúan de esta obligación aquellas situaciones que están justificadas por razones de salud o profesionales, prácticas deportivas, festivas, artísticas o tradicionales.

Evidentemente, lo más llamativo de este último precepto es que se justifican razones mucho menos relevantes que la libertad cultural y religiosa de las mujeres musulmanas. Por ello debemos preguntarnos si las prácticas deportivas o festivas, que deben ser interpretadas en función de los derechos fundamentales, pueden suponer un motivo justificado y en cambio no resultar posible el ejercicio de un derecho fundamental, y si las prácticas artísticas o tradicionales se refieren a una determinada cultura o a todas las culturas, pues como hemos intentado aclarar, muchas mujeres musulmanas portan velo libremente con base en su tradición. Quizá la Ley da por sentado que todas las mujeres islámicas portan velo por imposición, o considera que la tradición francesa no incluye la cultura árabe o la religión del islam.

En el artículo 3 se establece la sanción para el incumplimiento del citado precepto, que consiste en una multa máxima de 150 euros o trabajos comunitarios.

El último artículo controvertido es el 4, donde se establecen las penas para aquellos que obliguen a otros a ocultar sus rostros mediante amenazas o violencia, que serán de 1 año de

⁵¹ Ramírez Navalón, Rosa M^a. “La prohibición del uso del burka en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia, sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014, REC. 43835/2011”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº2, pp. 445 a 452, año 2015.

prisión y una multa de 30000 euros, y que se ampliará en caso de que se trate de menores, llegando hasta los 2 años de prisión y multas de 60000 euros. Este artículo sí que refleja los valores propios de los sistemas constitucionalistas, al contrario que los anteriores, porque valora positivamente la libertad de elección de la mujer sin sometimiento a coacción alguna, y sobre todo la de los niños, los cuales se encuentran en pleno proceso de formación de sus valores morales.

Según el Gobierno francés, la promulgación de esta Ley tiene 2 objetivos primordiales: la protección de la seguridad pública, y el respeto de los valores mínimos de una sociedad democrática, es decir, igualdad entre hombres y mujeres y la dignidad humana, además de la convivencia social. Respecto al primer argumento, la seguridad pública⁵² implica “que los ciudadanos de una misma región puedan convivir en armonía, cada uno respetando los derechos individuales del otro. El Estado es el garante de la seguridad pública y el máximo responsable a la hora de evitar las alteraciones del orden social”. Tomando como base esta definición, se me hace difícil encontrar justificación para la limitación de un derecho fundamental basándose en una premisa que consiste, precisamente, en el respeto a los derechos individuales de los unos y de los otros. Sobre el segundo de los argumentos expuestos por el Gobierno francés, no resulta muy coherente hablar de dignidad humana privando a las mujeres musulmanas de uno de sus ingredientes principales, como es la libertad, libertad para poder vestir conforme a sus propias creencias religiosas o sus costumbres.

Un día después de la promulgación de la mencionada Ley, una mujer de origen musulmán, que no quiso dar su nombre (signo evidente de la situación que viven estas mujeres, coartadas hasta para ejercer sus derechos fundamentales), interpuso un recurso ante el TEDH por considerar que dicha norma vulneraba varios artículos del CEDH (8⁵³, 9⁵⁴ y

⁵² <https://definicion.de/seguridad-publica/>. (Fecha de consulta 12/04/2018).

⁵³ 1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

2. “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁵⁴ 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

2. “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad

10⁵⁵, bien en solitario o en relación con el artículo 14⁵⁶), siendo finalmente admitidos por el Tribunal, y declarando inadmisibles las demandas por los artículos 3 y 11 del citado convenio.

Para el TEDH, la prohibición de cubrirse el rostro no es necesaria para la protección de la seguridad pública, tumbando así el principal argumento esgrimido por el Gobierno francés.

Destaca el Tribunal que este motivo no legitima a las autoridades a limitar un Derecho Fundamental, y que este problema de seguridad puede solucionarse con medidas menos gravosas y más proporcionadas, es decir, en el respeto de los derechos fundamentales, como por ejemplo mediante el establecimiento de la obligación de identificarse en situaciones de peligro. Nos parece muy acertada la opinión del Tribunal, basándonos para ello en datos precisos, como que en el año 2010 el número de mujeres musulmanas que manifestaban su deseo de portar velo integral era inferior a 2000, de un total de alrededor de 6 millones de musulmanes, con lo que la labor de identificación no debe suponer un problema para las autoridades.

En cuanto al segundo argumento esgrimido por el Gobierno francés, el Tribunal opina que la igualdad entre sexos tampoco justifica la prohibición general, ya que no ataca a la dignidad de la mujer que en condiciones de libertad decide portar el velo integral, y no existen pruebas de que su uso por las mismas constituya una muestra de desprecio hacia la dignidad de los demás.

pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

⁵⁵ 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

2. “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

⁵⁶ 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

2. “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Finalmente, admiten la legalidad del texto en el que consideramos el argumento más débil ofrecido por el Gobierno francés. El TEDH, aun considerando implícitamente que se vulneran derechos fundamentales, justifica una Ley que afecta de forma grave a la libertad e igualdad de las personas, y admite una prohibición general de utilización del velo integral, basándose en la dificultad de establecer una interacción social. Se considera que vestir el burka supone una violación del derecho de la sociedad francesa a vivir en un espacio de socialización y convivencia, y que la ley francesa se justifica en el artículo 9.2 anteriormente citado, en cuanto a la protección de los derechos y libertades de los demás.

El TEDH considera que debe prevalecer un derecho sobre otro, sin valorar la posibilidad de realizar una ponderación entre ambos para satisfacer de esa forma las necesidades de todos los afectados, realizando, por ejemplo, las consideraciones oportunas respecto a las prohibiciones sectoriales que pudieran ser procedentes en determinados supuestos, evitando así adoptar una postura conflictivista frente a la problemática que se plantea, sobre todo por el escaso uso de esta prenda en la sociedad francesa. Los derechos fundamentales son el eje central sobre el que gira la convivencia social, y si se establece correctamente su contenido esencial, no tienen por qué entrar en conflicto o someterlos a limitación alguna. A título ejemplificativo, comentaremos una sentencia sobre la que tuvimos conocimiento en nuestros estudios, siendo mencionada en diversas asignaturas, y que explica perfectamente lo que pretendemos hacer entender.

Se trata de la famosa sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en el año 1972 en el caso *Wisconsin versus Yoder*⁵⁷. Este caso versa sobre unos miembros de la comunidad religiosa Amish⁵⁸ que fueron sancionados por no llevar a sus hijos de 14 y 15 años a la escuela en contra de lo que establece la Ley de Wisconsin, que considera la obligatoriedad de escolarizar a los menores hasta la edad de 16 años.

Ha de señalarse que, para los miembros de la Religión Amish, la adolescencia es considerada crucial para la formación en los valores propios de sus creencias, y que los adolescentes deben pasar el mayor tiempo posible en la comunidad para su plena integración.

Así pues, se plantea un caso en el que dos derechos fundamentales parecen contradecirse mutuamente o, por lo menos, parece que la solución debe ser necesariamente limitar uno de ellos para dar prioridad al otro. Los derechos en aparente litigio son la libertad religiosa

⁵⁷ <https://blogs.elconfidencial.com> (Fecha de consulta 14/04/2018).

⁵⁸ Grupo etno-religioso protestante que surgió dentro de la llamada “reforma radial”. <https://es.aleteia.org>. (Fecha de consulta 14/04/2018).

de los padres a la hora de educar a sus hijos en la orientación moral que consideren oportuna, y el derecho a la educación de los menores.

El TS norteamericano, realiza, a nuestro juicio, una extraordinaria labor de armonización entre ambos derechos, estableciendo finalmente que los padres Amish pueden no cumplir la obligación de escolarizar a sus hijos, siempre y cuando la educación que den a éstos, bien en su hogar o en algún centro de su comunidad, cumpla con los estándares obligatorios que establece la Ley de Wisconsin.

Viendo el ejercicio de ponderación realizado por el TS norteamericano, se nos ocurre alguna posibilidad que podría resultar interesante para el caso que nos ocupa. Por ejemplo, el TEDH podría haber determinado la obligación del Gobierno francés de realizar campañas informativas de integración, fomentando la libertad religiosa y la “normalización” de las costumbres islámicas. Además, podría haber declarado que en caso de justificación objetiva se podría admitir la prohibición del uso del burka de forma sectorial. Finalmente, instaríamos al Gobierno francés a crear los mecanismos necesarios para garantizar que las mujeres musulmanas puedan decidir libremente si quieren portar burka o no, ofreciendo una protección especial que garantice su seguridad, ya que considero que su libertad debe ser el bien jurídico protegido.

La otra cuestión que consideramos controvertida en esta sentencia es la mención que hace el Tribunal sobre la posibilidad de que los Estados tengan un amplio margen respecto a la injerencia de los mismos en los derechos fundamentales de sus ciudadanos, cuestión que puede ser peligrosa, otorgando un alto grado de discrecionalidad a los Estados a la hora de tomar sus decisiones.

Esta sentencia no contribuye en absoluto a paliar la situación de la mujer inmigrante en Francia. Por un lado, deben renunciar a sus costumbres y creencias religiosas, aquellas que deciden portar el velo voluntariamente, y por otro, aquellas que directa o indirectamente son obligadas a llevarlo, deberán soportar la presión de su propia comunidad. La interacción social de estas mujeres ya era bastante complicada antes de la mencionada Ley. Valga como ejemplo, en el empleo, donde esta situación, en palabras de Tur Ausina⁵⁹, era particularmente complicada en el año 2010, pues “ la tasa de paro para la población activa se situaba en el 10%, alcanzaba el 20% para la población inmigrante, y el 25% cuando se

⁵⁹ Tur Ausina, Rosario, “El modelo francés de “integración republicana” de la población inmigrante”, en la obra colectiva *la integración de la población inmigrante en el marco europeo estatal y autonómico español*, editorial Iustel, pp. 119 a 150, año 2009.

trataba de mujeres; estas cifras las sitúa en la precaria posición de las dobles discriminaciones”.

En el año 2011, se aprobó una Ley similar a la francesa en Bélgica, que fue recurrida ante el TC y rechazado dicho recurso por el mismo, en la Sentencia 145/2012, dando validez a la Ley. A excepción de estos dos Estados, no existe en el ámbito europeo país alguno en el que se haya aprobado una prohibición general.

4. Prohibiciones en el ámbito laboral

En este ámbito, destacamos una sentencia del TEDH, que afecta a símbolos religiosos cristianos, con el objetivo de formarnos una opinión acerca del diferente tratamiento que pudiera darse por el Tribunal.

La Sentencia en cuestión, es la de 15 de enero de 2013 sobre el caso Eweida y otros contra Reino Unido⁶⁰.

La señora Eweida es practicante del cristianismo copto⁶¹, y trabaja para la compañía British Airways. Esta compañía establece un determinado código de vestimenta, que en principio impide a la señora Eweida portar una cadena con una cruz, ya que la reseñada regla de uniformidad prohíbe portar cualquier accesorio por motivos religiosos, que no sea cubierto por el uniforme. Tras presentar reclamación ante el Tribunal Laboral, esta fue rechazada, con base en que esta regla no había sido reclamada por ningún otro empleado de los más de 30000 que eran obligados a portar uniforme, y que no afectaba únicamente a los cristianos, sino que su obligatoriedad era a nivel general.

Posteriormente acudió al Tribunal de Apelación, que volvió a denegar su pretensión, rechazándose que pudiera apelar frente al Tribunal Supremo.

Finalmente acudió al TEDH, alegando que la normativa de la legislación interna, tal como fue interpretada y aplicada por los tribunales internos, no le ofreció una protección adecuada conforme al artículo 9 del CEDH anteriormente referenciado, vulnerando su derecho a manifestar la religión que profesa.

⁶⁰ Signes de Mesa, Juan Ignacio y Gavilán Hormigo, Laura. “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos Fundamentales-2017”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, pp. 1 a 30, 2º semestre 2017.

⁶¹ La comunidad cristiana más grande de Oriente Medio.

El TEDH, considera que “las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente el derecho de la demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de conformidad con el artículo 9”.

Considera el Tribunal que el derecho de manifestar sus creencias religiosas “es un derecho fundamental: porque una sociedad democrática sana debe tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad; pero también debido al valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión un principio fundamental de su vida, el poder comunicar esa creencia a otros”. Así pues, considera que las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente el derecho de la demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de conformidad con el artículo 9.

Como vemos, se trata de una doble valoración de un derecho fundamental. Aunque se trate de un asunto que afecta al ámbito privado, se condena la legislación interna por no proteger suficientemente los derechos de la demandante, algo que no ocurre con la sentencia que considera acorde con el Convenio de Roma la legislación restrictiva francesa vista anteriormente, donde los derechos de las mujeres que libremente opten por vestir el velo islámico parecen no merecer la misma consideración.

Signes de Mesa y Gavilán Hormigo⁶², consideran que la jurisprudencia del TJUE en el ámbito laboral sobre la discriminación por el uso de simbología religiosa, está bien definida y construida, sobre todo con base en dos sentencias adoptadas en el año 2017. En resumen, destacan que no existiría discriminación directa con la prohibición por parte de una empresa del uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso. En cambio, en ausencia de normativa específica, sí que puede considerarse la existencia de discriminación, tanto directa como indirecta, cuando la prohibición proviene de la voluntad de un empresario por tener en cuenta los deseos de un cliente a efectos de que sea atendido por alguien diferente a la trabajadora que porta un velo islámico. Consideramos conveniente expresar que la discriminación resulta injusta y contraria a la dignidad humana aunque pueda estar aparentemente justificada por una norma, norma que debe estar impregnada por el respeto a los derechos fundamentales como núcleo de todo sistema constitucionalista.

⁶² Signes de Mesa, Juan Ignacio y Gavilán Hormigo, Laura, “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derechos fundamentales 2017”, *Revista Europea de derechos fundamentales*, n° 28, segundo semestre 2017.

B) LA POSICIÓN CENTRAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES. CULTURA, RELIGIÓN Y DERECHOS

1. La reintroducción de los valores en el constitucionalismo contemporáneo

Para entender cuál es el papel de los derechos fundamentales en las sociedades constitucionalistas, se hace necesario llevar a cabo un breve repaso histórico de su reconocimiento y consolidación en estos Estados.

Martínez-Pujalte, y De Domingo⁶³, analizan sintéticamente la historia reciente de los derechos fundamentales en las Constituciones contemporáneas.

El neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, es un proceso por el cual se produce una transformación en los ordenamientos jurídicos europeos, a través de la aprobación de diversas constituciones posteriores a la 2ª Guerra Mundial y de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales que han sido creados por esas constituciones.

Las principales Constituciones que se aprueban durante ese periodo son las de Italia, en 1947 y la de Alemania, en 1949, aunque posteriormente se producen diferentes oleadas constitucionalistas, donde se aprueban diversas constituciones, como la de España en 1978.

Dos características definen el nuevo constitucionalismo: la Constitución pasa a ser una norma de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legislativo. Los preceptos constitucionales se pueden alegar en cualquier proceso, y los jueces pueden aplicarlos directamente para resolver cualquier tipo de litigio. Además, destacar el papel central que ocupan en las constituciones los derechos fundamentales, los principios y los valores, que gozan de eficacia directa, tanto a través de la Ley, que deben respetarlos, por parte del legislador, que deberá legislar conforme a ellos y los jueces, que deberán fundamentar sus decisiones de acuerdo con los referenciados Derechos, valores y principios.

Un ejemplo de lo expuesto lo tenemos en el artículo 10.1 de la Constitución Española, que dice textualmente que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁶³ Martínez-Pujalte, A. Luis y De Domingo, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, año 2011.

2. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea

a) Evolución de los derechos fundamentales en el ámbito europeo

La Unión Europea nació como un intento de acabar con los frecuentes conflictos entre Estados vecinos, que culminó con la 2ª Guerra Mundial⁶⁴. El primer paso para su construcción tiene lugar en los años 50, con la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, fundada por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. A partir de ese momento, se lleva a cabo un largo proceso que culmina con la firma de diferentes tratados en los que se van incorporando nuevos países hasta llegar a la actual Unión Europea. La integración de una gran variedad de culturas y religiones no ha sido tarea fácil, y ha ido evolucionando a la vez que se construía el gran proyecto en el que se convirtió la mencionada UE.

Freixes Sanjuán⁶⁵, lleva a cabo un análisis de la evolución de los derechos fundamentales en el marco de la UE, del cual destacamos algunos puntos dignos de mención: el tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero proclamó que sus objetivos no eran meramente económicos, sino que pretendía avanzar en la consecución de la paz y una unión más profunda, respetando escrupulosamente, en el ámbito económico, los derechos fundamentales del Convenio de Roma de 1950 e incorporando la necesidad de que el Derecho comunitario fuera aplicado respetando los derechos fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes. Sin embargo, ha sido el Tribunal de Justicia de la institución comunitaria quien más ha contribuido a la eficacia de estos derechos fundamentales, incluso antes de estar habilitado para ello por los Tratados comunitarios. El Tribunal de Justicia, debido a la inexistencia de Tratados que recogieran los mencionados derechos, extrajo los mismos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para aplicarlos a sus resoluciones, llevando a cabo un “activismo” judicial fuertemente criticado por las Instituciones Comunitarias.

En los posteriores tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, se da definitivamente forma a una Unión basada en los pilares de la libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Estos pilares soportan el peso de la multiculturalidad y gran diversidad que caracteriza a la UE.

⁶⁴ Datos extraídos de <https://europa.eu>. (Fecha de consulta 15/04/2018).

⁶⁵ Freixes Sanjuán, Teresa, “Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europea de los Derechos Fundamentales”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 47, pp. 43 a 86, año 2015.

El Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, reformado posteriormente por el tratado de Ámsterdam en 1996, el de Niza en el año 2000 y el de Lisboa en el año 2007, supone una auténtica declaración de derechos que marca las pautas en la Unión, donde la igualdad entre mujeres y hombres ocupan un importante lugar, tal como se recoge en su artículo 2. En los artículos 6 y 7 del referido tratado, se incorporan los principios del Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos humanos como comunes a todos los Estados miembros. Se establece también el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Otra cuestión importante es que se refleja que estos derechos pueden ser invocados directamente ante el Tribunal de Justicia, característica definitoria esta de los sistemas constitucionalistas. Hemos visto, pues, como con el paso de los años se ha ido configurando un conjunto de derechos y valores integradores, imprescindibles para alcanzar el objetivo de la plena integración de todos los Estados miembros de la Unión.

Uno de los valores jurídicos fundamentales en una democracia, es el reconocimiento de la tolerancia, sobre todo en una Europa donde conviven multitud de culturas y religiones diferentes. El propio Tratado de la Unión Europea recoge en su artículo 2 que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Para entender mejor el concepto de tolerancia, tenemos que referirnos a la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, formulada por la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura), donde en su artículo 1.1 se define como “el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos”. En el artículo 1.2 de dicha Declaración, se establece que la tolerancia es una “actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás”. Entre otras, también viene recogida la tolerancia en el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la

UE o en la Declaración del Consejo Europeo concerniente a la lucha contra el racismo y la xenofobia, de 28 de junio de 2001⁶⁶.

b) Importancia de la Carta de derechos fundamentales de la UE. TEDH y TJUE

Torres Pérez⁶⁷, analiza la protección que reciben los DDFD en el ámbito de la UE, diferenciando dos tipos de protección de los mismos, en diferentes marcos. A nivel internacional-regional, donde el CEDH reconoce una serie de derechos que son protegidos e interpretados por el TEDH, y a nivel supranacional, a través de la Jurisprudencia del TJUE. Estos derechos que han ido tomando forma a través de la Jurisprudencia, han sido recogidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El capítulo III de la Carta está dedicado a la igualdad (igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas)

Becerra Ramírez y Hernández Godínez⁶⁸ consideran que de la Carta de derechos fundamentales de la UE, se desprende que su contenido es vinculante para las instituciones de la UE, para el TJUE, y para los Estados miembros y sus tribunales. Los tribunales de los Estados miembros se basarán en sus respectivas constituciones, a la hora de tomar sus decisiones, en los supuestos que no actúen en el marco del Derecho de la UE, pero cuando sí lo hagan, deberán basarse en la Carta.

De la Carta también se desprende una preocupación por evitar conflictos con los órganos nacionales, estableciendo el respeto a las legislaciones nacionales. La protección de los DDFD ya no es una cuestión aislada, donde cada Estado lo regula independientemente, sino que se van consolidando cada vez más a nivel internacional.

También se destaca en este trabajo, la principal diferencia entre el TEDH y el TJUE. Por ejemplo, en el caso de España, desde que se incorporó al CEDH, cualquier ciudadano sometido a la jurisdicción española, podrá reclamar sus DDFD reconocidos en la CE,

⁶⁶ Lima Torrado, Jesús, “significado de la tolerancia en la Constitución de la Unión Europea como instrumento jurídico de integración social en el contexto de una convivencia pluricultural”, www.global.net. (Fecha de consulta 19/04/2018).

⁶⁷ Torres Pérez, Aida. “La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. ¿Incrementa la Carta de poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales?, *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas: seminarios: Barcelona, 17 de junio y 14 de septiembre de 2009*, pp. 277 a 314, año 2010.

⁶⁸ Becerra Ramírez, José de Jesús y Hernández Godínez, Alfonso, “Los tres niveles de protección de los derechos fundamentales en Europa: El nacional, el Comunitario-Unión Europea y el Transnacional-Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Letras jurídicas: revista electrónica de derecho*, n° 4, año 2007.

primero ante los Tribunales ordinarios, después, si sigue considerando que éstos no son atendidos, mediante amparo ante el TC, y si finalmente se siguen vulnerando sus DDFE reconocidos por el CEDH, podrá apelar frente al TEDH. Este será el camino a recorrer por la mujer musulmana afectada por la vulneración de sus derechos fundamentales en el caso de la prohibición del uso del burkini en una comunidad de propietarios de Alicante, y que con mayor amplitud tratamos en un capítulo posterior.

En el caso del TJUE, como ya hemos reflejado anteriormente, actuará cuando se vulneran los derechos fundamentales, en aquellos supuestos en los que se actué en el marco del Derecho de la UE.

Como vemos, las garantías de defensa de nuestros derechos fundamentales están destinadas a fomentar la convivencia y la tolerancia en el espacio europeo.

Finalmente, en referencia al principal argumento de mi trabajo que es la lucha por la igualdad de la mujer y la libertad de elección, me gustaría mencionar la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico. La UE deja entrever un funcionamiento similar al de un Estado, pero con las dificultades añadidas de la integración de los Estados pertenecientes a la misma. A la hora de concretar la normativa europea en cada uno de los Estados, el instrumento principalmente utilizado es la Directiva europea. Estas Directivas son de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros, que deben adaptar los mandatos contenidos en ellas a sus ordenamientos jurídicos. Destacar de esta Directiva su punto 13 que establece que “a tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de origen racial o étnico en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y al ejercicio profesional. La UE no ha incumplido sus deberes y en la materia concreta que nos ocupa, la doble discriminación sufrida por la mujer debido al uso del burka, en su punto 14 se propone la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, haciendo hincapié en las discriminaciones múltiples de las que son víctimas las mujeres. Por último, destacamos que en esta Directiva se produce una circunstancia que, a nuestro juicio, resulta significativa respecto a la voluntad del legislador europeo de que en la Comunidad se produzca una verdadera integración

multicultural; nos referimos concretamente al punto 21 donde se invierte la carga de la prueba cuando nos encontramos ante un problema que deja entrever una posible discriminación. Por ello, en los casos planteados con anterioridad donde se prohíbe el uso del burkini en lugares públicos es la propia administración del Estado que restringe los derechos fundamentales quien debe demostrar los motivos esgrimidos para ello.



C) LA DISCRIMINACIÓN POR RAZON DE RELIGIÓN, CULTURA Y RAZA

1. Acercamiento al principio de igualdad

Fernández Ruiz-Gálvez⁶⁹, conceptúa la igualdad y sus diferentes niveles. La igualdad es un principio que no hace referencia a lo que es, sino a lo que debería ser. Se hace necesario matizar que no se trata de que todos los seres humanos seamos iguales desde un punto de vista material, ya que, aunque tengamos características comunes, también nos caracterizamos por nuestras diferencias.

El significado de igualdad debe verse como una igualdad de trato, independientemente de los rasgos distintivos que definen a cada ser humano, aunque no todas las desigualdades de trato implican una desigualdad, solamente aquellas que carecen de una justificación objetiva y razonable.

Así pues, el principio de igualdad implica la necesidad de compensar las desigualdades, tanto las naturales, ya que no todos nacemos con las mismas capacidades, como sociales, ya que no todos partimos desde la misma posición social. Aristóteles, ya ligaba la igualdad con el concepto de justicia, y una de sus célebres frases resumía su pensamiento al respecto: “si lo injusto es desigual, lo justo es igual”.

Desde un punto de vista social y político, podemos diferenciar dos niveles fundamentales de igualdad⁷⁰: por un lado, una igualdad formal, o como también se la conoce, una igualdad ante la Ley, que conlleva una igualdad en el trato jurídico sobre las personas que se encuentran en la misma situación, y por otro lado tenemos la igualdad material, con la cual se tiende a una equiparación real y efectiva de todos los ciudadanos, para lograr que exista igualdad “en la realidad de las relaciones entre los seres humanos”.⁷¹

Destaca la autora que Ferrajoli⁷² plantea estas dos dimensiones de la siguiente forma: el autor considera que la específica identidad que tiene cada persona son la base del principio de igualdad. También reconoce la complejidad del principio, señalando la existencia de una igualdad formal o política y de una igualdad sustancial o social.

La igualdad formal o política implica que, a todas las personas, independientemente de su sexo, raza, religión, opinión o cualquier otra circunstancia, debe otorgársele el mismo valor,

⁶⁹ Fernández Ruiz-Gálvez, M^a Encarnación. “igualdad, diferencial y desigualdad”. *Anuario de Filosofía del Derecho X* (1993), pp. 59 a 71, año 1993.

⁷⁰ Carmona Cuenca, Encarna, “El principio de igualdad material en la Constitución europea”, *Foro constitucional iberoamericano*, nº 8, año 2004.

⁷¹ Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales I, Teoría general*, Madrid, Eudema, P.242, año 1991.

⁷² Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, pp 947 y ss, año 1990.

o lo que es lo mismo, les otorga el mismo valor a aquellas cualidades que “hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás”.

Así pues, la igualdad formal supone respetar aquellas cualidades que nos hacen diferentes y que conforman la identidad de cada uno de nosotros, y con base en ello, todos deben ser tratados como iguales. Como hemos explicado con anterioridad, el burka y el burkini suponen una manifestación de la ideología y la personalidad de quien los porta y cuyo único límite debe ser la libertad de elección a la hora de determinar su elección.

Ferrajoli también distingue entre diferencia y desigualdad. Las diferencias deben ser respetadas con base en la igualdad formal, y la desigualdad debe ser combatida a través de la exigencia de “compensar las desigualdades tanto económicas como sociales”, lo que denomina como igualdad material. Es cierto que podemos considerar que existen diferencias entre las distintas religiones, pero no debemos caer en el error de provocar que entre las mismas existan desigualdades, algo que podemos corregir mediante la tolerancia y la integración.

Hoy día, por desgracia, la realidad nos muestra que existen grandes desigualdades de todo tipo, tanto a nivel económico como social, tanto de Estados respecto a otros Estados, como a nivel interno en cada uno de los Estados, dentro de un mundo cada vez más globalizado y multicultural; y en mitad de esta desigualdad se encuentra la mujer, que en este caso es utilizada para justificar el miedo y la desconfianza que nos produce el aceptar en nuestro entorno a personas que libremente manifiestan facetas de su personalidad.

2. La discriminación en la CE

En el ámbito de la CE, debemos comenzar analizando brevemente el concepto de igualdad. El artículo 9.2 CE establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Carmona Cuenca⁷³ considera que este artículo es un criterio interpretativo del resto del ordenamiento jurídico y que en él se refleja la igualdad material, mientras que el artículo 14 consagra el principio de igualdad formal estableciendo que “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”.

El TC español, en la mayoría de sus sentencias⁷⁴ referidas al artículo 9.2, lo interpreta como un criterio de corrección de la igualdad formal del artículo 14, considerando la necesidad de que el legislador no debe tratar a todos los individuos de igual forma, sino que debe de tener la capacidad de tratar de diferente forma aquellas situaciones que son distintas en la vida real, y que el principio de igualdad no impide las diferencias de trato sino únicamente aquellas que son injustificables desde un punto de vista objetivo y razonable. Aplicando esto al caso de la prohibición del burkini en la mencionada comunidad de propietarios, consideramos que nunca puede considerarse una justificación objetiva basarse en la desigualdad existente en los países musulmanes entre hombres y mujeres y que el burkini supone un símbolo de opresión machista para justificar el trato desigual al que se ha visto abocada la mujer musulmana. Combatir desigualdad con más desigualdad no parece adecuado.

Fernández⁷⁵ también nos habla sobre la discriminación y nos ofrece un punto de vista que consideramos lo suficientemente explícito para poder entender mejor a las personas que la sufren. Considera la profesora, la discriminación, como la desigualdad de trato fundada en motivos específicos especialmente rechazables, en los que la diferenciación niega la propia dignidad del hombre. Se me ocurren pocos motivos más específicamente rechazables que negar a una mujer manifestar su propia identidad, su propia cultura, su propio ser. Decir también que en esta definición, y siempre desde mi modesto punto de vista, faltaría añadir

⁷³ Carmona Cuenca, Encarna. “El principio de igualdad material en la constitución europea”, *Foro constitucional iberoamericano*, nº 8, año 2004.

⁷⁴ Principalmente en las STC 114/1983 de 6 de diciembre, 98/1985 de 29 de julio y 19/1988 de 16 de febrero.

⁷⁵ Fernández Ruíz-Gálvez, M^a Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, año 2003.

“... y de la mujer”, cuestión que parece poco relevante pero que considero fundamental para que desde la misma base de la escritura y el lenguaje la igualdad sea una cuestión presente y normalizada en nuestra sociedad.

Analiza, además, sintéticamente cuales son los principales rasgos para identificar una situación de discriminación: las desigualdades a las que se ven sometidas las personas objeto de discriminación son debidas a circunstancias que no han sido elegidas por ellas, sino que forman parte de sus rasgos, como el sexo o la raza, o bien conforman su identidad como seres humanos libres, como por ejemplo la religión.

Otra cuestión relevante es que las personas o grupos contra las que se dirige quedan apartados socialmente y son situados en una situación marginal. Además, se margina a una persona porque pertenece a un determinado grupo, y supone que las personas que tienen la desgracia de soportar esta situación sean consideradas como inferiores. Como vemos, se cumplen todos los parámetros para considerar a la mujer islámica como objeto de una doble discriminación.



3. La discriminación por motivos de religión en España

a) *La libertad religiosa*

Respecto a la libertad religiosa en España, hay dos preceptos que determinan su contenido. Por una parte, está el artículo 16 de la CE⁷⁶, donde se garantiza la libertad ideológica. Nos gustaría destacar que en este artículo se refleja la “aconfesionalidad” del Estado español aunque, en nuestra opinión, matizada por la mención expresa que hace a la Iglesia Católica, que convierte a nuestro país en un Estado “semilaico” o “neoconfesional” de una forma muy similar a Italia⁷⁷.

Por otra parte, tenemos la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de libertad religiosa que desarrolla la Constitución y regula el ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 16 CE, donde destacan sus primeros 4 artículos⁷⁸.

⁷⁶ 1. “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.”

2. “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.”

3. “Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

⁷⁷ <https://www.europedirectus.es>. (Fecha de consulta 20/04/2018).

⁷⁸ Artículo 1

1. “El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica”.

2. “Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas.”

3. “Ninguna confesión tendrá carácter estatal.”

Artículo 2

1. “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.”

2. “Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.”

Ortíz-Úrculo⁷⁹, nos ofrece su visión sobre la evolución de la libertad de religión en nuestro constitucionalismo basándose principalmente en dos sentencias del Tribunal Constitucional. La 46/2001 de 15 de febrero y la 101/2004 de 2 de junio. Considera que la Constitución reconoce y no crea el derecho a la libertad religiosa. Esta diferenciación es importante, pues se concibe este derecho como inherente a la persona, como uno de los derechos superiores que nacen con la propia persona y que conforman la personalidad y su identidad como ser humano. Las únicas limitaciones reconocidas de este derecho son el orden público y los derechos de los demás. Tras todo lo visto, seguimos sin entender cómo vestir una determinada prenda puede afectar al orden público y los derechos de los demás de una forma general, considerando que únicamente en determinadas situaciones objetivamente justificadas pueden constituir un verdadero problema.

Centrándonos en el orden público, en la mencionada STC 43/2001, el propio Tribunal establece cuál es su significado. El TC considera que cuando “se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto”. Por otro lado, el Tribunal matiza que se podrá utilizar esta cláusula de forma preventiva en determinadas situaciones, en las que ciertas agrupaciones religiosas, o sectas, utilicen fraudulentamente determinados métodos para la captación de fieles que sean contrarios al libre desarrollo de la personalidad de los mismos. La posible prohibición del burka y el burkini no puede estar justificada por ninguno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TC, sino que suponen una expresión de libertad por parte de la mujer que lo porta, siempre que su elección no haya sido coartada y se deba únicamente a una forma de manifestación de sus creencias religiosas o de sus valores morales.

3. “Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.”

Artículo 3

1. “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.”

2. “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos.”

Artículo 4

“Los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica.”

⁷⁹ Ortíz-Úrculo, Juan. “El derecho a la libertad religiosa en España, *Fundación ciudadanía y valores*, año 2011.

En lo que se refiere al tratamiento de la libertad religiosa, podemos diferenciar entre la dimensión objetiva del artículo 16.3, que pone de manifiesto la laicidad del Estado español, y que “obliga” a los poderes públicos a cooperar con las diversas iglesias; y una dimensión subjetiva, que consiste en su consideración como un derecho subjetivo a la libertad religiosa. En el caso del burka, nos encontramos ante un derecho subjetivo.

De la vertiente subjetiva, el TC diferencia entre una dimensión externa, que consiste en ejercer aquellas actividades que sean necesarias para el ejercicio de su religión, como los actos de culto, enseñanza religiosa, etc. y una dimensión interna, donde se identifican las creencias propias del individuo con el crecimiento y la dignidad individual. Vemos pues, que la CE ofrece una absoluta protección de ambas dimensiones. En el caso del burka, consideramos que se juntan ambas dimensiones, ya que esta prenda portada en libertad implica una actividad reivindicativa de su confesión religiosa (dimensión externa) y, además, suponen una manifestación de la personalidad y la moral de la propia mujer (dimensión interna).

b) Najwa Malha

Llegados a este punto, nos gustaría reflexionar acerca de la primera sentencia que se da en España respecto al uso del velo en un colegio público. Moreno Antón⁸⁰ recoge las claves de este caso, que en síntesis son los siguientes: Najwa Malha es una estudiante española de origen marroquí que cursa 4º de la ESO en el IES “Camilo José Cela” en la localidad de Pozuelo de Alarcón (Madrid). Cuando cumple 16 años, decide libre y voluntariamente, incluso en contra de la opinión de su padre, portar el velo para ir a las clases. El instituto le prohíbe asistir a las clases basándose en el artículo 32.4 del Reglamento de Régimen Interior del propio centro, confinando a la menor en una sala de visitas del centro durante la jornada lectiva, situación que se prolonga durante tres semanas. La familia de la menor la da de baja en el instituto y la adscribe a otro, concretamente el San Juan de la Cruz, que en ese momento decide modificar su reglamento de convivencia para impedir que se pueda acceder al instituto con la cabeza cubierta. Finalmente se decide escolarizar a Najwa en el centro “Gerardo Diego” de Pozuelo de Alarcón, donde no existe tal prohibición. Debe recordarse que con base en la LO 2/2006 de Educación de 3 de mayo el IES “Camilo José Cela” califica la conducta de la menor como falta leve.

⁸⁰ Moreno Antón, María, Hiyab y escuela en España: un supuesto de gestión excluyente de la diversidad, *Revista latinoamericana de derecho y religión*, vol.2, nº1, año 2016.

Los padres de Najwa decidieron impugnar la decisión del “Camilo José Cela” presentando un recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. nº 32 de Madrid, donde reclaman la vulneración del art. 10.1 de la CE que consagra la dignidad humana y el 16.1, que proclama la libertad religiosa. El juez no consideró vulnerados estos derechos mediante la sentencia 35/2012 de 25 de enero de 2012. Algunas de las consideraciones establecidas por el Juez en la sentencia, resultan curiosas y nos hacen reflexionar profundamente. En una de ellas pone de manifiesto que le resulta curioso que desde el primer curso la niña no portaba pañuelo, pero curiosamente a partir de febrero de 2010 decidió portarlo al centro. Nos gustaría aclarar que la propia Ley Orgánica 7/1980, ya referida anteriormente, establece en su artículo 2.1 una doble vertiente sobre el ejercicio de la libertad religiosa, una positiva que le habilita para practicar sus creencias y otra negativa que ofrece la posibilidad de no llevar a cabo ninguna de ellas –“manifestar libremente” las propias creencias o “abstenerse” de hacerlo-. Con la aseveración llevada a cabo por este Juez parece que su opinión ya la tenía formada antes de dictar sentencia y que esta únicamente justifica su predeterminada decisión o, al menos, esa es la impresión que a nosotros nos queda, ya que absolutamente nadie puede poner fecha de inicio o edad al ejercicio de un derecho fundamental y, además, considero que el hecho de que Najwa haya decidido portar el velo a los 16 años es un ejemplo de que su libertad de elección no se ha visto influenciada a la hora de decidir su uso, ya que de haber sido ese el caso lo habría llevado con anterioridad.

Otra de las “justificaciones” del referido Juez establece que portar el pañuelo al instituto afecta al principio de laicidad porque manifiesta una identidad religiosa. Debemos significar que la laicidad supone la separación entre la religión y el Estado, y su cumplimiento es una obligación por parte del mismo y no de los ciudadanos, que pueden manifestar libremente y en condiciones de igualdad sus creencias en base, precisamente, al principio de laicidad. La laicidad del Estado español tiene un componente activo reflejado en el artículo 16.3CE que señala que los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, y no actúa como un límite del ejercicio de la religión sino como garantía del mismo.

Finalmente la sentencia fue recurrida ante el TSJ de Madrid que fue rechazada por la sentencia 129/2013 de 8 de febrero de 2013. El Tribunal no entró en el fondo del asunto y rechazo el recurso por cuestiones procedimentales basándose en el artículo 81.1a) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que impide recurrir sentencias dictadas por los juzgados de lo Contencioso-Administrativo para asuntos cuya cuantía no es superior a 30000 euros. Consideramos que la vulneración de un derecho fundamental no

puede ser cuantificada ni se puede comparar el portar un símbolo religioso con llevar una gorra que es el motivo en el que se basa en I.E.S. Camilo José Cela para imponer la sanción leve a Najwa. El recurso debería haber sido admitido y resuelto la cuestión de fondo.

Para finalizar con este asunto, debemos reflexionar sobre las repercusiones y sobre aquello que realmente queda en el subconsciente y que puede resultar extremadamente peligroso. Teóricamente la estudiante fue castigada por el centro escolar con una amonestación, que es la sanción reglamentaria establecida para su comportamiento. Para nosotros, el verdadero castigo es ver como una menor estuvo durante 20 días yendo al colegio sin poder asistir a las clases, ya que únicamente le dejaban estar en una sala para cumplir con el horario lectivo. Es preciso preguntarse si alguien en algún momento se planteó que la verdadera problemática no debería centrarse únicamente en las cuestiones legales –nuestra opinión al respecto queda claramente reflejada anteriormente- sobre si la reglamentación del colegio infringía los derechos fundamentales, o de si España es un auténtico Estado laico, sino en que a una niña se le ha apartado del grupo al que pertenece y a la cual se le impide acceder a las clases, se le ha privado del derecho a la educación del artículo 27 CE⁸¹ que nos invita a la integración y la convivencia, provocando una situación de intolerancia por el simple hecho de querer representar otra cultura diferente.

⁸¹ “todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

CAPÍTULO III. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A) LA IGUALDAD EN LA ESFERA PRIVADA

1. Introducción al “Drittwirkung”

La Drittwirkung der Grundrechte, es la doctrina alemana que postula que los derechos fundamentales tienen eficacia cuando afectan a las relaciones entre particulares. La CE española no contiene un mandamiento explícito respecto a la eficacia de los mismos en este ámbito, aunque también es cierto que tampoco se establece explícitamente que carezcan de ella.

Martínez-Pujalte⁸² recoge que cierta parte de la doctrina se opone a un reconocimiento general acerca de la mencionada eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, con base en la carencia de un contenido expreso en la Constitución que así lo determine. Esta parte de la doctrina, entiende que el Drittwirkung es una ideología que ha sido modelada por el TC, que transforma unos derechos fundamentales, que han nacido, según ellos, como “broquel” o defensa contra el poder político, en “troquel” que pretende modelar la sociedad, lo que conllevaría una situación marcada por un nuevo totalitarismo, el de los derechos fundamentales. Continúa reflejando que el Estado Social de Derecho recoge ambas funciones, tanto la modeladora como la troqueladora del orden social. Fernández Segado⁸³, considera que reconocer la eficacia de los derechos fundamentales frente al poder político y negar la misma en las relaciones entre los particulares provoca una situación contradictoria “resultante del mantenimiento de un modelo constitucional característico del liberalismo, inadecuado para hacer frente a las nuevas exigencias derivadas del Estado social”.

En nuestro país se puede apreciar cierto grado de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque su aplicación es más matizada por la incidencia del principio de autonomía de la voluntad que opera en este tipo de relaciones. Debemos tener presente que los poderes públicos son sujetos pasivos obligados por la CE a garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, mientras que los particulares son a la vez titulares y destinatarios de los mismos, por eso cuando surge una relación inter

⁸² Martínez-Pujalte, Antonio Luis, junto a De Domingo, Tomás, “Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas”. Año 2011. Artículo “dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión”, versión revisada por Martínez-Pujalte, Antonio Luis, que fue publicada como “el artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”. *Revista de las Cortes Generales*, 40, pp. 111 a 128.

⁸³ Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson, p. 485, año 1992.

privatos se suele limitar el derecho fundamental de una de las partes, precisándose para la solución del problema una correcta armonización de los mismos, como por ejemplo cuando se produce una situación en la que chocan el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión. En el caso que no ocupa no existe una relación contractual con intereses para ambas partes, sino una normativa sin rango legal que regula las relaciones entre particulares que no puede ser contraria a las leyes ni al ordenamiento jurídico, y que debe respetar los derechos fundamentales, que son eficaces sin necesidad de desarrollo normativo.

El artículo 53.1 de la CE, establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. De este artículo se extrae de forma expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero esto no implica la exclusión de los particulares de dicha eficacia. Consideramos, en tal sentido, que esa vinculación incluye la obligación de los mismos de tenerlos en cuenta en las leyes destinadas a regular las relaciones entre particulares.

El artículo 9.1, que establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, supone, a nuestro entender, una cláusula que deja abierta la posibilidad de la aplicación de los mencionados derechos en las relaciones privadas si bien cabe considerar como excepción a esta horizontalidad, determinadas medidas que únicamente son exigibles a los poderes públicos, como las propias de la discriminación positiva, para conseguir la igualdad de determinadas personas que históricamente portan la pesada carga de la desigualdad y la discriminación.

Cuando el legislador no contempla suficientemente las situaciones que pueden originar conflictos en estas relaciones, puede plantearse la duda de si la responsabilidad del incumplimiento de un derecho fundamental por parte de un particular en relación con otro particular puede ser responsabilidad del Estado por su insuficiente regulación. Es el TC quien debe decidir cada caso, y no de forma global, los supuestos insuficientemente regulados, respetando los principios de autonomía privada y libertad contractual, propios del derecho privado. En mi opinión, la mayor parte de la responsabilidad respecto a la impregnación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares debe recaer en el legislador, y aquellos asuntos que supongan una alteración del orden público, o tengan trascendencia social y que no provengan de un pacto entre particulares sino que

venga impuesto por una norma, aunque sea una norma sin rango legal como en el caso que nos ocupa, deberían ser resueltos por el TC.

2. Tratamiento de la eficacia del principio de igualdad en el ámbito privado

Como hemos podido observar en el anterior epígrafe, al no existir una referencia expresa en la CE a la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito privado, la jurisprudencia del TC ha cobrado especial relevancia en el asunto.

Nos gustaría destacar a este respecto dos SSTC que, a nuestro juicio, son lo suficientemente claras al respecto.

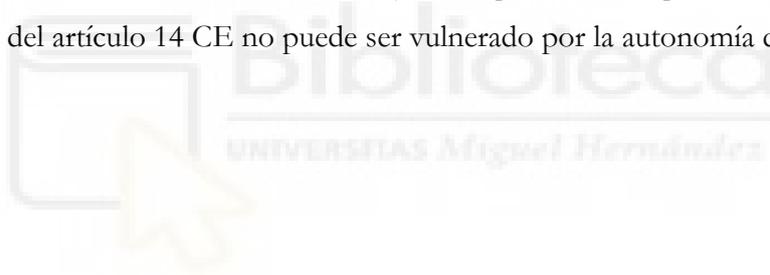
La primera de ellas es la STC 177/1988 de 10 de octubre, donde el Tribunal considera⁸⁴ textualmente que: “ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C. E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. A nuestro entender, parece indicarnos que se admiten las diferencias de trato siempre que no incida sobre alguno de los grupos indicados en el artículo 14 de la CE, objeto de posible discriminación, además de admitir que los derechos se aplican a las relaciones entre particulares sin necesidad de una Ley que desarrolle la igualdad.

La segunda de las resoluciones a la que me quiero referir es el Auto 1069/1987, del 30 de septiembre, en el que el Tribunal admitió lo siguiente: “... algunos derechos fundamentales

⁸⁴ Vivas Tesón, Inmaculada. “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, *Bienes de la personalidad*, pp. 205 a 213, año 2008.

producen un cierto grado de eficacia entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el artículo 14 CE, cuando se trata de las discriminaciones típicas – por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social-. No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del artículo 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones de forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda de uno y condonarla total o parcialmente a otro”.

En este caso, nuestro TC parece reconocer la eficacia indirecta (*mittelbare Drittwirkung*) del principio de igualdad de trato, y la eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*) de la prohibición de discriminación⁸⁵. A nuestro juicio, queda claro que el mandato de no discriminación del artículo 14 CE no puede ser vulnerado por la autonomía de la voluntad.



⁸⁵ Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen María. “El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España”, *Revista de derecho privat.*, pp. 129 a 146, año 2009.

B) LOS LÍMITES DEL DERECHO PRIVADO

1. La real efectividad del principio de igualdad

Los principales detractores de la doctrina del *Drittwirkung*, basan principalmente sus argumentos en que para que exista una real eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado, antes deben haber sido desarrollados debidamente por el legislador. Independientemente de la división doctrinal que pueda existir en nuestro país respecto a la eficacia directa de los derechos fundamentales en la esfera privada, parece claro que el legislador español ha cumplido con el deber constitucional de “promover” la igualdad efectiva establecida en el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna, al menos en los temas que nos ocupa. Pensamos que no es necesario el desarrollo legal para que un derecho fundamental sea totalmente eficaz, pero la libertad y la igualdad resultan tan sumamente trascendentales que, además, y por si pudiera suscitarse cualquier duda, han sido correctamente desarrollados. Nuestra visión está amparada, principalmente, en dos Leyes Orgánicas: una es la Ley Orgánica 7/1980 de libertad religiosa, analizada en el capítulo anterior, y la otra es la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que pretendo analizar en este subepígrafe, y que, en nuestra opinión, protegen la doble discriminación a la que está sometida la mujer musulmana.

De la Ley Orgánica 3/2007, pretendemos destacar los siguientes preceptos: en primer lugar, en la propia exposición de motivos, en el punto II, se establece que: “resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.

Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad.” Vemos aquí la referencia a la doble discriminación que vengo reflejando a lo largo de mi trabajo. El artículo 1 de la mencionada ley, establece que: “1. las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades

entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.”

De este precepto, nos parece especialmente significativa la referencia explícita al ámbito privado, impidiendo cualquier tipo de discusión acerca de su efectividad en dicha esfera.

Por otra parte, el artículo 2 establece que: “1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo”.

2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia”.

Cabe destacar que se incluye en su ámbito de aplicación, toda clase persona, sin importar la nacionalidad o cualquier otra circunstancia.

El artículo 3 recoge que “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”

Llama la atención de este precepto, la mención a la discriminación directa y la indirecta. La discriminación directa la hemos detallado suficientemente durante el desarrollo del trabajo, y ambas vienen definidas en la propia Ley, cuyo artículo 6 establece que: “1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio

o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.”

Esta Ley Orgánica analizada, deja bien clara la postura del legislador acerca de la posición de la mujer en la vida social, y ha dado lugar a diferentes modificaciones en algunas leyes como por ejemplo la Ley 16/1983 de 24 de octubre para la creación del Organismo Autónomo Instituto de la Mujer.

2. Burkini, aproximación a un caso real

El presente trabajo gira en torno a un supuesto concreto del que tiene conocimiento la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández y sobre el cual se me ofrece la posibilidad de poder desarrollarlo e intentar aportar algo de luz al problema. En el mes de septiembre de 2017, el diario Información⁸⁶ publica la noticia referida a que en una urbanización de Alicante se celebró una Junta General Extraordinaria donde se decidió prohibir el uso del burkini en la piscina comunitaria, hechos que se produjeron a finales de agosto. La prohibición referida se establece como consecuencia de unos hechos ocurridos con anterioridad, y que se desarrollaron de la siguiente forma: el día 16 de agosto, una mujer de nacionalidad norteamericana, y de religión musulmana que había alquilado uno de los apartamentos de la urbanización, que estaba tomando un baño junto a sus hijos, fue instada a abandonar la piscina por el presidente de la comunidad, después de que varios vecinos se hubieran quejado ante el mismo. Al día siguiente, se publicó un bando en la misma comunidad, en el cual se establecía la prohibición de bañarse con burkini en la piscina. Como varios vecinos se quejaron de que ese bando era ilegal porque suponía una injerencia en los derechos fundamentales de la mujer en cuestión, se convocó una junta extraordinaria para abordar el tema en profundidad.

En la reunión de la Junta, se pusieron de manifiesto las diferentes posturas existentes entre los presentes: algunos opinaban que no se podía prohibir porque dicha prohibición afectaba a derechos fundamentales, y otros en cambio, consideraban que no podían ser cómplices de la opresión de la mujer islámica, ya que esta se veía obligada a llevar burkini. Posteriormente, se refleja en el acta que “con el debido respeto a todas las ideologías y creencias, y dejando constancia expresa de que no hay relación de ningún tipo entre las

⁸⁶ Vicente, Isabel. <http://www.diarioinformacion.com>. (Fecha de consulta 28/04/2018).

prendas cuestionadas, se someterá a votación la autorización de la Junta General para utilizar durante el baño...”, es decir, se sometían a voto diversas “prendas”, quizá para ocultar la verdadera intención de la Junta. Tras la votación relativa a las prendas que pueden ser utilizadas para bañarse, queda prohibido el uso del burkini, que obtiene 8 votos favorables y 30 en contra, también el baño con ropa interior y de deporte y la ropa interior debajo del bañador. Por el contrario, la comunidad autoriza la práctica del topless y la utilización del traje de neopreno durante el baño. A simple vista, llama poderosamente la atención que se sometan a votación dos cuestiones que atañen única y exclusivamente a la mujer (burkini y topless) que suponen una expresión de su libertad, y, a mi juicio, una injerencia en sus derechos fundamentales. También cabe destacar la aprobación por parte de la Junta de la utilización del traje de neopreno, fabricado con el mismo o similar material que el burkini.

El principal argumento de aquellos que votaron en contra de la utilización del burkini, como ya hemos adelantado, es impedir que la mujer utilice una prenda que consideran como opresora de la libertad de la mujer. En este caso concreto, la mujer objeto de la prohibición era de nacionalidad norteamericana. La mujer en cuestión participó en dicha Junta, poniendo de manifiesto que en Washington, Estado del que procedía, nadie le había prohibido la utilización de dicha prenda. Otro de los argumentos esgrimidos hace referencia a la higiene, pero en ningún momento se aportan mediciones del agua de la piscina que incumpla los parámetros indicadores de la calidad del agua, que vienen recogidos en el Real Decreto 742/2013 de 27 de septiembre, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios en las piscinas.

La cuestión que planteo y a la que me aproximo en el siguiente subepígrafe es si en un Estado Social y Democrático de Derecho, caben actuaciones como ésta o si, por el contrario, como yo creo, existen mecanismos suficientes que garanticen la libertad y la igualdad y que acoten y señalen cada vez más estos pequeños reductos de machismo e incomprensión que todavía, tristemente, siguen existiendo.

3. Impugnación de un acuerdo adoptado en junta de propietarios

a) *Algunas reflexiones en torno al artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal. Plazos, nulidad y anulabilidad*

La Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal, regula las cuestiones relativas a la propiedad horizontal. En su artículo 18, que fue modificado por la Ley 8/1999, se establece el régimen de impugnación de aquellos acuerdos que han sido adoptados por la Junta de Propietarios⁸⁷.

Por otro lado, conviene recordar el artículo 6.3 del Código Civil, que establece que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”⁸⁸. Este artículo es importante a la hora de separar lo que se considera como acuerdo anulable, con base en lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, y nulidad radical.

Carrasco Perera⁸⁹, analiza el citado artículo 18, y considera que “la acción de nulidad es en el artículo 18 de la LPH una acción constitutiva; el acuerdo es válido tanto en cuanto una sentencia no declare su nulidad con eficacia “erga omnes”. Continúa el autor señalando que las nulidades radicales (artículo 6.3 CC) no están sometidas a los plazos del artículo 18.3 y a la legitimación limitada del artículo 18.2, ya que la jurisprudencia ya los excluía de los plazos del artículo 16.4 de la antigua LPH.

⁸⁷ “1. Los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los tribunales de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando sean contrarios a la ley o a los estatutos de la comunidad de propietarios.
 - b) Cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios.
 - c) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho.
2. Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. Para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. Esta regla no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 entre los propietarios.
3. La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9.
4. La impugnación de los acuerdos de la Junta no suspenderá su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter cautelar, a solicitud del demandante, oída la comunidad de propietarios”.

⁸⁸ Incumplimiento de un mandato o de una Ley.

⁸⁹ Carrasco Perera, Ángel. “Grandes Tratados”. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014.

La doctrina del Tribunal Supremo⁹⁰, nos concede, a nuestro juicio, la explicación más clara respecto a la diferenciación entre anulabilidad y nulidad del acuerdo adoptado. Cita textualmente lo siguiente: “Esta Sala viene declarando, entre otras, en la sentencia de 17-12-2009 que: "con igual posición, la STS de 18 de abril de 2007 (RJ 2007/2073), en su fundamento de derecho tercero, en el párrafo segundo, dice lo que se expone acto continuo: La doctrina jurisprudencial que, con alguna excepción, cita la sentencia de la Audiencia SSTS de 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6278), 26 de junio de 1993 (RJ 1993/4789), 7 de junio de 1997 (RJ 1997/6147) y 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5018) sobre la distinción entre nulidad radical y anulabilidad en materia de propiedad horizontal, es, como recuerda la sentencia de 5 de mayo de 2000 (RJ 2000/3990), la que se viene manteniendo como más acertada por la moderna doctrina de esta Sala. Más recientemente las sentencias de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002/4152), 25 de enero de 2005 (RJ 2005/1200) y 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1212) explican las diferencias entre nulidad y anulabilidad, sujeta a caducidad, y recuerdan que la jurisprudencia posterior a las sentencias que se invocan en el recurso, se definió claramente por considerar meramente anulables los acuerdos que entrañasen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de Ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3º del artículo 6 del Código Civil , y por tanto insubsanables por el transcurso del tiempo (...).

Blázquez Martín⁹¹ analiza el artículo 18 de la LPH y diferencia los diferentes acuerdos adoptados por una Junta de propietarios que son nulos de pleno derecho. Entre las diferentes categorías que diferencia, considero que la prohibición llevada a cabo en la urbanización alicantina cuadra en aquellos supuestos en los que la Junta adopta acuerdos que exceden de sus competencia al prohibir la utilización de una prenda basándose en motivos, como por ejemplo la discusión surgida en la propia Junta en referencia a que la citada prenda constituía una expresión de sometimiento de la mujer por razón de sexo, que exceden la competencia de los mismos porque los derechos fundamentales son el núcleo de

⁹⁰ Fundamento de derecho 4º STS de 5 de marzo de 2014.

⁹¹ Blázquez Martín, Raquel, *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Tomo 1, pp 1296 a 1297, año 2008.

nuestro constitucionalismo, son derechos subjetivos directamente defendibles ante los tribunales y únicamente pueden ser regulados a través de Ley Orgánica.

Otro de los motivos que podríamos considerar para poder impugnar el acuerdo de la Junta es el abuso de derecho, recogido en el artículo 7.2 del CC⁹² que, aunque parece poder aplicarse al caso concreto que analizamos, no se puede aplicar al mismo porque la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 estableció los elementos esenciales que debían darse para que se produjera el mencionado abuso creando una jurisprudencia que perdura hoy. De los tres elementos⁹³ ; uso de un derecho, objetiva o externamente legal (en nuestro caso el derecho a voto en la Junta que asiste a los propietarios), daño a un interés (de terceros) no protegido por una prerrogativa jurídica e inmoralidad o antisocialidad de ese daño (en nuestro caso la situación de discriminación a la que es sometida la mujer musulmana), tan solo se incumple el segundo ya que la mujer referida sí que está protegida por varias prerrogativas jurídicas, como son la CE, y las Leyes Orgánicas referidas anteriormente. Por lo tanto, aunque parece que la denominación abuso del derecho describe a la perfección la situación a la que es sometida nuestra protagonista, no podremos invocar esta figura para impugnar el acuerdo adoptado por la Junta.

Conviene destacar que la anulabilidad se refiere a un tipo de nulidad donde queda restringida la legitimación activa y además se establece un plazo para el ejercicio judicial de la misma, mientras que la nulidad de pleno derecho implica que el acuerdo nunca será válido y, siendo esta última la que considero procedente en el supuesto concreto que nos ocupa, ya que se ha vulnerado la norma fundamental de nuestro Estado, la CE.

⁹² “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

⁹³ <https://www.dyrabogados.com> (Fecha de consulta 26/04/2018).

b) Legitimación activa

Como hemos podido ver, en este supuesto concreto que nos ocupa, estaríamos ante un posible caso de nulidad de pleno derecho, cuya impugnación no está sometida a los plazos establecidos en el artículo 18 LPH, ya que consideramos que el acuerdo adoptado por la Junta es contrario a varios preceptos: es contrario a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que en su artículo 2 establece un mandato de igualdad de trato y prohibición de discriminación por sexo, porque el burkini es una prenda de baño que únicamente es utilizada por mujeres y la justificación de su prohibición por motivos higiénicos queda totalmente desvirtuada por la aprobación en la propia Junta del uso de trajes de neopreno, que está fabricado del mismo o análogo material. En este supuesto, además, la propia Ley Orgánica determina explícitamente que su ámbito de aplicación incluye la esfera privada. También es contrario al artículo 1.3.1.a) de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de libertad religiosa donde se reconoce el derecho de toda persona a manifestar libremente sus propias creencias religiosas, y al propio artículo 16 de la CE donde se garantiza la libertad religiosa de las personas.

La acción de anulabilidad establecida en el mencionado artículo 18 de la LPH, se refiere a aquellos actos que son contrarios a la propia ley, y el propio artículo establece quienes están legitimados para ejercerla. En el supuesto particular que nos ocupa, la mujer ofendida no podrá impugnar el acuerdo de la comunidad con eficacia constitutiva, al no ser propietaria, pero sí que podrá ejercer acción judicial para solicitar la inoponibilidad ante ella de un acuerdo nulo, con lo que una vez obtenida la resolución judicial favorable podrá volver a utilizar la piscina comunitaria, pero otra mujer que se encuentre en su misma situación no podrá hacerlo. Por otra parte, cualquier propietario podrá impugnar dicho acuerdo ante los Tribunales conforme al artículo 6.3 del CC sin estar sometido a plazo alguno como señala la mencionada jurisprudencia del TS, ya que se infringen otras leyes distintas a la LPH, y en este caso si se podrá dar lugar a una sentencia constitutiva que tenga eficacia “erga omnes” o ante todos⁹⁴, o lo que es lo mismo, cualquier mujer que se encuentre en la misma situación en la que se encuentra nuestra protagonista podrá hacer uso de la piscina comunitaria.

Por otro lado, debemos hablar del amparo ordinario y del amparo constitucional. El artículo 53.2 de la CE establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo

⁹⁴ Rodríguez-Cano Bercovitz, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, p.578, año 2007.

segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”. Respecto al recurso de amparo Constitucional⁹⁵, la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo que reforma la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, introduce la necesidad de la suficiente trascendencia Constitucional para la admisión del recurso. Para evitar que se acumulen demasiados asuntos el legislador otorgó al TC la posibilidad de decidir aquellos asuntos que se admiten a trámite. Para que dicha admisión se lleve a cabo la demanda debe cumplir con una serie de requisitos. El primero de ellos es que se cumplan los plazos establecidos en los artículos 43.2 y 44.2 de la LOTC. El siguiente es que la vulneración constitucional sea verosímil, es decir, que no pueda ser descartada en un examen previo del escrito de la demanda y de la documentación anexa. Estos dos requisitos se refieren principalmente a cuestiones procesales que, en el caso que nos ocupa y si nuestra protagonista agotara las vías hasta llegar al TC se podrían cumplir sin demasiada dificultad. En cuanto al último de los requisitos, el que consideramos más importante y que determina fundamentalmente la admisión del recurso, es que el contenido del recurso debe justificar que el TC deba pronunciarse sobre el fondo del asunto, siendo insuficiente la vulneración del derecho alegado de una forma subjetiva, es decir, como derecho subjetivo directamente exigible por el sujeto, sino que se exige la existencia de una trascendencia objetiva. Esta trascendencia objetiva⁹⁶ exige la actuación de los poderes públicos para lograr la adecuada vigencia de los derechos fundamentales, ya que, extrapolándolo a nuestro supuesto objeto de estudio, nos encontramos en un supuesto de discriminación por motivos religiosos y de sexo, que nunca dependerá de las pretensiones de las partes y cuya defensa exige la intervención de los Poderes Públicos.

En cuanto a la legitimación activa, la CE también es clara al respecto, así el artículo 24.1 de la CE establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Además, el artículo 162.1.b CE establece que estará legitimado “para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Por si

⁹⁵ Arroyo Jiménez, Luis, “Especial trascendencia Constitucional del recurso de amparo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 68, pp.36 a 43, año 2017.

⁹⁶ Castillo Córdova, Luis, “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, *Anuario de Facultad de Derecho da Universidad da Coruña*, nº 7, pp. 183 a 196, año 2003.

queda alguna duda al respecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge en su artículo 249.1. 2º que se decidirán en el juicio ordinario las demandas que “pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”⁹⁷.

Para finalizar, me gustaría hacer un pequeño acercamiento a la cuestión estrictamente procesal del asunto. Cualquier vecino que pretenda impugnar el acuerdo de la Junta deberá interponer una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Alicante, que será tramitada conforme a las reglas del Juicio Ordinario tal como se recoge en el artículo 249.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁸. La mujer musulmana, por su parte, podrá interponer demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Alicante tal como se establece en el artículo 249.1. 2º anteriormente expuesto, y que deberá cumplir con las exigencias de “preferencia” y “sumariedad” establecidos en el artículo 53.2 de la CE. En caso de no obtener la satisfacción de su pretensión, y tras agotar los recursos disponibles, podrá acceder al TC a través del recurso de amparo. Una apreciación importante si se llegase hasta esta instancia es que la invocación de la lesión deberá también efectuarse como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, ya que el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁹⁹ impide demandar en amparo a un particular¹⁰⁰ y cuando el juez anterior no ha protegido adecuadamente el derecho fundamental del demandante infringe el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁹⁷ <http://derecho.isipedia.com> (Fecha de consulta 26/04/2018).

⁹⁸ Ámbito del juicio ordinario: “8.º Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda”.

⁹⁹ “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

¹⁰⁰ <http://derecho.isipedia.com> (Fecha de consulta 26/04/2018).

CONCLUSIONES

Con la realización de este trabajo hemos pretendido, fundamentalmente, conocer y dar a conocer la discriminación a la que se ve sometida la mujer musulmana que decide portar determinadas prendas que simbolizan la profesión a la religión islámica. Por un lado, aquella que podríamos denominar como matriz o base, que es el mero y simple hecho de ser mujer y de la cual derivan el resto de discriminaciones a las que histórica y sistemáticamente es sometida la mujer. Por otro lado, la derivada que nos ocupa en este caso, aquella a la que es sometida por no poder manifestar abiertamente sus creencias religiosas a través de la simbología que suponen determinadas vestimentas usadas por las mujeres musulmanas. Este es el caso del burkini, una prenda motivo de discordia en occidente donde la mujer musulmana es víctima de la intolerancia e incompreensión que intenta justificarse en forma de oposición a la falta de libertad que ésta padece en su sociedad patriarcal, pero que en realidad lo único que consigue es alentar el racismo y la xenofobia.

Tras un análisis profundo y el estudio de diversos casos concretos como el ocurrido en una urbanización de Alicante por el uso del burkini, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. - La vestimenta es una expresión de la libertad individual de cada persona. La religión, en cambio, ocupa una parte fundamental de nuestra personalidad y es de vital importancia en el desarrollo personal del ser humano. Una de las cuestiones que más nos ha llamado la atención durante la realización de este trabajo es que la única vestimenta que generalmente se pone en tela de juicio es la utilizada por las mujeres, y más concretamente en nuestro caso, la de la mujer musulmana. En cambio, vemos que la vestimenta portada por los hombres que profesan el islam no merece la misma consideración ni es objeto de polémica o críticas continuas o todo tipo de prohibiciones, por cierto, la mayoría de ellas sensiblemente injustificadas. Por ello consideramos que el principal foco de atención debe centrarse precisamente en la mujer, pero no tanto desde una perspectiva religiosa sino como víctima de los sistemas patriarcales instaurados en nuestra sociedad, que coartan su libertad y el desarrollo de su libre personalidad y que agravan exponencialmente cualquier otro tipo de desigualdad que tenga relación con la misma.

SEGUNDA.- El Corán, como texto sagrado del Islam, es sometido a diversas interpretaciones, siendo las más radicales y fundamentalistas las llevadas a cabo en algunos Estados islamistas como Afganistán y Pakistán. En estos países consideran que las mujeres tienen la obligación de portar las características prendas religiosas para ocultar sus rasgos tras las mismas.

La interpretación más generalizada en la mayor parte de los Estados islámicos es que existe una relativa libertad para la mujer a la hora de usarlas, y decimos relativa porque todas las religiones y no solo la islámica contienen una base machista relacionada con la vestimenta, que cosifica a las mujeres y que, en el caso del islam, se materializa en el uso de prendas como el burka. El mero hecho de que se lleven a cabo encuestas en estos Estados para determinar qué grado de libertad se debe otorgar a la mujer a la hora de usar una determinada prenda indica claramente la opresión a la que la misma está sometida.

La mayoría de los Estados islámicos tienen establecido un sistema patriarcal, donde la mujer sigue luchando por conseguir derechos básicos que hace años se alcanzaron en occidente, como la posibilidad de tener acceso a la educación, ya que todavía existen Estados donde las mujeres apenas pueden aprender a leer y escribir. Pero el patriarcado no es una cuestión exclusiva de los Estados donde no impera la democracia, ya que en nuestros sistemas constitucionalistas se sigue observando, pero no ya a través del ejercicio de una superioridad directa del hombre sobre la mujer, sino que es ejercido a través del Estado, que con una flagrante insuficiencia de políticas destinadas a fomentar la igualdad de género contribuyen al sostenimiento de una sociedad machista.

Se hace preciso matizar que la interpretación machista de los textos sagrados no es cosa exclusiva del Corán, ni de países donde no hay democracia. Valga como ejemplo la imposibilidad de las mujeres católicas de acceder al sacerdocio debido a la prohibición determinada por el derecho Canónico únicamente por ser mujer, ya que no viene establecida explícitamente en la biblia. Vemos, pues, como la religión es un aspecto del ser humano que también es utilizado para contribuir al sometimiento de la mujer.

TERCERA.- Existe un determinado movimiento feminista que promueve el uso de las diversas prendas que caracterizan el islam porque creen firmemente en la interpretación extremista del Corán llevada a cabo por determinados Estados islámicos marcados por el machismo y el patriarcado, libertad que consideramos coartada en su base por dichos factores, pero que a pesar de ello sigue siendo su libertad. Sin embargo, otro movimiento feminista, que surge principalmente en mujeres que han tenido la posibilidad de acceder al

conocimiento de diferentes culturas, considera que las mencionadas prendas son un signo de opresión de la mujer probablemente influenciada por la cultura occidental, una opresión que tiene una lectura de género clave, y que afecta a diferentes culturas y regímenes políticos, tanto democráticos como no democráticos.

Además de la vestimenta, la religión guarda una conexión especial con la moral, una conexión radical. La moral tiene por objeto alcanzar la perfección personal y la religión es una parte fundamental a la hora de conseguirla. Por ello, consideramos que la clave del asunto que nos ocupa es la libertad de elección que tiene la mujer a la hora de poder elegir el portar estas vestimentas o no. Debemos tener en cuenta, antes de pensar siquiera en prohibir el uso del burka o cualquier otra prenda que pueda ser usada como símbolo religioso, que estamos prohibiendo el desarrollo de la propia persona, de todo aquello que define sus rasgos característicos más internos, en definitiva, algo que toca lo más profundo del ser.

Si centramos todos nuestros esfuerzos en que la mujer musulmana se sienta plenamente libre para tomar sus decisiones, y lo suficientemente protegidas para no verse afectadas por el rechazo al que puede ser sometida por su propia comunidad y al del lugar donde se supone que puede alcanzar esa libertad, habremos avanzado en la solución de un problema que afecta a la propia personalidad del ser humano. Para que consigamos una plena integración debe haber antes comprensión y tolerancia.

Alcanzar una igualdad efectiva entre el hombre y la mujer como sujetos jurídico-políticos debe ser el principal objetivo del legislador. No es una cuestión del islam o de cualquier otra religión, se trata de un problema de desigualdad entre hombres y mujeres como titulares y sujetos de derechos y como parte de un proceso de socialización, donde la paridad absoluta entre ambos sexos se hace cada día más imprescindible.

CUARTA.- Los principales problemas que se plantean en las sociedades constitucionalistas respecto al uso de las mencionadas prendas que caracterizan la religión islámica surgen en el ámbito público, aunque también se dan en la esfera privada.

Consideramos que algunas de estas prohibiciones sectoriales sí están justificadas para garantizar la seguridad pública como un bien constitucional común, por ejemplo con el uso del casco en una moto o ciclomotor, o a efectos identificativos, por ejemplo la foto en un documento acreditativo de la identidad. En definitiva, aquellas medidas razonables que

afectan a todos los ciudadanos, independientemente del sexo o de la religión a la que pertenezca.

Este tipo de prohibiciones sectoriales han dado lugar a numerosas denuncias ante los Tribunales de varios Estados y ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. De entre todas ellas me gustaría destacar el caso Lautsi en Italia que finalmente llegó hasta el mencionado Tribunal. Aunque no se refiere expresamente al uso del burka, si nos ha aportado luz a la hora de entender mejor la doble discriminación y la doble vara de medir que caracteriza el tratamiento del problema. A nuestro juicio, el tratamiento que el TEDH concedió al problema planteado por la señora Lautsi supone un verdadero ataque al laicismo occidental. En un Estado que opta por un laicismo activo donde se promueven e integran las diferentes religiones en condiciones de igualdad resulta injustificable promover únicamente los símbolos y valores de una sola religión basándose en la tradición, ya que es precisamente atenuar los efectos de la tradición lo que impulsa el nacimiento del laicismo como instrumento de integración.

QUINTA.- Únicamente Francia, cuyo laicismo se caracteriza por la separación entre Iglesia y Estado establecida en su Constitución, ha llevado a cabo una prohibición general que impide llevar velo en el espacio público. La Ley 1192/2010 de 11 de octubre, que prohíbe a toda persona estar en un espacio público con el rostro oculto, fue convalidada por el TEDH basándose en que el uso del velo dificulta la interacción social. Esta Ley establece algunas excepciones al cumplimiento de este mandato, como por ejemplo las prácticas festivas. Aunque religión y Estado circulen en diferente sentido, la dirección debe ser la misma, es decir, alcanzar la paz social respetando los valores propios de los individuos que componen dicha sociedad. Si queremos lograr una profunda interacción social, anteriormente ha tenido que darse un adecuado proceso de integración, que no se dará hasta que admitamos y respetemos las diversas culturas y religiones existentes, y nuestra sociedad sea más abierta y tolerante en un mundo cada vez más globalizado y diversificado.

Esta Ley, además de dificultar la integración de las mujeres musulmanas, constituye nuevamente un ataque directo hacia la mujer, que es la única que porta este tipo de prendas que ocultan el rostro.

SEXTA.- Los derechos fundamentales marcan el camino de nuestra sociedad europea, pero si queremos una Europa realmente unida, debemos encaminarnos hacia una verdadera Constitución Europea donde dichos derechos, la tolerancia, el respeto y la integración marquen el camino de la convivencia.

Si nos preguntasen si existe algún derecho fundamental que pudiera destacar sobre los demás no dudaríamos en afirmar que la libertad y la igualdad como valores superiores e informadores del sistema de derechos por ser componentes básicos de la justicia y, por lo tanto, de la dignidad humana. Cuando se vulnera la igualdad de una persona basándose en motivos que son especialmente rechazables por llevarse a cabo frente a alguien por ser de un determinado sexo o pertenecer a un colectivo que históricamente ha sido tratado injustamente debemos hablar de discriminación, o lo que es lo mismo, un grado de desigualdad más agravado. La discriminación a la que es sometida la mujer musulmana nos parece especialmente rechazable por la presión a la que es sometida.

Si hacemos un ejercicio de empatía y nos situamos en su posición, nos será sumamente complicado comprender cómo una mujer puede adoptar una decisión libremente cuando su propia comunidad no va a entender ni aceptar que no use el burka. Además, si adopta libremente la decisión de portarlo, se va a encontrar con un rechazo social y legal que dificulta su integración en la sociedad occidental. No podemos condicionar la libertad de vestimenta a un sexo, deben ser ellas las que decidan en libertad, y es esa libertad la que debe ser objeto de especial preocupación por parte de las autoridades, que deben garantizarla en todo momento. También es importante fomentar campañas informativas dirigidas principalmente a las niñas, para que conozcan los valores occidentales basados fundamentalmente en la dignidad humana, pero también su propia cultura, para que su elección derive de una amplia y correcta información.

SÉPTIMA.- En España, el artículo 16 de la Constitución Española de 1978 no contribuye de forma definitiva a despejar las dudas respecto a la parcialidad de la sociedad española respecto a la religión Católica, debido a la referencia expresa que el propio artículo hace sobre la misma. Esta situación nos hace pensar que vivimos en un Estado “semilaico” similar al italiano, y que deberíamos apostar firmemente por una laicidad plena y activa fomentando al mismo nivel las creencias propias de cada religión. Si apostamos por una concreta religión, corremos el riesgo de justificar indirectamente la interpretación beligerante y contra las mujeres en el islam.

La tradición es importante, pero lo es más todavía la integración. Casos como el de la joven Najwa Malha, a la que no se le permitió asistir con pañuelo a sus clases, no deben consentirse ya que a nuestro juicio supone fomentar las diferencias entre las culturas, haciendo crecer el germen de la diferenciación entre las personas y corriendo el riesgo de que aquellas mujeres que han optado libremente por el uso de determinadas prendas que

simbolizan algo tan profundo como las creencias religiosas, radicalicen sus creencias y renuncien a integrarse en una sociedad que consideraban plenamente tolerante. Lo que realmente queda de la mencionada prohibición es que una niña de 16 años se ha visto privada, aunque sea temporalmente, del derecho fundamental a recibir una educación que debe estar por encima de cualquier otra circunstancia que, por cierto, desprende cierto grado de intolerancia y xenofobia.

OCTAVA.- En la parte final de nuestro trabajo han salido a relucir diversas cuestiones que nos van aproximando cada vez más al caso concreto que motivó su realización.

Consideramos que la Constitución Española ofrece por sí misma la protección necesaria que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales en cualquier ámbito de la vida. Puede surgir alguna duda sobre la prevalencia de determinados derechos fundamentales sobre otros cuando existe una determinada relación contractual que requiere consentimiento de las partes, pero no existe duda alguna respecto a la defensa que nuestra Carta Magna otorga a aquellos derechos que, en mi modesta opinión, podríamos denominar “suprafundamentales” como son la libertad, la igualdad (que la propia Constitución propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico), y la no discriminación que merecen la especial protección de los poderes públicos, y que sin duda alguna están por encima de cualquier acuerdo entre particulares o de cualquier norma, legal o sin rango de Ley, que afecte a la convivencia social.

Los valores están por encima del contractualismo entre dos partes o en una comunidad de propietarios.

NOVENA.- Si los derechos fundamentales son el eje sobre el que gira el constitucionalismo moderno, el caso de la prohibición del uso del burkini en la piscina de una urbanización alicantina es el eje sobre el que gira nuestro trabajo. En este caso nuestra opinión es más clara conforme vamos avanzando en el conocimiento de la realidad a la que se enfrentan diariamente las mujeres musulmanas. No podemos consentir que se tomen decisiones que vulneren los derechos fundamentales amparándose tras el velo de determinadas relaciones privadas, ya que la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, ofrece una plena protección para poder dar respuesta firme a tales vulneraciones.

En el caso que nos ocupa, la reunión mantenida por la comunidad situada en Alicante, pone en evidencia el desconocimiento que tenemos acerca de la importancia de los

derechos fundamentales. En definitiva, la falta de cultura constitucional. En la reunión de la mencionada comunidad, se sometió a votación la autorización para poder utilizar el burkini como prenda de baño, junto a otras cuestiones como poder usar la ropa interior debajo del bañador, trajes de neopreno o practicar el topless. El burkini no es una prenda más, es un símbolo que muestra nuestras creencias, un ejercicio de libertad de expresión acerca de una cuestión, la religión, que es una parte importante de nuestra personalidad. Además, la prohibición de su uso supone un ataque a la libertad de la mujer, que es la única que porta este tipo de vestimentas.

Hechos como los acontecidos en esta mencionada urbanización alicantina requieren ser afrontados con valentía y denunciados ante las autoridades judiciales, ya que contamos con herramientas suficientes para garantizar que no queden impunes. Hay que tomar ejemplo de algunos vecinos de esta comunidad que denunciaron el caso ante la prensa y que a buen seguro impugnarán el acuerdo, desde nuestro punto de vista inmoral y contrario a la Constitución adoptado por la Junta de vecinos.

Al analizar el caso concreto que nos ocupa, me surgen varios interrogantes que quiero dejar plasmados en forma de reflexión y que intentaré responder desde mi humilde punto de vista. La primera cuestión que me planteo es la forma en que influyen este tipo de actuaciones a las personas que las sufren. La mujer objeto de la expulsión iba acompañada en ese momento de sus dos hijos, que no sabemos si eran menores. En el caso de que fueran niños, se encuentran en pleno proceso de formación tanto física como espiritual y la observancia y padecimiento de situaciones como ésta pueden influir negativa y decisivamente en sus creencias más profundas.

La otra cuestión que me suscita un especial interés es alguno de los motivos que salieron a colación en la mencionada Junta y que intentaban justificar la prohibición, como que el burkini era un signo de la opresión a la que era sometida la mujer en sus países. Consideramos a este respecto que resulta sumamente peligroso y contradictorio “imponer” la libertad de elección. Si realmente consideramos que es un símbolo de la falta de libertad de la mujer musulmana no podemos privar a la misma de la libertad que pretendemos proteger. Garantizar la libertad mediante la prohibición es una fórmula que no está destinada a tener éxito, preferimos aquella cuyos componentes básicos son la igualdad, la libertad, la tolerancia y la integración y que tiene como resultado la ansiada paz social.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, Benito, Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico en Europa, *Teoría y realidad constitucional*, nº 28, pp. 483 a 520, año 2011.

Arroyo Jiménez, Luis, Especial trascendencia Constitucional del recurso de amparo, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 68, pp. 36 a 43, año 2017.

Badran, Margot, traducción basada en *Feminism in islam: secular and Religious Convergences*, Oxford, One world Publications, pp. 323 a 338, año 2009.

Becerra Ramírez, José de Jesús y Hernández Godínez, Alfonso, *Los 3 niveles de protección de los DDF en Europa: el nacional, el comunitario y el transnacional- Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

Blázquez Martín, Raquel, *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, tomo 1, pp. 1296 a 1297, año 2008.

Carmona Cuenca, Encarna, El principio de igualdad material en la constitución europea, *Foro constitucional iberoamericano*, nº 8, año 2004.

Carrasco Perera, Ángel, Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal, *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, S.A.U., año 2014.

Castillo Córdova, Luis, Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales, *Anuario de Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, nº 7, pp. 183 a 196, año 2003.

Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen María, El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España, *Revista de Derecho privado*, pp. 130 a 146, año 2009.

Fernández Segado, Francisco, El sistema constitucional español, Madrid, Dykinson, p. 485, año 1992.

Fernández Ruíz-Gálvez, M^a Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, año 2003.

Fernández Ruíz-Gálvez, M^a Encarnación, Igualdad, diferencial y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad, *Anuario de Filosofía del Derecho X*, pp. 59 a 71, año 1993.

Freixes Sanjuán, Teresa, Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales, *Revista de derecho constitucional europea*, nº 4, pp. 43 a 86, año 2005.

García Pascual, Cristina, Ciudadanía y vida social bajo el velo integral, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 33, pp. 43 a 67, año 2016.

Junquera Cubiles, Eduardo Luís, Una interpretación histórica de los códigos éticos y el uso de las prendas en el ámbito islámico, *Encuentros multidisciplinares*, año 2016.

Lasagabaster Herrarte, Iñaki, El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (nota a la STC federal alemán de 24 de septiembre de 2003), *Revista Vasca de Administración Pública. Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n° 69, pp. 235 a 250, año 2004.

Lima Torrado, Jesús, Significado de la tolerancia en la Constitución de la Unión Europea como instrumento jurídico de integración social en el contexto de una convivencia pluricultural, www.global.net.

Mario Elásegui, Itxaso, La vuelta del concepto de utscheleitkultur a raíz de los actuales planes de integración de los inmigrantes alemanes, *Revista Estudios de Deusto*, año 2015.

Martín Velasco, Juan, Religión y moral, *Isegoría, Revista de filosofía moral y política*, p. 43, año 1994.

Martín Vida, M^a Ángeles y Müller-Grune, Sven, ¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?, *Revista española de derecho constitucional*, n° 70, pp. 313 a 337, enero-abril año 2004.

Martínez-Pujalte, Antonio Luís y De Domingo, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, año 2017.

Martínez-Pujalte, Antonio Luís, El artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales, *Revista de las Cortes Generales*, 40, pp. 111 a 128, año 1997.

Medina, Graciela, Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa, *Revista Boliviana de Derecho*, año 2015.

Moreno Antón, María, Hiyab y escuela en España: un supuesto de gestión excluyente de la diversidad, *Revista latinoamericana de derecho y religión*, vol. 2, n°1, 2016.

Ortiz-Úrculo, Juan, El derecho a la libertad religiosa en España, *Fundación ciudadanía y valores*, año 2011.

Ramírez Navalón, Rosa M^a, La prohibición del uso del burka en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia, sentencia del TEDH de 1/07/2014, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, año 2015.

Rodríguez-Cano Bercovitz, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, p. 578, año 2007.

Signes de Mesa, Juan Ignacio y Gavilán Hormigo, Laura, Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derechos fundamentales, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, pp. 295 a 320, año 2014.

Simón Yarza, Fernando, Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 43, pp. 901 a 925, año 2012.

Torres Pérez, Aida, La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ¿incrementa la Carta los poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales?, *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas: seminarios: Barcelona 17/06 y 14/09 de 2009*, pp. 277 a 314, año 2010.

Tur Ausina, Rosario, El modelo francés de “integración republicana” de la población inmigrante, *obra colectiva llamada la integración de la población inmigrante en el marco europeo estatal y autonómico español*, editorial Iustel, pp. 119 a 150, año 2009.

Tur Ausina, Rosario, La simbología religiosa desde planteamientos inclusivos democráticos en el ámbito educativo. A propósito de los casos “Lautsi c. Italia” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Souto Paz, José Antonio y Souto Galván, Elena, *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, pp. 127 a 158, año 2012.

Vives Tesón, Inmaculada, La horizontalidad de los derechos fundamentales, *Bienes de la personalidad*, pp. 205 a 213, año 2008.

Otras referencias consultadas

Gericht/Institution: BV erf G, Erscheidungen13.03.2015. Entscheidungsdatum: 27.01.2015
Aktenzeichen:1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10.

<http://www.tldm.org>

<http://saeculorumvalue.blogspot.com.es>

<http://www.periodistadigital.com>

<https://religionenlibertad.com>

<http://www.elmundo.es>

<http://elpais.com>

<http://rpp.pe>

<https://www.elconfidencial.com>

<https://www.regeneracionlibertaria.org>

Martín Plaza, Ana. **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.** www.rtve.es. “El velo islámico, de signo de sumisión de la mujer a símbolo de “rebeldía” frente al mundo occidental”

López García, Bernabé. *Ibidem*

Al Khalifa, Waleed Saleh. *Ibidem*.

<https://geopolítico.es>

<http://elmed.io/como-debe-vestir-la-mujer-en-el-islam/>

[http://www.asianews.it/noticias-es/Cabeza-\(y-cara\)-cubiertos,-obediencia-al-hombre:-la-mujer-en-un-Pakist%C3%A1n-islamizado-30027.html](http://www.asianews.it/noticias-es/Cabeza-(y-cara)-cubiertos,-obediencia-al-hombre:-la-mujer-en-un-Pakist%C3%A1n-islamizado-30027.html)

<https://definicion.de/costumbres/>

https://www.eldiario.es/zonacritica/Francia-burkini-prohibicion-mujeres-Islam_6_552304782.html

<https://prezi.com>

<http://diario16.com/islam-velo-islamico-burkini/>

www.capital.com.pe

www.ensayos-filosofia.es

<https://www.libertaciviliimmigratione.interno.gov.it>

<http://maq2109.blogspot.com.es/2009/08/>

<https://definicion.de/seguridad-publica/>

<https://blogs.elconfidencial.com>

<https://es.aleteia.org>

<https://europa.eu>

www.global.net

<https://www.europedirectusal.es>

Vicente, Isabel, <http://www.diarioinformacion.com>

<https://www.dyrabogados.com>

<http://derecho.isipedia>

Apuntes de Filosofía del Derecho y Deontología, profesor Antonio Luis Martínez-Pujalte. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Miguel Hernández.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de libertad religiosa.

Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 (Código Civil).

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre (Código Penal).

Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal.



ANEXOS

El siguiente Anexo I recoge la noticia publicada por el diario Información que motivó la realización de nuestro trabajo. Tuvimos conocimiento de la misma a través de la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Consideramos básica su lectura para entender la trascendencia de la problemática.



ANEXO I. Diario Información. Noticia publicada en su página web el día 21 de septiembre del año 2017. “En una urbanización de Alicante: burkini no, toples sí”.



En una urbanización de Alicante: burkini no, toples sí

Polémica en una urbanización de Vistahermosa tras instar a una mujer musulmana vestida con un burkini a salir de la piscina

[isabel vicente](#) 21.09.2017 | 23:34

Una mujer con un burkini en la playa de San Juan. **P. Hernández**

Una junta vecinal extraordinaria decide no permitir el uso de esta prenda y un grupo de vecinos pretende impugnar la decisión.



La división vecinal en una urbanización de **Vistahermosa** sobre el uso del [burkini](#) en su piscina ha evidenciado que la polémica por la utilización de esa prenda está lejos de haber acabado. Los vecinos, en una junta extraordinaria a finales de agosto, decidieron no autorizar el uso de esta prenda en la **piscina** con 30 votos a favor, ocho en contra y cuatro abstenciones, lo que ha generado la indignación de parte de los miembros que amenazan con impugnar esta decisión ante los tribunales al considerarla xenófoba. En la misma junta también se prohibió el baño con ropa de calle o de deporte y sí se aprobó la práctica del **toples** en la piscina.

La **polémica** surgió a raíz de que el pasado 16 de agosto el presidente de la comunidad de vecinos instara a una mujer musulmana que se estaba bañando con sus hijos vestida con un burkini, a salir del agua. El burkini es un traje de baño especialmente diseñado para **mujeres musulmanas** formado por capucha, pantalones largos y vestido de manga larga y que solo deja al descubierto la cara, las manos y los pies.

Al día siguiente se publicó un **bando en la comunidad** prohibiendo el baño con burkini, una decisión que otros vecinos consideraron ilegal porque esta cuestión no figuraba entre las normas vecinales, por lo que se decidió llevar el tema a una junta extraordinaria que se celebró el 23 de agosto.

Tal como figura en el **acta de la reunión**, la junta se convocó «para solventar la polémica surgida en el complejo inmobiliario en relación con el uso de determinadas prendas durante el baño», añadiéndose que «con el debido respeto a todas las ideologías y creencias y

dejando constancia expresa de que no hay relación de ningún tipo entre las prendas cuestionadas» se sometió a **votación** la autorización de la junta para utilizar durante el baño burkini, ropa interior debajo del bañador, trajes de neopreno, ropa de vestir y deporte y práctica del topless.

Antes de la votación, y durante el **debate vecinal** previo, un propietario, según se refleja en el acta, opinó que no era una cuestión que se pudiera tratar en la junta porque el uso o no de burkini «se trata de una cuestión que afecta a derechos fundamentales de la persona».

También se pusieron en común **diferentes posturas** sobre la utilización del burkini como prenda de baño, la necesidad de salvaguardar la higiene del agua o la simbología de esta prenda como expresión del sometimiento de la mujer por razón de sexo». Finalmente se decidió no autorizar el uso del burkini durante el baño con 8 votos en contra de la prohibición, 30 a favor y 4 abstenciones.

También se decidió **prohibir el uso de ropa interior debajo del bañador** por unanimidad así como el baño en ropa de vestir y deporte. Por contra, sí se decidió permitir el uso de trajes de neopreno en la piscina y la práctica del topless, en este caso con 17 votos a favor, 13 en contra y 7 abstenciones.

Lejos de saldar la polémica, la decisión ha provocado la **indignación** de un grupo de vecinos de la urbanización que consideran que la medida es xenófoba y plantean impugnarla. Antonio Aledo, uno de estos vecinos, cree que las razones que se dieron para prohibir el burkini (como que esta prenda, como otras de vestir, podía resultar antihigiénica) «simplemente trataban de esconder lo que es un acto xenófobo».

Según ha indicado Antonio Aledo a este diario, «varias vecinas y vecinos se han manifestado en contra y han apoyado públicamente a esta mujer en lo que consideramos que es un acto xenófobo, rancio, casoso, machista e ilegal». Según indica este vecino, la mujer **musulmana** afectada «es **norteamericana** y alquiló un apartamento en mi urbanización en verano. En la Junta Extraordinaria, ella participó. Mostró su traje de baño y señaló que en su urbanización en Washington nadie le increpa ni le prohíbe que se bañe con ese bañador».

Este sector de los vecinos cree que «este hecho refleja no solo el **comportamiento** de una minoría de vecinos sino algo más generalizado. Una corriente profunda que siempre está fluyendo en las sociedades democráticas y que empuja por salir y controlar la **vida**

cotidiana y la libertad individual (entre esos recortes, decidir quién se puede bañar o no en la piscina, porque de eso se trataba, no del burkini dichoso, sino a quién le permitimos bañarse)), para añadir que «duele especialmente el ejemplo que se les da a los niños y adolescentes de mi urbanización, cuando la falta de respeto y el miedo al otro se convierten en norma aprobada en una Junta de Vecinos».

Por contra, uno de los vecinos que aprobó la prohibición considera que esta prenda «es un **claro ejemplo de la opresión** y el machismo hacia la mujer y no debemos apoyarlo». Igualmente, una vecina en la junta defendió su voto en contra del burkini indicando que «lo que debe darnos vergüenza es que una mujer se vea obligada a vestirse así para poder bañarse en sus vacaciones».

