

**ACERCA DE LA INDUMENTARIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS
PENITENCIARIOS. REFERENCIA ESPECIAL AL AUTO 17/7/2017 DE LA
AUDIENCIA NACIONAL (CASO SOUKAINA ABOUDRAR)**

Por

MARÍA VICTORIA CAMARERO SUÁREZ

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 47 (2018)

RESUMEN: Los establecimientos penitenciarios constituyen un espacio privilegiado de actuación de la religiosidad para los creyentes con una significación de especial importancia. Sin embargo, constituyen un ámbito con una muy reducida protección de símbolos personales, respecto de quienes se encuentran privados de libertad. El uso del hiyab ha sido objeto de atención por primera vez en la Audiencia Nacional con un resultado contradictorio. Si en un primer momento se permite, finalmente se resuelve con una fundamentación jurídica no ajustada a los términos en que se proyecta el conflicto; sin el respeto a la presunción de inocencia; y, con una medida de prohibición del hiyab no justificada, inmersa en un discurso de prevención del terrorismo islámico, ante la ausencia de un problema real y acreditado de orden público. En contraste, la rigurosa fundamentación del Tribunal Supremo de EE.UU. en la decisión Holt, constituye un ejemplo de manual respecto a la defensa de la libertad religiosa, en un ámbito como el carcelario, que por su singularidad requiere minuciosos análisis jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Centros penitenciarios, indumentaria religiosa, hiyab, libertad religiosa, Audiencia Nacional, terrorismo islámico, Tribunal Supremo de los EE.UU.

SUMARIO: I -El derecho a profesar una creencia y una actuación en libertad. II- La indumentaria religiosa en los centros penitenciarios. 1. Religiosidad carcelaria. 2. Normativa básica. III- Un apunte comparado. IV- Referencia especial al auto de 17/7/2017 de la Audiencia Nacional (caso Soukaina Aboudrar). 1. Antecedentes. 2. Fundamentación Jurídica y Voto Particular. 3. Valoración. V- Reflexiones conclusivas

**ABOUT RELIGIOUS CLOTHING IN PENITENTIARY CENTRES. SPECIAL
REFERENCE TO THE 17 JULY 2017 ORDER OF THE NATIONAL HIGH
COURT (SOUKAINA ABOUDRAR CASE)**

ABSTRACT: Penitentiary establishments constitute a privileged space of action of religiousness for believers with a significance of special importance. However, they constitute an area with very little protection of personal symbols, with respect to those who are deprived of their freedom. The use of the hijab has been the subject of attention for the first time in the National High Court with a contradictory result. First, it is allowed, and eventually, it is resolved with a legal analysis that is not adjusted to the terms in which the conflict is projected; without respect for the presumption of innocence; and, with an unjustified measure of prohibition of the hijab, immersed in a speech of

prevention of Islamic terrorism, in the absence of a real and accredited problem of public order. In contrast, the rigorous analysis of the US Supreme Court in the Holt decision is a textbook example regarding the defence of religious freedom, in a field such as the prison system, which by its singularity requires thorough legal analysis.

KEYWORDS: Penitentiary centres, religious garment, hijab, religious freedom, National High Court, Islamic terrorism, US Supreme Court.

I. EL DERECHO A PROFESAR UNA CREENCIA Y UNA ACTUACIÓN EN LIBERTAD

Nuestra Constitución apuesta por un amplísimo reconocimiento del derecho de libertad religiosa, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva. Garantiza en su artículo 16 la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, siendo su desarrollo a través de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR). La asunción por el Estado de la libertad religiosa supone el reconocimiento pleno y el consiguiente respeto del derecho de libertad religiosa. Por ello, la Constitución le atribuye una posición más independiente respecto de las confesiones religiosas y le impone la obligación de respetar plenamente el derecho de los ciudadanos a profesar y a practicar sus creencias. Considerado el factor religioso como hecho social relevante, el Estado no puede permanecer pasivo o indiferente ante el mismo, sino que ha de facilitar la libertad religiosa en consonancia con el ejercicio debido de su función promocional¹. Actitud positiva que no está en contradicción con el texto constitucional cuando declara la aconfesionalidad del Estado, que no se traduce en el sentido de que el Estado deba mostrarse indiferente u hostil ante el factor religioso, sino que reconoce y respeta el pluralismo religioso, y por tanto todas las opciones religiosas en régimen de igualdad².

¹ Vid., art. 9.2 CE.

² En general y sin ánimo de exhaustividad, puede verse entre la doctrina especializada: SOUTO PAZ J.A., SOUTO GALVAN C., *El derecho de la libertad de creencias*, Marcial Pons, 2011; MARTÍNEZ-TORRÓN J., *Religion and Law in Spain*, Leiden: Kluwer Law International, 2ª ed., 2018; idem. (Ed.) *Estado y Religión en la Constitución española y en la Constitución europea*, Comares, Granada, 2006; AA.VV., PORRAS GIMÉNEZ J. M. (Coord.), *El derecho de la libertad religiosa*, Tecnos, 2018; VILADRICH P. J., FERRER ORTÍZ, "Principios informadores del Derecho eclesiástico español", *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa 1996; PALOMINO LOZANO, R., en "Neutralidad y factor religioso: mito, principio y significado", en *Aequitas sive Deus Studi in honore di Rinaldo Bertolino, II, Giappicchelli*, Torino, 2011, pp.948-971; AA.VV., NAVARRO VALLS R., MANTECÓN SANCHO J., MARTINEZ-TORRÓN J., *La Libertad Religiosa y su Regulación Legal. Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, IUSTEL, 2012; GARCIA GÁRATE A., *Derecho y Religión es un Estado democrático*, Dykinson, 2106; OLMOS ORTEGA M.E., "Una relectura de la laicidad y la cooperación a la luz de la libertad religiosa", en AA.VV., (Coord. GARCÍA GARCÍA R.), *El Derecho eclesiástico a las puertas del siglo XXI. Libro homenaje a al prof. J. Goti Ordeñana*, Fundación Universitaria Española, 2006, pp. 417-429; CELADOR ANGÓN O., "Libertad religiosa y modelos de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas en *Historia de los derechos fundamentales*" (Coords. ANSUÁTEGUI ROIG F.J. y otros), vol.3, tomo 2, 2007, pp.67-176; FERREIRO J., "State-Religion Relations in Spain: Legal and Constitutional Framework" en *Legal Aspects of Religious Freedom*, Ljubljana 2008, pp. 458-468; POLO SABAU J.,R.,

La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre el derecho de libertad religiosa puntualiza en la dimensión externa de su contenido, que se manifiesta en la posibilidad de ejercicio, inmune de toda coacción, de aquellas manifestaciones del fenómeno religioso, tales como las que enuncia el artículo 2 de la LOLR³. En síntesis, libertad ideológica, religiosa y de culto reconocidas y garantizadas que incluye el derecho a profesar una creencia y una actuación en libertad. Entendiendo la libertad de conciencia como una concreción de la libertad ideológica, reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional⁴. Sin olvidar, que cualquier manifestación o dimensión externa del ejercicio del derecho de libertad religiosa, puede verse sometida a una eventual y posible limitación necesaria, determinada siempre por ley orgánica, única posible en la limitación de un derecho fundamental⁵.

En cuanto a la relación entre el derecho fundamental y sus límites y al posible alcance de éstos, el Tribunal Constitucional destaca la máxima amplitud con la que la libertad ideológica está reconocida junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes además de la fuerza expansiva de todo derecho fundamental que restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; y que de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorables a la eficacia y a la esencia de tales derechos⁶.

Para la concreción y alcance del derecho fundamental de libertad religiosa, la relevancia de la interpretación que realiza nuestro Tribunal Constitucional es del todo indiscutible. Su influencia es decisiva para la solución de las cuestiones que plantea el tratamiento del factor religioso en el tiempo. La defensa y promoción de las condiciones

Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español, (Prólogo ÁLVAREZ CONDE E.) Bosch ed., 2014; SUÁREZ PERTIERRA G., "Laicidad en el constitucionalismo español" en AA.VV., (LLAMAZARES D., Coord.), *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, 2005, pp. 119-132.

³ Entre las manifestaciones del derecho de libertad religiosa y de culto expresadas no de forma exhaustiva, el art. 2.1 LOLR en su apartado a) expresa: "La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona 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 a abstenerse de declarar sobre ellas"; y, en su apartado b) dice: "practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión".

⁴ *Vid.*, STC 15/1982, de 2 de abril, F.J., núm.6.

⁵ Art.3.1 LOLR: "El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección de los derechos 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". Al respecto, *vid.*, FERREIRO J., "Política del Gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam", en AA.VV., COMBALÍA Z., DIAGO M^a P., GONZÁLEZ-VARAS (Coords), *Derecho Islámico e Intercultural*, IUSTEL, 2011, p. 385.

⁶ STC 20/1990, de 15 de febrero. F.J. 4.

para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su plenitud, se convierte en directriz de actuación necesaria y de escrupulosa observancia en la resolución de las distintas problemáticas. En la interpretación del límite de orden público, el Alto Tribunal señala su carácter excepcional, que se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sostiene que “un entendimiento coherente de la cláusula de orden público obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moral pública, se puede invocar como límite al ejercicio de libertad religiosa y de culto”⁷. Ante ello, observamos que en sede constitucional se resuelve el dilema entre seguridad y libertad en beneficio de ésta, es decir, en coherencia con el principio de libertad religiosa y con la progresiva flexibilización de los ordenamientos europeos en su adaptación a la sociedad multicultural. Lo que demuestra que seguridad y libertad no son una disyuntiva o una contradicción, sino que deben ser vasos comunicantes, de recíproca alimentación⁸.

Y todo ello en base al artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) que, con una redacción prácticamente igual al artículo 18 de la Declaración Universal, hace referencia a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Estamos ante dimensiones de un solo derecho de libertad, del cual se señalan a su vez varias manifestaciones genéricas, entre ellas, la libertad para exteriorizar las creencias en la conducta personal y colectiva, incluyendo la difusión del proselitismo⁹. Es decir, se trata de la libertad para creer y actuar en consecuencia. Conclusión a la que llega el TEDH¹⁰.

⁷ STC 46/2001, de 15 de febrero de, F.J. 11; *vid.*, una crítica sobre la decisión del Tribunal en MARTÍNEZ-TORRÓN J., “Freedom of Religion in the Case Law of the Spanish Constitutional Court”, *Brigham Young University Law Review*, 2001, p.545; en general, GONZÁLEZ DEL VALLE, J.Mª. “The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Spain”, *Emory Internations Law Review*, vol.19, No.Summer 2005, pp.1033-1086.

⁸ *Vid.*, mi estudio, “El reconocimiento colectivo del derecho de libertad religiosa en la STC/46/2001, de 15 de febrero”, *La Ley*, año XXIII, núm. 5631, 2001.

⁹ En este sentido, *vid.*, la solución dada por la Tercera Sección del TEDH *Fernández Martínez c. España*, de 17 de mayo de 2012, nº 56030/07, en la que se reafirma lo sostenido en *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* (GC, nº 30985/96, epígrafes 62 y 78, CDH 2000-X1) en tanto que “salvo en casos muy excepcionales, el derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio, excluye toda apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas, o las modalidades de expresión de éstas” (§ 80).

¹⁰ *Vid.*, MARTÍNEZ-TORRÓN J., “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, 1993, pp. 53 y ss.; *idem.*, “The (un) protection of religious individual identity in the Strasbourg case law”, *Oxford Journal of law and religion*, 1, 2012, pp.1-25; *idem.*, “Strasbourg’s Approach to Religion in the pluralist Democracies of Europe”, *In Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, GRIFFITH-JONES R. and Hill M.(eds.),

Partiendo de estas premisas, y centrándonos en una manifestación concreta del derecho de libertad religiosa, como es el uso del hiyab, es relevante señalar en el acervo normativo de las Naciones Unidas, cómo el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones al artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1993, establece que “la observancia de la práctica de la religión o de las creencias puede incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres como...el uso de las prendas de vestir o tocados distintivos..”. O también, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 2004, acogiendo la reclamación de una estudiante de Uzbekistán expulsada de su Universidad por usar tal vestimenta como atuendo religioso prohibido en lugares públicos, razonando en su apartado 6.2: “...El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe y la religión de las personas ...”¹¹.

Con todo, el uso de una indumentaria religiosa, como el hiyab, constituye una dimensión externa del derecho de libertad religiosa y forma parte del contenido esencial del mismo, lo que implica una libertad de elección al máximo nivel de ejercicio, a salvo de posibles injerencias mínimas legales.

II. LA INDUMENTARIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

1. Religiosidad carcelaria

Comenzaremos este apartado expresando que la realidad social penitenciaria no suele ser objeto de investigaciones en profundidad. Sin embargo, entre los escasos estudios que aportan nuevas perspectivas y enfoques, se han destacado las funciones psicológicas y sociales que el hecho religioso carcelario contiene para los sujetos privados de libertad. Se constata el hecho de cómo la recreación subjetiva de actitudes y valores religiosos de los internos en un establecimiento penitenciario viene a ser un poderoso mecanismo de defensa frente a situaciones altamente estresantes. Posibilitando al individuo encarcelado el poder soportar y paliar todos los efectos desestructurados del régimen penitenciario como el fortalecimiento de identidades

Cambridge University Press, 2015, pp.281-300; CONTRERAS MAZARIO J. M^a, “La protección internacional de la libertad de conciencia y de las minorías religiosas en la Union Europea: Un proceso inacabado”, en *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm.7, 2002, pp. 155-122; GARCÍA PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de publicaciones Universidad Complutense, Madrid 2000.

¹¹ Al respecto, puede verse, un estudio pionero que afronta la problemática de la presencia de símbolos religiosos en los ámbitos públicos desde la triple perspectiva de los Poderes del Estado en España, en ALENDA SALINAS M. y PINEDA MARCOS M., *EL símbolo religioso en el Estado laico español*, Tirant Lo Blanch, 2016.

personales y grupales de los propios reclusos¹². La praxis religiosa conlleva, de modo necesario, unos mecanismos de reacción defensiva para hacer frente a las propias tendencias disgregadoras del colectivo social carcelario. El recurso a lo religioso favorece sin duda, la estabilidad normativa axiológica en los internos del centro¹³. Los sujetos privados de libertad están de forma sistemática sometidos a un régimen de vida carcelario donde todo está minuciosamente reglamentado. Lo que hace que el recluso/a se autoperciba como un sujeto alienado y despersonalizado, en la mayoría de los casos. La sistemática “interacción negativa” del preso con su medio social carcelario constituye la base psicosocial para el surgimiento de lo que se llama “reactividad religiosa funcional”, *comportándose este tipo de estrategia como un mecanismo de respuesta defensiva por el propio sujeto*, permitiendo a los internos, por ejemplo: la reducción de los niveles de ansiedad mostrados en el ingreso en prisión, la situación de superación de situaciones anónimas, la mejora en la adaptación al medio social de la prisión, y el manejo de situaciones personales definidas como particularmente estresantes y amenazantes para su propia seguridad¹⁴.

En general, la experiencia religiosa en prisión, en el ejercicio de sus funciones integrativas, ayuda a mantener una visión más coherente de la vida y, además, favorece el fortalecimiento de la identidad y la autoestima personales¹⁵. La dinámica institucional de la cárcel conlleva a una despersonalización experimentada por el recluso. Frente a esta impotencia que siente, se va imponiendo la necesidad de disponer de un cierto “discurso religioso carcelario”, en cuanto mecanismo de transmisión de explicaciones totalizantes y últimas en la realidad percibida¹⁶.

Entre las funciones generales y más relevantes del hecho religioso carcelario, se destacan la reducción de los niveles de ansiedad y de angustia personales; facilitan la expresión normalizada de las emociones, favorecen el control de sus impulsos destructivos, permiten identificar y definir sus propios sentimientos, proporcionan sensaciones de paz y de sosiego frente al estrés padecido; favorecen una mayor y mejor cohesión social en el grupo religioso; y, alimentan las identidades culturales y étnicas de los reclusos¹⁷.

¹² Vid., GARCÍA MARTÍNEZ J., “La funcionalidad psico-social de las creencias en prisión” en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 25, enero 2008, pp.172-200.

¹³ *Ibíd.*, p.177.

¹⁴ *Ibíd.*, p.178.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 181.

¹⁶ *Ibíd.*, pp.183-184.

¹⁷ *Ibíd.*, p.184.

También se constata la pluralidad de composición de las expresiones que conforman la llamada “religiosidad prisionizada”. Entre ellas, se muestra una religiosidad subjetiva en el sentido de respuesta a las pautas del hecho religioso sometido a una intensa “privatización”¹⁸. También se destaca la religiosidad anónima, en la que existen reclusos que a pesar de tener unas creencias o convicciones religiosas, no llegan a expresarlas de forma pública en el círculo más próximo de compañeros. La visualización de las conductas queda inhibido. Se diluye su identidad religiosa en el grupo para ser aceptados en la “sociedad de los presos”, aunque albergue una identidad o adscripción religiosa. Se comprueba que se trata de una toma de postura adoptada por el mismo interno, movido por su propia determinación, más que por la presión arreligiosa del medio carcelario, en el que la “cultura carcelaria” no es directamente hostil o agresiva hacia el hecho religioso, ya que de hecho se produce una cierta coexistencia de esta “cultura carcelaria” con la de la “subcultura religiosa carcelaria”¹⁹.

En síntesis, resulta ser un hecho contrastado las consecuencias derivadas del fenómeno social carcelario de las creencias: creación de expectativas favorables al cambio, crecimiento personal y mejora de las habilidades sociales. Desde esta perspectiva, los sujetos tienden a relativizar, cuando no negar, sus anteriores valores y pautas de conductas. La modalidad sociorreligiosa en prisión vendría a ser una expresión significativa de cómo la creencias y rituales pueden desempeñar un papel crucial a la hora de canalizar los impulsos que pueden conducir a transformaciones relevantes de los diferentes ámbitos en la vida personal y social de los reclusos²⁰.

En el impacto de las transformaciones en el mapa religioso en los establecimiento públicos, entre otros, los penitenciarios, se destaca en primer lugar que en España, el crecimiento de la inmigración ha conllevado un proceso de diversificación religiosa, que ha generado nuevos retos en la construcción de una sociedad inclusiva y respetuosa con las distintas opciones religiosas²¹. También, en el análisis del ajuste entre la práctica religiosa y el funcionamiento, se constata que en la cotidianeidad de las personas internas hay elementos de la práctica religiosa que pueden hacerse presentes de manera visibles en el funcionamiento habitual de la institución. En este sentido, resulta de interés la toma en consideración de la posibilidad y las condiciones de desarrollo del

¹⁸ *Ibíd.*, p.193.

¹⁹ *Ibíd.*, p.195.

²⁰ *Ibíd.*, pp.197-198.

²¹ *Vid.*, Informe “La gestión de la diversidad religiosa en centros hospitalarios y penitenciarios de España” Proyecto “GEDIVER-IN”, Universidad Autónoma de Barcelona, septiembre 2015, p.26. El Proyecto examina el impacto de las transformaciones en el mapa religioso en los hospitales y prisiones de Cataluña y Andalucía, poniendo énfasis en el papel de las minorías religiosas, especialmente el Islam y la práctica en torno al encaje de la diversidad religiosa en las instituciones públicas. El estudio se circunscribe a 8 cárceles y 8 hospitales entre 2011 y 2014.

uso de los símbolos religiosos o de indumentaria con un significado religioso, resultando de especial relevancia conocer no sólo las respuestas que las instituciones ofrecen para satisfacer las demandas, sino también los discursos que las enmarcan²². Se comprueba que el uso de símbolos religiosos personales de los creyentes y practicantes pueden tener una significación especial y resulta importante. De manera generalizada, el porte de una vestimenta y símbolos religiosos de carácter personal dentro de las prisiones no parece suponer un aspecto controvertido. Siempre sujeto a los requerimientos de seguridad estimados por la Dirección de los Centros y los Reglamentos vigentes, la utilización de símbolos y vestimentas con significado religioso está permitido. La mayoría de casos se trata de pequeños símbolos incorporados en el cuerpo o de imágenes que decoran las celdas de los presos. En el caso de las prisiones de mujeres, el uso del pañuelo islámico, la práctica de eventual controversia resulta anecdótica y por tanto hasta el momento no ha generado ninguna discusión significativa²³.

Con todo, la institución penitenciaria provee un escenario de especial interés para analizar el modo en que el Estado aborda las cuestiones vinculadas con la diversidad religiosa. Al tratarse de una institución en la cual las personas se encuentran bajo la tutela del Estado²⁴, éste es el principal responsable a la hora de cubrir las necesidades básicas de los presos. En el ámbito religioso, es la propia institución la responsable de asegurar que la libertad religiosa de los presos sea respetada y asegurar que el cumplimiento de sus derechos se materialice. Esta particularidad de la institución penitenciaria, y es especial, su carácter cerrado, tiene implicaciones en el tratamiento de la diversidad religiosa, que la diferencian de otras instituciones, como la hospitalaria²⁵.

2. Normativa básica

Los conflictos principalmente surgidos en nuestro País en materia de indumentaria religiosa hacen relación al velo islámico, siendo distintos los ámbitos en los que pueden verse afectados, como el educativo o laboral, en los que se presentan estas

²² *Ibíd.*, p. 31.

²³ *Ibíd.*, pp.66-67.

²⁴ Respecto a la relación de sujeción especial, el Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias ha venido declarando que los internos en centros penitenciarios se integran en una relación preexistente que proyecta su autoridad sobre aquéllos, adquiriendo un status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos (*Vid.*, REVIRIEGO PICÓN F., "Multiculturalidad y centros penitenciarios", *Estudios de Deusto*, vol.16/1, Bilbao, 2012, pp. 114-121).

²⁵ *Ibíd.*, pp.48-49.

cuestiones²⁶. Sin embargo, los establecimientos penitenciarios constituyen un ámbito con muy reducida protección de reconocimiento expreso de símbolos personales, respecto de quienes se encuentren en situación de prisión provisional o en cumplimiento de penas de privación de libertad, lo que no es un obstáculo para el reconocimiento pleno y efectivo de los derechos fundamentales, como es la libertad religiosa reconocida y garantizada en nuestra Constitución.

En el ámbito de la simbología religiosa en los centros penitenciarios, y a pesar de la ausencia de reconocimiento expreso de símbolos personales, la Administración penitenciaria española garantiza que las sanciones y medidas penales se cumplen en España, como establece el artículo 25.2 de la Constitución, con dos orientaciones precisas: la reeducación y la reinserción social²⁷, y el reconocimiento de todos los derechos fundamentales de las personas sujetas a su cumplimiento, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. En consonancia, la Administración penitenciaria aplica, de la manera más respetuosa, las previsiones de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria, en adelante LOGP, norma básica del sistema penitenciario español, su Reglamento aprobado por el Real

²⁶ En general, puede verse una actualización detallada respecto a la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en el ámbito educativo y laboral: ALENDA SALINAS M. Y PINEDA MARCOS M., "El símbolo religioso...", op.cit., pp.239-263; *vid.* también aportaciones rigurosas e interesantes de la doctrina en: MARTÍNEZ BRIONES I., "El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 10 (2009), pp.17-82; NAVARRO VALLS R., MARTINEZ-TORRÓN J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed. IUSTEL, 2012, pp.317-417; MOTILLA A., "La libertad de vestimenta: el velo islámico", en AA.VV., *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid 2004, pp.110-119" y *idem* (Coord), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, 2009; CAÑAMARES ARRIBAS S., *Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Thomson, 2005, pp. 48-51; CELADOR ANGÓN O., "Estatuto público de la religión en los espacios tutelados por los poderes públicos", en *Sociedad, derecho y factor religioso*, (Coord. MORENO ANTÓN M.),2017, pp. 157-170; y "Estatuto público de los símbolos religiosos, en *Letra internacional*, núm. 123, 2016, pp.55-72; SALINAS ALENDA M., "La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico", en *IUSTEL*; núm.9, 2005, pp.22-23; MARTÍ SÁNCHEZ J.M., "Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales. Derecho europeo y español", en *ADEE*, XXVIII, 2012; ALÁEZ CORRAL, "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 2003, pp.118 y ss.; AMÉRIGO F., "El uso del velo islámico en el Derecho español", en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, 13-1, 2013, pp.29 y ss. También, puede verse mi investigación: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant Lo Blanch, 2012, pp.119-131.

²⁷ Al respecto, *vid.*, DELGADO DEL RINCÓN L.E., "El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. Extraordinario, enero 2004, pp.339-369. Para el autor, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, estamos ante una norma de principio, que prescribe la consecución de un fin de interés general, un principio orientador de la política penal y penitenciaria que vincula por igual a todos los poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial, pero que no puede hablarse de un derecho fundamental del penado a la reeducación y a la reinserción social (*Ibid.*, p.366).

Decreto 190/ 1996, de 9 de febrero, y las sentencias judiciales que se dictan en la materia, sin olvidar la existencia de normativas de régimen interior y protocolos de internos correspondiente a cada Centro Penitenciario²⁸.

En este orden, la LOGP, pretende instaurar en su propio ámbito la libertad religiosa, y garantizar la debida asistencia religiosa a todos los internos, con independencia de su credo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la LOLR. El derecho de libertad religiosa aparece expresamente reconocido en el artículo 54 que bajo el título Asistencia Religiosa, establece: “la Administración garantizará la libertad religiosa a los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse”. Es decir, en coherencia con la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa a la que se ha referido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia²⁹. Junto a él, aparecen menciones a aspectos concretos referentes al ejercicio de libertad religiosa, como son el artículo 3.1 que en sintonía con los artículos 14, 16 y 25.2 de la CE, señala “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”³⁰.

En relación con la vestimenta de los presos, el artículo 20.1 de la LOGP dispone que “el interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar la dignidad del interno”. También, el artículo 24.1 hace referencia a que los internos participarán en las actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo y el artículo 25.2 declara que el tiempo de los internos (horario de prisión), se distribuirá de forma que queden atendidas las necesidades espirituales y físicas de los reclusos. Como ha sido señalado, el término

²⁸ A pesar de la inexistencia de norma o instrucción alguna sobre la cuestión.

²⁹ STC 46/2001, de 15 de febrero (*Vid.*, RODRIGUEZ BLANCO M., “Asistencia religiosa penitenciaria de las confesiones minoritarias con acuerdo de cooperación”, en MARTÍN SÁNCHEZ, I., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., (Coords), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid 2009, pp.186-187).

³⁰ Sin olvidar que la LOGP recoge otras cuestiones concretas que pueden afectar a los reclusos, como la relativa a cuestiones alimentarias, atendiendo a sus convicciones filosóficas y religiosas (art.21.2). Al respecto, puede verse, PIZARRO MEDINA Mª P., *Problemática dietética religiosa ante la laicidad del Estado*. Tesis Doctoral (Dr. ALENDA SALINAS M., Alicante 2017, (accesible: www.eltallerdigital.com.)

espirituales es más amplio que religiosas, resultando que éstas se encuentran incluidas en aquéllas³¹.

Por su parte, el artículo 51.3 de la LOGP prevé que los reclusos podrán comunicar previa autorización de la Dirección, con los sacerdotes o ministros de su religión cuya presencia haya sido reclamada previamente. Para estas entrevistas se utilizarán los mismos locales previstos para la comunicación con abogados y procuradores y podrán ser intervenidas en la “forma que se establezca reglamentariamente”, a diferencia de las entrevistas con los letrados que sólo procede por orden de autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo³². Sin olvidar, que el artículo 77 de la Ley concede al Juez de Vigilancia la posibilidad de formular propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre la organización y actividades en las prisiones, entre otras, las religiosas.

La Ley General Penitenciaria fue desarrollada mediante el Reglamento Penitenciario, de 8 de mayo de 1981. Extensísima norma en la que resultaban muy numerosas las alusiones a diversos aspectos del derecho de libertad religiosa de los internos y, en concreto, su asistencia religiosa, confirmándose el compromiso, por parte de la Administración, de garantizar la libertad ideológica y religiosa de los mismos³³. Este Reglamento fue reformado casi en su totalidad por el actual Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996 y acabó formalmente con los rasgos confesionales que aún se detectaban en el Reglamento anterior de 1981³⁴. El panorama penitenciario en aquel momento era bien dispar al existente quince años atrás: incremento exponencial de los reclusos extranjeros y aumento de mujeres, envejecimiento de la población reclusa o aparición de nuevas patologías³⁵.

En el artículo 230, bajo la rúbrica Libertad Religiosa en el actual Reglamento, se establece en su apartado primero que todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que se preste con

³¹ Vid. MANTECÓN SANCHO J., “La asistencia religiosa penitenciaria en las normas unilaterales y acuerdos con las confesiones”, en *IUS CANONICUM*; XXXVII, núm. 74, 1997, p.579.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*, pp.580-581. Junto a la lógica reiteración de la libertad religiosa y prohibición de discriminación por motivos religiosos (art. 5.2 y 3.4, respectivamente), se concretaba un capítulo específico insistiendo en la necesidad de garantía de dicha libertad por parte de la Administración facilitando los medios necesarios para su ejercicio (art.180). También, la necesidad de que las normas de régimen interno adoptaran las medidas necesarias para garantizar la asistencia religiosa o las comunicaciones; junto a ello, añadía una coletilla final señalando que la actividad religiosa comprendería “todas las actividades que se consideran necesarias para el adecuado desarrollo de la persona” (art.181). Y se insistió en la cuestión relativa a la alimentación conforme a las convicciones filosóficas o religiosas del recluso (*Vid.*, REVIRIEGO PICÓN F., “Multiculturalidad y centros penitenciarios”, op.cit., p.20).

³⁴ *Vid.*, MANTECÓN SANCHO J., “La asistencia religiosa penitenciaria..”, p.600.

³⁵ *Vid.*, REVIRIEGO PICÓN F., “Multiculturalidad y centros penitenciarios”, op.cit., 128.

respeto a los derechos de las restantes personas, uniéndose a este derecho la posible habilitación de espacios en los Centros. En ellos podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos. A lo que se añade, en el apartado segundo, que ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa; así como en su apartado tercero se contiene que la Autoridad penitenciaria facilitará al interno el respeto de la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos. Y por último, en su apartado cuarto, se remite en todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos a lo establecido en los Acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas³⁶.

El principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se encuentra excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas. También, en cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados³⁷.

Cuando se ejercen las facultades de organización normativa interna, también se tienen presentes las regulaciones internacionales que invitan a los Estados miembros a requerir en sus normas internas, al personal encargado del cumplimiento de esas sanciones y medidas penales, la máxima honradez, neutralidad y respeto en relación con las personas sometidas al más intenso de los poderes públicos: el punitivo. Así ocurre con las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, R (2006) 2, de 11 de enero, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, y R (1997) 12, de 10 de septiembre, sobre el personal encargado del cumplimiento de las sanciones y medidas penales. En este orden, la legislación española ha incorporado y desarrollado

³⁶ Vid., MANTECÓN SANCHO J., "La asistencia religiosa penitenciaria..." op. cit., pp. 584 y ss.; MORENO ANTÓN M., "La asistencia religiosa", en SANCHEZ M. Y NAVARRO J.G., *Libertad religiosa en España y Argentina*, 2006, pp. 112-117; *idem*, "La libertad religiosa en el sistema penitenciario español" en *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México 1996, pp. 685 y ss; REVIRIEGO PICÓN F., "Multiculturalidad y centros penitenciarios", op.cit., pp.13-132; GALLIZO LLAMAS M., "Asistencia religiosa en centros penitenciarios", en Coord. FERREIRO GALGUERA J., *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, 2008, pp.555-561.

³⁷ Art. 3, apartados 3 y 4 Reglamento Penitenciario.

adecuadamente, todas las reglas emanadas del Consejo de Europa en la materia, por lo que nuestro Ordenamiento jurídico es de los más avanzados y garantistas de Europa en este ámbito³⁸.

Dentro de los concretos estándares deontológicos de comportamiento que le son exigibles en cada uno de los marcos en que se desenvuelve la actividad del personal penitenciario, en coherencia con la normativa básica, destacamos que se ejercerá respetando, en todo caso, la dignidad humana de las personas reclusas, cuyos derechos e intereses solo podrán ser restringidos en lo que dispongan las leyes y las sentencias judiciales³⁹. También que, en las relaciones de trabajo, el personal penitenciario mantendrá un trato cívico, correcto y respetuoso con todas las personas con las que se relacione, y evitará cualquier tipo de discriminación por razón, entre otras de religión o convicciones⁴⁰. En consonancia, la Recomendación 2012 a los Estados Miembros sobre el Código Deontológico Europeo para el personal penitenciario, establece que éste deberá ser sensible con las necesidades específicas de determinadas personas, como los jóvenes, mujeres o minorías, esforzándose lo máximo posible para responder a sus necesidades. También que respetará la pluralidad y la diversidad y no discriminará a ningún interno por razón, entre otras, de religión⁴¹.

III. UN APUNTE COMPARADO

Frente a la ausencia de reconocimiento respecto de los símbolos religiosos personales en prisiones, a salvo de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, en las que se autoriza a todo preso a cumplir los preceptos de su religión y las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre las normas europeas de prisiones⁴², vamos a hacer una referencia mínima de Derecho comparado, centrada

³⁸ Vid. *Código Deontológico*. De la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2010, pp.3-4.

³⁹ *Ibíd.*, Art.5.2.

⁴⁰ *Ibíd.*, Art.13.

⁴¹ Vid., Recomendación CM/Rec (2012) 5 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el Código Deontológico Europeo para el Personal Penitenciario, Apéndice D y E.

⁴² Vid., RODRIGUEZ BLANCO M., "La presencia de la religión en los establecimientos públicos como exigencia del derecho fundamental de libertad religiosa. El ejemplo de la asistencia religiosa en centros penitenciarios conforme al Derecho internacional", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol.XXXI 2015, pp.115-120. También, el autor ofrece claros ejemplos de la jurisprudencia del TEDH y de la antigua Comisión Europea respecto a las modulaciones en el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los reclusos y de la justa ponderación entre los diversos intereses en conflicto (*idem*. pp.120-124).

en los EE.UU., por presentar, como ha sido señalado⁴³, un ámbito de especial protección de la libertad religiosa de los reclusos, patente dado el singular itinerario de la libertad religiosa al respecto en ese País, desde la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993⁴⁴ hasta la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* de 2000 (RLUIPA)⁴⁵, y la amplia jurisprudencia que se ha ido generando a cargo de los diversos tribunales sometidos al que representa la cúspide del sistema judicial en el País allende el Atlántico.

Así, y ya centrados en los Estados Unidos, traemos a colación un referente que consideramos de especial interés, por el objeto sobre el que versa y la autoridad de la fuente de la que dimana. Nos referimos a la decisión, relativamente cercana en el tiempo, Enero de 2015, del Tribunal Supremo de ese País, en el caso *Holt, Aka Muhammad v. Hobbs, Director, Arkansas Department of Correction, et al*⁴⁶. En ella, el Alto Tribunal ha de dilucidar la aplicación en el caso de la Sección 3 de la citada *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, del año 2000, en sus siglas originales, RLUIPA, que dispone que: “ningún gobierno impondrá una carga sustancial sobre el ejercicio religioso” de una persona institucionalizada a menos que el gobierno demuestre que la carga es “el medio menos restrictivo de avanzar un interés gubernamental prevalente”⁴⁷. Detengámonos ahora, brevemente, sobre ese Acta, en lo que atañe a su génesis y fundamentos.

En lo que aquí interesa, la RLUIPA sintoniza con un texto homólogo y precedente, la también citada *Religious Freedom Restoration Act*, RFRA, al otorgar a los sometidos a penas de prisión un estándar reforzado de protección respecto de su libertad religiosa, en línea con el previsto en esta última con alcance general. Sucede que el Congreso de los Estados Unidos había asumido que se estaban dando con frecuencia interferencias en el ejercicio de tal libertad por los presos, haciéndose necesario salir al paso de ellas. Así, por ejemplo, en la declaración conjunta de los mentores del proyecto legislativo correspondiente, los Senadores Hatch, republicano, y Kennedy, demócrata, y entre otras cosas, se denunciaba que: “Por indiferencia, ignorancia, fanatismo o falta de medios,

⁴³ Vid., PALOMINO R., *La religión en el espacio público. Los símbolos religiosos ante el Derecho*, Digital Reasons, 2016, p.101.

⁴⁴ Pub. L. No. 103-41, 107 Stat. 1488 (1993).

⁴⁵ 114 Stat. 803, 42 U.S.C. Secc. 2000cc *et seq.*

⁴⁶ No. 13-6827, accesible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/574/13-6827/> . En adelante, cit., *Holt*.

⁴⁷ Según PALOMINO, R. “Mediante esta regla se establece la inversión de la carga de la prueba y la especial cualidad que debe revestir el motivo por el que se limita el derecho fundamental de libertad religiosa, aproximándose a grandes rasgos este *less restrictive means test* al principio de proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales” (*La religión en el espacio público...*, op. cit., p.102).

algunas instituciones restringen la libertad religiosa de maneras egregias e innecesarias”, citando entre ellas , por ejemplo: el que muchas prisiones impedían a los presos judíos el uso de kipás, o negaban el acceso de los católicos a los sacramentos de confesión y comunión, o cerraban estudios bíblicos evangélicos; o el que muchas prisiones prohibiesen dietas religiosas, como la comida kosher; o que se confiscasen y destruyesen textos sagrados, como la Biblia, el Corán, el Bhagavad Gita y variados textos de oraciones; o que se prohibiesen objetos religiosos, como rosarios; o las festividades religiosas, restringiendo la posibilidad de los presos al ayuno, rezo o culto divino en ocasiones especiales y, en una ocasión extrema, se indica que las autoridades de una prisión violentaron el secreto de confesión mediante el uso de instrumentos electrónicos⁴⁸.

Señalamos ahora que, a los cinco años de promulgada la RLUIPA, el citado Tribunal Supremo, a partir de su decisión en *Cutter v. Wilkinson*⁴⁹, sentó doctrina en el sentido de que los tribunales inferiores mostrasen un *cierto grado de deferencia* frente al criterio experto de las autoridades de las prisiones, en procesos con base en aquel texto, aún sin que el Alto Tribunal concretase las circunstancias de modo y tiempo en los que debía ponerse en práctica tal deferencia⁵⁰.

Pasados los años, el Tribunal Supremo vuelve sobre la práctica de la RLUIPA en el citado caso *Holt*. Y falla en un sentido favorable a las tesis del demandante frente a las del Departamento de Correcciones de Arkansas, al rechazar la *deferencia absoluta* que el Tribunal de Apelación del Octavo Circuito Federal había mostrado en el caso a las autoridades carcelarias, aunque declinando asimismo aportar nuevas especificaciones a la doctrina establecida en el precedente *Cutter*.

En síntesis, los presupuestos del caso *Holt* son los que siguen, partiendo del resumen ofrecido por el Alto Tribunal. El demandante es un preso de Arkansas, de confesión musulmana, que pretende dejarse crecer una barba de media pulgada, de forma acorde con sus convicciones. Las autoridades correspondientes de ese Estado prohíben en general el uso de la barba a los reclusos, salvo por consideraciones médicas, en las que se admiten las de longitud equivalente a un cuarto de pulgada. El peticionario busca una exención de tipo religioso a la citada prohibición y aunque, según sus convicciones, las barbas no están sujetas a unas dimensiones limitadas, ofrece como solución de compromiso portar la suya con la longitud citada, media pulgada. Las autoridades del penal, primero, y luego el Juzgado Federal de Distrito, que hace suyo el dictamen de una jurisdicción especial *-Magistrate Court-* rechazan lo solicitado, por el riesgo según

⁴⁸ Vid. Congressional Record Volume 146, Number 100 (Thursday, July 27, 2000).

⁴⁹ 544 U.S. 709 (2005).

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 722-723.

afirman de que el preso utilice la barba para ocultar material prohibido y dificulte su propia identificación, y ello en tanto que la citada jurisdicción especial sostiene que las decisiones de las autoridades de las prisiones merecen deferencia en materia de seguridad, y dado que el penado puede ejercitar sus convicciones religiosas de otros modos. El razonamiento y, en definitiva el rechazo, fundado según se ha dicho, es mantenido por el Tribunal de Apelación del Octavo Circuito Federal, abriendo la vía del recurso *-certiorari-* al Tribunal Supremo, que aceptó decidir sobre él⁵¹.

En decisión unánime del Alto Tribunal, siendo Ponente Alito, y presentando Votos Concurrentes Ginsburg y Sotomayor, se acoge lo pretendido por Holt, señalando que sus derechos en base a la RLUIPA han sido lesionados, al prohibírsele el porte de una barba según su religión y en los términos en los que lo había solicitado. En el núcleo de su razonamiento, siendo indiscutidas las convicciones religiosas del penado, y habiéndosele puesto en la tesitura de elegir entre ellas o verse sometido a acción disciplinaria, la acción gubernativa *representa una carga sustancial* sobre el ejercicio de tales convicciones sin que, por ejemplo, haya de tenerse en cuenta que pueda verificarlo “de otros modos”, según afirmaba el Juzgado de Distrito. Así las cosas, y como preceptúa la RLUIPA, corresponde a la autoridad de la prisión demostrar que la carga sustancial que se ha erigido respecto del penado es “el *medio menos restrictivo* de poner en práctica un interés gubernamental prevalente”, como sería el mantenimiento de la seguridad. Se trata de un estándar riguroso y, en el caso, los argumentos de los representantes del Estado de Arkansas y su sistema carcelario simplemente *no convencen* a los miembros del Tribunal Supremo. Así, la posibilidad de ocultar material prohibido en una barba de dimensiones moderadas, o de los problemas de identificación, cuando ésta parece más bien acrecentarse respecto de un preso que se individualiza del modo indicado o, en fin, porqué surgen cuestiones insolubles de seguridad respecto de este penado y *no* tratándose de reclusos a los que se permite la barba por razones médicas, siendo insustancial la diferencia en la escasa longitud permitida a éstos y la apenas algo mayor que, en la práctica, Holt solicita. También es tenido muy en cuenta por el Alto Tribunal que el porte de una barba de media pulgada de longitud es admitido ampliamente y por razones de cualquier tipo en la vasta mayoría de instituciones penitenciarias de los diferentes Estados, y en las cárceles Federales, lo que hace todavía más singular, y fuerza a una mayor justificación de la práctica seguida en Arkansas⁵². No cuesta trabajo, por otra parte, asumir que ha debido considerarse también por los magistrados, en sentido favorable a lo que pretendía, la búsqueda de un compromiso por parte de Holt,

⁵¹ *Vid. Holt, Syllabus, cit.*

⁵² *Ibíd.*

ofreciendo limitar la longitud de su barba, frente al encastillamiento en el que parecen haberse movido las autoridades de Arkansas.

Como creemos se ha indicado con razón⁵³, y acercándonos ya al término de este apunte, la bien trabada fundamentación que lleva a cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y lo que parece una decisión digna de compartirse, constituyen un ejemplo de manual respecto de la defensa de la libertad religiosa, en un ámbito como el de referencia, el carcelario, que por su singularidad requiere minuciosos análisis jurídicos y, si cabe, cierto sesgo favorable a la defensa de tal libertad⁵⁴. Por el contrario, y respecto siempre de la decisión *Holt*, nos resulta excesiva la crítica que se ha erigido frente a ella en el sentido de que el Alto Tribunal no ha aprovechado la ocasión para articular más la doctrina sobre la deferencia avanzada, como dijimos, en el precedente *Cutter*⁵⁵. Parece prudente, más bien, esperar otro supuesto de mayor complejidad que permita profundizar más en esa doctrina, siendo así que, tal como se plantea el caso *Holt* e, incluso, con la trabajada fundamentación a la que hemos aludido, el margen de creatividad del Alto Tribunal se antoja aquí superfluo: bastaba aplicar la ley en lo que preceptúa y, si se nos permite, el sentido común.

IV. REFERENCIA ESPECIAL AL AUTO DE 17/7/2017 DE LA AUDIENCIA NACIONAL (CASO SOUKAINA ABOUDRAR)

1. Antecedentes

El Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, con funciones de Vigilancia Penitenciaria, recibe escrito de la interna SouKaina Abouddrar del Centro Penitenciario de Valencia formulando queja por discriminación religiosa, ante la prohibición del uso del pañuelo musulmán en el Centro Penitenciario de Picassent, que se fundamenta en razones de seguridad interior y orden del Centro, al señalarse que la Normativa de Régimen Interior y Protocolo de internos en Régimen Cerrado recoge como objetos no permitidos, las gorras, pasamontañas o prendas similares que dificulten la identificación, y en razones de tratamiento para favorecer la integración social de la interna⁵⁶.

⁵³ Vid. PALOMINO R., *La religión en el espacio público...* op. cit. p. 102.

⁵⁴ Al respecto, puede verse, un pionero estudio del modelo estadounidense con riguroso análisis jurisprudencial del Tribunal Supremo federal y la jurisprudencia de los Tribunales Supremos de los distintos Estados en, CELADOR ANGÓN O., *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson 1998.

⁵⁵ Vid. la Nota, "Religious Land Use and Institutionalized Persons Act- Religious Liberty- *Holt v. Hobbs*", *Harvard Law Review*, Vol. 129, 2015, pp. 351-360.

⁵⁶ Auto de la Audiencia Nacional, Juzgado Central de Menores, de 19 de diciembre de 2016, Razonamiento Jurídico Segundo.

Frente a dicha motivación del Centro Penitenciario, basada en las normas de régimen interior, el Auto del citado Juzgado, hace una referencia al artículo 3.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP), que en coherencia con los artículos 14, 16 y 25.2 de la CE, señala “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”. En el mismo sentido, se hace referencia al artículo 3.2 y 4.2c) del Reglamento Penitenciario, en el sentido de que “los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes” y el establecimiento del “derecho de los internos al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena”. Sin olvidar en la normativa, el artículo 20.1 de la LOGP que dispone que “el interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar la dignidad del interno”.

Ante esta normativa y la inexistencia de instrucción o norma alguna sobre la cuestión, el Auto expresa que “no cabe sino la estimación de la queja formulada, pues la salvaguarda del derecho a la libertad religiosa, en cuanto libertad del individuo y la prohibición de cualquier discriminación por razón de ideología o creencias, o razones culturales, consagrada en nuestra Constitución, es perfectamente compatible con las exigencias de seguridad interior y orden invocadas por el Centro Penitenciario, ya que además del pañuelo islámico o <hijab> deja completamente visible la zona de la cara, resulta posible la retirada del pañuelo en aquellos supuestos puntuales en que resulta necesario, para la práctica de un cacheo o para una mejor identificación personal; y la mejor prueba de dicha compatibilidad, es que el uso del pañuelo musulmán no plantea problemas en otros centros penitenciarios”⁵⁷.

En definitiva, se recuerda que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos, y que sólo por ley puede establecerse el límite al ejercicio de un derecho fundamental⁵⁸.

2. Fundamentación Jurídica y Voto Particular

⁵⁷ *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico 2.

⁵⁸ *Ibíd.*

Seguidamente, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación contra la resolución y admitido a trámite fueron elevadas las actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que dicta Auto estimándolo y revocando la resolución del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el sentido de considerar procedente en derecho la prohibición del uso del hijab por parte de la interna en su estancia en el Centro Penitenciario⁵⁹. La Sala acuerda el resultado por mayoría, discrepando con la decisión un Voto Particular⁶⁰.

Cuatro son los Fundamentos de Derecho por los que se considera procedente denegar la queja formulada por supuesta vulneración de derecho constitucional.

En la fundamentación primera, el Tribunal teniendo en consideración que el objeto del recurso obedece a la posible aplicación o vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de la interna, se pronuncia sobre determinadas cuestiones que le afectan. Partiendo del pronunciamiento del artículo 16 de la CE, para el Tribunal ya de por sí bastante explícito en cuanto a los límites del derecho que se alega vulnerado por la interna, entiende que soporta a mayor abundamiento el hecho de que la interna lo está en el establecimiento penitenciario, como consecuencia de mandato judicial penal, por lo que en aplicación del art.25.2 de la CE, el goce de los derechos fundamentales por la persona, tiene como excepción aquellos que se ven limitados por el contenido del fallo condenatorio, en el sentido de la pena y la ley penitenciaria⁶¹, recogiendo la tesis del Tribunal Constitucional en cuanto a las que se denomina relaciones de sujeción especial entre penado y Administración Penitenciaria⁶². Para la Sala de lo Penal, esta tesis plantea ante cuestiones como las que le ocupa cuestiones relevantes. Como son que la apelante se encuentra interna, por razón de su relación con el terrorismo islámico; que el uso de pretendidos símbolos religiosos pueda ser limitado por la autoridad penitenciaria; que el uso del hijab que usa la interna oculta pelo, oído, cuello y solo deja visible una parte reducida de la cara, lo que afecta a las medidas de seguridad del Centro, y se encuentra prohibido por las Normas de Régimen Interior, aprobadas por el Consejo de

⁵⁹ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1 de 17 de julio de 2017 (Nº de Recurso 195/2017).

⁶⁰ Voto Particular formulado por el Magistrado R. SÁEZ VALCARCEL.

⁶¹ Principio recogido de forma expresa en el Fundamento 3 de la STC 128/2013 de 3 de junio.

⁶² STC 140/2002, F.J.4: "...ha de recordarse que reiteradamente hemos declarado que la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas recluidas en un centro penitenciario se incluye precisamente entre las denominadas de sujeción especial, pues el interno <se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quien ingresa en ella> (STC175/2000, de 26 de julio, FJ2). Y esta relación de sujeción especial se desarrolla precisamente en un concreto centro penitenciario, dentro del cual es necesario <garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro> (STC 119/1996, de 8 de junio, FJ.4), lo que implica la necesidad de ajustarse a las normas de régimen interior <reguladoras de la vida del establecimiento> (art. 4.1b) de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria".

Dirección, que cita expresamente gorras, pasamontañas o prendas similares que dificulten su identificación, toda vez que oculta parte del cuerpo de la interna; y no son vinculantes situaciones similares, debiendo realizarse examen diferenciado en cada caso⁶³.

El segundo fundamento de Derecho comienza en relación con las medidas de seguridad que puede adoptar el Centro Penitenciario, poniendo de relieve la STC de 16 enero de 2006⁶⁴, que recoge no solo el principio de proporcionalidad de la medida limitativa a adoptar en orden a su idoneidad en cuanto a la persona interna, sino también la concurrencia de la necesidad de la medida impugnada. En este orden, el Tribunal examina la jurisprudencia de los Tribunales Europeos con jurisdicción sobre derechos humanos y las normativas supranacionales sobre el uso del hijab, precisando la no referencia a su práctica en establecimiento penitenciario, como sucede en este caso, pero sí en otros ámbitos, como el docente, señalando el caso *Dahlab*⁶⁵, cuando reconoce el derecho del Gobierno suizo a la restricción de su uso en una escuela y que la prohibición de símbolos religiosos “ostensibles” no excede el margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar las restricciones a la libertad religiosa previstas por el 9.2 del CEDH. Como también hace una referencia a la Sentencia del TEDH en el caso S.A.S. contra Francia de 1 de julio de 2014⁶⁶, entendiendo que “ha dado entrada, como limitación de los derechos y libertades de la minoría, y por la vía de expresión <derechos y libertades de los demás> de los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH a límites posibles”⁶⁷. A esta jurisprudencia acompaña el Tribunal la mención a la STEDJ (Gran Sala) caso *G4S Secure Solutions* de 14 de marzo de 2017, en su interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78⁶⁸.

En el fundamento tercero el Tribunal parte del marco legal en el que el uso del hijab no puede considerarse como un elemento de uso no limitativo, y aún sin entrar en el debate de si se trata de símbolo religioso obligatorio que no permite limitación, y aunque así se considerase por la interna, la limitación del uso está amparada por las circunstancias concurrentes, derivadas de encontrarse ingresada en el Centro

⁶³ Auto de la Audiencia Nacional, cit., Fundamento Primero.

⁶⁴ STC 11/2006 de 16 de enero, F.J.5.

⁶⁵ Caso *Dahlab* contra Suiza de 15 de febrero de 2001 (no. 42393/98, ECHR 2001).

⁶⁶ Al respecto, puede verse, CAMARERO SUÁREZ V., ZAMORA CABOT F., “La sentencia del TEDH en el caso S.A.S c. Francia: Un análisis crítico”, *IUSTEL*, núm.37, 2015.

⁶⁷ Auto de la Audiencia Nacional, cit., Fundamento Segundo.

⁶⁸ La Directiva 2000/ 78 “debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva”.

Penitenciario en el marco de una causa criminal, y por razones de seguridad objetivada en cuanto al buen orden del establecimiento, dada su dificultad de identificación y de ocultación de objetos prohibidos, y además dada la utilización que se realiza por parte de la misma de tal prenda como una reivindicación yihadista en labor de radicalización hacia otras internas de su misma religión. En este caso no sólo afecta a la identificación en todo momento de la persona interna, situación que podría obviarse con un pañuelo que recogiera el pelo solamente sino también y dado el uso que la interna hace del mismo con carácter reivindicativo de su posición yihadista, actúa en detrimento de la finalidad rehabilitadora y reinsertora de la pena. Para el Tribunal es relevante que la interna durante una parte dilatada de su estancia en el centro penitenciario no utilizase el hijab, de lo que se deriva un proceso de radicalización islámico que menoscaba la seguridad y buen orden del centro. Finaliza el fundamento tercero expresando que el uso no acreditado en ningún centro penitenciario del hijab, no afecta a la solución del recurso, habida cuenta de que no constan las circunstancias concurrentes en esos hipotéticos casos, máxime cuando constan informadas actividades de proselitismo islamista por la interna⁶⁹.

Por último, el fundamento cuarto hace constar que el uso de un simple pañuelo de dimensiones no tan grandes como el hijab, que cubriera solo el pelo podría tener otra consideración a la que tiene el caso que ocupa.

Como hemos señalado, discrepa de la decisión de la Sala un Voto Particular⁷⁰, que comparte la resolución de la Magistrada Juez Central de Vigilancia Penitenciaria amparando el derecho a utilizar el hijab, por los siguientes motivos. En primer lugar, la prohibición supone una injerencia en el derecho fundamental a la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas no provistas por la ley; segundo, la injerencia no está justificada por las invocadas razones de seguridad del establecimiento penitenciario; tercero, la prohibición no puede considerarse como parte del tratamiento que no procede respecto a la persona privada cautelarmente de libertad, en respeto al derecho a la presunción de inocencia.

A continuación, el Voto Particular, justifica los enunciados motivos. En primer lugar, identifica a la recurrente como sujeto de derecho. Haciendo referencia al significado del uso del pañuelo y a la libertad de manifestar las creencias religiosas.

Partiendo del hecho de que la recurrente se encuentra privada cautelarmente de libertad, por imputación de un delito de terrorismo debido a una supuesta vinculación con una organización internacional de corte yihadista, puntualiza con fundamento en el 25.2

⁶⁹ Auto de la Audiencia Nacional, cit., Fundamento Tercero.

⁷⁰ Voto Particular que formula el Magistrado R. SÁEZ VALCARCEL.

de la CE, en el goce de los derechos fundamentales del recluso a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la sentencia, el sentido de la pena - que aquí no viene al caso- y la ley penitenciaria, lo que entiende que implica que la actividad administrativa penitenciaria haya de respetar la personalidad humana y los derechos e intereses de los internos. Y recuerda que el principio inspirador del régimen penitenciario es la condición titular de derechos del recluso, quien no puede ser excluido de la sociedad, de quien continúa formando parte, por ello la vida en prisión, como expresa el artículo 3 del Reglamento Penitenciario, ha de tomar como referencia la vida en libertad. Con todo, el Voto particular afirma, en base a los artículos 9.2 del CEDH y 16.1 CE, que la recurrente no es solo titular del derecho a manifestar sus creencias religiosas, sino que puede ejercerlo plenamente. Puntualizando, en base a la jurisprudencia del TEDH, que el punto de partida al que ha de atenerse de manera preferente para la resolución del caso es la concreción del uso del hijab, como un acto de manifestación de una creencia. Es decir, como manifestación singular de libertad religiosa⁷¹.

En un segundo apartado, el Voto Particular expresa los límites al derecho a manifestar las creencias religiosas, tomando como modelo los requisitos del CEDH y de la CE para que el Estado pueda limitarlas: restricción prevista en la ley y medida necesaria para alcanzar alguno de los fines definidos en relación a la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás. Y, con carácter más estricto, haciendo referencia a la CE, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El contenido del apartado tercero del Voto Particular se concreta en la injerencia en la libertad de la reclusa de manifestar sus creencias religiosas no prevista en la ley. En este orden, precisa la exigencia recogida en el artículo 3.2 del Reglamento penitenciario, en el sentido de que el principio de legalidad penal y penitenciaria exige que los poderes públicos actúen con la debida habilitación legal. Como también incide en el artículo 2 de la LOGP, respecto a que los derechos de los reclusos sólo pueden restringirse cuando los dispongan las leyes, por lo que la actividad penitenciaria se ejercerá siempre dentro de los límites establecidos legalmente. Para el Voto Particular la norma habilitante de la prohibición según el Auto es que la recurrente se encuentra presa y que la Administración puede limitar el uso de símbolos religiosos, siendo la norma de cobertura "las normas de régimen interno aprobadas por el Consejo de Dirección en su artículo 51 que cita expresamente gorras, pasamontañas y prendas similares que dificulten su identificación". Ante ello, el Voto Particular señala, que "una norma de régimen interno,

⁷¹ Vid. Voto Particular y su referencia a STEDH, caso *Kokkinakis* c. Grecia de 25 de mayo de 1993 y STEDH caso *S.A.S.* c. Francia de 1 de julio de 2014.

una suerte de infraderecho, que ampara el artículo 51 del Reglamento Penitenciario - que confiere potestad exclusiva para desarrollar el concepto de artículos y objetos prohibidos y no autorizados - no puede asimilarse a la ley, forma y estatuto de la norma limitadora que requiere el Derecho europeo y la Constitución para restringir o constreñir el derecho a manifestar una creencia religiosa mediante un signo en la vestimenta. Ni siquiera, como señala el Auto recurrido, Instituciones Penitenciarias ha dictado Instrucción u otra norma sobre el uso de símbolos religiosos, que tampoco tendría eficacia suspensiva de un derecho fundamental. La decisión administrativa de prohibir el uso del pañuelo hijab en un establecimiento penitenciario carece de cobertura en la ley, de ahí que sea nula⁷².

El cuarto apartado del Voto Particular mantiene la inexistencia de razones que justifiquen la medida de prohibición, e incluso ni con carácter subsidiario asume que el uso de la prenda sea incompatible con los requerimientos de seguridad del establecimiento que alega el auto, al dejar el hijab visible la cara y la posibilidad de que el funcionario en supuestos puntuales ordene su retirada. Discrepa con la mayoría en el sentido de que la prenda no oculta la cara, y mucho menos la mayor parte de la faz, por lo que no parece razonable sostener que el hijab impida la identificación de la reclusa, abundando en este sentido si se tiene en consideración el régimen cerrado previsto para ella que es el más duro y restrictivo de la Institución, en el que la mayoría del tiempo transcurre en el interior de su celda y con muy pocas horas de vida en común y una importante restricción de su relación con el exterior y con el conocimiento pleno de los funcionarios destinados en el módulo, que incluso el uso del pañuelo la haría más visible al control de ellos. Tampoco para el Voto Particular parece que la prohibición del uso del hijab atienda al fin de impedir la ocultación de posibles objetos prohibidos que enuncia el auto, pues en caso de existir una conjetura plausible cabe la orden de retirada. Por ello, considera que sin cobertura legal, la medida injerente a manifestar las creencias religiosas en la prisión no supera el test de proporcionalidad que exige la adecuación a un fin y su necesidad o imprescindibilidad⁷³.

El apartado 5 y último del Voto discrepante afirma que como medida de tratamiento es radicalmente incompatible con el derecho de presunción de inocencia y con la libertad de la persona presa. Ante la posición de la mayoría que mantiene que la prohibición trata de evitar la "reivindicación" de su posición "yihadista" y que la interna llevaría a cabo "para radicalizar a otras internas de su misma religión", el Voto Particular entiende que al no haber sido juzgada no se puede afirmar que tenga una predisposición de apoyo a una

⁷² Vid, Voto Particular, Apartado 3.

⁷³ *Ibíd.*

forma de violencia terrorista, además parece latir una noción de reeducación y reinserción social, que la Administración podría imponer en ejecución de su política criminal contra la voluntad de la reclusa. Por ello, al no haber tratamiento posible de una persona cautelarmente privada de libertad, debe respetarse su derecho a la presunción de inocencia. Concluye que “no hay que dejar pasar por alto, al margen de la inconveniencia de hablar de conductas delictivas y de tratamiento en relación a una persona privada provisionalmente de libertad, que las ideas sobre la enmienda o corrección moral de los condenados que subyacen al razonamiento mencionado no deberían considerarse compatibles con el Estado constitucional de derecho porque no respetan a la persona humana, ni a la autonomía de su conciencia; el recluso penado o preventivo, tiene derecho a la libertad ideológica y de conciencia <artículo 16 CE>, a pensar de manera diferente, a ser él mismo y a seguir siendo como es, en lo que ha su conciencia se refiere, no en balde los derechos de libertad son derechos a la diferencia. El fin punitivo de la corrección coactiva resulta, desde esta perspectiva, jurídicamente inaceptable”⁷⁴.

3. Valoración

La práctica del hijab en un centro penitenciario ha sido objeto de atención por primera vez en la Audiencia Nacional, con un resultado contradictorio. Primero, en un sentido positivo permitiendo su uso, por un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y, posteriormente, a través de la Sala de lo Penal, prohibiéndolo. Una vez expuestos los razonamientos de ambos pronunciamientos, que precisan el contenido y la protección de que gozan los símbolos religiosos en las prisiones, entendemos que la Audiencia Nacional ha solucionado el conflicto, entre el ejercicio del derecho de libertad religiosa y los fines penitenciarios, más allá de lo razonable, y con un resultado de restricción de un derecho constitucionalmente protegido como es la libertad religiosa. Por ello, coincidimos con los planteamientos fundamentales recogidos en el Voto Particular que formula el Magistrado Sáez Valcarcel, que discrepa con la decisión de la Sala.

Llegados a este punto, y del conjunto de la argumentación jurídica que la Audiencia Nacional ha articulado en su contradictoria respuesta, procederemos al contraste de los elementos principales decisorios.

Observamos que el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria realiza una interpretación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, en los términos ya referidos de la doctrina del Tribunal Constitucional, que exige máxima extensión y mínima restricción necesaria, lo que le lleva al entendimiento en el caso de que una prohibición

⁷⁴ *Vid.*, apartado 5º.

del hiyab resultaría en una aplicación desproporcionada del orden público, a resultas de tratarse de una práctica compatible con la seguridad del Centro Penitenciario y en sintonía con la normativa penitenciaria.

En contraste, la Sala de lo Penal, en base a la relación especial entre la interna y el Centro y en aras a velar por su buen orden regimental para atender a su seguridad, según doctrina del Tribunal Constitucional (STC 119/96, de 8 de junio), limita el uso del hiyab y lo justifica por su prohibición en las normas de régimen interior, entendiendo que dificulta la identificación en todo momento de la interna, que se encuentra en el Centro por razón de su relación con el terrorismo islámico y por el uso que hace con carácter reivindicativo de su posición yihadista, actuando en detrimento de la finalidad rehabilitadora y reinsertora de la pena.

Para justificar la proporcionalidad y la necesidad de la medida de prohibición, se atiende a la jurisprudencia del TEDH, y se basa en supuestos enjuiciados que entendemos no tienen aplicación en el conflicto que se trata, bien por referirse a otros ámbitos, como el docente o a otras indumentarias, que van más allá del pañuelo islámico, como es el velo integral, y que da entrada a la limitación de los derechos de una minoría para la salvaguarda de los derechos y libertades de los demás; o, añadiendo a esta jurisprudencia la interpretación del Tribunal Justicia Europeo de una Directiva Comunitaria, referida a una empresa privada y a sus normas internas, en el sentido de que la prohibición del hiyab no constituye discriminación religiosa.

Ante esta fundamentación jurídica que entendemos inapropiada y no ajustada a los términos en los que se proyecta el conflicto, ante la ausencia de un problema real y acreditado de orden público, coincidimos plenamente con el enunciado de los motivos y su justificación que integran el Voto Particular.

El primer motivo, ya de por sí poderoso, de que la prohibición no está prevista legalmente, se justifica primero partiendo de la situación cautelar de la privación de libertad de la interna, con la obligación de la Administración Penitenciaria de respetar la personalidad humana y los derechos de la interna, y que conduce a entender el uso del hijab como manifestación singular de su creencia religiosa, en consonancia con el principio inspirador del régimen penitenciario, que parte de la no exclusión del recluso en su condición titular de derechos y que la vida en prisión ha de tomar como referencia la vida en sociedad.

También, es muy loable la afirmación rotunda del Voto Particular de que la norma de cobertura de prohibición del Centro no puede asimilarse a la ley limitadora de un derecho fundamental, como es la libertad religiosa, que exigen el CEDH y nuestra Constitución. Por lo que resulta racional deducir que una norma de régimen interno, que considera el Voto Particular una suerte de infraderecho, no puede asimilarse a la citada ley. En este

apunte, traemos a colación, como se ha entendido en otros ámbitos, como el docente, que esto explica suficientemente la imposibilidad jurídica, en base a la jerarquía normativa, de que un Centro a través de un reglamento pueda limitar el derecho de libertad religiosa, como sucedería prohibiendo el hiyab⁷⁵.

El segundo motivo hace referencia a que la injerencia frente a manifestar las creencias en la prisión no está justificada por las razones invocadas de seguridad del establecimiento penitenciario, al no superar el test de proporcionalidad que exige la adecuación a un fin y su necesidad, ante la identificación evidente de la reclusa que usa el hiyab.

En este punto, entendemos que la posición de la mayoría de la Sala es sorprendente y que se fundamenta en un discurso de prevención de terrorismo islámico, cuando parte de una predisposición de apoyo de la reclusa a esta causa, y en evitación de su “reivindicación de posición yihadista” que le permitiera “radicalizar a otras internas de su misma religión”. En este contexto, para llegar a este planteamiento, el Tribunal incurre en el exceso al identificar el porte del hiyab con la tendencia a planteamientos de terrorismo islámico, algo capaz de originar una eventual crítica, seguramente excesiva, de islamofobia. También y en este orden, como hemos señalado, recordamos cómo las creencias y sus manifestaciones pueden desempeñar un papel crucial en los establecimientos penitenciarios, que puede conducir a un fortalecimiento de ellas, como sería en el caso que nos ocupa del uso del hiyab por la reclusa en un momento determinado, lo que nos permite discrepar con la mayoría de la Sala cuando considera relevante que la interna durante un tiempo en prisión no utilizase esta indumentaria y deduzca de ello un proceso de radicalización.

Como ha sido señalado, la seguridad, no es ni un derecho fundamental, ni un valor superior del ordenamiento. Sólo puede contemplarse como un concepto relacional que alude a una situación o circunstancia determinada, donde el Estado ha de garantizar la libertad y el ejercicio de los derechos humanos. Desde esta perspectiva subordinada de la seguridad en las democracias liberales, incluso puede deducirse que se ha de estar dispuesto a soportar un cierto margen de inseguridad por la implementación de los derechos fundamentales⁷⁶. También, se precisa que un discurso religioso radical no está

⁷⁵ FERREIRO J., “Política del Gobierno...”, op., cit., p.389.

⁷⁶ MOTILLA A., “Seguridad y radicalismo religioso: El tratamiento del Islam en Europa”, *IUSTEL*, núm. 46, 2018, p.19. *Vid.*, también: AA.VV., (Coord. MOTILLA A.), *Violencia e Islam*, Granada 2010; LÓPEZ-SIDRO A., “Yihadismo y libertad religiosa. Reflexiones desde la Jurisprudencia española y del TEDH”, en *IUSTEL* núm.45, 2017; CAÑAMARES S., “Extremismo, radicalización violenta y libertad religiosa: límites del control estatal”, *IUSTEL*, núm. 46, 2018.

prohibido en sí mismo, siempre que no lleve a otros a perpetrar actos terroristas ni incite a la violencia⁷⁷.

Puntualizando en el hecho no haber sido juzgada y como señala el tercer y último motivo del Voto Particular, que se centra en la necesidad de respetar el derecho a la presunción de inocencia y con la libertad de la persona presa, que cautelarmente ha sido privada de ella, entendemos la necesidad de una llamada de atención y de exigencia debida a esta presunción, que se vulnera.

La prohibición del hiyab en prevención de apoyo a una forma de violencia terrorista además de parecer albergar, como señala el Voto Particular, una noción de reeducación y reinserción social, que no tiene cabida posible de la una persona cautelarmente privada de libertad, consideramos que es atentatoria no sólo al principio de libertad religiosa sino también al carácter excepcional del orden público, que se traduce jurídicamente, como ya hemos señalado en el apartado primero de este estudio, y siguiendo al Tribunal Constitucional, en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus posibles consecuencias. En consonancia, puntualizamos, con la necesidad de que la diversidad religiosa de los ciudadanos debería ser limitada sólo en los lugares expuestos a un riesgo lo suficientemente probado de alteración del orden público⁷⁸.

Así, consideramos que no se ha garantizado las condiciones que permitan a la interna vivir y convivir en su diversidad religiosa. La prohibición lejos de mantener la tolerancia entre una amplia mayoría y una pequeña minoría religiosa aparece como un factor de tensión, frente al cual se sigue haciendo necesaria la defensa sin modulaciones de los derechos humanos que oriente la respuesta, entre otras, a esta situación que nos ocupa, en los únicos términos de dignidad posibles.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El uso de una indumentaria religiosa, como el hijab, constituye una dimensión externa del derecho de libertad religiosa y forma parte del contenido esencial del mismo, lo que implica una libertad de elección al máximo nivel de ejercicio, salvo de posibles injerencias mínimas legales, en coherencia con el principio de libertad religiosa y con la progresiva flexibilización de los ordenamientos europeos en su adaptación a la sociedad multicultural.

⁷⁷ CAÑAMARES S., "Extremismo...", op.cit., p.15.

⁷⁸ *Vid.*, al respecto, mi estudio: "Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: Sentencia 693/203, de 6 de febrero de 2013", *IUSTEL*, núm. 32 (mayo 2013).

Los establecimientos penitenciarios constituyen un ámbito con una muy reducida protección de símbolos personales, respecto de quienes se encuentren en situación de prisión cautelar o en cumplimiento de penas de privación de libertad, lo que no debe constituir un desafío al ejercicio libre de la religión sino un acicate para preservarlo, en el entendimiento de que nos encontramos en un espacio privilegiado de actuación de religiosidad para los creyentes y practicantes con una significación de especial importancia. La toma en consideración de la posibilidad y las condiciones de desarrollo del uso de los símbolos o de indumentaria con un significado religioso resulta de especial relevancia para conocer no sólo las respuestas que la institución penitenciaria ofrece para satisfacer las demandas, sino también los discursos que la enmarcan.

La experiencia religiosa en prisión ayuda a mantener una visión más coherente de la vida y, además, favorece el fortalecimiento de la identidad y la autoestima personal. Las creencias y rituales pueden desempeñar un papel crucial a la hora de canalizar los impulsos que pueden conducir a transformaciones relevantes de los diferentes ámbitos en la vida personal y social de los reclusos. El interno es un sujeto de derecho y no se encuentra excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. Por ello, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad.

El uso del hiyab no ha generado en la práctica judicial española controversias relevantes y, sin embargo, ha sido objeto de atención por primera vez en la Audiencia Nacional con un resultado contradictorio. Si en un primer momento, se observa un cumplimiento escrupuloso en la interpretación del principio de libertad religiosa en los términos de la doctrina del Tribunal Constitucional, finalmente se resuelve con una fundamentación jurídica no ajustada a los términos en los que se proyecta el conflicto, sin el obligado respeto al derecho de presunción de inocencia -dado que la reclusa se encuentra privada cautelarmente de libertad- y con una prohibición, inmersa en un discurso de prevención de terrorismo islámico, del uso del hijab no justificada, ante la ausencia de un problema real y acreditado de orden público, que parte de una predisposición de apoyo de la reclusa a esta causa, y en evitación de su "reivindicación de posición yihadista" que le permitiera "radicalizar a otras internas de su misma religión". Extremos de los que discrepamos y así dejamos patente páginas atrás. Por el contrario, la rigurosa fundamentación que lleva a cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la decisión *Holt*, digna de compartirse, constituyen un ejemplo de manual respecto de la defensa de la libertad religiosa, en un ámbito como el carcelario, que por su singularidad requiere minuciosos análisis jurídicos y, si se nos permite, poner en práctica el sentido común.