



Roj: **AAN 793/2017 - ECLI: ES:AN:2017:793A**

Id Cendoj: **28079220012017200001**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2017**

Nº de Recurso: **195/2017**

Nº de Resolución: **530/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **NICOLAS POVEDA PEÑAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCION PRIMERA.

ILTMA. SRA. PRESIDENTE

DOÑA CONCEPCION ESPEJEL JORQUERA .

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA MANUELA FERNANDEZ PRADO.

DON JAVIER MARTINEZ LAZARO.

DON NICOLAS POVEDA PEÑAS.

DON RAMON SAEZ VALCARCEL.

ROLLO DE APELACION 0195/2017.

Rollo 0003/16 y Sumario 003/16

Juzgado Central de Instrucción num. 6.

Peticiones y Quejas 0000003/2016 0001

Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

A U T O n° 530/17

En la Villa de Madrid a diecisiete de Julio de dos mil diecisiete

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Centro Penitenciario de Valencia (Picassent) se remitió queja de la condenada **Julia** , por considerar que se vulneraban sus derechos constitucionales por prohibirle el uso del hijab, para su trámite por el Juzgado central de Vigilancia Penitenciaria.

SEGUNDA.- Recibida la misma por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y oído el Ministerio Fiscal, se dictó resolución con fecha 19 de Diciembre de 2.016 cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente: "Se estima la queja de la interna **Julia** del Centro Penitenciario de Valencia, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución".

TERCERO .- Seguidamente, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación contra las antes citada resolución, que fue admitidos a tramite y siendo oído el defensor de la interna y fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal.



CUARTO.- Seguidamente recibido el expediente fue registrado con número de Rollo 195/2017 y se turnó de ponencia y, procediendo seguidamente a la deliberación y votación de la ponencia, una vez designado como competente el pleno de la Sección, y que recoge el resultado adoptado por mayoría siguiente.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. NICOLAS POVEDA PEÑAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Teniendo en cuenta que la cuestión objeto del recurso obedece a la posible aplicación o vulneración de derecho fundamental a la libertad religiosa de la interna, hemos de pronunciarnos sobre diversas cuestiones que afectan al contenido y al resultado de esta cuestión.

En primer lugar hemos de señalar que el artº 16 de la Constitución Española establece como derecho fundamental la garantía por parte de los poderes públicos de 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 publico protegido por la Ley.

Tal pronunciamiento, ya de por sí bastante explícito en cuanto a los límites del derecho que se alega vulnerado por la interna, soporta a mayor abundamiento el hecho de que la interna lo esta en establecimiento penitenciario como consecuencia de mandato judicial penal, por lo que en aplicación del artº 25.2 de dicho texto legal , el goce de los derechos fundamentales por la persona, tiene como excepción aquellos que se ven limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, principio este recogido de forma expresa en el fundamento 3 de la STC 128/13 de 3 de Junio .

Tal resolución no viene sino en recoger las tesis del Tribunal Constitucional en cuanto a las que denomina relaciones de sujeción especial entre penado y Administración Penitenciaria, y que en el fundamento jurídico 4 de la STC 140/2002 dice:

"... 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 quienes ingresan en ella" (STC 175/2000, de 26 de junio , FJ 2). 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. 4.1 b) de la Ley Orgánica 1/1979 , general penitenciaria, en adelante LOGP].

Tal tesis constitucionalmente aplicada en numerosas ocasiones, plantea ante cuestiones como la que nos ocupa varias circunstancias relevantes: La apelante se encuentra interna, por razón de su relación con el denominado terrorismo islámico; Y el uso de pretendidos símbolos religiosos puede ser limitado por la autoridad penitenciaria; El uso del hijab que usa la interna oculta pelo, oídos, 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 Consejo de Dirección en su artº 51, 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 un examen diferenciado de cada caso..

SEGUNDO.- En cuanto a las citadas medidas de seguridad que puede adoptar el Centro Penitenciario, es relevante el contenido de la STC 11/2006 de 16 de Enero que en su fundamento 5 recoge el principio de proporcionalidad de la medida limitativa a adoptar e n orden a su idoneidad en cuanto a la persona interna, pero también recoge la concurrencia de la necesidad de la medida impugnada. En tal sentido, examinamos la jurisprudencia de los Tribunales Europeos con jurisdicción sobre Derechos humanos y normativas supranacionales se han pronunciado respecto del uso del hijab, en público, teniendo en cuenta que no se hace referencia a su uso en establecimiento penitenciario durante el internamiento de una persona como sucede en este caso; se ha pronunciado el TEDH caso Dahlab de 2001 que reconoció el derecho del gobierno suizo a la necesidad de restricción de uso del velo en una escuela, concluyendo el Tribunal que la prohibición de símbolos religiosos "ostensibles" no excedía el margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar las restricciones a la libertad religiosa previstas por el artº 9.2 del CEDH .

La Sentencia del TEDH núm. 43835/11 SAS vs. Francia sobre la aplicación de la Ley de 11 de Octubre de 2.010 de la RF que prohibía el uso de velo en lugares públicos, concluyendo que se considera "proporcionada al objetivo perseguido de preservación de las condiciones de vida en común, como elemento de la protección de los derechos y libertades ajenos. Tras esta declaración, entiende que por los mismos motivos carece de objeto la pretendida violación del art. 10 (libertad de expresión) y que cualquier posible sospecha de violación del art. 14 queda descartada por la razonabilidad y objetividad que justifican la prohibición examinada.



El Tribunal, en su sentencia del caso S.A.S. ha dado entrada, como limitación de los derechos y libertades de la minoría, y por la vía de la expresión «derechos y libertades de los demás» de los arts. 8.2 y 9.2 del CEDH a límites posibles.

Por ultimo cabe señalar la reciente STEDJ (Gran Sala) caso G4S Secure Solutions de 14 de Marzo de 2017 que concluye: *El artículo 2, apartado 2, letra a), de 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.*

Por ultimo en fecha 1 de Julio de 2017 se ha dictado nueva sentencia por el TEDH en la que considera acorde al derecho comunitario la prohibición del uso del hijab en público, acordado por el Gobierno de la República Francesa y las normas adoptadas por alguno de sus municipios.

TERCERO.- Se considera que todo ello conforma un marco legal en el que el uso del hijab no puede considerarse como un elemento de uso no limitativo, y aun sin entrar en el debate de si se trata de símbolo religioso obligatorio que no permite limitación, y aun cuando pudiera estimarse que subjetivamente así se considerara por la interna, la limitación de su uso está amparada por las circunstancias concurrentes, derivadas de encontrarse ingresada en Centro Penitenciario por decisión judicial de órgano jurisdiccional penal en el marco de causa criminal, y por razones de seguridad objetivadas 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, tal como se desprende de los informes emitidos y obrantes en el expediente.

En este caso no solo afecta a la identificación en todo momento de la persona interna, situación que podría obviarse con un pañuelo que recogiera el pelo solamente, dejando la cara, orejas y cuello al descubierto, sino que afecta dicho uso del hijab no solo a un quebrantamiento de las normas del centro a efectos de identificación y seguridad incluso y dadas las dimensiones del hijab por ocultación de posibles objetos prohibidos, 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 reinsertadora de la pena como igualmente se informa..

Es relevante indicar el hecho de que la interna durante una parte dilatada de su estancia en el centro penitenciario no utilizaba el hijab, de lo que se deriva el fundamento de cuanto venimos indicando, en el sentido de que presenta un proceso de radicalización islámica que menoscaba la seguridad y buen orden del centro y afecta a la finalidad de su estancia en prisión privada de libertad.

El uso, no acreditado por cierto, de que en algún otro Centro penitenciario se utilice el hijab, no puede afectar a la solución de este recurso, habida cuenta que no constan las circunstancias concurrentes en esos hipotéticos casos, máxime cuando constan informadas actividades de proselitismo islamista por parte de la interna.

CUARTO.- Expresamente se hace constar que el uso de un simple pañuelo de dimensiones no tan grandes como las del hijab, que cubriera únicamente el pelo de la interna podría tener otra consideración a la que tiene el caso que nos ocupa.

Por todo ello se considera procedente estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando el auto dictado y declarando no haber lugar a la queja formulada.

PARTE DISPOSITIVA.

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra el auto de fecha 19 de Diciembre de 2016 emitido por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria denegatorio de la queja formulada por supuesta vulneración de derecho constitucional, y en su consecuencia debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución en el sentido de considerar es procedente en derecho la prohibición del uso del hijab por parte de la interna en su estancia en el Centro Penitenciario.

Remítase al Juzgado testimonio literal de esta resolución y verificado procédase al archivo de las actuaciones.

Lo mandan y firman los Sres. arriba indicados, doy fe.

Audiencia Nacional

Sala de lo Penal

Sección 1ª

Recurso de apelación 195/2017

Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

Voto particular

que formula el magistrado RAMON SAEZ VALCARCEL. Manifiesto mi discrepancia con la decisión de la Sala de estimar el recurso de apelación formulado por el Fiscal contra el auto de 19.12.2016 por el que la Magistrada juez Central de Vigilancia Penitenciaria amparó a la Sra. Julia en su derecho a utilizar el pañuelo musulmán hiyab, resolución que comparto, porque: (1) la prohibición supone una injerencia en el derecho fundamental a la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas no prevista en la ley, (ii) injerencia que no está justificada por las invocadas razones de seguridad del establecimiento penitenciario y (iii) la prohibición no puede considerarse como parte del tratamiento que no procede respecto a persona privada cautelarmente de libertad, en respeto al derecho a la presunción de inocencia.

1.- La recurrente como sujeto de derechos. Significado del uso del pañuelo y libertad de manifestar las creencias religiosas.

La Sra. Julia se encuentra privada cautelarmente de libertad en el Centro de Valencia por orden del juez Central de Instrucción nº. 6, que le imputa un delito de terrorismo debido a su supuesta vinculación con una organización internacional de corte yihadista.

Como señala el auto recurrido, la Constitución proclama en su artículo 25.2 que el recluso gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la sentencia, el sentido de la pena -que aquí no vienen al caso- y la ley penitenciaria. Es decir, la persona **presa** es sujeto de derechos, sólo se ve privado de la libertad deambulatoria y de aquellas facultades que resulten afectadas por el contenido de la pena, en este caso de la medida cautelar, o sean incompatibles con ella. De ahí que la actividad administrativa penitenciaria haya de respetar la personalidad humana y los derechos e intereses jurídicos de los internos, quienes podrán ejercitar todos los derechos fundamentales, tanto los civiles y políticos, como los sociales, económicos y culturales (artículo 3 de la Ley orgánica general penitenciaria). El principio inspirador del régimen penitenciario es la condición de titular de derechos del recluso, quien no puede ser excluido de la sociedad, de la que continúa formando parte, por ello la vida en prisión -dice literalmente el artículo 3 del Reglamento penitenciario- ha de tomar como referencia la vida en libertad.

Por lo tanto la Sra. Julia no solo es titular del derecho a manifestar sus creencias religiosas, sino que puede ejercerlo plenamente, según le reconocen el artículo 9.2 del Convenio Europeo de derechos humanos y el 16.1 de nuestra Constitución. Ha señalado el Tribunal Europeo que la libertad religiosa fluye del fuero interno de la persona e implica la facultad de manifestar la religión, testimonio que se puede desenvolver por la palabra o por actos (TEDh caso Kokkinakis contra Grecia, 25.5.1993). El uso del hiyab es un signo religioso, un acto de manifestación de una creencia.

Pues el hiyab es un pañuelo que usan mujeres musulmanas para cubrirse la cabeza y el pecho en espacios públicos, en presencia de varones adultos que no sean de su familia, como símbolo de modestia y privacidad. Por lo tanto, su utilización en lugares comunes de la prisión tiene una clara connotación religiosa, lo que ha reconocido el Tribunal Europeo de derechos humanos en su jurisprudencia sobre la materia (ver STEdh SAS contra Francia, 1.7.2014 , citada en la resolución de la mayoría cuyo objeto era el uso de burka y de niqab frente a la ley que prohibía y sancionaba la ocultación del rostro en el espacio público). Este era el punto de partida del auto recurrido, el uso de dicho objeto o prenda como manifestación singular de la libertad religiosa, al que ha de atenderse de manera preferente para resolver el caso.

2.- Límites al derecho a manifestar las creencias religiosas.

El Convenio Europeo de derechos humanos establece dos requisitos para que el Estado pueda limitar el derecho a la manifestación de las creencias religiosas: (i) la restricción ha de hallarse prevista en la ley, es decir debe tener cobertura legal, y (ii) debe considerarse medida necesaria en una sociedad democrática 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. En el mismo sentido, pero con carácter más estricto, la Constitución permite limitar las manifestaciones de la libertad religiosa cuando fuere necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

3.- Una injerencia en la libertad de la reclusa de manifestar sus creencias religiosas no prevista en la ley.

El principio de legalidad penal y penitenciaria exige que los poderes públicos actúen con la debida habilitación legal. Cualquier intervención de la Administración que afecte a los derechos o intereses legítimos de la reclusa



debe contar con una mínima, pero precisa, cobertura legal. Exigencia que se encuentra recogida también en el artículo 3.2 del Reglamento penitenciario.

Porque, como establece la Constitución, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio (artículo 53). En cualquier caso, no se contempla la suspensión de derechos para los condenados por delitos de terrorismo -aunque se prevé la suspensión de los derechos a la libertad física, domiciliaria y de las comunicaciones en supuestos de delitos de terrorismo únicamente en la investigación (artículo 55), situación en la que se encuentra la interesada. Por lo tanto, los derechos de los reclusos solo pueden restringirse cuando lo dispongan las leyes, como consecuencia de ello la actividad penitenciaria se ejercerá siempre dentro de los límites establecidos por la ley (artículo 2 de la Ley general penitenciaria).

¿Cuál es la norma habilitante de la prohibición? El auto del que discrepo se limita a afirmar de manera apodíctica que la Sra. Julia se encuentra **presa** y que la Administración puede limitar el uso de símbolos religiosos como el que nos ocupa, en la medida que "oculta pelo, oídos, cuello y solo deja visible una parte reducida de la cara". Recoge como norma de cobertura las "Normas de régimen interior aprobadas por el Consejo de Dirección en su art. 51 que cita expresamente gorras, pasamontañas y prendas similares que dificulten su identificación".

Una norma de régimen interno, una suerte de infraderecho, que se ampara en 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, señala el auto recurrido, Instituciones Penitenciarias ha dictado Instrucción u otra norma sobre el uso de símbolos religiosos, que tampoco tendrían la eficacia suspensiva de un derecho fundamental.

La decisión administrativa de prohibir el uso del pañuelo hiyab en un establecimiento penitenciario carece de cobertura en la ley, de ahí que sea nula.

4.- No hay razones de seguridad que justifiquen la medida. Con carácter subsidiario, tampoco puedo asumir que el porte de la prenda en cuestión resulte incompatible con los requerimientos de seguridad del establecimiento que se mencionan en el auto del que discrepo. Aquí también comparto la argumentación del auto recurrido: el hiyab deja visible la zona de la cara y, además, el funcionario puede ordenar a la Sra. Julia que se retire el pañuelo en supuestos puntuales siempre que resulte necesario llevar a cabo un cacheo o hubiere dudas sobre su identidad.

El auto se sustenta en un dato que interpreta de manera incorrecta, con empleo impreciso del lenguaje: el hiyab solo deja visible una "parte reducida de la cara" (era lo que decía el informe del Director). No es cierto. La cara, rostro o faz, es la parte frontal antero inferior de la cabeza que va de las cejas a la barbilla y que incluye cejas, ojos, nariz, mejilla, boca, labios, dientes, piel y barbilla. La prenda no oculta la cara, mucho menos la mayor parte de la faz. Cubre los pabellones auditivos y el cuello, como los pañuelos que utilizaban entre nosotros las mujeres en determinadas situaciones (por ejemplo, actos y ceremonias de la religión católica).

Pero es que si se cuenta con la información que ofrece el rostro de la reclusa, ¿para qué se necesita ver el cuello y las orejas? De hecho, solo se acude a los datos topográficos de esas partes de la anatomía humana en supuestos de comparación antropomórfica, pero no cuando las personas se conocen y se ofrece a la mirada toda la cara. Por lo tanto, no parece razonable sostener que el hiyab impide la identificación de la reclusa, más si se tiene en cuenta el régimen de vida que se le aplica, las circunstancias en que se desenvuelve: el régimen cerrado previsto en los artículos 91.2 y 94 del Reglamento penitenciario, "el más duro y restrictivo de la Institución", según literalmente señala el informe del Director del Centro. Porque la mayoría del tiempo de su vida cotidiana transcurre en el interior de la celda, en soledad, tiene pocas horas de vida en común, encima con un número limitado de internas, y una importante restricción de su relación con el exterior. Y se relaciona con los funcionarios destinados en el módulo, que la conocen bien. El pañuelo no les impide identificarla por el rostro. Incluso, no parece irrazonable pensar que, en caso de hallarse en una sala común con otras internas, el uso del pañuelo la haría más visible al control de los funcionarios.

Tampoco parece que la prohibición del portar el hiyab atienda al fin de impedir la ocultación de posibles objetos prohibidos, como se enuncia en nuestro auto. ¿Qué objetos podría ocultar una persona sometida a un régimen intenso de aislamiento? En caso de existir una conjetura plausible la solución es sencilla: orden de retirada del pañuelo que la interna debe cumplir bajo conminación de sanción disciplinaria.

Sin cobertura legal, la medida injerente en el derecho de la Sra. Julia a manifestar sus creencias religiosas en la prisión no supera el test de proporcionalidad que exige la adecuación a un fin y su necesidad o



imprescindibilidad. 5.- Como medida de tratamiento es radicalmente incompatible con el derecho a la presunción de inocencia y con la libertad de la persona **presa**.

En la resolución de la mayoría se afirma que la prohibición de porte del hiyab trata de evitar la "reivindicación" de su "posición yihadista", que la interna llevaría a cabo "para radicalizar a otras internas de su misma religión". La Sra. Julia no ha sido juzgada, luego no podemos afirmar que tiene una predisposición de apoyo a una forma de violencia terrorista, mucho menos una tal posición. Además, parece latir aquí una noción de reeducación y reinserción social que la Administración podría imponer en ejecución de su política criminal contra la voluntad de la reclusa. Lo primero que cabe oponer, es que no hay tratamiento posible de una persona cautelarmente privada de libertad, porque debe respetarse su derecho a la presunción de inocencia. El tratamiento que disciplina el artículo 25.2 de la Constitución se refiere a personas condenadas a penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Por lo tanto, debería haberse prescindido de una cita tan inoportuna: "el uso que la interna hace del mismo con carácter reivindicativo de su posición yihadista, actúa en detrimento de la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de la pena".

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 la autonomía de su conciencia; el recluso, penado o preventivo, tiene derecho a la libertad ideológica y de conciencia (artículo 16 de la Constitución), a pensar de manera diferente, a ser él mismo y a seguir siendo como es, en lo que a 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.