



Defensor del Pueblo

Documento nº 8

07-ERP-GMU

Nº expediente: 07017324

Excmo. Sr.  
Secretario de Estado de Seguridad  
Ministerio del Interior  
Amador de los Ríos, 2  
28071 MADRID

Excmo. Sr.:

Con motivo de la queja formulada por  
se solicitó un informe a la Comisaría General de Extranjería y Documentación. Dicha queja quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

La citada Comisaría General envió a esta Institución el informe solicitado en el que se comunica que: "en relación con las instrucciones de esta Unidad sobre expedición del documento nacional de identidad, de 16 de febrero pasado, y como ampliación de las mismas, se aclara que podrán admitirse aquellas fotografías en las que el solicitante lleve la cabeza cubierta con pañuelo, toca, o prenda que imponga un culto religioso determinado, siempre y cuando, el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierto desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona. En estos casos, y cuando se trate de la primera expedición de DNI con prenda de cabeza, se requerirá documento acreditativo de pertenencia a culto religioso".

El informe continúa señalando que "la necesidad de acreditar la pertenencia a una confesión religiosa, para la admisión de fotografías destinadas a documentos identificativos, en las que el titular figure con la cabeza cubierta, respetando en todo caso el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierto, conviene citar que con ese documento, lo que se pretende acreditar es una excepción a lo dispuesto en la normativa antes citada, es decir, admitir unas fotografías que incumplen los requisitos legalmente establecidos, sin que disminuya su valor identificativo".

Esta Institución tuvo conocimiento del problema del velo y el formato de las fotografías exigidas normativamente en el año 1998, al interponerse una queja por la Comisión Islámica de Melilla ante el Defensor del Pueblo. En ese momento se dirigió escrito a la Comisaría General de Extranjería y Documentación solicitando que se permitiera a las mujeres musulmanas que así

P. 1

(/ Eduardo Lato, 31 28016 Madrid (España)  
Tel: (+34) 91 432 79 00 Fax: (+34) 91 36 8 11 58



lo desearan posar para las fotografías del DNI y las tarjetas de residencia con el cabello cubierto.

Con fecha 10 de julio de 1998, la Comisaría General dio respuesta informando que las instrucciones impartidas admitían fotografías con el cabello cubierto por la hiyab pero siempre que se pueda apreciar correctamente las demás facciones del rostro (mentón, frente, pabellones auditivos y mejillas). Tras la modificación de la normativa reguladora de la expedición del DNI mediante Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y su certificado de firma electrónica, se han producido algunos problemas de interpretación sobre la vigencia de estas instrucciones. No obstante, el Ministerio del Interior confirmó la vigencia de las mencionadas de las mismas a través de la Instrucción de 11 de abril de 2006.

Las Instrucciones de 2006 desarrollan el artículo 5 relativo a los requisitos para la expedición del Documento Nacional de Identidad, salvaguardando la finalidad de la norma que no es otra que la identificación de la persona. Y por ello, las Instrucciones señalan la necesidad de que el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierto desde el nacimiento del pelo hasta el mentón. De esta manera se hace compatible el uso del velo por motivos de religión o creencia, manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa, con las necesidades de identificación.

Sin embargo, en esta última Instrucción de 2006 se condiciona la admisión de fotografías en las que la solicitante lleve el velo, en el caso de primera expedición de DNI, a la presentación de documento acreditativo de pertenencia a culto religioso, requisito que a todas luces crea problemas de constitucionalidad, en cuanto que vulnera tanto el principio de jerarquía normativa como el fondo o contenido sustantivo de una regulación de rango superior.

Por lo que respecta al principio de jerarquía normativa, nos encontramos con una instrucción que, en la literalidad de su informe, “lo que pretende acreditar es una excepción a lo dispuesto en la normativa antes citada, es decir, admitir unas fotografías que incumplen los requisitos legalmente establecidos”. Como es bien conocido por V.E., una instrucción tiene tan sólo carácter de directiva de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la jerarquía orgánica “con un contenido y finalidad específicos en cuanto incorporan criterios meramente interpretativos, desgajadas de la potestad reglamentaria derivada y dirigidas primordialmente a la regulación de aspectos domésticos que sólo vinculan a los órganos de gestión de la Administración Pública” (STS, Sala 3ª, sección 1ª, de 16 de febrero de 1998). Por ello, mediante unas instrucciones no podrá limitarse (es





decir, modificarse o excepcionarse) una disposición reglamentaria o una ley, en lo que aquí interesa el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante LOLR).

En efecto, las instrucciones vienen a añadir una restricción, técnicamente una *carga*, consistente en tener que aportar un documento acreditativo de pertenencia a un culto religioso. Es cierto sólo en parte que tal aportación documental es “voluntaria”, pues como carga que es consiste en una situación jurídica subjetiva mixta, con una faceta pasiva (un tener que hacer) y otra activa (obtener un beneficio, un documento de identidad). Se trata entonces de discernir si unas instrucciones son instrumento válido de establecimiento de cargas de esta índole.

En cuanto al contenido de la Instrucción de 11 de abril de 2006, en el que se exige la presentación de documento acreditativo de pertenencia a culto religioso para acceder a la aceptación de una fotografía, en la que la solicitante porte el velo, a fin de conseguir la expedición de Documento Nacional de Identidad, pasaporte o tarjeta de extranjero ha de repararse en que la Constitución española proclama la libertad religiosa como un derecho fundamental en su artículo 16. Es notorio que el citado precepto está dividido en tres párrafos, señalándose en el número dos que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

En el FJ 4 STC 46/2001, el Tribunal reitera su doctrina acerca del derecho de libertad religiosa, el cual implica el “reconocimiento de un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere* (...) con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (véase al respecto: FJ 1 STC 24/1982; FJ 2 STC 19/1985; FJ 10 STC 120/1990; FJ 8 STC 137/1990; STC 63/1994; FJ 9 STC 177/1996). Su contenido sostiene que “no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (...), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado artículo 2 LOLR (...) (FJ 4 STC 46/2001)”.

Por lo tanto, la dimensión externa y de manifestación de la libertad religiosa digna de protección implica la inmunidad de coacción frente al uso distintivo de símbolos de carácter religioso como expresión del fenómeno religioso





protegido constitucionalmente, sin otras limitaciones que la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley.

La Comisaría General manifiesta en su escrito que “(...) debe entenderse que el límite de la libertad religiosa se sitúa en el mantenimiento del orden público (normal funcionamiento de instituciones públicas y privadas, mantenimiento de la paz interior y libre y pacífico ejercicio de los derechos), al cual contribuye notablemente la identificación de las personas a través de sus documentos de identidad y viaje”.

Sin embargo, es forzoso asumir que el Tribunal Constitucional ha establecido un criterio restrictivo en la interpretación de las limitaciones a los derechos fundamentales: “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos” (STC 159/1986).

Además, según la jurisprudencia constitucional, este criterio debe tener aún mayor vigor cuando estemos ante las libertades del artículo 16.1 de la Constitución. La STC 20/1990, refiriéndose a la libertad ideológica, argumentó que ésta es esencial para la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico y es “fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el artículo 10.1 de otras libertades y derechos fundamentales”. Por lo tanto, nuestro texto constitucional prescribe como única limitación legítima, “la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley” (art. 16.1).

Para determinar el significado del orden público nuestro legislador, siguiendo el mandato constitucional de que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por España, acudió a los textos internacionales inspirándose principalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que se expresan, respectivamente, en los siguientes términos:

“La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones *prescritas por la Ley* que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos





y libertades fundamentales de los demás” (art. 18.3 PIDCP). “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades fundamentales de los demás” (art. 9.2 CEDH).

La LOLR reprodujo casi literalmente la redacción de estos textos, estableciendo que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática” (art. 3.1). De este modo, el legislador trató de determinar en qué consiste el orden público que la Constitución acoge como única limitación y para ello se refirió a los derechos y libertades de los demás, a la seguridad, la salud y la moralidad pública.

Entre la libertad religiosa y el orden público no existe ninguna regla de prioridad, pero sí de ponderación. Por ello, la Administración al resolver un conflicto entre ambos, “deberán valorar el peso relativo de aquella y de éste, comprobando en qué medida existe adecuación y proporcionalidad entre la necesidad de limitación y el sacrificio que la misma comporta para la libertad fundamental” (FJ 6 STC 159/1986).

La ponderación deberá hacerse teniendo en cuenta que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone, y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial” (FJ 8 STC 154/2002).

Por lo tanto, un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales 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 moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto (FJ 11 STC 46/2001).

→ En el presente caso no se ha acreditado, ni se ha demostrado, la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moralidad pública para invocar el orden público como límite al uso del velo en las fotografías de





documentos de identidad. Por el contrario, la situación descrita ha sido la opuesta: precisamente para salvaguardar el derecho de libertad religiosa se ha previsto la posibilidad de su uso observando ciertas pautas (necesidad de que el ovalo del rostro aparezca totalmente descubierto desde el nacimiento del pelo hasta el mentón) para no menoscabar la finalidad identificativa que poseen los documentos de identidad y los requisitos establecidos en el artículo 5 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y su certificado de firma electrónica.

Ahora bien, las Instrucciones de 6 de abril de 2006, ha condicionado la aceptación del uso de dicha prenda a la presentación de documento acreditativo de pertenencia a culto religioso "a fin de evitar -como manifiesta la Comisaría General de Extranjería y Documentación en su escrito- que la excepción contemplada para este colectivo, pueda aplicarse a personas no legitimadas para ello". En consecuencia, se ha impuesto un límite al ejercicio del contenido esencial del derecho de libertad religiosa (art. 2 LOLR) que no se encuentra entre los elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley. Tampoco dicho límite es necesario al fin realmente perseguido por las Instrucciones y el Real Decreto mencionados, que no es otro que la identificación de las personas a través de sus documentos de identidad y viaje.

Tomando en consideración reiterada jurisprudencia constitucional y el contenido del artículo 16 de la Constitución, ni el Estado ni su Administración son competentes para juzgar ni valorar las creencias religiosas de sus ciudadanos. Al señalar en su escrito que "el documento acreditativo de pertenencia a culto, únicamente debe aportarse cuando por otras circunstancias que estime fundadamente que no pertenece a ninguna de las confesiones religiosas que impone entre sus preceptos el uso de la toca o cubrirse los cabellos", el órgano administrativo se está irrogando la función de discernir sobre la pertenencia a una confesión religiosa y sobre las obligaciones religiosas aparejadas a tal pertenencia -la obligatoriedad religiosa del uso del velo en las comunidades musulmanas-, lo que produce una confusión entre funciones religiosas y estatales vulneradora de la aconfesionalidad del Estado español (vid. STC 177/1996).

→ Y, en este sentido, cabe igualmente señalar el carácter a nuestro juicio inconstitucional de la exigencia de declarar sobre las creencias religiosas mediante la presentación de un certificado de pertenencia a un culto que ni siquiera queda salvaguardado con el componente de "voluntariedad", que el informe oficial al que nos venimos refiriendo pretende atribuirle en su escrito, puesto que de la declaración sobre las creencias realizada mediante certificado depende la aceptación de la fotografía con velo y, en consecuencia, la expedición



Defensor del Pueblo

07-ERP-GMU

Nº expediente: 07017324

del documento identificativo, pasaporte o tarjeta de extranjero, cuya tenencia es obligatoria para los ciudadanos.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V.E. la siguiente RECOMENDACIÓN:

Que se elimine de las Instrucciones de 6 de abril de 2006 la necesidad de acreditar la pertenencia a una confesión religiosa, en cualquier circunstancia, para la admisión de fotografías destinadas a documentos identificativos.

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V.E. y en espera de la preceptiva respuesta, atentamente le saluda,

Enrique Múgica Herzog

7 de 7

C/ Eduardo Dato, 31 - 28014 - Madrid (España)  
Tel: (+34) 91 432 79 00 Fax: (+34) 91 368 11 58