

La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN

Profesor, Catedrático de la Universidad Complutense

1. PERFILES NUEVOS DE UN PROBLEMA ANTIGUO

Las cuestiones relacionadas con el uso personal de simbología religiosa tienden a ser cada vez más abundantes en la realidad judicial europea. Este hecho se debe, en gran medida, aunque no exclusivamente, a los conflictos que se plantean entre la legislación de ciertos países y la decisión de muchas mujeres musulmanas de llevar determinadas prendas, distintivas y muy visibles, que ocultan parte de sus rasgos físicos de su cabeza o su rostro (*hijab, chador, nikab, burka, etc.*) y que – según su interpretación – resultan de utilización moralmente obligatoria para una mujer cumplidora de los preceptos del Islam.¹

Aunque la proliferación de situaciones conflictuales, y la sensibilidad de la sociedad europea al respecto, son relativamente recientes, el problema no es nuevo; ni se reduce tampoco a lo que suele llamarse la cuestión del velo islámico. Conviene recordar que el primer caso ante la jurisdicción de Estrasburgo data de 1978, y que el demandante era un sij residente en el Reino Unido, al que habían sido impuestas repetidas multas de tráfico por negarse a cumplir con la norma que imponía a los conductores de motocicleta el uso obligatorio de un casco de protección.² Argumentaba el demandante que, para poder cumplir con la norma, habría debido quitarse el turbante que resulta obligatorio para los varones de su religión; y que, si debía elegir entre la ley divina y la ley humana, su conciencia le impulsaba a inclinarse por la primera. Aunque sólo un caso de esa clase llegó a Estrasburgo, los conflictos en Reino Unido – donde hay una importante población sij –

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto P2007/HUM-0403, para la realización de Programas de actividades de I+D entre Grupos de investigación de la Comunidad de Madrid en Socioeconomía, Humanidades y Derecho; Proyecto DER2008-05283, del Ministerio de Ciencia e Innovación español; y Grupo de Investigación 940091 de la Universidad Complutense (financiación de la Convocatoria GR58/08, Banco Santander).

¹ Vid. al respecto, desde la perspectiva de estudios jurídicos de orientación feminista, J. MARSHALL, *Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate*, en “Human Rights Quarterly” 30 (2008), pp. 631-654.

² *X c. Reino Unido*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 7992/77, 12 julio 1978 (en “Decisions & Reports” 14, pp. 234-235).

habían sido numerosos; hasta el punto de que la legislación inglesa de tráfico fue modificada, como resultado de la presión política de la comunidad sij, para permitir una excepción al uso obligatorio del casco de protección en el caso de motociclistas varones de esa religión.³

Por otra parte, la actitud de la Comisión Europea de Derechos Humanos⁴ ante esa particular demanda anticipa lo que, como veremos enseguida, será la tónica predominante en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”, o “el Tribunal”) en los supuestos de colisión entre uso personal de simbología religiosa y norma estatal: una justificación de la injerencia del Estado en el derecho de libertad religiosa amparada en el margen de discrecionalidad estatal al aplicar los límites indicados en el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵ (en adelante “CEDH” o “el Convenio”). Concretamente, en una decisión que sorprende por su laconismo, la Comisión se limitaría a declarar inadmisibile la demanda por “manifiesta falta de fundamento”, sin apenas análisis de los hechos y de las cuestiones jurídicas implicadas, aludiendo genéricamente al margen de apreciación discrecional de las autoridades británicas al entender las consecuencias de la protección de la salud pública como restricción legítima a la libre expresión de la propia religión o creencias.

Muchos años después, la propia exigencia del turbante sij generaba algunas demandas análogas, con respuesta también similar por parte de Estrasburgo, en el contexto de las medidas de seguridad de los aeropuertos⁶ y de las normas administrativas que regulan la fotografía de identidad que ha de figurar en el permiso de conducir.⁷ En el ámbito de las

³ De hecho la legislación fue modificada antes de que el demandante presentara su solicitud en Estrasburgo: cfr. *Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976*, Section 2A. El Reino Unido no es el único país occidental en establecer excepciones a normas generales a favor de los sij. Un caso curioso es el de Canadá, las reglas de cuya famosa policía montada permiten a los sij llevar su tradicional turbante en lugar del reglamentario y característico sombrero de ala ancha. Esa excepción ha sido declarada constitucional por la jurisprudencia canadiense en respuesta al recurso formulado por un grupo de ex-policías contra esa dispensa: caso *Grant v. Canada (Attorney General)*, [1995] S.C.C.A. No. 394 (S.C.C. Feb 15, 1996). Vid. al respecto S. CAÑAMARES, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Pamplona 2005, p. 159.

⁴ La decisión a que me refiero fue adoptada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que entonces todavía existía como órgano de ‘filtro’ de los casos que había de conocer el Tribunal. La Comisión, como se sabe, fue eliminada con la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 1 noviembre 1998, que modificó importantes aspectos del procedimiento ante el Tribunal. Es el propio Tribunal quien se encarga, desde entonces, de declarar la admisibilidad o no de las solicitudes presentadas.

⁵ En relación con la doctrina del “margen de apreciación”, me remito a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” (RGDCDEE) 2 (2003), pp. 14-17 (www.iustel.com).

⁶ *Phull c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 35753/03, 11 enero 2005. El demandante era un ciudadano británico de religión sij que, al pasar por los controles de seguridad del aeropuerto (precisamente el aeropuerto de Estrasburgo), fue obligado a despojarse de su turbante, a pesar de que no había rehusado pasar por el arco de detección de metales y se había ofrecido a ser reconocido con detector manual. El TEDH rechazaría la admisibilidad de su demanda por manifiesta falta de fundamento, alegando el margen de discrecionalidad estatal en materia de medidas de seguridad, que constituyen uno de los límites previstos por el art. 9.2 CEDH a la libertad religiosa.

⁷ *Mann Singh c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 24479/07, 13 noviembre 2008. El demandante era un varón sij, conductor de vehículos pesados, que solicitaba en 2004 un duplicado de su

jurisdicciones nacionales, algunos casos recientes en el Reino Unido relativos a personas de religión cristiana que insistían en dar testimonio de su fe mediante un símbolo externo, en conflicto con las normas internas de la empresa o de la escuela,⁸ han llamado la atención de la opinión pública, que no siempre ha entendido bien el esfuerzo desplegado para acomodar la legislación a las prácticas de religiones orientales – Islam y sijismo en particular – y el aparente desinterés por una adaptación paralela a las reclamaciones de conciencia de ciudadanos pertenecientes a la tradición cristiana.

Son varias las razones que mueven a prestar una atención específica a las cuestiones derivadas de la simbología religiosa en Europa.⁹ Por un lado, ciertos cambios en el fenómeno migratorio han generado una mayor pluralidad religiosa en nuestro continente, más allá de la tradición judeo-cristiana; lo cual lleva consigo la necesidad de afrontar un modo distinto de concebir la expresión externa del sentimiento religioso y, sobre todo, de entender cuál es el lugar que la religión ha de ocupar en el espacio público y cuál ha de ser la dinámica apropiada de sus relaciones con el poder civil. Esto, como se sabe, afecta de manera particular a un buen número de interpretaciones del Islam. De hecho, cierta parte

permiso de conducir por haberle sido sustraído el anterior durante un robo a mano armada. Su solicitud fue rechazada por aportar fotografías con turbante en lugar de con cabeza descubierta; aunque no había tenido problemas para renovar su permiso de conducción en ocasiones anteriores en esas condiciones, la normativa había cambiado en 1999. El TEDH rechazaría la admisibilidad de su demanda como manifiestamente infundada, por las mismas razones que en el caso *Phull*, citado en la nota anterior. Aparte de otras consideraciones más profundas, la razón del rechazo de las autoridades francesas – posibilitar la identificación del titular del permiso – parece especialmente sin sentido cuando se considera que el demandante siempre viajaba con el turbante y nunca con la cabeza descubierta.

⁸ Dos casos de distinto estilo atrajeron especialmente el interés de la opinión pública en el Reino Unido. Uno se refería al despido de una trabajadora de British Airways por insistir en portar en el cuello una cadena con una cruz, como testimonio de su creencia cristiana; la empleada alegaba discriminación respecto al personal de religión islámica o sij, a los cuales la empresa sí les permitía llevar atuendo de significación religiosa (vid. *Eweida v British Airways*, BAILII: [2008] UKEAT 0123_08_2011, y un comentario al respecto en R. SANDBERG, *Eweida v British Airways*, en “Law and Justice” 160 (2008), pp. 56-59). El otro, a una estudiante inglesa a quien la dirección de su escuela – una escuela no confesional cuyas normas de uniforme excluyen el uso de joyería – había prohibido llevar un anillo de plata “de pureza” que simbolizaba su compromiso por mantener la virginidad antes del matrimonio (*R (Playfoot) v. Governing Body of Millais School*, [2007] EWHC (Admin) 1698. Lo anterior no significa que la jurisprudencia británica no haya conocido también casos de conflicto entre normas escolares y atuendo religioso. El más conocido es el de Shabina Begum, una joven musulmana que insistía en llevar *jilbab*, un vestido más riguroso y ocultador de las formas femeninas que el *shalwar kameeze*, atuendo que sí estaba permitido por las normas del colegio y que satisfacía las exigencias morales de la mayoría de las estudiantes musulmanas; vid. la sentencia de la House of Lords, denegatoria del derecho de la estudiante, en *R (Shabina Begum) v. Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15; vid. también, sobre un caso relativo al uso de *nikab*, la sentencia *R (X) v. Governors of Y School*, [2006] EWHC 298 (Admin). Para un análisis de esos casos, vid. M. HILL & R. SANDBERG, *Muslim Dress in English Law: Lifting the Veil on Human Rights*, en “Derecho y Religión” 1 (2006), pp. 302 ss., y, de los mismos autores, *Is Nothing Sacred? Clashing Symbols in a Secular World*, en “Public Law” (2007), pp. 488 ss.; J. GARCÍA OLIVA, *La cuestión de la simbología religiosa en el Reino Unido*, en RGDCDEE 15 (2007), 1-14; R. HOPKINS & C.V. YEGINSU, *Religious Liberty in British Courts: A Critique and Some Guidance*, en “Harvard International Law Journal Online” 49 (2008), pp. 28-39.

⁹ Naturalmente, ésta no es temática que afecte sólo al entorno europeo. En Estados Unidos, la jurisprudencia sobre la cuestión es abundante. Vid. una exposición del tema, en España y en relación con el ámbito laboral, en A. CASTRO JOVER, *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*, Madrid 2005.

de las políticas nacionales en materia de simbología religiosa han venido determinadas por la visibilidad creciente de los núcleos de población musulmana, como resulta especialmente claro, por ejemplo, en Francia¹⁰ y en Alemania¹¹ (en España la cuestión del velo se ha planteado en menor medida hasta ahora¹²). Por otro lado, la temática de la simbología religiosa personal y sus posibles incompatibilidades con normas estatales viene a ser

¹⁰ En Francia, como se indicará más adelante (vid. infra, epígrafe 0), la polémica del velo islámico, sobre todo en el entorno escolar, data de finales de los años 1980, y en época reciente cobra un nuevo rumbo al promulgarse la Ley nº 2004-228, de 15 marzo 2008, que prohíbe el uso de símbolos religiosos ostensibles en la escuela pública. Una explicación y comentario crítico de dicha ley puede verse en A. GARAY, *Laïcité, école et appartenance religieuse : pour un bilan exigeant de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004*, en “Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux” 4: “Quel avenir pour la laïcité cent ans après la loi de 1905?” (2005), pp. 33-48. En el contexto más amplio de las relaciones entre Estado y religión en Francia, vid. B. CHELINI-PONT & T.J. GUNN, *Dieu en France et aux États-Unis. Quand les mythes font la loi*, Paris 2005. En España, vid. S. CAÑAMARES, *Libertad religiosa, simbología....*, cit. en nota 3, pp. 70 ss.; A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, Bologna 2005, pp. 229 ss. Fuera del ámbito escolar, el Consejo de Estado francés decidió un interesante caso de negativa de naturalización de una mujer marroquí por vestir el *burka*; vid. al respecto M.T. ARECES, *Límites a la expresión individual de la libertad religiosa: el “burka” incompatible con la igualdad de sexos*, en RGDCDEE 18 (2008), pp. 1-31.

¹¹ En Alemania el Tribunal Constitucional federal se ha ocupado en dos ocasiones de la cuestión del velo islámico. Una era en relación con el despido de una trabajadora por parte de unos grandes almacenes, declarado improcedente, y no admitido a trámite por el *Bundesverfassungsgericht*: BVerfG, 1 BvR 792/03 vom 30.7.2003, Absatz-Nr. (1-27); en España, vid. un comentario a esa decisión en A. LÓPEZ-SIDRO, *Despido improcedente de una dependiente de grandes almacenes por llevar velo islámico*, en RGDCDEE 3 (2003), pp. 1-9. La segunda, que ha generado mucho mayor debate tanto mediático como en la doctrina jurídica, y un interesante movimiento legislativo a nivel de *Länder*, se refería a una mujer musulmana de origen afgano, la cual, aunque cumplía todas las condiciones legales, fue rechazada como profesora por las autoridades educativas del estado de Baden-Württemberg: BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 3.6.2003, Absatz-Nr. (1-140). En España, la sentencia ha sido comentada por M.A. MARTÍN VIDA & S. MÜLLER-GRUNE, *¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?*, en “Revista Española de Derecho Constitucional” 70 (2004), pp. 313-336; y, más brevemente, A. LÓPEZ-SIDRO, *Breve comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 24 de septiembre de 2003 (2 BvR 1436/02), sobre el velo islámico de una profesora en centro escolar público*, en RGDCDEE 3 (2003), pp. 1-3. Entre la bibliografía alemana, vid. G. ROBBERS, *Muslimische Lehrerinnen, das Kopftuch und das deutsche Bundesverfassungsgericht*, en “Österreichisches Archiv für Recht & Religion” 50 (2003), pp. 405-417; S. MUCKEL, *Der Islam im Staatskirchenrecht des Bundesrepublik Deutschland*, en H. Kress (ed.), “Religionsfreiheit als Leitbild”, Münster 2004, pp. 119-139; y, antes del pronunciamiento del Constitucional federal, S. MÜCKEL, *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse - Kopftuchverbot für Lehrerinnen?*, en “Der Staat” 40 (2001), pp. 96 – 127. Una interesante fuente de documentación sobre la evolución del derecho de los *Länder* tras la sentencia del Constitucional, que afirma su competencia para regular la cuestión, puede encontrarse en las páginas de Internet del *Institut für europäisches Verfassungsrecht* de la Universidad de Trier: <http://www.uni-trier.de/index.php?id=24373> (visitada 11 agosto 2009). La cuestión del velo se ha planteado también con miembros de jurado: vid. B. KRETSCHMER, *Schöffin mit Kopftuch: Persona non grata?*, Berlin 2007; J. BADER, *Die Kopftuch tragende Schöffin*, en “Neue Juristische Wochenschrift” 41 (2007), pp. 2964 ss.

¹² Vid. al respecto S. CAÑAMARES, *Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa*, en RGDCDEE 19 (2009), pp. 1-29; M. MORENO ANTÓN, *Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar*, en RGDCDEE 10 (2006), pp. 1-32; A. LÓPEZ-SIDRO, *La mujer y el Islam: la cuestión del velo en España*, en “Ámbitos” 11 (2004), pp. 71-77. Desde una perspectiva comparada, M. ALENDA, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico*, en RGDCDEE 9 (2005), pp. 1-26; A. MOTILLA, *El problema del velo islámico en Europa y en España*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” 20 (2004), pp. 87-129.

una ramificación de una cuestión ya antigua: si se han de conceder o no a ciertos ciudadanos exenciones del cumplimiento de leyes ‘neutrales’¹³ por razones de conciencia. No puede extrañar, por ello, que el Consejo de Europa haya impulsado recientemente la publicación de un manual sobre símbolos religiosos.¹⁴

Este trabajo se centra en un caso concreto de símbolo religioso, el del pañuelo con que cubren su cabeza muchas mujeres musulmanas y las posibles consecuencias negativas que su uso puede tener para la mujer en ciertos países. Abordaré el tema desde la perspectiva de su tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya se ha pronunciado en un número no pequeño de casos – y, me temo, con frecuencia de manera poco afortunada. No me detendré en el estudio pormenorizado de cada caso, por exigencias editoriales de limitación de espacio, y también porque las más importantes de esas decisiones son ya conocidas y han sido analizadas por la doctrina jurídica. Trataré sólo de exponer las coordenadas que dan razón de la decisión del Tribunal en los casos más relevantes, y desde ahí expondré cuáles son las líneas de fuerza que, en mi opinión, están determinando la jurisprudencia del TEDH.

2. LOS PRIMEROS CASOS: *KARADUMAN* Y *BULUT*

Por lo que me consta, los primeros casos decididos en Estrasburgo en materia de velo islámico fueron *Karaduman* y *Bulut*, que se encuadran dentro de la ya larga polémica sobre el uso del pañuelo islámico en Turquía y su compatibilidad o no con el principio de laicidad que domina, desde los tiempos de Atatürk, la Constitución de ese país.¹⁵ Ambas solicitudes fueron declaradas inadmisibles en 1993 por la – entonces aún existente – Comisión Europea de Derechos Humanos, en la misma fecha y con resoluciones casi idénticas.¹⁶

Las demandantes eran mujeres turcas que, habiendo terminado sus estudios universitarios, habían visto rechazada su petición de que les fuera entregado el correspondiente certificado académico por no proporcionar una fotografía en la que aparecieran con la cabeza

¹³ Es decir, aquellas que tienen por objeto un fin secular legítimo y no la restricción de determinadas creencias, religiosas o no. Sobre la posición del TEDH al respecto, me remito a J. MARTÍNEZ-TORRÓN & R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, en “Facilitating Freedom of Religion and Belief: A Deskbook” (ed. por T. Lindholm, C. Durham y B. Tahzib-Lie), Leiden 2004, pp. 230-236.

¹⁴ M. EVANS, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, Council of Europe, 2009.

¹⁵ Sobre el origen del principio de laicidad en Turquía, vid., entre otros, R. BOTTONI, *The Origins of Secularism in Turkey*, en “Ecclesiastical Law Journal” 9 (2007), pp. 175-186. Para una perspectiva particularmente crítica, vid. el trabajo de T.J. GUNN, *Fearful Symbols: The Islamic Headscarf and the European Court of Human Rights in Sahin v. Turkey*, en ADR 2 (2006-2007), especialmente pp. 641-650.

¹⁶ *Karaduman c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 16278/90, 3 mayo 1993; *Bulut c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 18783/91, 3 mayo 1993. Sobre estos casos, y otros que se citan más adelante, vid. A. VAKULENKO, ‘Islamic Headscarves’ and the European Convention On Human Rights: an Intersectional Perspective, en “Social & Legal Studies” 16-2 (2007), pp. 183-199; J. MARTÍNEZ-TORRÓN & R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, cit. en nota 13, pp. 225-231.

descubierta – la fotografía que habían aportado las mostraba cubiertas con un pañuelo islámico. El rechazo de las autoridades universitarias se fundaba en una normativa interna, inspirada por el principio de constitucional de laicidad, tendente a eliminar símbolos visibles del Islam en la Universidad pública. A su vez, esa normativa había sido reforzada por una decisión de la Corte Constitucional turca, de 1989, que declaraba inconstitucional permitir el uso del velo islámico en los centros de enseñanza superior.¹⁷

La Comisión Europea, en decisión mayoritaria, entendió que la norma universitaria que exigía una fotografía a cabeza descubierta no suponía restricción alguna de la libertad religiosa de las demandantes a tenor del art. 9 CEDH – con lo cual se permitía obviar el análisis de la legitimidad de las restricciones según el párrafo 2º de ese mismo artículo. La Comisión, reflejando un notable formalismo, declaraba que un diploma universitario tiene por función asegurar la identificación del interesado, y no servir de cauce de manifestación de creencias. Junto a ello, hay otras ideas que dominan la decisión de la Comisión, y que vale la pena mencionar, pues aflorarán de nuevo en casos posteriores del Tribunal.

Primero, la afirmación de que el art. 9 CEDH no protege siempre y en todo caso el derecho de comportarse en el ámbito público de acuerdo con las propias convicciones; y que, en concreto, el término “práctica”, tal como lo utiliza el art. 9 CEDH, no incluye cualquier acto motivado o inspirado por las propias creencias. Esas afirmaciones, que la Comisión reproduce de casos anteriores,¹⁸ y que a mi juicio tienen buena parte de verdad, son al mismo tiempo lo suficientemente ambiguas como para producir el efecto, a veces, de posibilitar una excesiva discrecionalidad para interpretar negativamente el contenido protegible de la libertad religiosa, esquivando así la apreciación de los requisitos que el art. 9.2 CEDH establece para las limitaciones que pueden imponerse legítimamente al ejercicio de ese derecho fundamental. En segundo lugar, la Comisión alude, sin mayores precisiones, a la posibilidad de que la vestimenta prohibida pueda constituir una ‘presión’ sobre los estudiantes que no comparten esas creencias, y justifica de esa manera las medi-

¹⁷ Dicha resolución es citada por las propias decisiones de inadmisibilidad de la Comisión de Derechos Humanos, citadas en la nota anterior, al final de sus fundamentos de hecho. Las intervenciones de la Corte Constitucional turca en materia de protección de la laicidad constitucional son legendarias y no exentas de controversia. alguna de ellas, la disolución del Partido de la Prosperidad, de orientación pro-islámica, dio lugar a un complejo e importante caso ante el TEDH: *Refah Partisi c. Turquía*, decidido primero en sala, el 31 julio 2001, y más tarde por la *Grand Chamber*, el 13 febrero 2003 (en ambos casos manteniendo la legitimidad de la posición de la Corte Constitucional turca). Un análisis crítico del caso *Refah Partisi* puede verse en C. EVANS & C.A. THOMAS, *Church-State Relations in the European Court of Human Rights*, en “Brigham Young University Law Review” (2006), pp. 709-713; y en los trabajos de L.B. LEHNHOF, C. MOE, A.E. MAYER, P. MACKLEM & J. GADIROV, en el volumen colectivo “Islam in Europe: Emerging Legal Issues”, cit. en nota 24. Recientemente, la cuestión ha sido revitalizada de nuevo, en 2008, por una decisión de la Corte sobre la compatibilidad del programa del Partido de la Justicia y el Desarrollo (AK), actualmente en el gobierno, con la laicidad constitucional. Una sintética explicación al respecto puede verse en I. DAGI, *The AK Party, secularism and the court: Turkish politics in perspective*, en RGDCDEE 18 (2008), pp. 1-9.

¹⁸ En particular del caso *Arrowsmith c. Reino Unido*, informe de la Comisión sobre la solicitud n. 7050/75, § 71, en “Decisions & Reports” 19, p. 5. El caso se refería a una activista británica detenida por partir propaganda anti-inglesa entre los soldados en Irlanda del Norte.

das restrictivas que una Universidad pueda adoptar para impedir que “ciertas corrientes religiosas fundamentalistas perturben el orden público” en el entorno académico. Nótese la implícita identificación entre fundamentalismo religioso y velo islámico femenino, y que en ningún caso se aportan pruebas de la conexión entre la reclamación de las demandantes respecto a su fotografía y la provocación o riesgos mencionados por la Comisión.

Aunque se trata de decisiones de inadmisibilidad, veremos enseguida que una actitud análoga ha dominado la política judicial del TEDH en los últimos años. Por otro lado, resulta más fácil comprender la decisión de la Comisión si se tiene en cuenta el formalismo que casi siempre había presidido la actuación de ese órgano en relación con el art. 9 CEDH, y también la particular óptica con que la jurisprudencia de Estrasburgo ha enfocado a menudo los casos que se referían a la conexión entre el Islam y el principio de laicidad en Turquía. Más adelante tendré que volver sobre esta última cuestión. Antes, quisiera comentar brevemente otra decisión de inadmisibilidad cuyos principios tampoco parecen haber sido modificados posteriormente por la jurisprudencia de Estrasburgo.

3. PROHIBICIÓN DEL VELO A UNA PROFESORA DE ENSEÑANZA PRIMARIA: EL CASO *DAHLAB*

En 2001, en el caso *Dahlab*,¹⁹ el TEDH declaró inadmisibile la demanda de una profesora suiza en una escuela pública primaria. La profesora, de origen católico y conversa al Islam, había decidido cubrir su cabeza con un pañuelo por razones religiosas. Cinco años después, en aplicación de una ley cantonal dirigida a preservar el carácter laico de las escuelas públicas, le fue prohibido el uso del velo durante sus tareas docentes, que afectaban a niños de entre cuatro y ocho años. El Tribunal reconoció que la prohibición suponía una restricción de la libertad religiosa de la demandante, pero aceptó el razonamiento del gobierno suizo respecto a la necesidad de esa restricción. En concreto, compartía la percepción del gobierno respecto a la importancia y consecuencias de la laicidad en la escuela como medio de protección de las creencias de los estudiantes, sobre todo teniendo en cuenta su juventud y presumible influenciabilidad. En aras de la tutela de los alumnos, y también de un mantenimiento escrupuloso de la “paz religiosa” en la escuela, el personal docente debía estar dispuesto a aceptar ciertas limitaciones en la expresión de sus propias ideas religiosas. Concluía 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 art. 9.2 CEDH.

En mi opinión, el TEDH mostró un respeto excesivo por el margen de apreciación del Estado suizo en este caso. Por un lado, no había prueba alguna de que la “paz religiosa” en la escuela hubiera sufrido ninguna amenaza seria. Al contrario, la demandante había

¹⁹ *Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 42393/98, 15 febrero 2001. Vid. un comentario al respecto en B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid 2005, pp. 399-403.

llevado su velo durante unos cinco años antes de que le fuera prohibido formalmente por las autoridades escolares del cantón de Ginebra (curiosamente, eran mujeres todas las autoridades que intervinieron en ese procedimiento administrativo); y, en esos años, no constaba una sola queja de los padres de sus alumnos por razón de su indumentaria religiosa. Por otro lado, resulta un tanto discutible una interpretación del principio de laicidad de acuerdo con la cual sea necesario – en un país como Suiza, donde no existen tensiones religiosas notables – que los profesores eliminen los símbolos religiosos de su vestimenta personal. Más bien podría pensarse que una laicidad entendida como neutralidad debería impulsar a que los estudiantes pudieran ver en su propio colegio las mismas expresiones de pluralismo religioso que encuentran en la sociedad suiza extramuros de la escuela. Es indudable que la situación de los profesores es distinta a la de los alumnos de un centro educativo, y más susceptible de limitaciones en la expresión de sus ideas religiosas o morales²⁰. Pero, mientras los profesores respeten las creencias de sus alumnos y no adopten una actitud proselitista o adoctrinadora, la visibilidad del pluralismo religioso parece más coherente con la posición de un Estado neutral, y también quizá más educativa para los alumnos, que la ausencia ficticia de creencias religiosas por parte del personal docente.

En todo caso, conviene hacer notar que el Tribunal, en *Dahlab*, parte de una presunción análoga a la de la Comisión en *Bulut y Karaduman*, por lo que se refiere a la supuesta identificación entre Islam y religiosidad reaccionaria e intolerante, especialmente en lo relativo a la igualdad entre varón y mujer. Una presunción que el TEDH simplemente deja caer, casi dándola por sentada y obviando cualquier clase de matices, sin preocuparse de analizarla con el rigor que resultaría exigible en el máximo órgano europeo en materia de protección de derechos humanos.²¹

4. EL VELO ISLÁMICO Y LA PROTECCIÓN DE LA LAICIDAD DEL ESTADO EN TURQUÍA

Como ya se ha hecho notar, el principio de laicidad del Estado – una laicidad ‘a la francesa’ – es considerado esencial en Turquía. Hasta el punto de que no es únicamente un principio constitucional, sino también un principio ‘blindado’: la Constitución, además

²⁰ Esa diferencia de posiciones, y sus consecuencias restrictivas para la expresión de ideas religiosas o morales por parte de los profesores, había sido ya señalada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en *X c. Reino Unido*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 8010/77, en “Decisions & Reports” 16, pp. 101 ss. Se trataba de un profesor de escuela pública, que había sido despedido por impartir formación religiosa en horas de clase – enseñaba lengua y matemáticas—, por organizar ‘clubs evangélicos’ en los locales del colegio, y por llevar vistosos adhesivos en su vestimenta con *slogans* de contenido religioso o contrarios al aborto

²¹ “En effet, la requérante a enseigné dans une classe d’enfants entre quatre et huit ans ... Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu’il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d’égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d’autrui et surtout d’égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves.” (*Dahlab*, En droit, § 1).

de subrayar el carácter laico de la República de Turquía, declara que es inconstitucional proponer enmiendas dirigidas a modificar ese rasgo esencial de la República.²² Varios casos importantes relacionados con la laicidad del Estado turco y su protección han llegado hasta el TEDH, el cual ha terminado casi siempre por aceptar la argumentación, esgrimida por el gobierno turco, de que ciertas medidas restrictivas respecto a la visibilidad del Islam son exigidas por la laicidad y necesarias para preservar la democracia en Turquía frente al supuesto avance de posiciones religiosas radicales.²³ Aquí me referiré sólo a los casos que tienen que ver precisamente con la cuestión del velo islámico.

4.1. El caso *Leyla Şahin*

El caso de mayor relevancia es sin duda *Leyla Şahin*, que fue decidido en dos instancias – sala y *Grand Chamber*²⁴ – y tuvo un notable impacto en la opinión pública, dentro y fuera de Turquía, por la atención que le prestaron los medios de comunicación, y por la reacción de la doctrina jurídica. Si en ciertos países de Europa occidental existen dudas acerca de cómo abordar la cuestión de la vestimenta de las mujeres musulmanas en lugares públicos, en Turquía la cuestión del velo se ha convertido en un símbolo, y también en campo de batalla, de las disputas políticas entre quienes defienden el derecho de los ciu-

²² El art. 2 de la Constitución turca establece: “La République de Turquie est un État de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l’homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d’Atatürk et reposant sur les principes fondamentaux énoncés dans le préambule”. Y el art. 4: “Les dispositions de l’article premier de la Constitution stipulant que la forme de l’État est celle d’une république, ainsi que les dispositions de l’article 2 relatives aux caractéristiques de la République et celles de l’article 3 ne peuvent être modifiées et leur modification ne peut être proposée” (de la traducción facilitada por el TEDH en el caso *Leyla Şahin*). Vid., sobre la laicidad en Turquía, los trabajos citados supra, en la nota 15.

²³ Uno de los casos más importantes fue el del *Refah Partisi*, cit. supra, en nota 17. Me remito, para más detalles, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada” 11 (2008), especialmente pp. 326-336.

²⁴ *Leyla Şahin c. Turquía (Grand Chamber)*, 10 noviembre 2005, que reafirma, con razonamiento muy parecido, la previa sentencia que, el 29 de junio de 2004, había adoptado una de las salas del Tribunal. La decisión de la sala fue adoptada por unanimidad, y la de la *Grand Chamber* por dieciséis votos a uno. Vid., entre la bibliografía en lengua española, S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Pamplona 2005, p. 179-180; E. RELAÑO & A. GARAY, *Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía*, en RGDCDEE 12 (2006), pp. 1-32 (www.iustel.com); Y. CACHO SÁNCHEZ, *La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Şahin c. Turquía*, en “Revista General de Derecho Europeo” 9 (2006) (www.iustel.com). Entre la bibliografía extranjera, vid. N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance*, en “Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions” 13 (2005), pp. 65-85; B. CHELINI-PONT & E. TAWIL, *Brèves remarques sur l’arrêt Leyla Sahin*, en “Annuaire Droit e Religions” (ADR) 2 (2006-2007), pp. 607-611; T.J. GUNN, *Fearful Symbols...*, cit. supra, en la nota 15, pp. 639-665; T. LEWIS, *What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation*, en “International and Comparative Law Quarterly” 56 (2007), pp. 395 ss. También los trabajos de T.J. GUNN, N. HOSTMAELINGEN, T. LINDHOLM & I.T. PLESNER incluidos en el volumen colectivo *Islam in Europe: Emerging Legal Issues* (ed. por W.C. Durham, T. Lindholm & R. Torfs), Leuven 2009 (en prensa; he podido manejar los manuscritos por cortesía de los autores y editores).

dadanos a manifestar externamente su religión musulmana en público y quienes sostienen que no puede mantenerse la democracia laica en Turquía sin una firme prohibición de toda expresión visible de la religión, especialmente la islámica, en la esfera pública.²⁵

El caso se refería a la demanda de una joven turca, estudiante de Medicina, que había sufrido las consecuencias de una normativa universitaria que prohibía tanto el uso de barbas (a los varones) como de pañuelos que cubrieran la cabeza (a las mujeres). Esas normas tenían por objeto restringir la ‘visibilidad’ del Islam en las aulas universitarias, con el declarado fundamento era garantizar el ‘clima laico’ de la Universidad pública. La estudiante terminaría por ser suspendida de la Universidad durante un semestre, después de haber reclamado infructuosamente contra las normas del Rectorado, tanto en la vía administrativa como judicial. Al final, decidiría concluir sus estudios de medicina en Viena, donde no tuvo problema alguno para vestir las prendas que consideraba obligadas según su religión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó de manera bastante laxa su tradicional doctrina del margen de apreciación nacional, con la consiguiente remisión a la discrecionalidad del Estado turco para aplicar restricciones a los derechos fundamentales. En este caso, reconoció la legitimidad de las políticas contrarias al uso del velo islámico, las cuales estarían justificadas por la finalidad de mantener la vigencia del principio constitucional de laicidad, que el Tribunal aceptaba como necesario en Turquía, de acuerdo con su historia, para mantener la democracia frente a la posible difusión de interpretaciones extremas del Islam. Además, admitía también el Tribunal el argumento del gobierno turco según el cual la prohibición de símbolos religiosos tenía por objeto generar un clima de tolerancia y evitar una presión social sobre aquellas estudiantes femeninas que no desearan llevar el velo (argumento que ya vimos en los casos *Karaduman* y *Bulut*).

Quizá el principal problema de esta sentencia – y la razón por la que ha provocado tantas críticas²⁶ – es que aplica la doctrina del margen de apreciación sin la suficiente base probatoria. Justificar las restricciones al uso de vestimenta religiosa por causa de la protección del orden público o de los derechos y libertades de los demás tiene, desde luego, pleno sentido en abstracto. Pero en ningún momento el gobierno turco proporciona pruebas de que el uso del velo islámico genere una atmósfera de intolerancia religiosa en la Universidad, o de que haya existido presión alguna sobre las estudiantes musulmanas que no llevan el velo por parte de quienes sí lo llevan o por parte de alumnos varones.²⁷ Renuncia así el Tribunal a la necesaria función supervisora que ha de realizar respecto a la “necesidad social imperiosa” de las medidas restrictivas de la libertad religiosa adopta-

²⁵ Vid. al respecto, entre otros, Ö. DENLI, *Between Laicist State Ideology and Modern Public Religion: The Head-Cover Controversy in Contemporary Turkey*, en “Facilitating Freedom of Religion and Belief”, cit. en nota 13, pp. 497-511.

²⁶ Comenzando por el voto particular de la juez Tulkens a la sentencia de la Gran Sala. Entre la doctrina, puede verse la literatura citada en nota 24.

²⁷ Vid. J. GUNN, *Fearful Symbols...*, cit. en la nota 15, pp. 655-661.

das por las autoridades turcas. Algo que resulta especialmente chocante cuando se considera que Turquía es el único país de Europa en prohibir el uso del velo islámico en las aulas universitarias.²⁸

En realidad, el TEDH no fue particularmente cuidadoso en la evaluación de los hechos y se mostró demasiado dependiente de la perspectiva del gobierno turco, para el cual permitir que los estudiantes vistieran símbolos personales islámicos en la Universidad pública comportaría un grave peligro potencial para la laicidad del Estado. El Tribunal, además, insertaba en su sentencia ambiguas referencias a la protección de los derechos de la mujer y de la igualdad de géneros,²⁹ y utilizaba peculiares e hipotéticos argumentos como “el impacto que llevar esa clase de símbolos, presentados o percibidos como un deber religioso, podría tener en aquellas personas que deciden no utilizarlos”.³⁰ Curiosamente, el Tribunal para nada menciona ese argumento en sentido opuesto, es decir, el posible impacto que la prohibición del velo podría tener en quienes libremente deciden llevarlo.

Los numerosos puntos débiles de la argumentación del TEDH se ponían de relieve en un extenso voto particular discrepante escrito por la juez belga F. Tulkens³¹ a la sentencia de la *Grande Chambre*. En él se subraya, entre otras cosas, que el Tribunal no tomó suficientemente en cuenta el derecho de la demandante a expresar libremente sus creencias religiosas mediante un comportamiento que consideraba moralmente obligatorio. Al contrario, el TEDH dio por sentado, contra toda evidencia, que el velo es utilizado necesariamente como un símbolo del Islam político en contra de la noción de Estado laico, y que la demandante lo vestía de manera ostentosa o agresiva, para provocar una reacción, o para hacer proselitismo o propaganda.³²

Todo parece indicar que la sentencia *Leyla Şahin* es una decisión que fue adoptada siguiendo criterios más políticos que estrictamente jurídicos, en la línea de las dos sentencias sobre el *Refah Partisi* o Partido de la Prosperidad, en las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos justificaría la disolución de un partido político de inspiración islámica ante el alegado riesgo de fundamentalismo y ante el hipotético peligro de que, llegado al poder, pudiera imponer una norma religiosa – la *sharia* – como reguladora de ciertas áreas de la vida civil³³. O también en la línea de las decisiones que, desde la sentencia *Kalaç*, han justificado las cribas ideológicas entre los oficiales del ejército turco³⁴. En esas decisiones parece estar presente la sombra de las incógnitas – comprensibles – que suscita la integración del Islam en la Europa democrática, como se vislumbraba también en otros casos sobre velo islámico ya citados antes en este trabajo: *Karaduman*, *Bulut* y *Dahlab*.

²⁸ Así lo hace notar el propio Tribunal: cfr. *Leyla Şahin* (*Grand Chamber*, 2005), §§ 55-65.

²⁹ Vid. *Leyla Şahin* (2004), § 107, y *Leyla Şahin* (*Grand Chamber*, 2005), § 115.

³⁰ *Leyla Şahin* (2004), § 108, y *Leyla Şahin* (*Grand Chamber*, 2005), § 115.

³¹ Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina.

³² Vid. voto particular de la juez Tulkens, §§ 6-8.

³³ *Refah Partisi c. Turquía*, cit. en nota 17.

³⁴ *Kalaç c. Turquía*, 1 julio 1997. Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg*, cit. en nota 23, pp. 326-328.

El modo de argumentar del TEDH en esos casos contrasta con los principios normalmente aplicados a los restantes derechos fundamentales, y con los criterios esenciales de interpretación en materia de derechos humanos. La sentencia hace hincapié sobre todo en la necesidad de limitaciones a la libertad religiosa más que en la garantía de esta última y en la exigencia de rigurosos controles a tales limitaciones. Así, termina por interpretarse restrictivamente el contenido del derecho de libertad de conciencia al tiempo que se interpretan extensivamente las limitaciones que pueden imponerse al mismo. Además, parecen olvidarse los principios que el Tribunal ha utilizado en otras ocasiones en materia de libertad religiosa (algunos de los cuales, paradójicamente, son mencionados por la propia sentencia *Leyla Şahin* entre los fundamentos de su decisión³⁵). Por ejemplo, el valor inapreciable de la libertad religiosa y de conciencia como fundamento de una sociedad democrática y plural, incluido el derecho a difundir las propias creencias.³⁶ O que, “salvo en casos muy excepcionales, el derecho de libertad religiosa ... excluye toda discrecionalidad del Estado para determinar si las creencias religiosas, o los medios empleados para expresar esas creencias, son legítimos”.³⁷

En todo caso, es importante hacer notar que, no obstante todas sus deficiencias y pese a las numerosas críticas recibidas, la argumentación utilizada en el caso *Leyla Şahin* no parece en absoluto destinada a quedar como un episodio aislado en la vida del TEDH. Al contrario, ha sido empleada por el Tribunal posteriormente para decidir en otros casos relativos al uso de simbología religiosa, entre ellos algunos referentes a la prohibición del velo islámico en el entorno educativo, tanto en Turquía como, más recientemente, en Francia.³⁸

4.2. Los casos *Köse* y *Kurtulmus*

En el caso *Köse* y *otros*, los demandantes eran un amplio grupo de alumnas de varios liceos *İmam-Hatip* en Estambul, conjuntamente con sus padres: casi un centenar en total.³⁹ Alegaban una injerencia indebida en su libertad religiosa y la violación de su derecho a la educación.

Los liceos *İmam-Hatip* son centros de enseñanza secundaria que fueron creados en los años 1950 y forman parte del sistema educativo público, dependiendo del Ministerio de Educación turco. Su función es formar al personal religioso musulmán, como los imanes y los lectores del Corán o *hatips*. El 40% de las materias se relacionan con la

³⁵ Vid. especialmente los §§ 104 y 107 de la sentencia de Gran Sala.

³⁶ Cfr. *Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993, § 31. El caso se refería al proselitismo religioso y las posibilidades de limitación legítima por parte de las legislaciones nacionales.

³⁷ *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, 26 octubre 2000, § 78. El caso se refería a los límites de la intervención del Estado en disputas internas de comunidades religiosas, y concretamente a la elección de líderes religiosos.

³⁸ Los casos turcos se describen a continuación. Para los franceses, vid. infra, epígrafe 0 de este trabajo.

³⁹ *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 26625/02, 24 enero 2006.

teología islámica, pero en todo caso sirven también para preparar el acceso a la enseñanza superior con independencia de su utilidad formativa para los cuadros religiosos musulmanes.⁴⁰ A partir de febrero de 2002, y como consecuencia de una normativa emanada de la prefectura de Estambul, se prohibió tajantemente a las alumnas el acceso a la escuela con la cabeza cubierta, a pesar de que ésa había sido la práctica común durante los años anteriores. Sólo se les permitía utilizar el velo, por las características específicas de los liceos *İmam-Hatip*, durante los cursos de Corán. La aplicación de esas normas desencadenó una fuerte protesta, incluidas algunas manifestaciones a la puerta del colegio, que provocarían medidas de acción policial; pero las autoridades turcas se mantuvieron firmes en la prohibición.

El TEDH declaró el caso inadmisibile por “manifiesta falta de fundamento”. Su razonamiento está fuertemente influido por la sentencia *Leyla Şahin* y sigue sus mismas coordenadas: carácter relativo y no absoluto del derecho a la educación, con el consiguiente “margen de apreciación” para las autoridades nacionales; necesidad de proteger el principio de laicidad, lo cual aumenta el margen de apreciación del Estado turco; y limitación de la tutela que la libertad religiosa ofrece al comportamiento en la vida ordinaria. Así, el Tribunal declaraba que el derecho a la educación, reconocido en el art. 2 del Primer Protocolo, sólo garantiza el derecho de acceso, sin discriminación, “a los establecimientos escolares que existen en un momento dado”, pero es un derecho que reclama una reglamentación por parte del Estado y, por consiguiente, implica un margen de apreciación estatal. Ese margen discrecional – indica la Corte – es todavía mayor en el caso de conflictos que tienen relación con la laicidad del sistema educativo, que es garantía del pluralismo confesional y piedra angular de la Constitución de Turquía.⁴¹ Y añade aún el Tribunal que el art. 9 CEDH no protege cualquier clase de actos inspirados por una religión o creencia, como una frase formularia que pareciera legitimar cualquier restricción de opciones religiosas o morales ‘inoportunas’, olvidando aparentemente que toda limitación del derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión ha de estar sujeta al estricto escrutinio establecido por el art. 9.2 CEDH – y por los propios criterios jurisprudenciales del Tribunal, que requieren una “necesidad social imperiosa”.⁴²

Todavía pueden señalarse otros dos rasgos negativos en la argumentación jurídica de esta decisión del TEDH. Uno es la ya señalada – a propósito de *Leyla Şahin* – ausencia de rigor en la apreciación del material probatorio presentado al Tribunal como justificativo de las restricciones al uso del velo islámico. No se aduce una sola prueba consistente de los argumentos que pomposamente maneja la Corte, siguiendo las afirmaciones – también casi formularias – de las autoridades turcas: el “riesgo para la paz y el orden social en los establecimientos escolares”; o la utilización del pañuelo para cubrir la cabeza como un

⁴⁰ Vid. la explicación al respecto contenida en *Köse*, En fait, B.5.

⁴¹ Vid. *Köse*, sobre todo En droit, A y B.

⁴² Vid J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión...*, cit. en nota 5, pp. 13 ss.

“acto de ostentación, transmisor necesariamente de un mensaje político de carácter contrario a los derechos fundamentales, que constituiría una fuente de presión y de exclusión” sobre los demás alumnos.

El otro elemento negativo es el chocante formalismo con que el Tribunal contempla la función de la norma prohibitiva impugnada. Afirma el TEDH que “la obligación impuesta a los alumnos de ... acudir a la escuela con la cabeza desnuda es una norma de orden general, que se aplica a todos los alumnos sin consideración de su convicción religiosa”; lo cual le permite afirmar que no hay interferencia en la libertad religiosa de los demandantes.⁴³ Es decir, el Tribunal ignora palmariamente que se trata de una norma cuyo objetivo declarado – y recordado por el propio Tribunal al argumentar sobre el principio de laicidad – es impedir una determinada manifestación de ideas religiosas en el contexto de una sociedad mayoritariamente musulmana.

En fin, aún podríamos preguntarnos por qué un caso de cierta complejidad y notable impacto, como *Köse*, en lugar de dar lugar a una sentencia del Tribunal, se ventila mediante una simple declaración de inadmisibilidad por “manifiesta falta de fundamento” de la demanda (tan ‘manifiesta’ que la decisión necesitó veinte páginas). E incluso, más allá de la política interna del TEDH, sería lógico plantearse por qué el Tribunal ignora en esta decisión – como ya hiciera en *Leyla Şahin* – que las políticas restrictivas de expresiones de religiosidad islámica en Turquía constituyen una excepción y no la regla en nuestro Continente. Así, en toda Europa las alumnas musulmanas pueden llevar velo, tanto en el colegio como en la Universidad – salvo, especialmente desde 2004, en la escuela pública en Francia, como veremos enseguida.⁴⁴ ¿Son quizá las democracias europeas menos ‘laicas’ que Turquía, donde hay una Presidencia de Asuntos religiosos con más de setenta mil funcionarios,⁴⁵ donde se imparte obligatoriamente instrucción religiosa para los alumnos musulmanes,⁴⁶ y donde el Estado, según hemos visto, instituye colegios públicos (*İmam-Hatip*) para la formación de personal religioso musulmán? Es sin duda curioso que el Tribunal no considere ese aislamiento de las soluciones turcas para cuestionar el uso de su margen de apreciación en la limitación a derechos fundamentales, cuando precisamente el consenso europeo mayoritario ha sido uno de los criterios que tradicionalmente ha manejado el TEDH para estimar que determinadas restricciones no se ajustaban al principio de proporcionalidad.⁴⁷

⁴³ Cfr. *Köse*, En droit, C.

⁴⁴ Vid. infra, epígrafe 0 de este trabajo.

⁴⁵ Cfr. O.F. HARMAN, *L’administration des cultes en Turquie*, en B. Basdevant-Gaudemet (ed.), “L’administration des cultes dans les pays de l’Union Européenne”, Leuven, 2008, pp. 200 ss.

⁴⁶ Esa práctica dio origen al caso *Zengin c. Turquía*, decidido por el TEDH el 9 octubre 2007. Vid. un comentario al mismo en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo*, en M. Domingo (ed.), “Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado”, Granada 2008, pp. 113-134; también A. BARRERO, *Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04*, en RDCE 32 (2009), pp. 259-274.

⁴⁷ La argumentación, *sensu contrario*, ha sido utilizada desde antiguo por el TEDH para justificar un más

Observaciones parecidas podrían hacerse en relación con otro reciente caso de sanciones por no cumplir la prohibición de que las mujeres lleven la cabeza cubierta en centros educativos en Turquía: *Kurtulmus*, una demanda también declarada inadmisibile – en la misma fecha que *Köse* y por la misma sala – por “manifiesta falta de fundamento”.⁴⁸ En esta ocasión la demandante no era alumna, sino una profesora asociada de Economía en la Universidad de Estambul, la cual, por persistir en llevar el velo islámico, sería sometida a procedimiento disciplinario y posterior cese por no someterse a las normas de vestimenta de funcionarios, que imponían a las mujeres llevar la cabeza descubierta en su lugar de trabajo.⁴⁹

Poco añade el Tribunal en su argumentación respecto a lo indicado ya en *Köse*. Partiendo de que la regulación en materia de atuendo constituía una injerencia en el derecho de la demandante a manifestar su religión, el TEDH entendía que esa restricción era “necesaria en una sociedad democrática”, teniendo en cuenta la discreción que han de mostrar los docentes de un centro público respecto a la expresión de sus creencias, especialmente en un contexto en que la laicidad aparece como un principio fundacional del Estado turco. El margen de apreciación estatal para la imposición de restricciones merecía, a juicio del Tribunal, más respeto que el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de religión.

4.3. La cuestión del velo islámico en los ámbitos político y mediático

Es interesante comprobar que el decidido apoyo prestado por el TEDH a las políticas pro-laicidad y anti-velo en el entorno educativo ha quebrado, sin embargo, cuando la cuestión se ha trasladado a los ámbitos político y mediático. En esos supuestos, el Tribunal ha considerado excesivas las sanciones impuestas a las expresiones de diversos personajes públicos a favor del velo de las mujeres.

Tres de esos casos – *Kavakçi*, *Ilicak* y *Silay*⁵⁰ – se refieren a hechos coetáneos: la actuación de determinadas parlamentarias turcas que acudieron a su toma de posesión ataviadas con velo, y de un parlamentario autor de un libro, en el contexto de la disolución

amplio margen de apreciación estatal en la aplicación de límites a la libertad de expresión por causa de la moral pública o de la protección de los sentimientos religiosos de la población. Es decir, el Tribunal ha indicado expresamente que una falta de concepción común entre los Estados miembros respecto a esos conceptos se ha de traducir en el reconocimiento de un mayor margen de apreciación nacional (cfr. *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 48; *Müller y otros c. Suiza*, 24 mayo 1988, § 35; *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, § 50). Y por otro lado, la tendencia a un reconocimiento cada vez más extenso al derecho a la constancia registral del cambio de sexo ha servido para justificar la modificación expresa de la jurisprudencia del TEDH en materia tan controvertida como el matrimonio de transexuales (cfr. *Goodwin c. Reino Unido*, 11 julio 2002, §§ 84-85).

⁴⁸ *Kurtulmus c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 65500/01, 24 enero 2006.

⁴⁹ Para contextualizar la prohibición del velo, y no mitificar la laicidad ‘a la turca’ comparándola con las situaciones habituales en Europa, vale la pena mencionar otras normas turcas en materia de vestimenta de funcionarios. Según la misma norma reglamentaria (de 1982), las mujeres no pueden llevar pantalón, ni tampoco camisa o vestido sin mangas, ni sandalias. A los varones se les prohíbe la barba y se les impone el afeitado diario y la corbata. Cfr. *Kurtulmus*, En fait, B.

⁵⁰ *Kavakçi c. Turquía*, *Ilicak c. Turquía*, y *Silay c. Turquía*, todas ellas de 5 abril 2007, y decididas sobre la base de fundamentos de derecho casi idénticos.

de su partido político – el Fazilet – por actividades contrarias al principio de laicidad. La Corte Constitucional turca, además de disolver ese partido, despojó a algunos diputados de su escaño parlamentario teniendo en cuenta su actuación y declaraciones públicas, y decretó una restricción de sus derechos políticos durante un periodo de cinco años. El Tribunal Europeo, sin cuestionar la importancia del principio de laicidad para la preservación de la democracia en Turquía, decidió soslayar los aspectos más difíciles de esas demandas y evitó hacer consideración alguna respecto a la libertad de expresión y de asociación (arts. 10 y 11 CEDH), resolviendo exclusivamente a la luz del art. 3 del Primer Protocolo al CEDH, que establece el deber estatal de organizar periódicamente elecciones libres garantizando la libertad de expresión de los ciudadanos.⁵¹

Hay también otros casos en los que personajes de la vida política, religiosa o mediática habían sido sancionados por la expresión de ciertas ideas religiosas que los tribunales turcos consideraron constitutivas del delito de incitación al odio y a la hostilidad por causa de una diferencia basada en la religión. Aunque no exclusivamente, una parte de tales expresiones criticaba en duros términos la política gubernamental de prohibición, en determinados ámbitos, del velo islámico a las mujeres.

En Gündüz, el demandante era el líder de una secta islámica que, durante una entrevista en televisión, expresó su parecer favorable al establecimiento de un régimen político basado en la sharia, al tiempo que manifestaba duras opiniones contra la noción de democracia laica y el matrimonio civil.⁵² El procedimiento criminal iniciado por la fiscalía terminaría en una condena penal, pecuniaria y de prisión (dos años), como culpable de un delito de incitación al odio y a la hostilidad por causa de una diferencia basada en la religión. El caso Erbakan⁵³ se refería a un político y ex primer ministro de Turquía⁵⁴ que, durante la campaña para las elecciones municipales, pronunció un discurso contra el ‘infidel’ – es decir, contra los no musulmanes – con acusaciones de explotación y opresión del mundo islámico, y con una abierta invitación a instaurar una fraternidad basada sobre el Islam. El discurso, que incluía referencias al velo islámico y su prohibición, fue interpretado por los tribunales como incitación al odio y a la hostilidad, y Erbakan sería condenado a penas pecuniarias y de prisión – éstas por lo demás nunca ejecutadas por decisión de la propia jurisdicción penal turca. El caso Güzel⁵⁵ también respondía a la demanda de un político turco de alto nivel, que había criticado duramente la política gubernamental contra el uso de símbolos religiosos personales – en concreto el velo islámico – en lugares

⁵¹ “Article 3 – Right to free elections. The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

⁵² *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003. A lo largo de su intervención, llegaría a afirmar su confianza en el triunfo de la sharia sobre la democracia y a llamar bastardos a los hijos nacidos de matrimonio civil.

⁵³ *Erbakan c. Turquía*, 6 julio 2006.

⁵⁴ En el momento de los hechos era, además, presidente del *Refah Partisi*, partido político disuelto por la Corte Constitucional, hecho que daría lugar a las dos importantes sentencias del TEDH ya mencionadas: vid. supra, nota 17.

⁵⁵ *Güzel c. Turquía*, 27 julio 2006.

públicos, vertiendo sobre el gobierno acusaciones de actuar contra las creencias religiosas de los ciudadanos turcos. Condenado a penas pecuniarias y de prisión, el cumplimiento de esta última fue también suspendido por los tribunales. En fin, la sentencia Kutlular decidía sobre la legitimidad de la condena penal a un periodista turco que, durante un acto conmemorativo en la principal mezquita de Ankara, había expresado, oralmente y por escrito, duros juicios contra las conductas que entendía contrarias al Islam y contra las políticas encaminadas a favorecerlas, con especial énfasis en la prohibición legal de la costumbre del velo femenino vestido por razones religiosas.⁵⁶

En los cuatro casos citados, y por unanimidad o por amplia mayoría, el TEDH daría la razón a los demandantes, entendiendo que no se trataba propiamente de lenguaje de odio o hate speech, y que se había producido una vulneración de la libertad de expresión.

5. LOS CONFLICTOS SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN LA ESCUELA PÚBLICA EN FRANCIA

Como antes indiqué, los efectos de la sentencia *Leyla Şahin* no se han limitado a los de un hecho episódico, sino que han sido el comienzo de una serie de decisiones del TEDH encaminadas a justificar políticas nacionales que restringen el uso de simbología religiosa en lugares públicos y que están frecuentemente motivadas, en la práctica, por el interés en limitar la visibilidad del Islam. Ya hemos visto esta cuestión en Turquía. Veámoslo ahora con referencia al entorno educativo en Francia.

Dos sentencias de 2008 son particularmente expresivas de esa actitud del Tribunal: *Dogru* y *Kervanci*, referidas a hechos análogos sucedidos en la misma pequeña localidad francesa.⁵⁷ Se trata de conflictos en una escuela pública a propósito de la prohibición de llevar velo islámico a las estudiantes del sexo femenino: una polémica que se desarrolla en Francia, con tensión creciente, desde finales de los años 1980, y que está en la base de la discutida legislación francesa de 2004 que veta los símbolos religiosos en colegios públicos.⁵⁸

Las demandantes eran, en concreto, dos estudiantes musulmanas, de doce años en el momento de los hechos, que desde principios de 1999 comenzaron a asistir a clase con su

⁵⁶ *Kutlular c. Turquía*, 29 abril 2008. El periodista, además, había establecido un directo nexo de unión entre esas actuaciones ‘inmorales’ y el seísmo que en 1999 causó decenas de miles de muertos en Turquía, el cual, en su opinión, no sería sino un castigo por traicionar la voluntad divina.

⁵⁷ *Dogru c. Francia*, y *Kervanci c. Francia*, ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. Un comentario a esas sentencias puede verse en B. CHELINI-PONT & D. GIRARD, *Le voile musulman et la conception française de l'État laïc*, en RGDCDEE 19 (2009), pp. 1-11.

⁵⁸ *Loi n° 2008-224*, 15 marzo 2004. El propio TEDH proporciona una sintética visión de conjunto de esa polémica, y de sus datos normativos y jurisprudenciales más relevantes, en los §§ 17-32 de las dos sentencias. Para un análisis de la situación en los primeros años de ese debate, vid. D. LE TOURNEAU, *La laïcité à l'épreuve de l'Islam: le cas du port du "foulard islamique" dans l'école publique en France*, en “Revue Générale de Droit” 28 (1997), pp. 275-306; y, más brevemente, R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid 1997, pp. 204-206. Vid. también, para la evolución más reciente de esa cuestión, el trabajo de A. GARAY citado en nota 10, el de S. CAÑAMARES citado en nota 3, pp. 68-82, y el de M. ALENDA citado en nota 12, pp. 11-22.

cabeza cubierta con un pañuelo, por motivos religiosos. El profesor de educación física, aduciendo razones de higiene y seguridad, no les permitió seguir la clase de deporte con la cabeza cubierta. En febrero de ese mismo año, y pese a ofrecerse las alumnas a concurrir a clase de educación física vistiendo una boina o un pasamontañas en lugar del tradicional velo, el comité de disciplina las expulsó del colegio, por falta de asistencia a las clases de deporte. Ese fue el comienzo de un itinerario de recursos, administrativo primero y judiciales después, que terminaría con el rechazo de sus reclamaciones por el Consejo de Estado en 2004. Entretanto, las alumnas continuaron su escolarización mediante estudios por correspondencia.

El Tribunal Europeo, después de detenerse en la cuestión de si las medidas restrictivas de la libertad religiosa de las demandantes podían considerarse “previstas por la ley” a los efectos del art. 9.2 CEDH – téngase en cuenta que los hechos se producen años antes de que entrara en vigor la ley de 2004 sobre símbolos religiosos – declaró en sentencia unánime que la medida disciplinaria adoptada por las autoridades educativas – expulsión de la escuela – estaba justificada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Por tanto, ni había violación de la libertad religiosa ni tampoco del derecho a la educación garantizado por el art. 2 del Primer Protocolo.

La argumentación del TEDH es expresa y reiteradamente tributaria de la doctrina establecida en los casos *Leyla Şahin* y otros ya mencionados anteriormente, y nada esencial añade a las razones que ya han sido indicadas a ese propósito. Es decir, se subraya la importancia de la laicidad como principio constitucional en Francia, al igual que en Turquía; se abunda en la necesidad de preservar un entorno de neutralidad en la escuela, manteniéndolo libre de expresiones excesivas o inadecuadas que puedan constituir proselitismo o provocación para los demás alumnos; y se insiste en el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales para aplicar medidas restrictivas de la libertad de religión y expresión que vayan declaradamente encaminadas a proteger los derechos de los demás miembros de la comunidad escolar.

Algunas cuestiones, sin embargo, merecen mención aparte. Por un lado, sorprende que el Tribunal parezca compartir la perspectiva de algunos tribunales franceses, que atribuyen a las demandantes la creación de un clima de tensión en la escuela con su actitud intransigente.⁵⁹ Es decir, parece que el culpable de la tensión sea quien podría ver vulnerado uno de sus derechos fundamentales como consecuencia de una injerencia externa y no quien interfiere en la libertad ajena, sobre todo teniendo en cuenta que la reclamación de las demandantes no carecía de fundamento, pues el TEDH admitía – como el propio gobierno francés – que había una injerencia en la libertad religiosa, aunque concluyera finalmente que estaba justificada *ad casum*.⁶⁰

Más chocante aún resulta la falta de control del Tribunal del principio de proporcionalidad.

⁵⁹ Vid. §§ 13 y 74 de *Dogru y Kervanci*.

⁶⁰ Cfr. *ibid.*, §§ 34 y 46-48.

lidad en el uso del margen de apreciación por el Estado francés: las autoridades escolares habían rechazado la sugerencia de las demandantes de utilizar una boina o un pasamontañas en lugar de velo, y directamente amenazaron con la expulsión si se negaban a descubrir su cabeza en las clases de deporte.⁶¹ Nada hay, en estas sentencias del TEDH, que recuerde, ni de lejos, al criterio de los *least restrictive means* de la doctrina jurídica norteamericana, o del *minimal impairment* de la doctrina canadiense,⁶² que obliga a buscar, cuando la limitación de la libertad religiosa resulta inevitable, la alternativa menos invasora de la libertad de la persona.⁶³ Una actitud similar se podía detectar ya en casos anteriores declarados inadmisibles por el Tribunal sobre la estela dejada por *Leyla Şahin*, aunque el ocasional conflicto producido por el uso de un símbolo religioso personal se refería entonces, no a reglas de vestimenta escolar, sino a normas o prácticas de seguridad pública: en dos de esos casos, ya citados, los demandantes eran varones sijs;⁶⁴ y en un tercero, la demandante era una mujer musulmana marroquí a quien se había negado el visado para poder viajar a Francia y reunirse con su marido, por rehusar presentarse en el consulado francés y ser identificada sin su velo.⁶⁵ En todos esos casos, los demandantes habían sugerido medidas que posibilitaran la conciliación entre sus deberes religiosos y las normas de seguridad. Pero el TEDH ni siquiera consideró la posibilidad de que el Estado francés hubiera excedido su margen de apreciación discrecional al rechazar esas sugerencias *tout court* y sin alternativa posible.

⁶¹ “S’agissant de la proposition de la requérante de remplacer le foulard par un bonnet, outre le fait qu’il est difficile pour la Cour d’apprécier si le port d’un tel vêtement est compatible avec la pratique du sport, la question de savoir si l’élève a témoigné d’une volonté de compromis, comme elle le soutient, ou si au contraire elle a excédé les limites du droit d’exprimer et de manifester ses croyances religieuses à l’intérieur de l’établissement, comme le prétend le Gouvernement et qui semble en contradiction avec le principe de laïcité, relève pleinement de la marge d’appréciation de l’État en la matière” (*Dogru y Kervanci*, § 75).

⁶² Una aplicación relativamente reciente de esta doctrina por parte de la Suprema Corte canadiense puede verse en *Multani v. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, 2006 SCC 6, J.E. 2006-508, relativa a la posibilidad de llevar un *kirpan* sij – un pequeño objeto religioso que se asemeja a un puñal pequeño – en el recinto escolar. Las versiones inglesa y francesa de la sentencia, junto con un comentario de S. CAÑAMARES, pueden encontrarse en RGDCDEE 11 (2006) – www.iustel.com. Un comentario al respecto entre la doctrina extranjera puede verse en A. DECROIX, *Les symboles religieux au sein des établissements scolaires: l’exemple du port du kirpan dans les écoles canadiennes*, en ADR 2 (2006-2007), pp. 337-343.

⁶³ Vid. al respecto, por ejemplo, N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation?*, cit. supra, en nota 24, pp. 84-85; J. WOEHLING, *L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse*, en “Revue de Droit de McGill” 43 (1998), pp. 325 ss.; W.C. DURHAM JR., *Freedom of Religion: The United States Model*, en “American Journal of Comparative Law Supp.” 42 (1994), pp. 624 ss. La cuestión de las alternativas menos lesivas para la libertad religiosa, en el contexto de un profundo análisis sobre el uso del principio de proporcionalidad en la justificación de limitaciones al ejercicio de la libertad de religión, ha sido estudiada por J. GUNN, *Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis*, en “Emory International Law Review” 19 (2005), pp. 465-498.

⁶⁴ Casos *Phull* y *Mann Singh*. Vid. supra, notas 6 y 7.

⁶⁵ *El Morsli c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 15585/06, 4 marzo 2008. La demandante alegaba que no se había negado a despojarse de su velo, sino que había exigido poder hacerlo sólo en presencia de una mujer. Su argumentación no mereció por parte del Tribunal más respuesta que la siguiente: “Par ailleurs, quant à la proposition faite par l’intéressée de retirer son voile uniquement en présence d’une femme, à supposer que les autorités consulaires aient été saisies de cette question, le fait pour ces dernières de ne pas avoir chargé un agent féminin de procéder à l’identification de la requérante n’exécède pas la marge d’appréciation de l’État en la matière.”

En fin, el Tribunal omite mencionar la muy notable diferencia entre la sociedad turca y la francesa, que hace difícil aplicar a ésta el rimbombante – y no probado – discurso que se hace en otras sentencias acerca de los riesgos que el uso del velo puede entrañar para el principio de laicidad y la estabilidad de la democracia en Turquía.

En todo caso, estas dos sentencias han desplegado enseguida su eficacia respecto a la jurisprudencia posterior del TEDH, en relación con seis decisiones recientes, de la misma fecha, y de circunstancias análogas. Todas ellas se referían a expulsiones de alumnos, en diversas localidades francesas, por portar prendas consideradas obligadas por su religión, en aplicación de la ley de 2004 contra el uso de signos religiosos personales en la escuela pública.

En cuatro de esas decisiones (*Aktas*, *Bayrak*, *Gamaleddyn* y *Ghazal*) se trataba, de nuevo, de un atuendo islámico femenino.⁶⁶ Y otras dos (*Jasvir Singh* y *Ranjit Singh*) se referían a la expulsión de dos alumnos de religión sij por vestir el *keski* – un bajo-turbante más discreto, que suele llevarse bajo el turbante propiamente dicho característico de los sijis.⁶⁷ En el caso de los sijis, a pesar de tratarse de un objeto masculino de menor visibilidad, la dirección del centro escolar entendió que era un signo “ostensible” en el sentido en que utiliza este término la legislación. Y la misma actitud se adoptó en relación con el gorro o sombrero (*bonnet*, *couvre-chef*) que las alumnas habían propuesto como alternativa al uso del velo.⁶⁸ Tales apreciaciones fueron compartidas tanto por las autoridades educativas superiores como por los tribunales y por el propio Consejo de Estado francés, que rechazó los seis recursos entre 2007 y 2008.

El Tribunal Europeo, con decisiones casi idénticas de contenido, y siguiendo explícitamente la huella de la jurisprudencia sentada en *Dogru* y *Kervanci*, encontró justificada la medida disciplinaria contra los alumnos, a pesar de que ahora la prohibición no se refería sólo a la clase de deporte, sino a todo el recinto y horario escolar. La única diferencia es que, en esta ocasión, el TEDH, en lugar de analizar con detalle el fondo del asunto en una sentencia, eligió la vía más expeditiva de declarar las demandas inadmisibles por “manifiesta falta de fundamento”. Con ello ha venido a otorgar en la práctica un respaldo completo a la controvertida ley francesa de 2004 sobre símbolos religiosos.

Es importante hacerlo notar, porque el apoyo del TEDH cobra ahora una nueva dimensión y va más allá de otras decisiones anteriores en las que el Tribunal había declarado justificado – siempre en aras del margen de apreciación – el rechazo de las autoridades

⁶⁶ *Aktas c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 43563/08; *Bayrak c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 18527/08; *Ghazal c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 29134/08; todas ellas de 30 junio 2009.

⁶⁷ *Jasvir Singh c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 25463/08, y *Ranjit Singh c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 27561/08, ambas de 30 junio 2009.

⁶⁸ Como ya había sucedido en *Dogru* y *Kervanci*, el TEDH, sin grandes explicaciones, declaró que aceptar o no la alternativa propuesta por las estudiantes entraba dentro del legítimo margen de apreciación de las autoridades francesas, y no había por tanto lugar a revisión alguna de lo apropiado o no de ese rechazo (vid. supra, nota 61 y texto correspondiente).

francesas a conceder excepciones a normas o prácticas relativas a la seguridad pública, cuando éstas imponían la necesidad de despojarse por breves momentos de un objeto religioso personal.⁶⁹ En tales casos se trataba de normas neutrales concebidas *ab initio* con una finalidad que nada tenía que ver con la religión; su relación con el hecho religioso era tangencial y casual. Al contrario, la legislación francesa de 2004 – conviene no olvidarlo – tiene por objeto explícito la limitación de un aspecto del ejercicio de la libertad religiosa; y además, pese a estar redactada en términos generales y ser ocasionalmente aplicada a otras religiones, tiene como origen el interés por restringir la visibilidad del Islam en el ámbito escolar.

6. OBSERVACIONES FINALES

Las páginas anteriores reflejan la opinión que, en líneas generales, me merece la actuación del TEDH en esta materia: desafortunada, a veces trivial, inconsistente con otros principios jurisprudenciales de Estrasburgo, y con poca visión de futuro. No es una opinión halagüeña, pero pienso que el respeto que se debe a una institución como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reclama claridad al criticar aquellos aspectos de su jurisprudencia que pueden derivar en detrimento de la tutela de derechos fundamentales. Entre otras cosas porque el alcance futuro de sus decisiones no se limitará a esos dos países, y la debilidad de la argumentación seguida por el Tribunal en esos casos puede ser una bomba de relojería.

A mi modo de ver, hay dos posibles razones que explican esas deficiencias – sin ignorar, naturalmente, la dificultad de encontrar razones precisas en un tribunal de dinámica interna tan compleja como el TEDH: un tribunal que está compuesto en principio por 47 jueces⁷⁰ de nacionalidades y currículos profesionales diversos, elegidos por mandatos de seis años mediante un procedimiento no exento de un componente político (nacional y europeo simultáneamente) en su nombramiento, que opera normalmente mediante salas de siete jueces, y que tiene una notable sobrecarga de trabajo que no hace fácil el análisis cuidadoso de cada caso por parte de los jueces y quizá lo hace demasiado dependiente, por tanto, de la aplicación rutinaria de decisiones anteriores y del trabajo de los letrados del Tribunal.

Una de esas razones es la tradicional escasa receptividad del TEDH a aceptar que el artículo 9 CEDH protege el derecho a comportarse en la vida ordinaria de acuerdo con los deberes morales enraizados en las propias creencias, religiosas o no.⁷¹ Con la consecuen-

⁶⁹ Me refiero a los casos *Phull*, *Mann Singh*, y *El Morsli*, ya citados (vid. supra, respectivamente, notas 6, 7 y 65).

⁷⁰ Es decir, uno por cada país miembro del Consejo de Europa. En el momento de redactarse estas páginas, no obstante, son sólo 46, pues el puesto de juez correspondiente a Ucrania está sin cubrir.

⁷¹ Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN & R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, cit. en nota 13, pp. 228 ss.

cia de que, cuando esa conducta moralmente obligada entra en conflicto con alguna ley ‘neutral’, el Tribunal se muestra reticente a reconocer el derecho a ser eximido del cumplimiento de la norma, sobre la base de que el art. 9 “no protege en todo caso cualquier clase de acto motivado o inspirado por una religión o convicción y no siempre garantiza el derecho a comportarse de la manera dictada por una convicción religiosa” – una frase tomada por la sentencia *Leyla Şahin* de una antigua decisión de inadmisibilidad relativa a una activista anti-inglesa que repartía propaganda entre soldados británicos destinados en Irlanda del Norte, y que ha sido repetida después por el Tribunal en todas sus decisiones posteriores sobre indumentaria religiosa.⁷² El problema, que el TEDH parece ignorar por completo, es que las normas anti-simbología religiosa, en Turquía y Francia, no tienen nada de neutrales. Afirman la defensa del principio de laicidad, que es sin duda un principio neutral, pero su finalidad expresa es impedir ciertas manifestaciones de ideas religiosas, con un no explícito pero bien conocido énfasis en la religión islámica.

Una posible segunda razón, cuyo fundamento he de reconocer no pasa de la simple conjetura, es que la actuación del TEDH podría estar influida por la sospecha de que una sentencia tuitiva del derecho a portar, en concreto, el velo islámico quizá contribuiría indirectamente a legitimar posiciones radicales que, amparadas en determinadas interpretaciones de la *sharia*, no universalmente compartidas en el mundo musulmán, intenten generar movimientos populistas en contra de las libertades que Europa entiende esenciales para la democracia y que van unidas a un reconocimiento de la autonomía recíproca de religión y Estado en sus relaciones. En otras palabras, un cierto temor a que una interpretación escrupulosamente garantista de este aspecto de la libertad de religión pueda ser instrumentalizado por un cierto Islam ‘político’ con fines que nada tienen que ver en realidad con la defensa de las libertades individuales. Éste era, en el fondo, el planteamiento del gobierno turco cuando defendía sus posiciones tajantes en la prohibición de simbología religiosa, y el TEDH parece haberlo aceptado sin grandes exigencias de prueba respecto al supuesto peligro que, en el caso concreto, trataba de atajar. Con naturalidad y sin escrutinio alguno se ha aceptado que el uso del velo islámico, más allá de su vertiente estricta de obligación religiosa, necesariamente transmite un mensaje político incompatible con la democracia. Y la misma actitud se ha adoptado en relación con la legislación francesa, a pesar de que el contexto social es muy distinto al de Turquía y el discurso sobre los riesgos de alentar el radicalismo islámico es aún menos creíble.

En todo caso, tratándose de normas directamente encaminadas a restringir una manifestación religiosa, el respeto mostrado por el TEDH hacia el margen discrecional de apreciación por parte de las autoridades nacionales resulta excesivo, a mi juicio, y viene a constituir una virtual renuncia del Tribunal a ejercer su función de control del uso del principio de

⁷² Vid. *Leyla Şahin (Grand Chamber)*, § 105, y la decisión de admisibilidad de la Comisión citada supra, en nota 18. El Tribunal ya había utilizado esa misma frase de la vieja decisión *Arrowsmith*, sin ocuparse de precisar su versatilidad o ambigüedad, en la sentencia *Kalaç*, un peculiar caso relativo a las purgas de militares supuestamente fundamentalistas en el Ejército turco (vid. supra, nota 34).

proporcionalidad en la imposición de limitaciones a derechos fundamentales. No son precedentes positivos para el futuro. Sobre todo cuando el TEDH se muestra tan poco exigente en cuanto a la argumentación teórica, y también en cuanto a las pruebas mismas de los hechos que, según los gobiernos turco o francés, justificarían las medidas restrictivas de la libertad religiosa, tanto en lo concerniente a los peligros que declaradamente intentan evitar como a los bienes que en principio ha de producir la prohibición.

La preocupación del TEDH – como de Turquía o Francia, y otros países europeos incluida España – respecto al radicalismo musulmán es sin duda comprensible.⁷³ Pero la decisión de un tribunal no puede basarse en la mera sospecha o en el apoyo a determinadas líneas de acción política, sino que ha de fundarse en claros principios jurídicos y en un examen cuidadoso e imparcial del material probatorio aportado en el proceso. Y los casos analizados en este trabajo suscitan la doble inquietud de que el TEDH no ha sido ni particularmente escrupuloso en cuanto a la prueba ni especialmente riguroso en cuanto a los principios. A este último propósito, por ejemplo, su noción de la laicidad del Estado y sus consecuencias es – ya desde el caso *Dahlab*⁷⁴ – demasiado tributaria de una concepción que entiende la laicidad no como neutralidad del Estado ante el hecho religioso o ideológico, sino como ausencia de visibilidad de la religión, es decir, como una situación artificial que garantiza entornos ‘libres de religión’ pero no, sin embargo, libres de otras ideas no religiosas de impacto ético equiparable.

En fin, no deja de ser significativo que la mayoría de los casos en que el TEDH ha legitimado la restricción del velo islámico se refieren al entorno educativo. ¿Pueden extrapolarse sus conclusiones, y los principios jurisprudenciales adoptados por el Tribunal, o bien debemos entender que la política de apoyo del TEDH a ese concepto de laicidad se refiere exclusivamente al ámbito de la educación pública? Aún es pronto para saberlo. De momento, lo que sí parece claro es que también resulta significativa la enorme cantidad de críticas que esta línea jurisprudencial ha generado entre numerosos juristas de diversos países y de muy diversas orientaciones.⁷⁵

⁷³ No quiero sugerir con esto, naturalmente, que Islam y radicalismo vayan necesariamente unidos, pero no puede ignorarse que, en determinados ámbitos del Islam, la noción de libertad individual, y la interacción entre religión y poder político secular, es distinta de la que impregna el concepto europeo de democracia. Vid. al respecto Z. COMBALÍA, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona 2001.

⁷⁴ Vid. supra, epígrafe 0 de este trabajo.

⁷⁵ Y también por parte de la *United States Commission on International Religious Freedom*, que ha manifestado recientemente su “preocupación” por el apoyo que el TEDH está dando a la política ant-símbolos religiosos en la escuela francesa, sin que haya constancia del riesgo que esos símbolos pueden implicar para el orden público (declaración de prensa de 7 agosto 2009, disponible en: <http://www.uscirf.gov/>). El significado político y diplomático de esa declaración no ha de pasar inadvertido. La USCIFR es una comisión asesora del gobierno federal, que tiene por objeto analizar la situación de la tutela de la libertad religiosa en el exterior de Estados Unidos y formular recomendaciones al gobierno y al legislativo federal norteamericano en relación con su posible actuación en esa materia. Se trata de una comisión bipartidista y políticamente equilibrada, integrada por ocho miembros que son expertos en cuestiones religiosas.

