

EL PAÑUELO ISLÁMICO: LA RESPUESTA EUROPEA

Yolanda Gómez Sánchez

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Abstract: Using religious symbols and clothing in the civil life has aroused several problems of legal interpretation and enforcement not only in western societies, but also in Islamic countries. International and national jurisdictions have ruled on the matter at different levels.

The present article explores a number of questions concerning this topic, mainly in connection with the Islamic headscarf (hiyab) within the European realm. The religious nature of this veil is questioned in certain cases, against the general approach of the European courts, which have been considering it a religious symbol at any rate. Apart from the required references to the doctrine of the European Court of Human Rights, initiatives by the European Union are considered along with the new legal framework created by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and its Article 10, on Freedom of thought, conscience and religion.

Keywords: Freedom of religion, islamic headscarf, hiyab, Fundamental Rights.

Resumen: El uso de símbolos e indumentaria formalmente vinculados a una religión en la vida civil ha suscitado numerosos problemas de interpretación y aplicación en las sociedades occidentales pero también en países islámicos y ha sido objeto de pronunciamientos jurisdiccionales en diferentes niveles, tanto en el orden interno como en el orden internacional.

En este artículo se analizan algunas cuestiones relativas a este tema principalmente en relación con el velo islámico (hiyab) en el contexto europeo. En estas páginas se cuestiona la naturaleza de signo religioso del velo islámico en determinados casos, lo cual ha sido escasamente explorado por la jurisprudencia europea que ha partido de la aceptación de tal naturaleza en cualquier circunstancia. Además de las necesarias referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se analizan las iniciativas llevadas a cabo en el seno de la Unión Europea y específicamente se aborda el marco jurídico creado a partir de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea y de su artículo 10 sobre libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Palabras clave: Libertad religiosa, pañuelo islámico, hiyab, derechos fundamentales.

SUMARIO: 1. El uso de la vestimenta halal en las sociedades aconfesionales o laicas: planteamiento.- 2. El hiyab como signo externo de la religión musulmana.- 3. La respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- 4. Vestido islámico y Unión Europea.- 4.1. La posición institucional de la Unión Europea en relación con la libertad religiosa.- 4.2. El artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales.- 4.2.1. Ámbito de aplicación de la Carta y del artículo 10.- 4.2.2. Alcance de los derechos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.- 4.2.3. Nivel de protección de los derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales.- 5. Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea.

1. EL USO DE LA VESTIMENTA HALAL EN LAS SOCIEDADES ACONFESIONALES O LAICAS: PLANTEAMIENTO

No es necesario recordar la relevancia que las libertades de *primera generación*¹, como la libertad religiosa, tienen en las sociedades pluralistas y multi-culturales actuales. La necesidad de articular en términos de igualdad y justicia posiciones profundamente divergentes sobre opciones de vida es un reto para todos los Estados democráticos tanto respecto de sus ciudadanos como de los extranjeros que se encuentren en su territorio.

El uso de símbolos e indumentaria formalmente vinculados a una religión en la vida civil ha suscitado numerosos problemas de interpretación y aplica-

¹ He tenido la oportunidad de pronunciarme sobre la naturaleza de las generaciones de derechos y su incidencia en la interpretación del actual sistema de derechos fundamentales en trabajos anteriores a los que ahora me remito. Al respecto, pueden consultarse, entre otros: "El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación", *Panorama Internacional en Salud y Derecho*, Brena Sesma, I. (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, pp. 205 y sigs. "Biotecnología y derechos fundamentales", vol. 1, Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España, CEPC/Universidad del País Vasco, 2 vols., Bilbao, 2005, pp. 223-250. Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales, Sanz y Torres, Madrid, 2011, pp. 45 y sigs.

ción en las sociedades occidentales pero también en países islámicos y ha sido objeto de pronunciamientos jurisdiccionales en diferentes niveles, tanto en el orden interno como en el orden internacional. Las prescripciones sobre el uso de indumentaria y calzado tanto para el hombre como para la mujer musulmanes –vestido *halal*– son extraordinariamente diferentes² en razón de los territorios y de los niveles de adopción de las decisiones. En estas páginas nos referiremos exclusivamente a la indumentaria de uso civil y no a la que pudiera ser utilizada para el culto o en lugares del culto o la vestimenta propia de las personas consagradas a la religión que, en todo caso, requeriría un análisis claramente diferenciado. Si bien, como ya se ha dicho, las prescripciones sobre el uso del vestido *hala*³ en la sociedad civil afectan tanto a hombres como a mujeres, son los casos referidos a estas últimas los que con más frecuencia han sido motivo de atención por los medios de comunicación y por los poderes públicos en la medida en la que el uso de dichas prendas parece difícilmente separable de una concreta idea de la mujer y de su posición y obligaciones en el seno de su comunidad. El acto de cubrirse parte (*hiyab* o *niqab*) o todo el cuerpo (*burka*) está claramente vinculado a la condición sexual de la mujer, a sus deberes conyugales presentes o futuros y a su posición dentro de la comunidad o la familia. Dato éste que no debe ser olvidado en el análisis e interpretación jurídica de los problemas derivados del uso de algunas de las prendas musulmanas como se pone de manifiesto en páginas siguientes. Con todo, en estas páginas nos referiremos a una concreta prenda dentro del extenso ámbito del uso civil de la vestimenta islámica: el *hiyab*. No aludiremos, por tanto, a otros vestidos como el *niqab* o el *burka* (también *burqa* o *burqu*) merecedores, sin duda, de un análisis independiente que, sin embargo, no puede abordarse en estas páginas.

El *hiyab* es el pañuelo islámico que tiene por finalidad ocultar el cabello, el cuello, los hombros y el escote femenino pero no oculta el óvalo del rostro de la mujer como si hacen tanto el *niqab* como el *burka*. Esta distinción, que se basa exclusivamente en el grado en el que el pañuelo o el vestido cubre la cara y el cuerpo de la mujer, es jurídicamente relevante en la medida en la que, como veremos, la validación del *test de la proporcionalidad* con la que se han interpretado los casos en sede jurisdiccional (y, específicamente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) depende en buena medida del grado o intensidad con la que la vestimenta aísla a la mujer del exterior o impida su identificación y del nivel con el que la específica vestimenta musulmana esta-

² CATALÁ, Santiago, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, *El pañuelo islámico en Europa*, Motilla, A. (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 40.

³ Los tipos de ropa *halal* son diversos (*kandora*, *kaftan*, *yabador*, *abaya*...) y no se circunscriben a los conocidos “velos”.

blece un criterio de diferenciación más o menos radical con la vestimenta del resto de la población.

Aunque hay opiniones discrepantes, creo que puede afirmarse que en el ámbito de las organizaciones internacionales, se defiende una interpretación amplia sobre el uso de los diferentes vestidos islámicos apoyada especialmente en su consideración de *práctica* religiosa (tema al que nos referiremos en un epígrafe posterior) y también a una mayoritaria opinión contraria a establecer prohibiciones concretas. Por su parte los Estados han dado respuestas diferentes a los casos planteados en sus respectivos territorios⁴, algunas de las cuales sí han supuesto la prohibición de algunos de los vestidos islámicos, especialmente, del *burka*.

Así, tanto en el Consejo de Europa como en la Unión Europea se mantiene una posición favorable no tanto al uso de velos como a la no prohibición de los mismos o, al menos, no a una prohibición absoluta a pesar de que se han suscitado iniciativas a favor de la prohibición, al menos, de algunos vestidos. Tal fue el caso de la *Resolución sobre el islam y la Islamofobia* de la Asamblea del Consejo de Europa, adoptada el 23 de junio de 2010, por 108 votos favorables y 4 abstenciones, que terminó desaconsejando la prohibición total no ya del *hiyab* sino de los velos integrales como el *burka* y el *niqab*, salvo por motivos de seguridad. Durante los debates, el representante holandés del Grupo Popular, Pieter Omtzigt, presentó una enmienda para que la Asamblea aprobara la prohibición absoluta de estas prendas aunque la enmienda fue rechazada por 81 votos negativos contra 24 favorables y 8 abstenciones. Este documento asume el hecho que de los diversos tipos de pañuelos y vestidos islámicos no están expresamente contenidos en los textos sagrados del Islam y que su uso es fruto de la tradición y las costumbres locales o tribales y, también, que tales costumbres pueden constituir “una amenaza para la dignidad y libertad de la mujer”. La Asamblea Parlamentaria también subraya que los usos religiosos no pueden estar por encima de los derechos humanos, pero, a pesar de estas premisas, se decantó por la no prohibición total de los vestidos musulmanes por considerar, como expuso el ponente de la Resolución, el socialista Morgens Jensen, que con ella se podría añadir una mayor presión sobre la mujer por parte de la familia y las comunidades confinándolas al ámbito del hogar y reduciendo sus posibilidades de participar en la vida laboral y social, lo cual confirma la naturaleza híbrida –social y religiosa– de estas prácticas.

⁴ Sobre este particular puede consultarse, entre otros: CIÁURRIZ LABIANO, María José, “Laicidad y Ley sobre los símbolos religiosos en Francia”; MOTILLA, Agustín, “La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña”; ROSSELL, Jaime, “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”; en Motilla, A. (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

En similar sentido se ha pronunciado la Unión Europea. La Comisión Europea rechazó, en junio de 2010, legislar a nivel europeo la prohibición del uso del *burka* en lugares públicos a pesar de que varios Estados miembros habían promovido iniciativas legislativas en sus respectivos territorios. La Comisaria de Interior, Cecilia Malmstrom, aseguró a los medios de comunicación que no apreciaba “la necesidad de legislar el uso del *burka* a nivel europeo”

Como es conocido, en España se han sustanciado diversas iniciativas en sede parlamentaria sobre el uso de la vestimenta islámica en los espacios públicos. El Senado aprobó en 2010 dos mociones sobre la necesidad de regular el uso del velo integral (*burka* y *niqab*). La primera, el 23 de junio de 2010, a propuesta del Grupo Popular instando al Gobierno a realizar las reformas legales necesarias para prohibir el uso del velo integral en los espacios públicos fue adoptada por 131 votos a favor (PP, CiU y UPN) y 129 en contra. El PSOE presentó una moción alternativa en la que rechazaba también el uso del velo y de cualquier costumbre o “práctica discriminatoria y limitadora de la libertad de las mujeres, como el *burka* y el *niqab*” pero no apoyaban su prohibición sino un conjunto de políticas de colaboración con las comunidades musulmanas para promover la integración de esta población.

La segunda moción fue aprobada el 7 de julio de 2010, a propuesta de Convergencia i Unió con el apoyo del Grupo Popular, en la que se instaba al Gobierno a solicitar al Consejo de Estado un estudio sobre la regulación del uso del velo integral (*burka* o *niqab*), en el marco del ordenamiento jurídico. Esta iniciativa, que fue adoptada con el apoyo del Grupo Popular, contó con 126 votos a favor, 125 abstenciones y 1 en contra⁵. Estas dos mociones priorizaban los derechos de las mujeres respecto de los usos y tradiciones religiosas, entendiendo que la propia condición de muchas mujeres musulmanas y su subordinada posición dentro de la comunidad y la familia podían impedir el ejercicio libre de sus opciones vitales.

En el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Popular presentó una moción similar a la tramitada en el Senado instando al Gobierno a regular la prohibición del velo integral (*burka* y *niqab*) en lugares públicos que fue rechazada por la Cámara Baja el 20 de julio de 2010. La resolución del PP pedía al Ejecutivo la “prohibición en espacios o acontecimientos públicos que no tengan finalidad estrictamente religiosa el uso de velos integrales, así como cualesquiera otros atuendos que oculten el rostro y dificulten la identificación de la persona y la comunicación visual”.

En el ámbito municipal y a pesar de que la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, nada dice al respecto, se han producido también

⁵ El único voto en contra fue el de la senadora Carmen Alborch.

iniciativas en ayuntamiento para aprobar normas sobre la prohibición del velo integral en los espacios públicos y en algunos de ellos las ordenanzas municipales contemplan prohibiciones del uso de los pañuelos islámicos en los espacios públicos (por ejemplo, Lleida, Reus, Tarragona o Barcelona que prohíbe el velo integral por decreto) aunque el Parlamento de Cataluña rechazó apoyar una legislación prohibicionista en 2010⁶. En general, estas normas no establecen una prohibición absoluta sino una limitación del uso de algún tipo de vestido halal en los edificios públicos de los municipios y la limitación se apoya en la necesidad de identificar a la persona que accede a dichos edificios.

La tesis de la seguridad o la necesidad de identificación de la persona viene avalada en España por las normas que regulan la expedición del documento nacional de identidad y del pasaporte. En este sentido, el *Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica*, que modifica el artículo 5.1 cuyo párrafo b) establece como requisitos para la expedición del documento, aportar: “Una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 por 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona”. Aunque la literalidad del Real Decreto no ofrece duda y como viene siendo práctica habitual en España, una Instrucción del Ministerio del Interior ha confirmado la posibilidad de que las mujeres puedan aportar las fotografías requeridas para obtener el documento nacional de identidad electrónico llevando el velo islámico cuando determinadas prácticas, creencias u órdenes religiosas obligan a la ocultación del pelo y los lóbulos de las orejas; deben quedar al descubierto a efectos de identificación la frente, cejas, ojos, nariz, labios y el mentón por lo que sería posible utilizar el *hiyab* pero no el *niqab* ni el *burka*.

La clara contradicción entre el Real Decreto y la práctica en el caso de la obtención del documento nacional de identidad electrónico (que debería haberse resuelto con una modificación del Real Decreto y no con una Circular a la Policía) es menor en el caso de la obtención del pasaporte ya que el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se regulan sus características, establece, en su artículo 4 c) como requisito para la expedición de este documento oficial que el interesado aporte “una fotografía del rostro del solicitante tamaño carné, en color y con fondo claro, liso y uniforme, tomada de frente, y sin gafas de cristales oscuros

⁶ Diario de Sesiones del Parlament de Catalunya, de 01 de julio de 2010, en: <<http://www.parlament.cat/activitat/dspcp/08p126.pdf>>.

o cualquier otra prenda que impida la identificación de la persona”. Dado que este artículo no requiere llevar la “cabeza totalmente descubierta” como si prescribe el Real Decreto 1586/2009, no existe incompatibilidad entre lo establecido en el mencionado artículo 4 c) y las medidas que habilitan a la mujer musulmana a aportar la fotografía llevando el *hiyab*.

En todo caso, ambas normas habilitan a los poderes públicos para denegar el documento nacional de identidad o el pasaporte a aquellas mujeres que no cumplan con los requisitos establecidos, lo cual es coherente con una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha confirmado que no se produce vulneración de los derechos constitucionales por someter a éstos a los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico siempre de manera compatible con los demás derechos constitucionales y no hagan impracticable el derecho demandado.

Con todo, las posiciones de las fuerzas políticas en España distan mucho del mínimo consenso en este tema y aunque el uso del velo integral es claramente minoritario no deja de ser un asunto relevante que requiere atención de los poderes públicos. Mucho más frecuentes han sido los conflictos por el uso del *hiyab*, especialmente por menores de edad en los colegios⁷, que, en general, se han solventado –después de una mayor o menor controversia pública– con el traslado de la menor a otro colegio⁸, lo cual ha impedido que se consolidara una criterio de aplicación general en todo el Estado aun dentro del respeto al reparto competencial que en cada caso correspondiera.

2. EL HIYAB COMO SIGNO EXTERNO DE LA RELIGIÓN MUSULMANA

En un contexto de disenso legislativo, jurisprudencial y social en Europa pero también en países musulmanes, una primera reflexión debe ser sobre la amplia e indiscutida aceptación de las diferentes opciones del vestido halal de la mujer como símbolo y precepto religioso. Resulta de interés constatar que, desde muy diferentes puntos de vista, se acepta la naturaleza de precepto religioso del uso de diferentes signos externos en la vestimenta musulmana como

⁷ En España el caso de Najwa Malha, una menor a la que se le prohibió el acceso a su Colegio por llevar *hiyab* en 2010, generó opiniones dispares. Entre los partidos mayoritarios, el PSOE se ha manifestado en general contrario a la prohibición mientras que el Partido Popular la ha apoyado plenamente. Convergencia i Unió apoyó las iniciativas del Grupo Popular en el Senado instando la prohibición del velo integral.

⁸ La situación en España no es objeto de estudio en estas páginas. Sobre el particular pueden consultarse, entre otros: ALÁEZ CORRAL, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011. Versión electrónica:

<<http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/panoramicaprohibicionveloeneuropa-TRC.pdf>>.

el *hiyab*, el *niqab*, en menor medida, el *burka* sin el análisis en profundidad que debería hacerse. Ello es relevante en la medida en la que, por un lado, no existen preceptos concretos ni en el *Corán* ni en la *Sunna* que obliguen de manera específica al uso de estas prendas más allá de citas generales de cuya interpretación no se deriva ningún mandato vinculante. De otro lado, la pluralidad de prescripciones, la divergencia de los propios vestidos y la multiplicidad de centros de decisión sobre el uso de los mismos hace verdaderamente difícil poder concluir sobre la existencia de verdaderos preceptos generales en este sentido. Pero todavía más, el origen del uso de ropas específicas para la mujer musulmana tiene un único fundamento, ocultar cualquier parte del cuerpo que pudiera llevar a consideraciones o sentimientos de atracción sexual o emocional por parte de cualquiera que no sea el marido o el futuro marido. Partiendo de un origen que pretendía la dignificación de la mujer respecto de otras, es decir, la manifestación de su clase respecto de las sirvientas o las más pobres, la ropa islámica en general y los diversos tipos de velos en particular aluden a la mujer como sujeto sexual y reproductor y están ineludiblemente vinculados a una específica consideración de la misma en el contexto de la comunidad y de la familia y exteriorizan los deberes derivados de su condición de mujer musulmana. Por ello, junto al uso de los diferentes tipos de velo o pañuelo islámico, la mujer musulmana debe seguir también otras reglas en su vestimenta como es la de no vestir ropa ajustada que permita atisbar su figura y no mostrar partes de su cuerpo incluso en actividades tan particulares como los deportes o el ocio en playas. Siendo esto así, el análisis jurídico que debe hacerse del uso del vestido halal no puede separarse del resto de las vestimentas que la mujer musulmana debe usar. Volveremos sobre este punto más adelante.

Como ya hemos señalado, la obligación de esconder el cuerpo y la marginación de la mujer de los espacios públicos y políticos no tiene base en los textos sagrados del Islam sino que proceden de una interpretación integrista impuesta desde el poder político y social en algunas sociedades musulmanas con diferente intensidad y alcance en razón de la estructura política y social del país o la comunidad. Sin duda, hay que estar de acuerdo con quién defiende el derecho a la libertad de las mujeres musulmanas para usar el vestido halal que consideren acorde con sus convicciones, pero los que así opinan no siempre valoran debidamente la necesidad de acreditar en Derecho tal libertad de opción. La Historia nos ha enseñado con meridiana claridad que el mero reconocimiento formal de la libertad y de la igualdad no hace a las personas realmente libres ni iguales, mucho menos a las mujeres lastradas por siglos de marginación y discriminación. Los derechos fundamentales no son meras abstracciones, requieren un contexto de libertad e igualdad donde puedan ser

aplicados y ejercidos. Afirmar que quien vive inmersa en un contexto de ausencia de libertades, ejerce libremente su libertad religiosa puede resultar una falacia dramática. La propia sociedad musulmana ha mantenido y mantiene criterios diferentes al respecto. A finales del siglo XIX, un movimiento político y social denominado *Nahda* (renacimiento) cuestionó el uso del *hiyab*, que fue considerado un signo de la exclusión femenina y de la no participación de las mujeres en los asuntos públicos; sin embargo, aquel movimiento social, político, científico y cultural no logró homogeneizar los usos en la vestimenta musulmana⁹ y a partir de la década de los setenta y nítidamente en la de los ochenta, los diferentes vestidos islámicos volvieron a ser utilizados mayoritariamente y prescritos por los dirigentes de países musulmanes a la par que fuerzas políticas integristas ocupan el poder en relevantes países musulmanes.

Toda sociedad democrática está obligada a intentar conseguir el mayor grado de integración de su población en el marco del mayor estándar posible en el reconocimiento y libre ejercicio de los derechos fundamentales. Empresa, sin embargo, no exenta de dificultades. Reconocer y tutelar el mayor ámbito posible de libertad –y de libertades– de los ciudadanos con la articulación de un sistema de derechos garantista y justo es un objetivo prioritario aunque de difícil consecución. Aunque las diferencias culturales y religiosas se dan tanto entre los nacionales de un país como entre éstos y los inmigrantes, es claro que la necesidad de aplicar políticas de integración es todavía mayor en el caso de los inmigrantes y es precisamente donde el conflicto intercultural puede ser de mayor entidad. Esta necesidad de integración ha sido motivo de preocupación también en la Unión Europea la cual adoptó una posición común en el documento *Principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea*, aprobados por el Consejo Europeo de Ministros de Justicia el 19 de noviembre de 2004¹⁰, en el cual se enuncian once principios comunes y se afirma que la “integración tiene lugar simultáneamente a escala de los individuos, de las familias, de la comunidad en general y del Estado, y se plasma en todas las facetas de la vida ... (y) para tener éxito, la política de integración debe comprometer a las instituciones locales, regionales y nacionales con las que interactúan los inmigrantes, tanto en el ámbito privado como en el público”. El Documento afirma también que la “integración es un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros (princi-

⁹ DE MIRANDA AVENA, Claudia, “Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Vol. 11 (2010), p. 25.

¹⁰ Refª. 14615/04 (Press 321).

pio primero); y que “implica el respeto de los valores básicos de la Unión Europea” (principio segundo). La participación educativa y laboral (principios tercero, cuarto y quinto) son esenciales para facilitar la integración. Finalmente, la sociedad receptora puede pedir respeto para sus valores básicos y ello puede entrar en conflicto con la percepción que un grupo concreto pueda tener de sus derechos o de sus obligaciones respecto de dicha sociedad. El uso del vestido *halal* por las mujeres es quizá uno de los exponentes más claros de esta dicotomía.

Finalmente, en Europa el problema del uso del vestido *halal* por parte de la mujer musulmana ha sido enfocado por todas las partes como un problema de restricción de sus libertades y, más específicamente, como una vulneración de su libertad religiosa¹¹ aunque las opiniones sobre la legitimidad o no de las medidas que puedan adoptarse son muy diferentes. Este planteamiento, especialmente defendido por los propios musulmanes (en menor medida, por mujeres musulmanas aunque cuando la han realizado ha sido especialmente vehemente), ha colocado la controversia desde el inicio en términos de opresor-oprimido (Occidente-Islam). Este punto de partida era el peor imaginable. A partir de ahí, cualquier opinión, legislación o pronunciamiento judicial sobre el particular ha sido recibido como acorde o contrario a una de las dos únicas posiciones visibles: derecho a la libertad religiosa o vulneración de la misma.

Sin embargo, el uso del *hiyab* por la mujer musulmana en las sociedades occidentales responde hoy a diferentes motivos y no es una manifestación religiosa sino en un limitado número de casos. Mucho más limitado y restrictivo es el fundamento religioso para el uso del *niqab* y del *burka* que evidencian el objetivo de anular la identidad individual de cada mujer en el ámbito público y que se corresponde con una situación de postergación social, económica y política mucho más intensa y evidente y por ello puede resultar legítima una respuesta más limitativa por parte de los poderes públicos. El Informe de la Fundamental Rights Agency (FRA), *Muslims in the European Union discrimination and Islamophobia*¹², analiza esta cuestión y afirma que existen casos constatados en los que las mujeres llevan el velo como consecuencia de una obligación impuesta por su familia o su comunidad o por temor a ser rechazadas dentro de esa misma comunidad, mientras que otras lo llevan como un medio de reivindicación y proselitismo de su condición de musulmanas y, por tanto, como una forma de réplica a lo que consideran que son unos valores occidentales impuestos. En todos los casos, hay poco de “mandato religioso”

¹¹ Sobre los preceptos coránicos relativos a la vestimenta, puede consultarse, entre otros: CATALÁ, Santiago, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, *El pañuelo islámico en Europa*, Motilla, A. (coord.), ob. cit., p. 47.

¹² <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Manifestations_EN.pdf>.

y sí mucho de uso, costumbre social o de una práctica más aceptada por la mujer que realmente sentida por ella como precepto religioso. Sin que pueda ni deba descartarse el sentimiento religioso consciente, el pañuelo islámico es utilizado frecuentemente en las sociedades occidentales más como un símbolo cultural y distintivo de la pertenencia a una comunidad –sin duda, a una comunidad religiosa– que como el cumplimiento de un concreto precepto religioso¹³ y no pocas veces su uso resulta ser un complemento disonante en una vestimenta occidental que rompe con otros preceptos y costumbres del Islam. Si bien el origen de velo y, en su conjunto, del vestido pudo estar anclado en principios religiosos¹⁴, actualmente más que un símbolo externo de la religión musulmana parece ser un signo de una cultura global en la que están integrados aspectos religiosos, morales, sociales y económicos y sobre todo un signo de identidad musulmana lo cual no es lo mismo que un símbolo religioso en sentido estricto. Llevar el pañuelo islámico “no es equiparable a ponerse una gorra o cualquier accesorio de ostentación, es un signo externo de adhesión a un proyecto de vida a la que la mujer no podrá renunciar, so pena de traición moral y expulsión de la comunidad de creyentes (umma)”¹⁵, elementos todos ellos escasamente compatibles con la idea del ejercicio libre de un derecho fundamental como la libertad religiosa.

De otra parte, no es fácil, en consecuencia, llevar a cabo un análisis jurídico del uso de la vestimenta musulmana –por ejemplo, el hiyab– cuando ésta se ha convertido en un complemento aislado de una vestimenta occidental no siempre acorde con otros mandatos islámicos. ¿Es realmente el pañuelo islámico un símbolo religioso? ¿Puede considerarse un símbolo de suficiente entidad para merecer un tratamiento jurídico específico cuando no está prescripto en ninguno de los textos sagrados del islam? ¿Puede ser considerado un símbolo religioso de obligado cumplimiento cuando la disparidad de criterios sobre el mismo y su obligatoriedad dependen en muchas ocasiones de la decisión del padre de familia, del marido o de los líderes de una comunidad? ¿Qué margen de discrecionalidad efectivo corresponde a un Estado en estas cuestiones?

La legislación y la jurisprudencia han explorado escasamente algunos de los aspectos referidos en las precedentes preguntas y otros simplemente no han

¹³ Informe de la Agencia de Derechos Fundamentales *Muslims in the European Union discrimination and Islamophobia* (Abril, 2010), p. 10. Accesible en: <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Manifestations_EN.pdf>.

¹⁴ CATALÁ, Santiago, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, *El pañuelo islámico en Europa*, Mottilla, A. (coord.), ob. cit. p. 43.

¹⁵ DE MIRANDA AVENA, Claudia, “Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, ob. cit., p. 17.

sido abordados a pesar de que la línea argumental que cuestiona la naturaleza del hecho y del símbolo en sí parece relevante. De la misma manera que los tribunales pueden solicitar una prueba de coherencia para reconocer un derecho o para otorgar la exención de una obligación (por ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia en determinados casos) no es rechazable que pueda solicitarse tal prueba para determinar que una persona está sufriendo una violación de su libertad religiosa o si bien su reivindicación debería tener apoyo en otros derechos fundamentales (por ejemplo, en el derecho a la intimidad o en el derecho a la propia imagen).

3. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito del Consejo de Europa, como es sobradamente conocido, la libertad religiosa fue incluida en el artículo 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociéndose un ámbito de libertad de pensamiento, conciencia y religión que implica el derecho a manifestar las propias convicciones “por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos” sin que figure ninguna alusión específica en este artículo a los símbolos o signos externos que pudiera portar el individuo¹⁶. Como más adelante se menciona, el Tribunal Europeo ha considerado que el pañuelo forma parte de las “prácticas y la observancia de los ritos” y ha entrado a pronunciarse sobre el mismo cuando, en realidad, podría haberse cuestionado si tal complemento puede considerarse una manifestación de una práctica religiosa en persona no consagradas al culto. Podría igualmente haber considerado el Tribunal necesario probar la coherencia en la práctica de la religión pidiendo algún tipo de prueba para aceptar la violación del derecho. Como sabemos, sin embargo, el Tribunal se ha decantado en general por admitir la violación de la libertad religiosa pero considerándola compatible con el margen de discrecionalidad reconocido a los Estados en el párrafo segundo del artículo 9 del Convenio.

En lo que a estas páginas interesa, debe precisarse la específica naturaleza del derecho contenido en el artículo 9 del Convenio. Los Derechos del Convenio de Roma pueden clasificarse en tres diferentes categorías: *derechos intangibles* o *inderogables* (que, de conformidad con el artículo 15 del Convenio y artículo 3 del Protocolo 6, no pueden ser suspendidos por los Estados ni en caso de desórdenes públicos o conflicto bélico); derechos de

¹⁶ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido amplia e intensamente analizada por la doctrina. Las referencias que se contienen en estas páginas tienen como objetivo resaltar qué alternativas interpretativas hubiera podido utilizar legítimamente el Tribunal Europeo y no realizar una nueva interpretación de las sentencias.

carácter general (como el derecho al matrimonio y el derecho a fundar una familia) y los *derechos restringidos* o sometidos al margen de apreciación de los Estados al que pertenece el artículo 9¹⁷. Por ello, el apartado 2 del propio artículo 9 incorpora la cláusula que permite a los Estados activar su margen de discrecionalidad en la regulación de este derecho sin vulnerar el Convenio Europeo. Así, el Convenio permite establecer restricciones a este derecho siempre que consten en la *ley* y constituyan *medidas necesarias* en una sociedad democrática para la garantía de la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

El propio Tribunal Europeo ha construido el test que permite evaluar la actuación discrecional de un Estado en la aplicación del Convenio en relación con los derechos que permiten tal margen de apreciación estatal. Según la doctrina del Tribunal Europeo, el Estado puede activar su margen de discrecionalidad cuando en la formulación de uno de los derechos recogidos en la Convención Europea (excluidos los derechos inderogables a los que antes se aludió) se den dos elementos: a) un espacio de indefinición y abstracción; b) falta de consenso o ausencia de posición común entre los Estados parte para solucionar este vacío. En todo caso, el Tribunal conserva su competencia de interpretación del Convenio y de revisión de los casos que se le sometan pero, en relación con estos derechos sujetos a margen de apreciación por los Estados, el Tribunal no puede sustituir al Estado en su opción sino tan solo puede valorar si se dan los presupuestos de hecho necesarios para concluir que las medidas adoptadas cumplen las exigencias del Convenio¹⁸.

Con base en estos criterios, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el alcance de la libertad religiosa y se ha pronunciado en casos específicos sobre el pañuelo islámico. No debemos, pues, olvidar que nos encontramos ante un derecho sometido a margen de apreciación y en cuya literalidad el Convenio no ha incluido los símbolos religiosos de manera expresa. Veremos, a continuación, la posición del Tribunal Europeo en los no muy numerosos casos específicos sobre los que ha debido pronunciarse.

En primer lugar, debemos tomar en consideración que en todos los casos

¹⁷ Sobre esta categorización pueden consultarse, entre otros: QUESADA POLO, Santiago, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Gómez Sánchez, Y. (coord.), *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1997, p. 138.

¹⁸ GARCÍA ROCA, Francisco Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20 (2007), p. 124. También sobre la doctrina del "margen de apreciación", puede consultarse: MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "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* (2003) (<www.iustel.com>), pp. 14-17.

en los que el Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre esta cuestión lo ha hecho en relación con el hecho de llevar el pañuelo islámico en lugares públicos. Previamente a que se iniciara la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo en esta materia, la Comisión de Derechos Humanos en el ejercicio de las competencias que tenía en materia de protección de derechos (hoy ya suprimidas) se pronunció en el *Caso Karaduman contra Turquía y Bulut contra Turquía*. En el primer caso, una licenciada en Farmacología demandó al Estado turco por no expedirle el título universitario que a su vez las autoridades turcas negaban como consecuencia de que la interesada no presentaba una fotografía con el rostro descubierto como era preceptivo en la legislación turca. La Comisión inadmite el caso porque la demandante no había agotado los recursos previos. Con todo, la Comisión abre ya la vía que después seguirá el TEDH al indicar que una Universidad laica puede establecer requisitos y normas de conducta a sus estudiantes (esto, en realidad, era un requisito para el ejercicio de un derecho) y dice también que la utilización de símbolos religiosos en países cuya población es mayoritariamente de esa religión podría llegar a suponer una presión para aquellos que no la practiquen o pertenezcan a otras confesiones¹⁹. El Caso *Bulut contra Turquía* plantea el mismo supuesto que el anterior.

Estas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, sentaron las bases de la doctrina posterior del Tribunal Europeo²⁰. La primera alude al ámbito de protección otorgado por el artículo 9 del Convenio Europeo que si bien se cubre la esfera de la libertad religiosa y de conciencia individual puede, sin embargo, ser limitada en sus “prácticas” en el ámbito público, entre las cuales deberían incluirse las opciones relativas a la vestimenta. En segundo lugar la Comisión Europea considera que el Estado turco puede prohibir el velo islámico en las aulas universitarias para proteger a las mujeres que no lo lleven de la presión que podrían tener que soportar en estos casos y el consiguiente riesgo de alteración del orden público. Dado que la decisión final de la Comisión Europea fue de inadmisión, el fundamento de la decisión no es todo lo acabado que debería ya que el riesgo de presión indebida sobre un sector de población debería haber sido más nítidamente probado²¹.

En estos dos casos, el Tribunal Europeo debería haber insistido más en el

¹⁹ La doctrina se ha manifestado de manera muy diferente en relación con la doctrina del margen de discrecionalidad de los Estados. No podemos detenernos en estas páginas sobre esta relevante cuestión doctrinal pero si es importante destacar la decisiva influencia de la misma en las sentencias del Tribunal Europeo.

²⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, pp. 92-93. Accesible en: <http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf>.

²¹ *Ibidem*.

principio de sujeción de los derechos fundamentales a procedimiento tal y como han confirmado las cortes constitucionales de diversos países y, específicamente, el Tribunal Constitucional español, y en la obligación del sujeto de respetar el procedimiento establecido para el ejercicio del derecho. El derecho de acceso a la documentación sobre una titulación o documento administrativo podía justificar la exigencia de identificación de la persona en una determinada forma (en esos casos, sin velo) y no hubiera sido necesario incorporar la valoración sobre la posible presión sobre las mujeres que no llevan velo y que resulta un elemento más frágil en la interpretación del Tribunal.

Tras los pronunciamientos de la Comisión, el Tribunal comenzó su andadura jurisprudencial con la decisión sobre el *Caso Dahlab contra Suiza* de 15 de febrero de 2001²², por la que inadmitió a trámite el recurso presentado por una profesora de una escuela pública que alegó violación de su derecho a manifestar la propia religión cuando fue despedida por llevar *hiyab*. El Tribunal Europeo confirma el carácter restringido del derecho contenido en el artículo 9 del Convenio, que la previsión estaba contenida en una ley y que el Estado estaba habilitado para establecer esta medida en razón del principio de neutralidad del Estado el cual alegó que el signo ostensible que representaba el *hiyab* de la profesora rompía el principio de laicidad y dejaba desprotegidos a los alumnos menores de edad en su derecho a profesar sus propias creencias en la medida en la que podían ser influidos por la vestimenta de la profesora. En este caso, la valoración y ponderación de los intereses en conflicto está mucho más ajustada ya que la posición de una profesora respecto de sus alumnos menores de edad no es equiparable a la situación inversa, es decir, una alumna en la escuela o en la universidad. Esta diferencia es, en mi opinión, fundamento suficiente para avalar la decisión del Tribunal ya que el Estado suizo, contrariamente a lo mantenido por algunos autores, no estaba obligado a probar que la vestimenta de la profesora generaba un conflicto religioso en el aula sino que los requisitos establecidos para la indumentaria de dicha profesora estaban dentro de los márgenes de discrecionalidad atribuidos al Estado suizo lo cual fue confirmado por el Tribunal Europeo²³. Debe insistirse en que el Tribunal Europeo debe comprobar si se han cumplido por el Estado las garantías establecidas en el art. 9.2 del Convenio al hacer uso del margen de discrecionalidad reconocido en dicho apartado.

El primer caso específico en el que el Tribunal dictó sentencia fue el *Caso Leyla Şahin contra Turquía* (STEDH 46/2004 (Sección 4ª), de 29 junio)²⁴.

²² Asunto *Dahlab contra Suiza*. Decisión de 15 de febrero de 2001 (núm. 42393/1998, TEDH 2001-V).

²³ En contra de esta opinión, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", ob. cit., pp. 92-93.

²⁴ *Leyla Şahin vs. Turkey* (GC), N° 44774/98, parágrafo 109. ECHR 2005 – XI. Vid., los comen-

Leyla Şahin, estudiante en la Universidad de Estambul, demandó al Estado turco por la prohibición de que las alumnas asistieran a clase con velo y los alumnos con barba contenida en una circular del Rector de la Universidad. A la demandante se le prohibió la entrada en diversas ocasiones a la Facultad de Medicina donde estaba matriculada y también a la realización de exámenes por llevar velo²⁵. En este caso, el Tribunal Europeo reitera la doctrina que ya había fijado en sentencias anteriores y confirma que las manifestaciones externas de la libertad religiosa pueden ser limitadas de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 del Convenio. El Tribunal asume que dichas restricciones pueden estar fijadas en atención a criterios temporales y los usos en los diferentes países tal y como se deriva de las previsiones recogidas en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio el cual incorpora también las garantías normativas (estar establecidas en la ley) y ser necesarias en una sociedad democrática.

En este caso, el Tribunal pudo apreciar que la prohibición se refería tanto a mujeres como a hombres y que se dictaba en razón del principio de laicidad del Estado turco. Sin embargo, lo más relevante es que el Tribunal aprecia la existencia de una injerencia del Estado turco en la libertad religiosa de la demandante puesto que se restringe su libertad de manifestar su religión mediante el pañuelo islámico. A continuación el Tribunal, aplica el test del margen de discrecionalidad de los Estados y concluye que la injerencia no es ilegítima y que tiene su fundamento en el apartado 2 del artículo 9 ya que la medida es proporcional y ajustada a las necesidades de una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades ajenos, del orden y de la seguridad pública (apartado 98). El Tribunal valora especialmente la tutela del principio de laicidad en el que se basa el Estado turco. También incide el Tribunal en el aspecto de la existencia de una religión mayoritaria en Turquía (la musulmana) y como este hecho podría llegar a estrangular la libertad religiosa de otras personas si el Estado no velara por cierta limitación o ponderación de las muestras o signos externos. Por último señala que es coherente

tarios sobre este caso de SKACH, Cindy, “Religious Freedom -state neutrality – public order – role of international standards in interpreting and implementing constitutionally guaranteed rights”, en *The American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 186-196.

El Tribunal acordó también la admisibilidad del caso *Zeynep Tekn* contra Turquía (Decisión 41556/98), aunque la demandante comunicó su desistimiento de la causa en 2003, impidiendo el pronunciamiento de la Corte Europea sobre el fondo del asunto.

²⁵ Sobre este asunto pueden consultarse, RELAÑO, Eugenia, GARAY, Alain. “Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía”, en *RGDCDEE* 12 (2006), pp. 1-32; CACHO SÁNCHEZ, Yaelle. “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* (2006).

cierta limitación de los símbolos religiosos precisamente en las aulas universitarias donde debe predicarse la igualdad de todos, el pluralismo y el respeto de los derechos de todos.

En este caso, el Tribunal rechazó las alegaciones de la demandante sobre la posible violación de su derecho a la vida privada (art. 8), de su libertad de expresión (art. 10) y de su igualdad (art. 14) considerando que sus alegaciones estaban subsumidas en las referidas al artículo 9 y que no había fundamento para considerar violados ninguno de estos preceptos del Convenio. El Tribunal rechazó también que el derecho a la educación reconocido en el artículo 2 del Protocolo nº 1 hubiera sido violado.

El Tribunal no hace dejación de su competencia cuando entiende que el Estado turco está en mejor posición que el propio Tribunal para valorar y ponderar estas cuestiones sino que realmente cumple con su misión de permitir el margen de discrecionalidad del Estado reconocido precisamente para que cada comunidad política pueda modular estos derechos en función de sus propias circunstancias. Por ello, es relevante haber señalado que no nos encontramos ante un derecho inderogable del Convenio.

El Tribunal Europeo volvió a pronunciarse sobre este mismo caso en la sentencia de la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005 en revisión de la Sentencia dictada en 2004 y confirmó este pronunciamiento previo en todos sus puntos. Consideró que el margen de discrecionalidad reconocido a los Estados en el artículo 9.2 daba cobertura a la prohibición de llevar el pañuelo islámico en las aulas de la Universidad de Estambul. En el único punto en el que la gran Sala se apartó de la decisión de 2004 fue en relación con la posible violación del derecho a la educación reconocido en el artículo 2, del Protocolo nº 1 del Convenio reconociendo que el derecho a la educación de la demandante estaba implicado en el caso. Sin embargo la Gran Sala concluye que el derecho a la educación no es un derecho absoluto y que los Estados pueden establecer límites legítimos y proporcionales con el fin perseguido.

Las sentencias del Tribunal Europeo han sido objeto de comentario doctrinal de diferente signo. Mientras que algunos autores estimen que en el caso concretó no se dieron elementos probatorios suficientes para determinar la restricción del derecho fundamental²⁶ tales como la existencia de presión sobre las estudiantes que no llevaban hiyab o situaciones de intolerancia entre los estudiantes, otros consideran que el Tribunal actuó de conformidad con su propia doctrina que delimita el margen de discrecional de los Estados.

La sentencia de la Gran Sala tuvo un voto particular firmado por la juez belga F. Tulkens en el que subrayó que, en su opinión, el Tribunal había asumi-

²⁶ MARTINEZ-TORRON, Javier, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", *ob. cit.*, pp. 95-96.

do la tesis de que el velo islámico es utilizado por la mujer más como un signo político que como un símbolo religioso y que tal posición que no había sido probada generaba una limitación de la libertad religiosa de la demandante. La afirmación de la juez Tulkens no carece totalmente de fundamento pero debe ser valorada también en el sentido contrario tal y como ya apuntamos en un epígrafe anterior, pues el Tribunal Europeo debería también haber abundado más en la comprobación de que los hechos respondían realmente a una reivindicación de naturaleza religiosa y no de carácter cultural o social. La dificultad de deslindar estos aspectos de los estrictamente religiosos en el Islam no es tarea menor pero el Tribunal Europeo está obligado a velar por la integridad de todos los derechos contenidos en el Convenio y por su aplicación estricta en los supuestos de hecho que en cada caso correspondan.

El Tribunal Europeo se ha pronunciado también en dos casos acontecidos en Francia, los casos *Dogru contra Francia* y *Kervanci contra Francia*²⁷, ambas sentencias son del 4 de diciembre de 2008. En ambos casos la causa trae su origen en la prohibición de que las alumnas de escuelas públicas francesas lleven el velo islámico en el aula. En ambos casos el Tribunal Europeo reiteró su propia doctrina sentada en el *Caso Leyla Şahin contra Turquía* y resolvió que Francia estaba legitimada para prohibir el uso del pañuelo islámico a una estudiante de doce años que se negó a quitarse el velo en la clase de educación física en un colegio público de Flers que imponía, por razones de higiene y seguridad, que las estudiantes no llevaran esta prenda en la actividad deportiva. El Tribunal declaró, además, no haber lugar a violación del artículo 2 del protocolo nº 1 en relación con el derecho a la educación.

De otra parte, el caso *Köse*²⁸ se refiere a una demanda colectiva interpuesta por los alumnos de los liceos *İmam-Hatip*²⁹ y sus padres sobre las restricciones para llevar el velo islámico dentro de las aulas salvo en unas específicas horas lectivas dedicadas al estudio del Corán. El Tribunal volvió a apoyarse en su doctrina para declarar la inadmisibilidad de la demanda entendiendo que las restricciones cumplían el escrutinio establecido en el apartado 2 del artículo 9 del Convenio Europeo y que, en consecuencia, el derecho a la libertad religiosa consagrado en dicho precepto no protegía cualquier clase de actos inspirados por una religión o una creencia.

En el *Caso Kurtulmus contra Turquía* la demandante era una profesora de la Universidad de Estambul que fue apartada de su puesto de trabajo, después

²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Caso Kervanci contra Francia*. Sentencia de 4 de diciembre 2008 (TEDH\2008\98).

²⁸ *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía*, Decisión de inadmisibilidad 26625/02, 24 enero 2006.

²⁹ Estos centros de enseñanza públicos impartían un 40% de las horas lectivas sobre la teología islámica.

de un expediente disciplinario, por negarse a no llevar el velo islámico en el desenvolvimiento de sus tareas docentes dentro de la Universidad. En este caso, el Tribunal reitera sus argumentos respecto de la diferente posición de los docentes y los discentes y de la legitimidad del Estado para pedir a los profesores determinados requisitos en su vestimenta que no visualicen una determinada religión.

Aunque los casos examinados por el Tribunal se refieren a hechos diferentes y acontecidos en países distintos, quizá pueda deducirse de ellas algunos elementos interpretativos comunes. Lo primero que destaca en las sentencias del Tribunal es que la Corte ha aceptado cualquier tipo de velo o pañuelo islámico como una manifestación de las prácticas de la religión islámica, sin cuestionarse, como en mi opinión debería haber hecho, si tal naturaleza se daba en cada uno de los casos sometidos a su consideración o si, por el contrario, el uso del pañuelo o velo respondía a otros intereses de naturaleza social o cultural que podrían ser también tutelados por el Convenio pero, quizá, en el marco de otros derechos (por ejemplo, el derecho a la vida privada, art. 8, o la libertad de opinión, art. 10). Además, el Tribunal Europeo debería haber abundado en el análisis de los hechos para haber comprobado que el uso de la prenda *halal* respondía y era coherente con las prácticas religiosas de las recurrentes. Con ello, el Tribunal no habría realizado ninguna acción de restricción de la libertad religiosa sino, antes al contrario, habría sentado la exigencia de comprobación de la coherencia de la demanda lo cual habría definido mejor el alcance de la libertad religiosa regulada en el artículo 9 del Convenio.

De otra parte, el Tribunal define en todos los casos su actuación interpretadora en el marco del Convenio, el cual incorpora, como al principio de estas páginas se expuso, algunos derechos restringidos o sometidos a margen de apreciación de los Estados. El pacto entre Estados que se materializa en el Convenio se basa en la existencia de algunos derechos de lo que podríamos denominar *conformación estatal* o *constitucional* ya que es el ordenamiento interno del Estado Parte el que fija el estándar de estos derechos para su propio territorio y no solo el Convenio porque aunque éste representa un nivel mínimo de protección la misma debe ponerse en relación con el derecho interno de los Estados miembros³⁰. La posición del Tribunal en la interpretación de estos derechos se rige por el principio de respetar la discrecionalidad del Estado evitando la arbitrariedad. Las garantías recogidas en el apartado segundo del artículo 9 del Convenio sirven para homogeneizar las decisiones del Estado pero no tienen como fin crear un estándar único e igual para todos los Estados.

³⁰ PORRAS RAMÍREZ, José María, "La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional Europeo", *ReDCE*, n° 4 (2005). Accesible en: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/10porras.htm#dos>>.

4. VESTIDO ISLÁMICO Y UNIÓN EUROPEA

4.1. LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA

Los epígrafes anteriores han hecho referencia principalmente al ámbito del Consejo de Europa y a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo la polémica sobre el uso de la vestimenta islámica ha alcanzado también al ámbito de la Unión Europea donde, sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha tenido que pronunciarse todavía sobre estas cuestiones ni existen tampoco referencias en las alegaciones de los Abogados Generales. Sí encontramos referencias relativas a la libertad religiosa en general incluso anteriores a la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales que nos permiten afirmar que los problemas relativos a la libertad religiosa y de pensamiento no han sido ajenos a los cometidos de la Unión Europea. Con base en el principio de no discriminación de los trabajadores y en los propios derechos de ciudadanía incorporados en el Tratado de la Unión Europea³¹ se ha dado cabida al reconocimientos de diversos aspectos del derecho de éstos a su libertad religiosa y de conciencia. Las creencias religiosas de los trabajadores permiten al empleador, justificar diferencias de trato, por motivos de religión o convicciones, con el requisito de demostrar que las mismas resultan necesarias para el desenvolvimiento de la actividad de la empresa (STJCE, de 5 de octubre de 1988, Caso Steymann). Complementariamente, la Unión Europea estableció que los trabajadores deben respetar los principios de funcionamiento de la empresa en el ejercicio de sus derechos (Directiva 2000/78, del Consejo), pero éstos tienen el derecho a que se respeten sus festividades y prácticas religiosas (Directiva 2003/88, del Parlamento y del Consejo).

Como ya antes se indicó, la Comisión Europea no aceptó la iniciativa de regular la prohibición del *burka* en los espacios públicos, lo cual debe ser interpretado en clave política. Algunos responsables europeos no consideran conveniente iniciar la vía legislativa que, sin duda, originaría enfrentamientos entre los diversos grupos políticos y que, en todo caso, solo podría producirse en relación con competencias cedidas a la Unión. Sin embargo, el Parlamento Europeo sí ha recibido varias preguntas parlamentarias sobre estas cuestiones. Una de ellas, *sobre símbolos religiosos y subsidiariedad*, promovida por el Grupo Parlamentario de los Verdes/ALE, se convirtió en una Resolución adoptada por el Parlamento Europeo con fecha 15 de diciembre de 2009. En esta

³¹ El análisis de estas y otras referencias en PORRAS RAMÍREZ, José María, "La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional Europeo", ob. cit.

Resolución el Parlamento Europeo, después de dejar constancia de la vinculación entre el Derecho de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual se ha fundamentado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

1. Señaló que los Estados miembros deben respetar y aplicar a nivel nacional, sobre la base del principio de subsidiariedad³², los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en el CEDH, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;
2. Consideró que los Estados miembros pueden regular a nivel nacional las cuestiones relacionadas con conflictos entre los derechos humanos, encontrando las soluciones más adecuadas para respetar los derechos individuales, evitando toda discriminación, y reduciendo así a su mínima expresión los recursos a los tribunales tanto a nivel nacional como internacional;
3. Consideró que únicamente los Estados basados en el principio de separación de la Iglesia y del Estado (en contraposición con los Estados teocráticos) pueden encontrar las soluciones adecuadas para salvaguardar de forma universal el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la educación y la prohibición de la discriminación, todos ellos valores fundamentales de la UE;
4. Valoró la situación y consideró que es más prudente dejar que los Estados resuelvan los conflictos que se produzcan en sus respectivos territorios sin apoyar una legislación uniforme para toda Europa que podría ser considerada excluyente y estigmatizadora. Se tomó igualmente en consideración las opiniones que alegan que cualquier medida represiva del uso del velo no haría sino originar una radicalización de los usos recluyendo a la mujer en el ámbito de la casa y la comunidad lo cual dificultaría extraordinariamente cualquier política de integración.

En consecuencia, el Parlamento acordó pedir a los Estados miembros que respeten el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y que reconozcan y respeten plenamente la relevancia y carácter confesional de los símbolos religiosos; considerando que las instituciones públicas, a nivel nacional y de la UE, deben representar a todos los ciudadanos, con independencia de sus creencias, religión o filosofía y sin discriminación, y que deben

³² El "principio de subsidiariedad" determina que las decisiones de la UE deben tomarse lo más cerca posible del ciudadano. Es decir, la Unión no adopta medidas (excepto en asuntos para los cuales es la única responsable) a menos que ello resulte más eficaz que la adopción de medidas a nivel nacional, regional o local.

tomar medidas para proteger los derechos de cada persona. En consecuencia, los símbolos religiosos no se deben exhibir de forma obligatoria en los locales utilizados por las autoridades públicas, y debe garantizarse plenamente la libertad de su uso, porte o exhibición en recintos privados, como los domicilios, los lugares de culto o las escuelas religiosas, así como en los espacios públicos.

La Resolución añade que los Estados miembros de la UE tienen la obligación jurídica, a nivel nacional, internacional y europeo, de aplicar plenamente las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto sobre la base de los compromisos adquiridos con la firma y ratificación del CEDH, como de su pertenencia a la Unión Europea, tal y como prevé el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

4.2. EL ARTÍCULO 10 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea podría cambiar en el futuro el actual planteamiento de la Unión Europea sobre la libertad religiosa. La Carta, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión Europea, en su artículo 10.1, sobre *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, ha reproducido literalmente³³ el apartado primero del artículo 9 del Convenio Europeo que, recordemos, dice: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

Nos encontramos, pues, con el mismo texto que ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero, a diferencia del artículo 9 del Convenio, la Carta de Derechos Fundamentales no incorpora la cláusula del margen de discrecionalidad a favor de los Estados que ha determinado en gran medida la interpretación del Tribunal Europeo. La carta de Derechos Fundamentales no clasifica ni distingue los derechos regulados en ella y aunque no hay en la Carta Europea derechos restringidos ni derechos sometidos a margen de apreciación, sí incorpora previsiones específicas sobre el alcance de los derechos en el artículo 52 al que nos referiremos en párrafos siguientes.

³³ En la traducción española, solo se aprecia el leve cambio de aunque de igual significado “a través del culto” en lugar de “por medio del culto” que figura en el Convenio Europeo.

4.2.1. **Ámbito de aplicación de la Carta y del artículo 10**

El artículo 51 de la Carta, que abre el Capítulo VII y último sobre “Disposiciones Generales”, establece el ámbito de aplicación de la misma, señalando que: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias». Por tanto, los Estados miembros quedan obligados a respetar los derechos, a observar los principios y a promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. Esta disposición fue redactada ateniéndose al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, que imponía a la Unión el respeto de los derechos fundamentales, y al mandato conferido por el Consejo Europeo de Colonia. Los Tratados consagran el término «instituciones». Los términos «órganos y organismos» se utilizan generalmente en los Tratados para referirse a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de Derecho derivado.

De otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 *Annibaldi*, Rec. 1997, p. I-7493). El Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: «Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...» (Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737, apartado 37). La norma de la vinculación a los Estados se aplicará tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión³⁴.

³⁴ Como es conocido, el Reino Unido y Polonia consiguieron la aprobación del Protocolo n° 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, que se incorpora como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento, en el que se formaliza la posición de ambos países en relación con la aplicación de la Carta y se precisa el ámbito de dicha aplicación en relación con la legislación y la acción administrativa de Polonia y del Reino Unido y la posibilidad de acogerse a ella ante los tribunales de estos países. El artículo 2 del Protocolo afirma que “Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido”. Aun con estas previsiones y matizaciones la Carta también

De otra parte, la Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados según dispone expresamente el apartado 2 del citado artículo 51, que literalmente dice: «La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». Este apartado confirma una conclusión obligada de la aplicación del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados. Por consiguiente, la obligación de las instituciones de la Unión, con arreglo a la segunda frase del apartado 1, de promover los principios establecidos en la Carta, sólo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias.

El apartado 2 de este artículo 51 confirma asimismo que la Carta no puede tener como efecto ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión definidas en los Tratados. El Tribunal de Justicia ya ha establecido esta norma respecto de los derechos fundamentales reconocidos como parte del Derecho de la Unión (sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto 249/96 Grant, Rec. 1998, p. I-621, apartado 45).

De lo anterior se desprende que tanto las instituciones y órganos de la Unión Europea como los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión están vinculados por el contenido de la Carta y, en lo que a estas páginas afecta, por el derecho a la libre opción religiosa contemplado en el artículo 10. Actualmente, se requiere identificación para la entrada en los edificios oficiales de la Unión Europea y en el caso de las mujeres que usan pañuelo islámico son requeridas para retirárselo en la exclusiva medida que permita la identificación³⁵.

4.2.2. Alcance de los derechos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El artículo 52 de la Carta establece el alcance de los derechos contenidos en la misma. Este precepto tiene tres apartados. El primero de los tres apartados de este artículo se refiere a los límites de los derechos reconocidos y dice textualmente: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar resultará vinculante en estos Estados. Sin embargo, no cabe desconocer que la Unión Europea realizó en este caso una concesión quizá excesiva a estos dos países por cuanto el efecto vinculante de la Carta no debería haber tenido excepción alguna.

³⁵ No hay datos específicos sobre conflictos por el uso de los velos islámicos en la función pública europea.

el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Así, el contenido esencial de los derechos incorporados en la Carta queda protegido por lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 52. La redacción de este artículo está claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el cual ha venido afirmando que, es jurisprudencia consolidada del Tribunal, que «pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad (hoy, Unión Europea) y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, apartado 45). Por tanto, si bien la Carta no incorpora derechos restringidos ni sometidos a margen de apreciación sí contempla garantías para que la integridad de los derechos fundamentales no quede desvirtuada por una acción expansiva y limitadora de los Estados. Con todo, la cláusula del artículo 52 de la Carta es muy diferente de la contenida en el apartado segundo del artículo 9 del Convenio ya que aquélla consagra el respeto al contenido esencial de los derechos, al principio de proporcionalidad y autoriza limitaciones solo cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, sin aludir al amplio concepto de “sociedad democrática” que figura en el Convenio.

El segundo apartado de este artículo 52 establece que: «Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos». Este apartado segundo se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los Tratados.

Por último, el apartado tercero del artículo 52 se refiere a la interpretación integrada de los derechos de la Carta en relación con los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y dice literalmente: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». Así, pues, la tradicional vinculación entre los derechos reconocidos en la Unión y los tutelados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha plasmado expresamente en la Carta. Esta interpretación integrada, sin embargo, no afecta a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De otra parte, el objetivo de la última frase de este apartado tercero del artículo 52 es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia que la aplicada por el Convenio Europeo y, en ningún caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta puede ser inferior al garantizado por el CEDH. Conforme a estas reglas, la interpretación que se derive del artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales no podrá restringir la protección ya reconocida por el Convenio y consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos.

4.2.3. Nivel de protección de los derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales

El artículo 53 de la Carta consagra el nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en ella. Este artículo dispone que: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH. El nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH.

5. ESTRATEGIA PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea ha asumido con decisión el objetivo de la efectiva implementación de la Carta de los Derechos Fundamentales; también el

Parlamento Europeo y el Consejo Europeo han hecho de la defensa de los derechos fundamentales en la Unión una de sus prioridades para el futuro del espacio de justicia, libertad y seguridad. A partir de la entrada en vigor de la Carta uno de los Miembros de la Comisión Europea es responsable de una cartera dedicada al fomento de la justicia, de los derechos fundamentales y de la ciudadanía, y los Miembros de la Comisión se comprometieron a respetar la Carta en su declaración solemne ante el Tribunal de Justicia. Aunque el respeto de los derechos fundamentales ha formado parte siempre de las obligaciones de la Unión y ha estado sujeta al control del Tribunal de Justicia, resulta innegable que el nuevo estatuto jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales permitirá dar un impulso definitivo a la actuación de la Unión en este campo y abrirá nuevas expectativas para la tutela de la libertad de los ciudadanos europeos. Aunque el Tribunal de Justicia no ha debido pronunciarse hasta ahora sobre la libertad religiosa regulada en el artículo 10 de la Carta, de los documentos aprobados hasta ahora en otras instancias europeas cabe deducir que la Unión tendrá en la libertad religiosa uno de los temas de mayor calado en el ámbito de aplicación de la Carta, tanto más, cuando esta libertad viene vinculándose a otros derechos especialmente en relación con la inmigración.

En la Comunicación de la Comisión sobre la estrategia para la aplicación de la Carta, de 19 de octubre de 2010, se fija como primer objetivo “hacer que los derechos fundamentales recogidos en la Carta sean lo más efectivos posible en la Unión”. La Carta no debe ser entendida como un texto integrado de valores abstractos “sino un instrumento que permite a las personas disfrutar de los derechos que recoge, cuando se encuentran en una situación regida por el Derecho de la Unión”. A estos efectos la Comisión se compromete a centrar sus esfuerzos en la aplicación efectiva de la Carta, desarrollando políticas específicas, basadas en los Tratados, respecto a algunos derechos fundamentales específicos, como los referentes a protección de datos de carácter personal, derechos del niño, igualdad entre mujeres y hombres y no discriminación.

El respeto de los derechos fundamentales dentro de la Unión fomentará la confianza entre los Estados miembros, de los ciudadanos y de éstos con los poderes públicos nacionales y europeos. La efectividad de la protección reforzará la credibilidad de la actuación de la Unión en cuanto al fomento de los derechos humanos en el mundo ya que la Unión no sólo actúa en materia de derechos fundamentales en su ámbito, sino que los principios y derechos contenidos en la Carta también se aplican a la acción exterior de la Unión.