

LA VESTIMENTA RELIGIOSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*RELIGIOUS DRESS IN THE JURISPRUDENCE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA

Universidad de Barcelona

<https://orcid.org/0000-0003-1342-477X>

Fecha de recepción: 27-6-24

Fecha de aceptación: 8-11-24

Resumen: *El objetivo de este texto es analizar críticamente la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 9 CEDH en relación con el uso de prendas y símbolos religiosos con el fin de evidenciar su naturaleza errática e incoherente y, en general, las muchas dudas que sugieren los diversos argumentos empleados a lo largo de los años.*

Abstract: *The objective of this text is to critically analyze the jurisprudence of the ECtHR on art. 9 ECHR in relation to the use of religious clothing and symbols in order to demonstrate their erratic and incoherent nature and, in general, the many doubts suggested by the various arguments used over the years.*

Palabras clave: libertad religiosa, neutralidad, minorías

Keywords: religious freedom, neutrality, minorities

1. INTRODUCCIÓN

Desde 2001 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante 'TEDH', o 'la Corte') ha ido desarrollando una doctrina en torno a la vestimenta de prendas religiosas muy permisiva para con los Estados. Con las excepciones que veremos, ha convalidado las distintas normativas suiza, francesa, turca y belga que limitaban el uso de determinadas prendas reli-

giosas en la mayoría de casos. Para ello ha esgrimido el mismo conjunto de argumentos: (i) la ausencia de un consenso europeo sobre la materia, (ii) la protección de los derechos ajenos, (iii) la igualdad entre los sexos, (iv) la protección del orden público, y (v) el principio de neutralidad religiosa.

En concreto, ha avalado la prohibición de que una profesora infantil (caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001) y que una profesora universitaria llevaran velo en clase (caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006); la obligación de retirarse el turbante en el control de seguridad del aeropuerto (caso Phull contra Francia de 11 de enero de 2005) y a la hora de realizarse la fotografía de los documentos de identidad (caso Mann Singh contra Francia de 13 de noviembre de 2008); la expulsión escolar de alumnas que se negaban a quitarse el velo durante la clase de gimnasia (casos Kervancı contra Francia y Dogru contra Francia de 4 de diciembre de 2008); la prohibición de que una trabajadora social llevara velo mientras desempeñaba sus funciones en un hospital público (caso Ebrahimian contra Francia, de 26 noviembre de 2015); la prohibición general de que los alumnos llevaran símbolos religiosos visibles en la escuela y en la universidad (caso Leyla Sahín contra Turquía de 29 de junio de 2004, caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005 *Grande Chambre*; caso Köse y otros contra Turquía de 24 de enero de 2006; casos Aktas contra Francia, Bayrak contra Francia, Gamaleddyn contra Francia, Ghazal contra Francia, J.Singh contra Francia y Singh contra Francia, de 30 de junio de 2009), y la prohibición de vestir velo integral por la calle (caso S.A.S contra Francia de 1 de julio de 2014)¹.

En cambio, no ha avalado la prohibición de llevar velo en un juzgado (caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017 y caso Lachiri contra Bélgica de 18 de septiembre de 2018)²; la prohibición de llevar turbante y otras prendas religiosas por la calle (caso Ahmet Arslan y

¹ En años previos, la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos enfrentó casos similares y ofreció respuestas parecidas considerando que no vulneraba el art. 9 CEDH la obligación sin excepciones de llevar casco a la hora de conducir una moto, ni la necesidad de destaparse la cabeza para recibir un diploma universitario. Puede verse al respecto con más detalle J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Derecho y Religión*, núm. 4, 2009, pp. 87-109.

² Dejamos fuera de esta lista el caso Barik Badidi contra España de 26 de abril de 2016 –sobre expulsión de una abogada del juzgado por comparecer velada– ya que la inadmisión de la demanda tuvo lugar por motivos, más o menos acertados, pero puramente procesales relacionados con el modo en que la interesada presentó los recursos en la jurisdicción española. Para más detalles puede verse M. VIDAL, "Las garantías procesales frente al uso del velo islámico: las razones de un conflicto", *Anales de Derecho*, vol. 34 núm. 2, 2016.

otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010); ni tampoco la prohibición empresarial de llevar símbolos religiosos visibles en el trabajo (Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013).

Recientemente, en el caso Mikyas y otros contra Bélgica de 9 de abril de 2024, el TEDH ha declarado inadmisible por estar manifiestamente infundada la demanda presentada contra Bélgica por vulnerar el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante 'CEDH', o 'el Convenio') sobre libertad religiosa mediante la ley que prohíbe *inter alia* vestir símbolos religiosos visibles en las escuelas flamencas. Al efecto indica que este problema ya ha sido resuelto en otros casos. Con ello el TEDH da a entender que el viejo *affaire du foulard* está resuelto y superado. ¿Cómo y por qué se ha llegado hasta aquí?

El objetivo de este texto es analizar críticamente la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 9 CEDH en relación al uso de prendas y símbolos religiosos con el fin de evidenciar su naturaleza errática e incoherente y, en general, las muchas dudas que sugieren los diversos argumentos empleados a lo largo de los años³.

2. EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE VESTIMENTA RELIGIOSA

En todos los pronunciamientos en que la Corte ha fallado a favor del Estado demandado ha traído a colación la doctrina del margen de apreciación⁴. En sí misma, la idea de que en este ámbito quepa dejar un amplio margen a los Estados ya es extraña dada la insistencia de la Corte en que los derechos del art. 9 CEDH son una de las bases de la sociedad democrática:

"freedom of thought, conscience and religion, as enshrined by Article 9 of the Convention, represents one of the foundations of a "de-

³ En cambio, dejaremos en el tintero la relación del uso de prendas y símbolos religiosos con otros derechos, como el derecho a la educación, a la propia imagen, a la vida privada, o a la no-discriminación, elementos empleados como argumentos adicionales en diversas de los casos analizados en Estrasburgo. Al respecto, puede verse para el asunto de la educación S. GARCIA, "El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 371-408. En cuanto al tema de la imagen cabe citar a A. RIEZU, "El velo islámico y el derecho a la propia imagen", *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2008, núm. 11, pp. 247-256.

⁴ Para una reflexión más general sobre el margen de apreciación en asuntos religiosos en la doctrina del TEDH véase M. IGLESIAS "Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 393-413.

mocratic society" within the meaning of the Convention" (caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001, FJ.1; caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 104; caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013).

Ello debería implicar, por tanto, que las restricciones a estos derechos sólo podrían tener lugar cuando concurrieran razones especialmente poderosas apreciadas, además, de manera exigente. Es decir, que intereses públicos o privados que de ordinario podrían servir para limitar *otras* libertades, aquí deberían no ser suficientes. Y es que un derecho o libertad sólo puede ser considerado realmente básico o fundamental en un determinado ordenamiento si por cuyo respeto la comunidad en cuestión está dispuesta a incurrir en molestias y costes significativos que normalmente no serían tolerables⁵. Luego, *prima facie*, lo necesario en una sociedad democrática sería *no* interferir en esas libertades de modo que, sólo en casos muy concretos, el TEDH dejara el asunto en manos de los distintos Estados. De hecho, en diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado claramente en estos términos, indicando que, fuera de casos muy excepcionales, el Convenio no deja espacio a la *discrecionalidad* del Estado para intervenir en la expresión religiosa:

"It recalls that, but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate" (caso Hasan y Chaush contra Bulgaria, de 26 octubre de 2000, párr. 78).

"The Court has already held that the enumeration of the exceptions to the individual's freedom to manifest his or her religion or beliefs, as listed in Article 9 § 2, is exhaustive and that their definition is restrictive" (caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017, párr. 34).

Sin embargo, tal y como podremos constatar, la postura adoptada por el TEDH en relación con los símbolos religiosos ha sido la contraria: aceptar la interferencia mientras persiguiera, aunque fuera de manera muy vaga y sin

⁵ Estamos pensando en la doctrina del "escrutinio estricto" que ha desarrollado el TS estadounidense para los asuntos de índole religiosa. Véase al respecto el análisis comparado entre la postura del TEDH y del TS estadounidense de O. MAZZA, "The Right to wear Headscarves and other Religious Symbols in French, Turkish, and American Schools: How the Government draws a Veil on Free Expression on Faith", *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 48 núm. 2, 2009, pp. 303-344.

apenas prueba, algún fin legítimo, incluso aquellos de un valor comparativamente menor. Y todo ello, además, sin entrar a valorar realmente si la medida en cuestión era eficaz en la consecución de ese fin, ni si existían métodos alternativos menos lesivos.

Por ejemplo, en los casos Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia, ambos de 4 de diciembre de 2008, se aceptó la expulsión escolar de alumnas por negarse a quitarse el velo durante la clase de gimnasia ya que ello impedía que pudiera realizar deporte en las condiciones adecuadas de "higiene y seguridad". ¿La higiene y seguridad en una clase de gimnasia justificaba una importante interferencia en una libertad fundamental?⁶ Otro tanto sucedió en el caso Köse y otros contra Turquía de 24 de enero de 2006, en que se despachó el asunto destacando meramente que la normativa escolar en materia de uniformes que prohibía llevar la cabeza tapada era de aplicación general a todos los niños sin distinciones religiosas. Como si la generalidad de una norma fuera condición suficiente –en vez de meramente necesaria– para considerarla conforme al CEDH. Cuando la cuestión realmente esencial era otra bien distinta, a saber: ¿cuál era ese fin tan importante que la norma perseguía y que justificaba esos costes en materia de expresión religiosa?⁷

Para justificar esta manga tan ancha, la Corte ha recurrido en diversas ocasiones a la siguiente explicación:

"…where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance" (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 109; Ebrahimian contra Francia, de 26 noviembre de 2015, párr. 56).

⁶ Compárese el ¿inexistente? juicio de proporcionalidad que realizó el TEDH en este caso con el realizado por el Tribunal Supremo canadiense en el caso Multani sobre portar un puñal ceremonial (kirpaán) en el caso de los sijs. Véase al respecto S. CAÑAMARES, "Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela" en VV.AA., *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, I. MARTÍN SÁNCHEZ Y I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ (Coord.), Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 331-359.

⁷ Compárese con lo dicho en el caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006, donde al menos se dijo que: "The Court notes that the rules on dress apply equally to all public servants, irrespective of their functions or religious beliefs. As public servants act as representatives of the State when they perform their duties, the rules require their appearance to be neutral in order to preserve the principle of secularism and its corollary, the principle of a neutral public service"

No cabe duda de que el Convenio no predetermina con detalle qué relación debe adoptar cada Estado con las religiones y sus iglesias⁸. Pero es que no es esta la verdadera discusión implicada en las polémicos en torno a la vestimenta de significado religioso. En efecto, una cosa es este asunto tan general, y otra bien distinta son los *límites* a la libertad religiosa que, al amparo de esa relación, pretenda establecer cada Estado. Y, mientras que la primera cuestión es más o menos ajena al CEDH, la segunda le es central. O, mejor dicho: el Convenio permite cualquier modalidad de relación Estado-Iglesia *de entre* las que no vulneren el art.9.2 CEDH. Luego que con la primera cuestión quepa ser muy generoso no excluye que con la segunda se deba ser muy estricto. En efecto, el CEDH nada dice sobre si la cabeza de Estado puede ser también cabeza de la Iglesia –a la británica–, o si el Estado puede tener una relación especialmente estrecha con la Iglesia católica –como en España o Italia. Todo ello es relativamente irrelevante mientras se garantice sin discriminación ni favoritismos a los ciudadanos “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones (art.9.2 CEDH)”. La pregunta realmente relevante y compleja es: ¿qué leyes garantizan que cada cual practique y manifieste sus convicciones sin discriminación ni favoritismos?

Volviendo a la cuestión del margen de apreciación y su uso por la Corte, en diversos pronunciamientos también ha indicado a modo de refuerzo argumental que es necesario mostrar una gran deferencia hacia los Estados puesto que no existe un consenso europeo en la materia:

“The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools” (caso Lautsi y otros contra Italia de 18 de marzo de 2011, párr. 70).

Sin embargo, la idea de que no existe un consenso europeo sobre todos estos asuntos está lejos de ser evidente, tal y como se ha puesto de relieve

⁸ No obstante, una de las críticas habituales contra esta jurisprudencia consiste en afirmar que el TEDH ha hecho suyo el modelo francés, en que se identifica equivocadamente neutralidad y laicidad. Véase, por ejemplo, E. RELAÑO y A. GARAY, “Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 12, 2006. C. DELPHY, “Género, raza y racismo la prohibición del velo islámico (hijab) en Francia”, *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol I, 2010, pp. 59-76.

entre la doctrina así como en diversos votos particulares⁹. En esta línea es importante recordar que cuando el TEDH abordó la prohibición del velo integral, solo Bélgica y Francia la incluían en su ordenamiento. Es más, en la Recomendación 1927 del Consejo de Europa de 23 de junio de 2010 se indicaba que la prohibición general de vestir el burka o el niqab que algunos Estados se estaban planteando “would deny women who freely desire to do so their right to cover their face”. Tan es así que en el caso *SAS contra Francia* la propia Corte reconoció que “from a strictly normative standpoint, France is very much in a minority position in Europe: except for Belgium, no other member State of the Council of Europe has, to date, opted for such a measure (parr.156)”. Pero, aun así, mantuvo su postura por cuanto “the question of the wearing of the full-face veil in public is or has been a subject of debate in a number of European States (parr.156)”. Un peregrino argumento que ya criticaron en su voto particular los magistrados Nußberger y Jäderblom:

“In the Court’s jurisprudence, three factors are relevant in order to determine the existence of a European consensus: international treaty law, comparative law and international soft law (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31). The fact that forty-five out of forty-seven member States of the Council of Europe, and thus an overwhelming majority, have not deemed it necessary to legislate in this area is a very strong indicator for a European consensus” (párr.19).

Sobre la prohibición del velo parcial en escuelas puede decirse algo muy similar pues en 2005, que es cuando tiene lugar la STEDH *Leyla Sahin contra Turquía*, solo Francia incluía una prohibición análoga. Además, en la Comunicación núm. 931/2000 de 5 de noviembre de 2004 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya había indicado que la expulsión de la Sra. Hudoyberganova en 1998 de una universidad uzbeka por negarse a quitarse el velo había violado su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁰.

⁹ Sobre la situación entre los Estados del Consejo de Europa véase B. ALÁEZ, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520, y F. AMÉRIGO. “Ampliando el concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales. Comentario a la sentencia del TEDH núm. 43835/2011, ECHR 2014, de 1 de julio de 2014. (S.A.S. v. Francia)”, *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 14, 2014, pp. 13-54. Sobre el círculo vicioso que el propio TEDH genera en este punto véase A. CATALA. “El difícil encaje del islam en la jurisprudencia del TEDH”, *Cuadernos Constitucionales*, núm. 4, 2023, pp. 73-102.

¹⁰ Vale decir, no obstante, que la argumentación de la Comisión también dejó que desear pues el razonamiento principal que adujo fue que Uzbekistán no había aportado razones

Y en cuanto a la cuestión de los crucifijos –que veremos a continuación–, sólo la legislación italiana, polaca, austriaca y alemana contemplan su inclusión en las aulas, tal y como también destacaron los magistrados Malinverni y Kalaydjieva en su opinión disidente en el asunto Lautsi y otros contra Italia de 18 de marzo de 2011.

3. LOS DERECHOS AJENOS

El argumento sustantivo más empleado por el TEDH en la jurisprudencia permisiva que ha ido desarrollando ha sido la apelación a los derechos ajenos. En abstracto, este es un enfoque perfectamente adecuado, pero comprobaremos que su aplicación ha sido muy cuestionable: (i) por la comprensión tan expansiva del concepto “derechos ajenos” que ha empleado la Corte, y (ii) por no contrastarse efectivamente que las prácticas censuradas los afectaban genuinamente. Veámoslo.

En el caso *Dahlab contra Suiza*, de 15 de febrero de 2001 –que inicia la jurisprudencia de Estrasburgo sobre esta materia–, el TEDH examinó el caso de una maestra suiza de educación infantil a la que se le prohibió vestir velo en clase. Entre los diversos argumentos que empleó el TEDH para inadmitir la demanda es especialmente atendible el relacionado con la libertad negativa de los niños. La prohibición estuvo justificada “by the potential interference with the religious beliefs of her pupils”, es decir, por su potencial adoctrinador:

“The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant’s pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied

para esa restricción. Pero realmente sí que las aportó pues indicó que había una normativa universitaria contra la ropa que “que atraigan una atención indebida” así como la existencia de un prohibición de circular con el rostro tapado, es decir, unas razones –puede entenderse con facilidad–, mejores o peores, pero de orden público. Esta falta de profundidad por parte de la Comisión puede interpretarse de dos modos: o bien en un sentido “pro libertad” según el cual se presume que la intromisión es ilícita a menos que el Estado se explique muy bien. O bien en sentido contrario o mucho más descafeinado, de modo que el problema no fue la intromisión, sino la falta de motivación, de modo que si las autoridades uzbekas hubieran sido mínimamente diligentes en su defensa –como sí lo han sido suizos, belgas, franceses y turcos–, no habrían recibido ese espaldarazo.

outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect" (FJ.1).

Desde entonces, la cuestión del proselitismo se ha reiterado en todos los pronunciamientos tolerantes con las prohibiciones. ¿Qué decir al respecto? Sin duda el argumento tiene fuerza, pero aun así amerita diversos comentarios. En primer lugar, es llamativo que la prohibición se base en la existencia de un peligro abstracto de proselitismo, sin saber ni entrar a valorar si el uso del velo por parte de la profesora tenía realmente ese efecto o, cuanto menos, que era altamente probable –y no meramente posible– que lo tuviera. ¿Es esa la forma de operar cuando nos encontramos ante libertades tan básicas? ¿El estándar no debería ser significativamente más elevado?¹¹ Así lo indicaría años más tarde el magistrado Tulkens en su voto disidente en el caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005:

"Only indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt –not mere worries or fears– are capable of satisfying that requirement and justifying interference with a right guaranteed by the Convention. Moreover, where there has been interference with a fundamental right, the Court's case-law clearly establishes that mere affirmations do not suffice: they must be supported by concrete examples" (párr. 5).

Lo cierto es que, dadas las circunstancias del caso, la concurrencia de ese peligro mínimamente concreto no estaba nada claro pues hacia tres años que la profesora vestía esa prenda y no había habido ningún problema, queja de los padres o signos de proselitismo. Además, dado que el uso del velo era una rareza en la sociedad suiza y en esa escuela, ¿podía ser demasiado impactante meramente *exponer* a los alumnos a esa realidad? No solo eso, como destaca Martínez-Torrón, cabría argumentar que el hecho que *una* profesora llevara el velo –en vez de que ninguna lo llevase– y que, aun así, la convivencia pacífica entre todos fuera posible encarnaría y serviría de ilustración práctica para los alumnos del principio de pluralismo, tolerancia y apertura al que se referirá el TEDH en diversos pronunciamientos como refuerzo argumental¹².

¹¹ Véase en el mismo sentido: M. GUTIÉRREZ, "El velo islámico ¿una causa de discriminación? Especial referencia a su uso en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVI, 2020, pp. 63-92. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", cit.

¹² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", cit.

Con todo, insistimos, este es probablemente el caso menos discutible: siendo muchos y -por su edad- muy vulnerables los potenciales afectados, y siendo también *su libertad de conciencia* la que estaba en juego, no es descabellado contentarse con un riesgo abstracto. No obstante, pocos años más tarde se evidenció que la edad de los alumnos era una variable meramente adicional ya que la misma prohibición sobre un profesor *universitario* fue igualmente aceptada. Así, en el caso *Kurtulmus contra Turquía* de 24 de enero de 2006 la Corte entendió que el deber de neutralidad del Estado se extendía también a sus funcionarios y que la libertad religiosa de terceros exigía que no portasen velo durante el trabajo:

“the Court found that in a democratic society the State was entitled to place restrictions on the wearing of the Islamic headscarf if it was incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others and public order [...] As public servants act as representatives of the State when they perform their duties, the rules require their appearance to be neutral in order to preserve the principle of secularism and its corollary, the principle of a neutral public service” (caso *Kurtulmus contra Turquía* de 24 de enero de 2006, FJ.2).

Así pues, a juicio del TEDH, para evitar el proselitismo es necesario que cualquier profesor, de niños o de adultos, no porte símbolos religiosos. De nuevo, claramente cuestionable, pero aún así atendible: dada la posición de autoridad que ocupa al maestro, no es descabellado someterle a un estándar más elevado de lo normal. Y, para el caso que este razonamiento no fuera atendible, vendría suficientemente complementado por la cuestión de la neutralidad religiosa: más allá del efecto adoctrinador que pueda tener, el Estado y sus representantes deben presentarse de manera neutral, punto.

Sin embargo, y de nuevo, todas estas consideraciones eran meramente adicionales pues el año anterior la Corte ya había empleado el precedente del caso *Dahlab* para amparar por igual la prohibición turca contra el uso del velo por parte de *estudiantes* en las *universidades* turcas sosteniendo que:

“institutions of higher education may regulate the manifestation of the rites and symbols of a religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful coexistence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others” (caso *Leyla Sahín contra Turquía* de 10 de noviembre de 2005, párr. 111).

Es decir, una prohibición a un individuo privado –no a un funcionario o representante público– en un ambiente de personas adultas –y no de niños de parvulario. Naturalmente, la pregunta que surge es ¿de qué modo la expresión de la propia fe mediante la vestimenta por un particular puede afectar derechos ajenos? Es decir, una cosa es que temamos por la influencia indebida de una *profesora* sobre *niños*: es una figura de autoridad que estos valoran especialmente y toman como referencia, de modo que su comportamiento –i.e llevar un velo– *puede* ser percibido como modelo a seguir; de acuerdo. Pero ¿podemos decir algo similar respecto a las alumnas de una universidad? Ante un argumento tan llamativo hubiera sido esperable una sesuda argumentación, pero la Corte se contentó con una simple *mención* a la cuestión, haciendo suyas las consideraciones de las autoridades turcas:

“it must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it. As has already been noted (see Karaduman, decision cited above, and Refah Partisi (the Welfare Party) and Others, cited above, § 95), the issues at stake include the protection of the ‘rights and freedoms of others’ and the ‘maintenance of public order’ in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since, as the Turkish courts stated, this religious symbol has taken on political significance in Turkey in recent years” (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 115).

Son todas observaciones muy débiles. En primer lugar, la naturaleza política del velo sólo abunda en la legalidad de su uso: ¿acaso va a aceptarse también la prohibición de la manifestación pacífica de opiniones *políticas* en la universidad mediante el uso de determinadas vestimentas u otros símbolos? En segundo lugar, y en cuanto a la presión indebida sobre terceros, no puede aceptarse que la mera vestimenta de una prenda tenga tal efecto dado que, entonces, debería aceptarse su prohibición en *cualquier* espacio público. Y, en tercer lugar, los precedentes que cita la Corte en su favor –los casos Dahlab, Karaduman y Refah Partisi– son poco aplicables. Ya hemos visto que el caso Dahlab no era realmente aplicable porque se trató de una *profesora* portando un símbolo en una clase ante *niños* de muy corta edad. Y el caso

Karaduman y Refah Partisi tampoco era aplicable porque allí se discutió prohibiciones a grupos *abiertamente fundamentalistas* cuyo objetivo declarado era *acabar* con el secularismo turco. Por tanto, no tiene sentido comparar estos casos con el de una muchacha que porta en silencio y pacíficamente su velo sin ningún intención adicional.

Sin duda es jurídicamente relevante la pregunta retórica que formula Guillén en defensa de esta jurisprudencia: “¿qué es más lesivo para la libertad religiosa (y para la libertad en general), que alguien que quiere llevar el velo en un establecimiento público no lo lleve o que alguien que no quiera llevarlo se vea obligado a hacerlo?”¹³ Pero sería un error pensar que el debate que ahora afrontamos se confunde con aquel. En efecto, las críticas hacia el caso Leyla Sahin *no* derivan de responder de un modo u otro a la pregunta de Guillén; el quid reside en negar que el ejercicio de la libertad religiosa de una persona consistente en vestirse de un modo particular *afecte* la libertad ajena.

Lógicamente, una vez que se ha aceptado esta restricción entre alumnos universitarios –es decir, entre adultos con un nivel cultural elevado–, su restricción dentro de la educación secundaria ha quedado muy allanado¹⁴. Como consecuencia, desde el caso Leyla Sahin la simple mención al efecto proselitista del uso privado y pacífico de símbolos religiosos sin ulteriores intenciones se ha convertido en un mantra: si el Estado en cuestión afirmaba que el objetivo de la medida era evitar presiones indebidas sobre terceros, se toleraba la prohibición sin detenerse a juzgar realmente si la preocupación por el adoctrinamiento o la presión indebida sobre terceros tenía lugar efectivamente o si podía evitarse por otras vías menos lesivas. Así, en el reciente caso Mikayas contra Bélgica de 9 de abril de 2024 leemos:

“In so far as the impugned ban had been intended to protect pupils from any form of social pressure and proselytization, the Court reiterated that it was important to ensure that, in keeping with the principle of respect for pluralism and the freedom of others, the manifestation by pupils of their religious beliefs on school premises did not take on the

¹³ E. GUILLÉN, “La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Leyla Şahin c. Turquía”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 263-271.

¹⁴ Y, en respuesta al caso Sahin, algunos autores ya avanzaron que cuando las leyes francesas sobre el velo lleguen a Estrasburgo, recibirían la misma respuesta. Por ejemplo, K. BOUSTEAD, “The French Headscarf Law Before the European Court of Human Rights”, *Florida State University Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 16 núm. 2, 2007, pp.167-196.

“nature of an ostentatious act that would constitute a source of pressure and exclusion” (caso *Mikyas y otros contra Bélgica* de 9 de abril de 2024).

La medida belga perseguía proteger a los alumnos de cualquier forma de presión religiosa. No cabe duda de que ese es un objetivo amparado por el Convenio y una preocupación que no puede despacharse a la ligera, pero –insistimos– ¿de qué modo el uso del velo por parte de algunas alumnas constituía un caso de presión religiosa? Es posible que otras alumnas que acudían a la escuela fueran ataviadas con ropa muy provocadora, pero no por ello concluimos que ejercían “presión sexual” sobre nadie, por ejemplo.

Dada esta concepción expansiva de la neutralidad estatal en materia religiosa, así como del fortísimo potencial adoctrinador atribuido a la mera presencia de símbolos religiosos, sería de esperar que, cuando el TEDH tuvo que examinar la presencia de crucifijos en las aulas, el sentido del fallo hubiera sido idéntico: fuera las cruces de las aulas, pues así lo exige el principio de neutralidad y la libertad de los niños. Sin embargo, en el caso *Lautsi y otros contra Italia* de 18 de marzo de 2011, la *Grande Chambre* le enmendó la plana a la Sala Segunda¹⁵ y concluyó que la presencia de cruces en las paredes de las escuelas públicas no eran contrarias al art.9.2 CEDH y que su presencia o retirada también caía dentro del ámbito de apreciación de las autoridades nacionales. La Corte adujo los siguientes tres argumentos: en primer lugar, aceptó que la presencia del crucifijo “confers on the country’s majority religion preponderant visibility in the school environment (párr. 71)” pero añadió que, como había dicho en los casos *Folgerø y Zengin*, eso no era, por sí mismo, un incumplimiento del CEDH. En segundo lugar, destacó que “a crucifix on a wall is an essentially passive symbol [...] It cannot be deemed to have an influence on pupils (párr.72)”. Y, en tercer lugar, adujo que la presencia del crucifijo no era un problema porque tenía lugar en un ambiente de apertura y tolerancia hacia otras religiones:

“Italy opens up the school environment in parallel to other religions. The Government indicated in this connection that it was not forbidden for pupils to wear Islamic headscarves or other symbols or apparel ha-

¹⁵ El asunto había sido originalmente resuelto por la Sala Segunda de la Corte en el asunto *Lautsi* de 3 de noviembre de 2009 –conocida como “*Lautsi I*”– donde se concluyó que “the restrictions incompatible with the State’s duty to respect neutrality in the exercise of public authority, particularly in the field of education (párr. 57)”. Sin embargo, la Gran Cámara abordó el caso posteriormente invirtiendo el sentido del fallo y ofreciendo uno de los pronunciamientos más discutidos y discutibles de la Corte en muchos años.

ving a religious connotation; alternative arrangements were possible to help schooling fit in with non-majority religious practices; the beginning and end of Ramadan were “often celebrated” in schools; and optional religious education could be organised in schools for “all recognised religious creeds” (see paragraph 39 above). Moreover, there was nothing to suggest that the authorities were intolerant of pupils who believed in other religions, were non-believers or who held non-religious philosophical convictions. In addition, the applicants did not assert that the presence of the crucifix in classrooms had encouraged the development of teaching practices with a proselytising tendency, or claim that the second and third applicants had ever experienced a tendentious reference to that presence by a teacher in the exercise of his or her functions” (párr.74).

El primer argumento no parece muy convincente porque los asuntos examinados en los casos Folgerø y Zengin fueron muy distintos: allí la discusión versaba sobre si en el currículum escolar de Noruega y Turquía podía dedicarse más tiempo a la enseñanza de la religión preponderante en la historia de ese país. Nada que ver con que las *instituciones* de ese país *adoptaran* la simbología propia de la religión preponderante. El segundo y tercero razonamiento aún dejan más que desear ya que, palabra por palabra, podría haberse dicho en el asunto Dahlab: ¿acaso el uso del velo no era también un símbolo *pasivo*? ¿Acaso no puede tener más influencia la cruz presente en *todas* las aulas, durante *toda* la educación y en un país católico? ¿Es que acaso la escuela donde trabajaba la señora Dahlab no era también un espacio abierto y tolerante con otras religiones? ¿Es que acaso la señora Dahlab sí había incurrido en prácticas proselitistas?

Según indicó la Corte, en el ámbito educativo, el deber de neutralidad se traduciría en:

“to take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind particularly with regard to religion in a calm atmosphere free of any proselytism. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that the States must not exceed” (parr.62).

Pero entonces, ¿cómo puede ser que una profesora velada genere una atmósfera adoctrinadora mas no un crucifijo en el aula? La razón aducida es que el velo es calificado de “powerful external symbol” y la cruz de “essen-

tially passive". ¿Por qué? Nada se dice al respecto. Nótese pues la doble vara de medir: mientras que en el caso Dahlab la *mera posibilidad* de influencia bastaba, aquí se exigía que la influencia inadecuada se considerase rigurosamente probada. Un fallo muy difícil de comprender pues, ¿cómo puede ser que las exigencias de neutralidad sean más exigentes hacia personas que hacia instituciones? Obligando a retirar la cruz de las paredes escolares ningún ciudadano ve su expresión religiosa coartada; en cambio, prohibiendo el uso del velo esto si sucede. ¿Qué sentido tiene entonces ser más laxo en la aplicación del principio de neutralidad en el primer caso en que los costes a nivel de libertad individual son mucho más bajos?¹⁶.

Visto todo lo anterior, no debemos olvidar que la libertad religiosa de terceros no ha sido el único derecho ajeno invocado como razón bastante para limitar el uso de determinadas prendas. La Corte también ha apelado a la higiene, a la no discriminación y, finalmente, al derecho de "vivir juntos".

Como ya avanzábamos, en los casos Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia de 4 de diciembre de 2008 también tuvo lugar una extraña expansión de la noción "derechos ajenos". En estos asuntos los derechos en cuestión eran la higiene y la seguridad que, supuestamente, se ponían en peligro si *una* alumna realizaba la clase de educación física ataviada con el velo. ¿Higiene y seguridad? ¿De quién? Y ¿cómo es que la higiene y seguridad siguieron estando en peligro cuando la alumna propuso realizar la clase *sin* velo, pero con sombrero –para así poder mantener su pelo tapado en público? El TEDH no entró a analizar este extremo, produciendo así otro fallo lamentable.

Ahondando en esta línea prohibicionista, el TEDH también apeló a la libertad religiosa de terceros para justificar la prohibición del uso del velo en otros lugares públicos como los hospitales. En la sentencia Ebrahimian contra Francia, de 26 noviembre de 2015 se analizaba el caso de una trabajadora social de un hospital público cuyo contrato no fue renovado por negarse a quitarse el velo en horario laboral. La Corte aceptó la argumentación francesa

¹⁶ Entre la doctrina favorable ha sido común seguir el razonamiento expuesto por los Magistrados Bonello y Power en sus respectivos votos particulares concurrentes y distinguir entre el deber de "neutralidad e imparcialidad" y el deber de "laicidad", que sería solo una especie particular del primero y más general. Y, mientras el Convenio exigiría a los Estados ser religiosamente neutrales, no les exige también que sean laicos, siendo solo la laicidad aquello que exige que en los espacios públicos no haya símbolos religiosos. Naturalmente, la cuestión que esta distinción plantea es: ¿de qué modo el Estado es imparcial entre distintas confesiones si a una y solo a una da una clara preeminencia –hecho, este último, afirmado por la propia STEDH?

según la cual tal prohibición era necesaria para proteger la libertad religiosa de los pacientes y su derecho a no ser discriminados:

“...the Court considers that the interference complained of pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others [...] the purpose was to ensure respect for all of the religious beliefs and spiritual orientations held by the patients who were using the public service and were recipients of the requirement of neutrality imposed on the applicant, by guaranteeing them strict equality. The aim was also to ensure that these users enjoyed equal treatment, without distinction on the basis of religion” (53).

De nuevo nos encontramos ante un razonamiento de lo más extraño pues no se ve de qué modo la libertad religiosa de alguien incluye el *no ser tratado o no relacionarse en un hospital* por personas con determinadas creencias religiosas. Al contrario, ¿no es este un deseo claramente discriminatorio: no quiero que me atiendan personas de determinada confesión? Asimismo, nada se gana en materia de “igual trato” al prohibir que los trabajadores lleven determinada ropa pues el trato que una persona dispensa no depende de qué ropa lleve. Otra cosa sería que se persiguiera que los empleados públicos –de cualquier tipo y en cualquier lugar– debieran *presentarse* al ciudadano con una apariencia que no pudiera sugerir simpatías o antipatías hacia determinadas personas o grupos. Pero entonces, la ley debería prohibir el uso de *cualquier* tipo de prenda con connotaciones ideológicas o identitarias y el fundamento de esta norma no tendría que ver con el secularismo ni la laicidad que se invocó, sino con el legítimo interés estatal de que sus funcionarios o trabajadores inspiren confianza entre la ciudadanía.

Finalmente, el caso más criticable dentro de esta jurisprudencia tendría lugar en el caso SAS contra Francia, de 1 de julio de 2014, en que la Corte avaló la prohibición francesa contra el velo integral en *todos* los espacios públicos –no por razones de seguridad, que hubiera sido atendible y coherente con otros pronunciamientos– sino por considerar que, con el uso de esta prenda sus portadoras no respetaban el derecho de los demás de “vivir juntos” (*le vivre ensemble* o *living together*):

“...under certain conditions the “respect for the minimum requirements of life in society” referred to by the Government –or of “living together” [...] can be linked to the legitimate aim of the “protection of the rights and freedoms of others” [...] the face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are

present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier" (§121 y 122).

Nótese lo iliberal de la argumentación: el interés o deseo de la mayoría de no *ver* prácticas o actitudes que ponen en cuestión determinado ideal político pasa por encima de los derechos de expresión religiosa de una minoría. Es decir, que como la mayoría juzga negativamente esa práctica –y seguramente con razón–, tiene derecho a negarle su ejercicio a quien decide participar de la misma, incluso cuando tal práctica no interfiere ni afecta a su vida –pues, insistimos, el TEDH rechazó explícitamente que cupiera apelar a razones de seguridad. ¿De qué modo este mismo argumento no podría emplearse para restringir tantas y tantas conductas? Es la clase de argumentos que justificarían prohibir a los homosexuales pasear por la calle de la mano porque con ello cuestionan la familia tradicional, por ejemplo. Sin duda, en qué consistan exactamente lo que Dworkin llamaba "preferencias externas" –en contraposición a las "preferencias internas"– es muy difícil de precisar. Pero es igualmente claro que el deseo de poder ver las caras a los demás es un caso paradigmático de preferencia externa, esto es, la clase de preferencia que una democracia liberal *no* ampara. En este párrafo la Corte da carta de naturaleza a la definición misma de la intolerancia: prohibir una actividad que *no afecta* a terceros, pero que estos rechazan¹⁷.

Pero es que, además, lo afirmado es impreciso: las mujeres que visten el velo integral no *uestionan* necesariamente determinada organización social –como cuando se organiza una manifestación o se publica un manifiesto–, simplemente no *participan* de la misma. Como indicaban en su voto particular los magistrados Nußberger y Jäderblom, las mujeres que portan el velo se comportan como "outsiders" y parece claro que el CEDH ampara tal cosa. En efecto, es parte esencial de una sociedad abierta *permitir* que determinadas personas vivan al margen de la misma y de sus valores, siempre y cuan-

¹⁷ Véase en sentido similar M. OLMEDO, "La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos", *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014.

do no pretendan imponerlos a los demás o destruir las condiciones que los hacen posibles. ¿Quizás era eso lo que hacían las mujeres con burka? Quizás sí, pero habría que haberlo destacado y argumentando con sumo cuidado.

Es más, solo unos párrafos antes de llegar a esta conclusión, la Corte rechazó la alegación francesa según la cual el velo integral es contrario a la dignidad humana destacando que, sin perjuicio de la extrañeza que tal prenda pueda generar en la sociedad, es una expresión de identidad cultural y pluralismo religioso que debe ser respetada en democracia:

“...the Court takes the view that, however essential it may be, respect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy” (caso S.A.S contra Francia, de 1 de julio de 2014, párr.120).

No alcanzamos a comprender cómo se compadece esta afirmación con todo lo dicho sobre el derecho de los demás de “vivir juntos”.

De nuevo, dada esta comprensión tan expansiva de los derechos ajenos, sería esperable que la Corte hubiera amparado a una empresa que exigía a sus trabajadores que no portaran símbolos religiosos durante el trabajo. En especial porque aquí sí estaban en juego intereses claramente identificables –i.e., el interés de la empresa en proyectar cierta imagen– y porque sobre las empresas *no* pesa el deber de neutralidad con el que sí carga el Estado. Sin embargo, sucedió todo lo contrario. La conclusión a la que se llegó en un breve y apodíctico párrafo del caso Eweida y otros contra Reino Unido de 15 de enero de 2013, fue que el interés legítimo de la empresa en proyectar cierta imagen no era lo suficientemente importante como para pasar por encima del interés de la trabajadora de expresar su religión:

“On one side of the scales was Ms Eweida’s desire to manifest her religious belief [...] On the other side of the scales was the employer’s wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida’s cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any

negative impact on British Airways' brand or image. Moreover, the fact that the company was able to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious symbolic jewellery demonstrates that the earlier prohibition was not of crucial importance" (caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013, párr. 94).

Nótese el inusitado rigor que ahora exigía la Corte: que no había evidencia de que el uso de la cruz perjudicara a la compañía. De acuerdo, pero ¿qué evidencia había de que el velo perjudicara al resto de alumnos o profesores en todos los casos en que ello se adujo y que hemos analizado? Que la compañía cambió la política de uniforme y tras ello no sucedió nada grave. De acuerdo, pero ¿qué gran problema existía en Francia, Bélgica o Turquía *antes* de que se introdujera la prohibición del velo y que desapareció tras su prohibición? En este sentido, compárese también esta afirmación sobre el cambio de regulación en materia de uniforme en la empresa, con la realizada en el caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006 en respuesta al argumento de la señora Kurtulmus según el cual había vestido el pañuelo durante años en sus clases en la universidad sin que se produjera ninguna intervención universitaria:

"it is clear that the fact that an existing rule is applied less rigorously because of a specific context does not mean that there is no justification for the rule or that it is no longer binding in law" (caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006, FJ.2).

No solo eso, poco antes se había indicado como argumento que la señora Kurtulmus había asumido su puesto como profesora en una universidad pública libremente, por lo que -se entiende- debía asumir las reglas que allí se impusieran:

"There is no doubt that the applicant assumed the status of a public servant of her own free will. As a university lecturer, and thus a person in authority at the university and a representative of the State, she could not have been unaware of the rules requiring her not to express her religious beliefs in public in an ostentatious manner"

Pero entonces surge la pregunta ¿es que acaso la señora Eweida no había ingresado también en la empresa de manera libre y consciente de la normativa en materia de vestimenta? Es más, si el origen voluntario de estas prohibiciones es un factor relevante ¿por qué no se ha tomado *nunca* en cuenta a

la hora de valorar la prohibición de llevar velo en la escuela *obligatoria*, esto es, allí donde uno *no* puede evitar verse sometido a esa prohibición? En fin, ¿dónde ha quedado el generosísimo margen de apreciación otrora esgrimido? ¿Es que acaso en este asunto sí existe consenso europeo? Precisamente todo lo contrario pues en dos ocasiones el TJUE –asuntos Samira Achbita contra G4S y Asma Bougnaoui contra Micropole SA– ha indicado que, mientras no se persiga el objetivo de discriminar a nadie por su religión y existan motivos empresariales objetivos y racionales, las empresas están legitimadas para imponer códigos de vestimenta incompatibles con determinadas prácticas religiosas y exigir a sus trabajadores de cara al público no portar símbolos visibles políticos o ideológicos.

Finalmente, el paroxismo del rigor incomprendible tiene lugar en el más reciente caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017, donde se analizaba la prohibición de llevar velo durante un juicio. Sobre esta materia tampoco existe un consenso europeo; los juzgados son un espacio donde –presumiblemente– el principio de neutralidad religiosa debería regir de manera especialmente exigente; además, razones evidentes de seguridad aconsejan limitar todas aquellas actividades que dificulten la identificación de los presentes. Y, qué duda cabe, si un Estado juzga que determinados símbolos religiosos ponen en cuestión la autoridad e imparcialidad del tribunal, la Corte deberá respetar su margen de apreciación. En el párrafo 35 del fallo en que el TEDH se pronuncia sobre si la interferencia bosniaca perseguía un objetivo legítimo leemos:

“The applicant took the view that the interference with the exercise of his freedom to manifest his religion did not correspond to any of the aims listed in Article 9 § 2. The Government maintained, for their part, that the impugned measure pursued two legitimate aims: to protect the rights and freedoms of others; and to maintain the authority and impartiality of the judiciary. The Court notes that the second paragraph of Article 9 does not refer expressly to the second of those aims. As regards the first of the aims invoked –to ensure the protection of the rights and freedoms of others– the Government referred to the principle of secularism and the need to promote tolerance in a post-conflict society” (caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017, párr. 35).

Es decir, que el mismo Tribunal que pocos años antes había amparado una prohibición de vestimenta *en la calle* en base a un concepto tan suma-

mente vaporoso y de difícil encaje en la literalidad del Convenio como el derecho de “vivir juntos”, ahora sosténía que los conceptos “seguridad”, “orden público” y/o “derechos ajenos” de ninguna manera pueden interpretarse como incluyendo algo tan básico como es la protección de la autoridad e imparcialidad judicial.

Ahora bien, dado que sí aceptó como objetivo legítimo por parte de Bosnia la protección de los derechos y libertades ajenas ¿cómo motivó entonces la Corte su condena? Afirmó que (i) la señora en cuestión estaba penalmente obligada a acudir al juzgado (párr.37), (ii) y que, sin perjuicio de que otros creyentes de su misma fe hubieran adoptado en otras ocasiones comportamientos irrespetuosos o rebeldes para con los jueces, en su caso no había ningún indicio de que fuera a negar la autoridad del juez o negarse a testificar (párr.42), por lo que la condena por no destocarse habría excedido el margen de apreciación nacional (párr.43). Pero entonces ¿dónde queda ahora el argumento esgrimido en Köse y otros contra Turquía de 24 de enero de 2006 sobre la legitimidad de códigos de vestimenta aplicables por igual a todas las personas sin distinciones religiosas? ¿Cómo es que aquí sí se entra a valorar la existencia de peligros concretos en vez de contentarse con los abstractos? ¿Es que acaso las mujeres que salen a la calle con el velo integral tienen la opción de *no* salir a la calle?

¿Quizás se trató de un caso aislado? No. Todas estas conclusiones –que en sí mismas juzgamos acertadas– serían reiteradas al año siguiente en el caso Lachiri contra Bélgica de 18 de septiembre de 2018. En esta ocasión, a la hora de valorar si la interferencia belga perseguía un objetivo legítimo, se indicó que:

“l’obligation de se présenter à découvert devant le juge, telle qu’elle a été appliquée en l’espèce, vise à prévenir les comportements irrespectueux à l’égard de l’institution judiciaire et/ou perturbateurs du bon déroulement d’une audience. La Cour rappelle à cet égard que seul l’article 10 § 2 de la Convention se réfère au “maintien de l’autorité du pouvoir judiciaire” (pour le sens à donner à cette notion, voir Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1), 26 avril 1979, §§ 55-57, série A no 30) et qu’il ne fait pas partie des buts légitimes visés par l’article 9 § 2 (Hamidović, précité, § 35). Rien ne s’oppose toutefois à considérer que les objectifs précités sont liés au but légitime de “protection de l’ordre” visé par cette dernière disposition” (caso Lachiri contra Bélgica de 18 de septiembre de 2018, párr.38).

Como puede verse, en las primeras líneas de este párrafo 38 parece que el TEDH se está cargando de razones y reforzando lo dicho en Hamidović contra Bosnia Herzegovina con un sólido argumento sistemático: no puede interpretarse que el mantenimiento de la autoridad judicial es una de las restricciones previstas en el art. 9.2 CEDH, porque allí no aparece mientras que sí aparece de manera explícita entre los límites a la libertad de expresión recogidos en el art.10.2 CEDH. Luego, si el legislador hubiese querido incluir ese límite entre los del art.9.2 CEDH, lo habría hecho. Si no está, no puede reputarse un mero error u olvido, pues lo encontramos de manera explícita en el siguiente artículo. Pues bien, justo después de este razonamiento niega totalmente lo dicho en Hamidović contra Bosnia y afirma que nada se opone a considerar que la autoridad judicial forma parte de “la protección del orden público”. Fijémonos:

- Hamidović contra Bosnia: “and to maintain the authority and impartiality of the judiciary. The Court notes that the second paragraph of Article 9 does not refer expressly to the second of those aims”
- Lachiri contra Bélgica: “Rien ne s’oppose toutefois à considérer que les objectifs précités sont liés au but légitime de “protection de l’ordre” visé par cette dernière disposition”

¿Quizás estos pronunciamientos no son contradicciones genuinas sino el inicio de una nueva tendencia jurisprudencial mucho más rigurosa y garantista que debe celebrarse más allá de estos tecnicismos? Es poco probable puesto que, como decíamos, en el reciente caso Mikyas y otros contra Bélgica de 9 de abril de 2024, la Corte ha despachado en unos pocos folios como manifiestamente infundada la demanda contra la prohibición belga de acudir velada al colegio empleando todos los lugares comunes ahora criticados. Además, en los casos Hamidović contra Bosnia y Lachiri contra Bélgica, la Corte insiste reiteradamente en que *no* está valorando si la prohibición queda protegida por el principio de neutralidad, abriendo la puerta a que, si la misma prohibición se invocase a su amparo, sí quedara protegida.

4. IGUALDAD DE GÉNERO

Desde el inicial caso Dahlab, el TEDH ha complementado sus argumentos tolerantes con las medidas prohibicionistas dejando caer breves comentarios sobre el significado sexista del velo islámico:

“...seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court no-

ted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils" (caso Dahlab contra Suiza de 15 de febrero de 2001, FJ.1).

"It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils" (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 111).

En contra de este argumento ha sido común replicar que el pañuelo no es o no tiene por qué ser un símbolo de sometimiento femenino¹⁸. El ya citado voto particular de la magistrada Tulkens decía:

"The ban on wearing the headscarf is therefore seen as promoting equality between men and women. However, what, in fact, is the connection between the ban and sexual equality? [...] wearing the headscarf has no single meaning; it is a practice that is engaged in for a variety of reasons. It does not necessarily symbolise the submission of women"

A nuestro parecer, sin embargo, las mejores objeciones van por otros derroteros y evidencian el carácter generalmente errático e incoherente de la jurisprudencia de la Corte en materia de símbolos religiosos. En primer lugar, la apelación a la igualdad de género es cuestionable ya que se compadecen mal con la idea, también muy repetida, según la cual:

"...the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious

¹⁸ Véase: M. MELÉNDEZ, "El velo islámico: contexto y significado", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. XXVI, 2010, pp. 835-857. J. RUIZ, "La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 103-140. F. AMÉRIGO, "El uso del velo islámico en el Derecho español", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 13, 2013, pp. 5-34. C. PICCIONE, "Jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo sobre el velo islámico", en VV.AA., *Cultural Rights for a Tunisian-Spanish Bridge Analysis and Reflections on Human Rights and Diversity in times of Growing Human Mobility*, B. BARREIRO CARRIL y G. CARBÓ RIBUGENT (dir.), Teseo Press, Buenos Aires, 2019, pp. 83-96.

beliefs or the ways in which those beliefs are expressed" (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 107)¹⁹.

En segundo lugar, porque en el caso SAS contra Francia de 1 de julio de 2014 el TEDH indicó que la igualdad entre hombres y mujeres exige prohibir la *imposición* a una mujer determinadas conductas, mas no prohibir que, en ejercicio de su libertad, la mujer adopte determinada conducta con connotaciones sexistas:

"It does not doubt that gender equality might rightly justify an interference with the exercise of certain rights and freedoms enshrined in the Convention [...] Thus a State Party which, in the name of gender equality, prohibits anyone from forcing women to conceal their face [...] The Court takes the view, however, that a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women [...] unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms" (párr. 119).

Y, en tercer lugar, porque la naturaleza sexista de un símbolo no es motivo suficiente para prohibirlo²⁰. Es decir, el problema con la apelación a la igualdad de género no reside en el significado del velo o cualquier otra prenda, sino en la sugerencia de que el Convenio no ampara la expresión de ideas sexistas o, en general, ideas contrarias a los valores de este. Es decir, el problema reside en asumir subrepticiamente por parte del TEDH que el Convenio solo ampara la expresión de religiones democráticas, igualitarias, liberales, etc. Y es que, aun cuando el espacio que otorga la jurisprudencia del TEDH a la negación de esos valores es más restringida que el que le otorgan las democracias no militantes, está fuera de duda –así lo ha repetido la Corte– que cabe oponerse

¹⁹ En consecuencia, entendemos más acertada la postura del TS en la sentencia de 14 de febrero según la cual "que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural. Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse "sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso" (FJ.8)".

²⁰ En gran medida, este mismo debate –sobre el significado objetivamente sexista del velo y la ilegalidad que se seguiría necesariamente del mismo– tuvo lugar en España entre el TSJ de Cataluña en la sentencia 7 de junio de 2011, y la respuesta del TS en la sentencia de 6 de marzo de 2013, que la anula. Véase el comentario al respecto de D. MORONDO, "El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, pp.2 91-307.

públicamente a los valores básicos del Convenio mientras no se promueva, incite o justifique el odio basado en la intolerancia –sea eso lo que sea. Y la mejor prueba de ello se encuentra en varios casos resueltos en esas mismas fechas, contexto y religión: Gündüz contra Turquía de 14 de julio de 2004, Erbakan contra Turquía de 6 de julio de 2006, y Kutlular contra Turquía, de 29 de abril de 2008²¹. En el primero la Corte consideró que el líder de una secta islamista estaba legitimado bajo el Convenio a defender públicamente en televisión *inter alia* la sharía, oponerse duramente al secularismo político y criticar el sistema democrático porque no podía considerar un caso de verdadero *hate speech*:

“...it was difficult to declare one’s respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia. [...] there is no doubt that, like any other remark directed against the Convention’s underlying values, expressions that seek to spread, incite or justify hatred based on intolerance, including religious intolerance, do not enjoy the protection afforded by Article 10 of the Convention. However, the Court considers that the mere fact of defending sharia, without calling for violence to establish it, cannot be regarded as “hate speech” (caso Gündüz contra Turquía de 14 de julio de 2004, párr. 51).

El caso del señor Erbakan también es muy ilustrativo ya que al momento de realizar sus declaraciones públicas en favor de la instauración de un régimen islamista en Turquía era el líder del partido *Refah*, que –como hemos visto– sería ilegalizado años más tarde por suponer un riesgo real para la democracia. Pues incluso en este contexto tan delicado la Corte argumentó que su libertad de expresión había sido violada al haber sido censurado por unas expresiones cuyo peligro *cierto e inminente* no había quedado suficientemente probado:

“...au vu des circonstances de l’espèce, pour la Cour, il n’est pas établi qu’au moment de l’engagement des poursuites à l’encontre du requérant, le discours incriminé engendrait “un risque actuel” et un danger “imminent” pour la société (paragraphe 48 ci-dessus) ou il était susceptible de l’être. A cet égard, à la différence du Gouvernement, le laps de temps assez long, à savoir quatre ans et cinq mois, écoulé entre la prétendue diffusion des propos litigieux et l’engagement des poursuites pénales est un élément à prendre en considération, compte tenu de ce qu’était l’enjeu pour le requérant de la procédure le concernant” (caso Erbakan contra Turquía de 6 de julio de 2006 párr. 68).

²¹ Véase en la misma línea J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, cit.

Finalmente, la Corte amparó al señor Krtlular contra la sanción turca en respuesta a su defensa pública de –precisamente– el uso del velo cuyo olvido por parte de muchas mujeres decía que habría provocado terremotos en el país como castigo divino:

“La Cour considère que, si choquants et offensants qu’ils puissent être pour ceux qui ne partagent pas les croyances et opinions du public auquel ils sont adressés, les propos du requérant n’incitent pas à la violence et ne sont pas de nature à fomenter la haine contre les personnes qui ne sont pas membres de la communauté religieuse à laquelle appartient le requérant” (caso Krtlular contra Turquía, de 29 de abril de 2008, párr. 49).

La conclusión de todo ello es que el significado sexista del velo sólo podría amparar su prohibición si se demostrase que *incita al odio*. Ahora bien, en tal caso su uso podría prohibirse en la escuela y en cualquier otro espacio público –pues el discurso de odio puede prohibirse en cualquier espacio público según ha indicado el propio TEDH.

5. SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO

Aunque la apelación al orden público ha sido otra constante, en realidad solo ha sido efectivamente empleado como argumento en los casos contra Turquía en que las prohibiciones al uso del velo se han justificado como medios necesarios para luchar contra el extremismo religioso y preservar así la democracia²². Por ejemplo, en el ya citado caso Leyla Sahin leemos:

²² Por ‘orden público’ pueden entenderse principalmente dos conceptos. O bien se trata de un concepto próximo al de la seguridad y se relaciona con la paz cívica y la tranquilidad ciudadana –oponiéndose al alboroto, la anarquía, el caos, etc. O bien, puede referirse al conjunto de principios y normas jurídicas básicas de determinada comunidad. Así, mientras el orden público en el primer sentido es el mismo en cualquier país, el segundo variará de Estado en Estado. ¿Cuál de estos sentidos emplea el CEDH en el art. 9.2? Solo puede ser el primero, ya que, de lo contrario, el CEDH quedaría vaciado de contenido puesto que puede ser parte del orden público de un país la negación de determinados derechos. Es decir, si el ‘orden’ que aparece en el 9.2 CEDH es o incluye el segundo sentido antes mencionado, entonces podría ser compatible casi cualquier limitación a la libertad religiosa siempre y cuando el Estado en cuestión tuviera como principio central de su ordenamiento la ausencia de libertad religiosa. Adicionalmente, en diversos pronunciamientos sobre los límites del art.9, el TEDH se ha pronunciado en unos términos que, implícitamente, evidencian que el sentido de ‘orden público’ que se adopta es el primero:

“The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts ... It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience (see Refah Partisi (the Welfare Party) and Others, cited above, § 124). The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university” (párr. 115).

En el plano abstracto, no puede negarse que un razonamiento así podría ser válido: si para preservar la democracia y la paz religiosa es necesario limitar ciertas manifestaciones de la propia fe, adelante. Sea lo que sea exactamente el “orden público” seguro que ampara estas preocupaciones. El problema está en que el TEDH se ha quedo sistemáticamente en este nivel de análisis y, contradiciendo su doctrina general, no ha entrado a valorar las concretas circunstancias del caso, a saber: si el peligro en cuestión era tal, si la medida empleada para combatirlo era eficaz, y si no existían otras medidas menos lesivas al efecto.

Además, esta clase de preocupaciones basadas en la conservación del orden democrático y secular son especialmente extrañas cuando lo que se discute es algo aparentemente tan inane como el uso privado y pacífico de símbolos religiosos. No solo eso, nos encontramos que el antecedente que continuamente citará la Corte será el caso de la ilegalización del partido Refah Partisi, cuya conexión con el asunto en lid no está nada claro. En efecto, como ya hemos indicado, en aquella ocasión se discutió si era conforme al Convenio ilegalizar un partido político con mucha influencia social y que abogaba abiertamente por subvertir el orden constitucional e instaurar un

“The Court has frequently emphasised the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 107)”.

“Participants intended to assemble in support of their religion, Vaishnavism, and a particular lifestyle associated with it which in their view offered health benefits. There was no reason to presume a risk of any disturbance of public order or breach of peace on their part. The freedom of assembly as enshrined in Article 11 of the Convention protects a demonstration that may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to promote (caso Krishna en Rusia y Frolov c. Rusia, de 23 noviembre de 2021, párr. 56)”.

régimen no secular. En consecuencia, la doctrina que allí pudiera establecerse difícilmente sería aplicable al uso de símbolos religiosos por (i) simples particulares, (ii) carentes de influencia pública, y (iii) sin intencionalidad política o social conocida.

No solo eso, nos encontramos que en el caso del partido Refah Partisi la Corte entró efectivamente a valorar con detalle los indicios que atestiguaban el peligro que suponía Refah Partisi para la conservación del secularismo en Turquía. En cambio, en relación con los símbolos religiosos vemos que, de modo sistemático, la Corte se contenta con atestiguar que, entre los fines que motivaron la censura turca se encontraba la preservación del orden democrático y secular. Es decir, y de nuevo, un análisis puramente abstracto y del todo superficial.

Adicionalmente, la prohibición del uso de símbolos religiosos como método para combatir el fanatismo se compadece muy mal con la idea tan repetida según la cual la forma adecuada para alcanzar la paz religiosa *no* es eliminando la pluralidad religiosa, sino tomar las medidas encaminadas a que los distintos grupos de creyentes se respeten:

“The role of the authorities is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other” (caso SAS contra France, cited above, párr. 127-28; caso Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017).

Pero ¿acaso no es esta la receta avalada? A saber, ¿que para que el radicalismo islámico no se imponga –“to remove the cause of tension”–, prohibimos el uso del pañuelo –“by eliminating pluralism”?

6. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD RELIGIOSA

Finalmente, el cuarto argumento sustantivo empleado en la jurisprudencia de Estrasburgo en torno a los símbolos religiosos ha sido el principio de laicidad, neutralidad o secularismo –empleando indistintamente todos estos términos²³.

²³ Sin embargo, en la doctrina estos términos –y tantos otros– suelen emplearse para designar modos distintos de entender el principio de neutralidad estatal y modelos distintos de relación Estado e Iglesia. Véase, por ejemplo, y aplicado al asunto que discutimos, S. CAÑAMARES, “Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela”, cit. Una reflexión de orden más teórico en B. ALÁEZ, “Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, pp. 217-256. Y la comparativa entre el modelo francés y el español en M. ALENDÁ, “La presencia de sím-

Al respecto ha sido común replicar que tal principio no viene recogido ni como derecho ni como límite a los mismos, por lo que no puede ser empleado en las argumentaciones del TEDH²⁴. Pero incluso dejando de lado esta cuestión, nos encontramos con que se ha invocado una razón adecuada en abstracto, pero corrompida en la práctica dado que se ha apelado a este principio por igual a la hora de limitar la libertad de trabajadores públicos o funcionarios, y a la hora de limitar la libertad de ciudadanos particulares sin vinculación alguna con el gobierno:

“The ban on all conspicuous religious symbols in all classes of state schools was based on the constitutional principle of secularism, which was consistent with the values protected by the Convention and the Court’s case-law” (casos *Aktas contra Francia*, *Bayrak contra Francia*, *Gamaleddyn contra Francia*, *Ghazal contra Francia*, *J.Singh contra Francia* y *Singh contra Francia*, de 30 de junio de 2009).

Como ha destacado buena parte de la doctrina, el deber de neutralidad se predica del *Estado* mas no de los particulares²⁵. ¿Quizás es que el TEDH adopta una concepción más expansiva de este principio? No lo parece, dadas las muchas definiciones y comentarios que sobre el mismo encontramos en sus pronunciamientos sobre libertad religiosa:

“The principle prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief; it thereby guided the State in its role of impartial arbiter, and necessarily entailed freedom of religion and conscience. It also served to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but from external pressure from extremist movements” (caso *Leyla Sahín contra Turquía* de 10 de noviembre de 2005, párr. 113-114).

“The Court again emphasised the importance of the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs” (casos *Aktas contra Francia*, *Bayrak contra Francia*, *Gamaleddyn contra Francia*, *Ghazal contra Francia*, *J.Singh contra Francia* y *Singh contra Francia*, de 30 de junio de 2009).

bolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.

²⁴ Al respecto puede verse I. MARTÍN, “El caso Lautsi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, pp. 215-252.

²⁵ Por todos, véase: A. RUIZ, y L. VILLAVICENCIO, “Estado y religión: una justificación liberal de la laicidad neutral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 93-126. J. DE MIGUEL, “Neutralidad y Derecho constitucional”, *Teorías y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 239-267.

“...the State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed” (caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013, párr.81).

Como puede verse, se trata de una prohibición dirigida al Estado que, hasta cierto punto, es solo el reverso del derecho individual a la libertad religiosa y a la no discriminación. Lo que se sigue de ello es que, si bien la prohibición en el caso de funcionarios o trabajadores públicos puede ser discutible pero atendible, su extensión sobre los particulares carece de todo fundamento. Luego, ampararse en este principio para limitar la libertad religiosa es un error manifiesto. En su voto disidente en el caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005 la magistrada Tulkens ya afeó este punto:

“...the judgment makes no distinction between teachers and students, whereas in Dahlab (decision cited above), which concerned a teacher, the Court expressly noted the role-model aspect which the teacher’s wearing the headscarf had”

En el fondo, lo que Francia, Bélgica y Turquía persiguen es la creación de “espacios libres de religión”:

“it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire” (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 116).

Pero tal política, lícita o no, ni se confunde ni viene amparada por el principio de neutralidad religiosa del Estado ni, más generalmente, se incluye en el Convenio como uno de los límites posibles de la libertad religiosa. En efecto, el Estado también debe ser neutral entre las concepciones de la buena vida, pero no por ello consideraríamos que los alumnos no pueden llevar ningún símbolo ideológico, por poner solo un ejemplo.

No solo eso, si fuera cierto que el principio de neutralidad religiosa justificase prohibir el uso de símbolos religiosos en la escuela, entonces *mutatis mutandi* nada excluye que también pudiera amparar la misma prohibición en otros espacios públicos, como la calle o las iglesias²⁶. Y, sin embargo, en el caso Ahmed

²⁶ Esta objeción la abanza tempranamente B. BLEIBERG, “Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights’ Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey”, *Cornell Law Review*, vol. 91, 2005, pp.129-170.

Arslan y otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010 la Corte consideró que el gobierno había violado el art.9 CEDH al castigar a un grupo religioso por pasearse por la calle ataviados con turbante, túnica y bastón. Los argumentos que ofreció la Corte fueron tres: (i) que los condenados eran meros particulares y no funcionarios o trabajadores públicos que representara al Estado o ejercieran funciones públicas (párr. 48), (ii) que los símbolos se portaron en “espacios públicos abiertos a todos”, en vez de en “establecimientos públicos” (párr. 49), y (iii) que no había indicio alguno de que, por el modo en que expresaban sus creencias, pusieran en riesgo el orden público o ejercieran una presión indebida sobre terceros (párr. 50). Dado que las razones (i) y (iii) concurren por igual en los casos en que sí se toleró la prohibición, el quid del asunto debe residir en (ii), esto es, la distinción entre dos clases de espacios públicos:

“La Cour rappelle ensuite son constat selon lequel les requérants ont été sanctionnés pour la tenue vestimentaire qu'ils portaient dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. Il ne s'agit donc pas de la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, dans lesquels le respect de la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion. Il s'ensuit que la jurisprudence de la Cour mettant l'accent sur l'importance particulière du rôle du décideur national quant à l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement public (voir, entre autres, Leyla Şahin, précité, § 109) ne trouve pas à s'appliquer dans la présente affaire” (caso Ahmed Arslan y otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010, párr. 49).

Pero ¿por qué? ¿Cuál es la razón que justifica que *solo* en los establecimientos públicos “le respect de la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion”? Tampoco la Corte dijo nada al respecto.

7. CONCLUSIÓN

En este texto hemos repasado críticamente la jurisprudencia del TEDH en materia de vestimenta religiosa y de la misma cabe extraer las siguientes conclusiones.

- Toda una serie de nociones nucleares han sufrido una grave desnaturalización: “restricción *imperiosa* en una sociedad democrática”, “presión social y proselitismo”, “derechos ajenos”, “principio de

neutralidad religiosa”, son términos privados de su sentido natural por parte de la Corte.

- Se trata de una jurisprudencia en sí misma incoherente, e incoherente también con la doctrina sentada en otras materias conexas.
- Inexplicablemente, cuando la expresión de determinadas ideas religiosas se reivindica al amparo del art.10 CEDH la Corte es sumamente exigente con las prohibiciones estatales y redacta extensas sentencias al respecto. En cambio, cuando la expresión de ideas religiosas se reivindica al amparo del art.9 CEDH ese rigor desaparece, todo se fía al margen de apreciación estatal y lacónicas generalidades llenan unas pocas páginas de fallo.
- La regla general que ha seguido la Corte ha sido contentarse con exámenes abstractos en los que no se entrará a valorar cuán acertados eran en la práctica los argumentos esgrimidos por los Estados demandados. Sin embargo, y sin explicación aparente, esta norma ha sido alterada en no pocos pronunciamientos en que la Corte se vuelve inopinadamente rigurosa.

Con ello presente, entendemos que, en adelante, sería deseable que la Corte se apartara de la jurisprudencia seguida hasta el momento y se rigiera por los siguientes principios:

- En primer lugar, debería ser más exigente a la hora de apreciar la concurrencia de un fin legítimo para la interferencia estatal sobre la libertad religiosa. Es decir, debería adoptar un estándar probatorio más riguroso, no bastando con que el Estado demandado *alegara* de modo más o menos plausible la concurrencia de determinado fin. Por ejemplo, si el Estado sostiene que busca evitar presiones indebidas sobre terceros, se le debería exigir que indicara qué indicios concretos y relacionados con el caso examinado abalan ese temor.
- En segundo lugar, la Corte también debería ser más restrictiva a la hora de interpretar qué cualifica como un fin legítimo a la hora de limitar la libertad religiosa. Por tanto, nada de vaporosas alegaciones al “vivir juntos” o a una “seguridad” del todo indeterminada, por ejemplo. El fin en cuestión debe estar claramente recogido en el Convenio como uno de los posibles límites. No cabe una interpretación extensiva de las limitaciones a los derechos más básicos.
- En tercer lugar, las apelaciones al margen de apreciación estatal deberían sustituirse por un ejercicio de ponderación riguroso. En

suma, adoptar una postura próxima a la del “escrutinio estricto” que ha desarrollado el TS estadounidense para, entre otros, los asuntos de índole religiosa. O, sin ir tan lejos, que el TEDH adoptara en relación con la expresión religiosa la postura que mantiene desde hace décadas en relación con la libertad de expresión.

- En cuarto lugar, las motivaciones deberían ser mucho más pormenorizadas e individualizadas, en especial cuando se avale una interferencia. Y, lógicamente, dada la debilidad de los pronunciamientos examinados, la remisión a la jurisprudencia anterior debería tener un papel argumental muy secundario.
- Y en quinto y último lugar, abandonar esa errónea noción de la neutralidad estatal que impone límites a los individuos a la hora de expresar sus convicciones.

Los musulmanes practicantes son, hoy en día, *la minoría paradigmática* a la que las democracias liberales se enorgullecen de proteger: minorías, no solo extrañas, incomprendidas o algo incómodas para la mayoría –como podrían ser en su día los gays u hoy los trans– sino minorías hostiles, que generan miedo y que en muchas ocasiones rechazan el orden liberal. En fin, grupos que tradicionalmente habrían sido *enemigos* del Estado y de la sociedad –y no simples *marginados*. La postura que se adopte ante ellos será el “canario en la mina” del Estado de Derecho²⁷.

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
Avenida Diagonal, 684
08034 Barcelona
e-mail: fernandezcodina@ub.edu

²⁷ A modo de cierre, planteamos una pregunta para futuras reflexiones: sin perjuicio de que la prohibición general de portar símbolos religiosos visibles en determinados espacios públicos pudiera ser conforme al CEDH, ¿acaso el derecho a la objeción de conciencia recogido según el propio TEDH en el art.9.2 CEDH –caso Bayatyan c. Armenia de 7 julio 2011 en relación al servicio militar; caso Adyan y otros c. Armenia de 12 de octubre de 2017 en relación al servicio sustitutorio; caso Polat contra Austria, 20 julio 2021, en relación a las autopsias– no exigiría hacer *algunas* excepciones para aquellos casos en que el uso de esas prendas fuera vivido por los sujetos, no como un deseo, sino como un inexcusable deber? Para una panorámica sobre el asunto véase J. MARTÍ, “Panorama actual de la objeción de conciencia, en defensa de la vida y su evolución en el TEDH”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 60, 2022, pp. 9-43.