

El velo islámico y el voto de la  
Juez Tulkens  
(Comentario a la STEDH de 10 de noviembre de  
2005 en el asunto Leyla Sahin c. Turquía)

*María Fraile Ortiz*

Prof. Dra. de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III

SUMARIO

- I. DE NUEVO, EL VELO
  - II. LA STEDH DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, ASUNTO LEYLA SAHIN C. TURQUÍA (NÚM. 44774/98)
  - III. EL VOTO DISCREPANTE DE LA JUEZ F. TULKENS
-

## I. DE NUEVO, EL VELO

En el mes de septiembre de 2005, Salima Abdeslam Aisa, de Coalición por Melilla, tomaba posesión como parlamentaria de la Asamblea de esa Ciudad Autónoma ataviada con el tradicional velo islámico (*hiyab*), despertando con ello la curiosidad de los medios informativos por ser la primera mujer musulmana que tomaba asiento en una asamblea<sup>1</sup> española. Dos meses más tarde, una profesora musulmana era despedida de un colegio musulmán de Ámsterdam por no llevar el velo, algo que sólo se permitía a los profesores y alumnos no musulmanes del centro. La Comisión para la Igualdad de Trato, órgano independiente holandés, consideró que el despido fue discriminatorio.

En este contexto, en el que se suceden noticias sobre el uso del velo en circunstancias tan diferentes y con consecuencias también tan distintas, volver a hablar del velo islámico no debe de resultar extraño, y probablemente en un futuro no muy lejano lo sea aún menos. No olvidemos que sólo en los últimos tres años se han sucedido no pocos conflictos en torno al uso del velo islámico en el seno de varios Estados europeos: por orden cronológico recordamos especialmente la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso de Fereshta Ludin, aspirante a profesora que defendió con éxito su derecho a usar el velo en la escuela pública cuando ejerciese su función docente (*STCF de 24 de septiembre de 2003, BVerfG, 2 BVR 1436/02*), o la Ley francesa adoptada por el Parlamento en marzo de 2004 y en virtud de la cual se prohíbe el uso del velo en las escuelas, colegios y liceos públicos en aplicación del principio de laicidad (*Ley núm. 2004-228 en aplicación del principio de laicidad, sobre el uso de signos o atuendos que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios o liceos públicos, JO núm. 65 de 17 de marzo de 2004, pg. 5190*) o la sentencia de un tribunal británico en el caso de Shabina Begum, estudiante británica que en marzo de 2005 defendió –también con éxito– su derecho a asistir a la escuela llevando una túnica de cuerpo entero en ejercicio de su libertad religiosa (*sentencia de 2 de marzo de 2005, asunto R[Shabina Begum] v. Head Teacher and Governors of Denbigh High School, EWCA Civ 199*).

La problemática derivada del uso del velo ha traspasado incluso las fronteras nacionales, por lo que ciertas instituciones europeas han tenido que pronunciarse al respecto en varias ocasiones: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo hizo ya en el año 2001 al conocer del caso de una profesora de escuela primaria a la que se había prohibido el uso del velo islámico en

<sup>1</sup> Sin poder olvidar que las características peculiares de la organización territorial de las ciudades de Ceuta y Melilla se proyectan sin duda sobre la descripción de su corporación municipal como asamblea *sui generis* (en el mejor de los casos).

el colegio (*STEDH de 15 de febrero de 2001, asunto Dahlab v. Suiza, caso núm. 42393/98*); en aquella ocasión sorprendentemente el asunto ni siquiera fue admitido por considerarse «mal fundado» en aplicación del art. 35.3 CEDH, si bien el Tribunal tuvo ocasión de exponer ampliamente los términos del debate. A dicha resolución siguió algo más tarde la que está en el origen de este trabajo, a saber, la sentencia del TEDH dictada en el caso Leyla Sahin c. Turquía y en virtud de la cual admitida a trámite la demanda –esta vez sí– no se amparó el caso de una estudiante de medicina de la Universidad de Estambul que tuvo que trasladarse a otro país para continuar sus estudios por haber prohibido la universidad la asistencia a las aulas llevando velo (*STEDH de 29 de junio de 2004, asunto Leyla Sahin c. Turquía, caso núm. 44774/98*). Precisamente en sentido opuesto es posible referir también la existencia de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de enero de 2005 en el que se condena al Estado uzbeko por haber impedido a una estudiante llevar el velo al acudir a la Universidad (*Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 18 de enero de 2005, CCPR/C/82/D/931/2000*)<sup>2</sup>.

## II. LA STEDH DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, ASUNTO LEYLA SAHIN C. TURQUÍA (NÚM. 44774/98)

Pues bien, nos encontramos en esta ocasión ante un nuevo pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del caso de la joven de nacionalidad turca y estudiante de medicina Leyla Sahin: se trata de la STEDH de 10 de noviembre de 2005, dictada por el Tribunal tras la solicitud planteada por la recurrente, Leyla Sahin, de remitir el asunto ya citado y concluido por STEDH de 29 de junio de 2004 ante la Gran Sala para su conocimiento y decisión final<sup>3</sup>. Efectivamente, el art. 43 del CEDH prevé «en casos excepcionales» la posibilidad de remitir un asunto al Tribunal reunido en Gran Sala (diecisiete jueces entre los que se encuentran necesariamente el elegido en representación del Estado parte en el litigio –único que puede volver a enjuiciar el asunto–, el Presidente del Tribunal, los Vicepresidentes y los Presidentes de las Salas, entre otros) que *deberá* aceptar la demanda si (y sólo si) plantea «una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general»<sup>4</sup>. Un colegio de cinco jueces de la Gran

<sup>2</sup> Un análisis detallado de todos ellos fue objeto de una publicación anterior: cfr. FRALLE ORTIZ, María, «Detrás del velo. Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005, pgs. 203-230.

<sup>3</sup> Además de en nuestro trabajo, la citada STEDH de 29 de junio de 2004 ha sido ya objeto de estudio en varias ocasiones. Destacamos especialmente LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «El velo islámico en la universidad turca. Nota a la sentencia del TEDH de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pgs. 383-394.

<sup>4</sup> Cfr. igualmente el art. 73 del Reglamento del TEDH: «2. (...) sólo la aceptará si entiende que efectivamente suscita una cuestión semejante».

Sala la aceptó en noviembre de 2004, teniendo lugar una audiencia pública en mayo de 2005, y pronunciándose la Gran Sala el 10 de noviembre de 2005, en lo que constituye la sentencia definitiva del asunto Leyla Sahin c. Turquía.

La recurrente había denunciado en su día la vulneración de sus derechos garantizados por el CEDH en los arts. 8, 9, 10 y 14 del mismo y en el art. 2 del Protocolo núm. 1 adicional al CEDH, como consecuencia de la prohibición de llevar el velo en la Universidad de Estambul a la que se había trasladado al comenzar el quinto curso de la carrera de medicina. Con anterioridad, Leyla Sahin cursaba sus estudios en la Universidad de Bursa ataviada con el velo, sin que ello hubiera dado lugar a conflicto alguno. Pues bien, el TEDH resolvió por unanimidad en su sentencia de 29 de junio de 2004 que no hubo vulneración del art. 9 CEDH y que ninguna cuestión diferente se podía derivar de los restantes preceptos alegados, y ello porque si bien era evidente que el primer apartado del art. 9 CEDH quedaba comprometido por la medida (concretamente la «... libertad de manifestar su religión o sus convicciones»), dicha interferencia estaba «prevista en la ley» y constituía «una medida necesaria en una sociedad democrática, para (...) la protección de los derechos o las libertades de los demás, y el orden público», tal y como exigía el segundo apartado del citado artículo. Para llegar a dicha conclusión, el TEDH hizo todo un recorrido por «el contexto turco» y recordó el papel privilegiado de las autoridades nacionales para pronunciarse sobre necesidades y contextos locales, muy especialmente cuando se trata de las relaciones entre el Estado y la religión (en este caso el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza), habida cuenta de las diferencias al respecto entre países. A juicio del Tribunal, ninguna vulneración del art. 9 CEDH se desprendió de la actuación de las autoridades educativas turcas, pues la salvaguarda del principio de laicidad en Turquía podía ser considerada como *necesaria* para la protección del sistema democrático turco, en el sentido dado a tal adjetivo por el segundo apartado del art. 9 CEDH al señalar las posibilidades legítimas de limitar la manifestación exterior de cualquier creencia religiosa.

Pues bien, siguiendo con el «contexto» el primer aspecto que llama la atención de la reciente sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH el 10 de noviembre de 2005 en el asunto Sahin c. Turquía, es el apartado referido al Derecho comparado: o bien la sentencia de 29 de junio de 2004 se limitaba a mencionar en dicho apartado algunos ejemplos relacionados con el caso, o bien la extensión del apartado referido al Derecho comparado de la sentencia de noviembre de 2005 refleja la dimensión que está adquiriendo el asunto en el transcurso de los últimos años –no olvidemos que tan sólo (tan sólo!) ha transcurrido año y medio entre uno y otro pronunciamiento–. La respuesta es que ni lo uno ni lo otro (o las dos cosas a la vez): lo llamativo no es únicamente que el asunto del velo islámico esté dando lugar cada vez más a conflictos de cierta importancia por toda Europa (algunos Estados que en la época de la que data la primera sentencia resolvían amistosamente los puntuales conflictos que surgieran al respecto, pasan ahora al plano

contencioso y se convierten incluso en centro de atención mediática –nos referimos al Reino Unido y a la sentencia ya citada al comienzo en el *asunto R (Shabina Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*– sino que ahora se presta especial atención a todas las actuaciones públicas o privadas relacionadas con el velo, aunque se produjeran con anterioridad a aquella primera sentencia de junio de 2004 (la sentencia de noviembre de 2005 cita con cierto detalle el caso de Austria, España, Holanda o Suecia, como ejemplos de Estados en los que empieza a suscitarse algún debate sobre el uso del velo en el ámbito educativo, y, sin embargo, los datos aportados son de 2003). Efectivamente, parece que el TEDH reunido en Gran Sala ha querido prestar atención al fenómeno del velo islámico en el Derecho comparado, no como quien observa un fenómeno nuevo sino más bien como aquel que observa con mirada nueva algo que le había pasado inadvertido.

El otro dato que se desprende del apartado relacionado con el Derecho comparado (y pese a que el caso de autos no es precisamente un ejemplo), es que los problemas suscitados con el velo se localizan sobre todo en Estados en los que el velo es un elemento incorporado por el inmigrante. La cuestión no está tanto en la mayor o menor presencia de musulmanes en un Estado sino en si dichos musulmanes son o no inmigrantes en ese Estado. Y por ello, los Estados en los que por el momento el velo no ha suscitado conflicto alguno son Estados como la República Checa, Grecia, Hungría, Polonia o Eslovaquia, pues o bien son países de emigración (como Polonia) o son países de inmigración no musulmana<sup>5</sup>.

Volvamos a la sentencia de la Gran Sala del TEDH de noviembre de 2005. Siguiendo el mismo esquema desarrollado en el pronunciamiento de la Sala en junio de 2004, el Tribunal trata de determinar uno por uno si ha existido vulneración o no de los preceptos alegados por la demandante, siendo el primero de ellos el consabido art. 9 CEDH que garantiza la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

El primer aspecto a destacar es el que tiene que ver con el *petitum* de la recurrente. Si bien en un primer momento –tras la sentencia de junio de 2004– la estudiante cuestionó la base de la argumentación de la Sala que concluía en la no vulneración del art. 9 CEDH, en las observaciones presentadas ante la Gran Sala en enero de 2005 afirmó no pretender el reconocimiento indiscriminado del derecho de todas las mujeres a llevar el velo islámico en todas partes, asumiendo con ello que el derecho a llevar el mismo no está siempre protegido por la libertad religiosa. De alguna manera Leyla Sahin cuestiona el pronunciamiento del TEDH a la luz de sus circunstancias concretas, las que dieron lugar a la imposibilidad de continuar con sus estudios de medicina en la Universidad de Estambul y a su traslado a Viena, aceptando con ello que puedan existir otras circunstancias que aconsejen limitar el derecho a manifestar las propias creencias a través

<sup>5</sup> Cfr. los datos señalados en [http://www.epp.curostat.cec.eu.int/cache/ITY\\_OFF-PUB/KS-NK-06-001/FR/KS-NK-06-001-FR.PDF](http://www.epp.curostat.cec.eu.int/cache/ITY_OFF-PUB/KS-NK-06-001/FR/KS-NK-06-001-FR.PDF).

del velo<sup>6</sup>. Esta observación no es baladí pues en un ámbito en el que el «contexto» adquiere tanta importancia, permite apreciar la sensatez de su pretensión (y con ella la madurez de la recurrente, indirectamente cuestionada por la aproximación al caso realizada por los magistrados).

Tras asumir como propias las observaciones realizadas por la Sala en 2004 sobre la existencia efectiva de una interferencia en la libertad religiosa garantizada por el art. 9.1 CEDH (es decir, ni entonces ni ahora se cuestiona que la libertad religiosa de la recurrente fue efectivamente limitada), la Gran Sala se centra en la determinación de si dicha interferencia estaba «prevista en la ley» en el sentido del art. 9.2 CEDH, perseguía un fin legítimo y era una medida «necesaria en una sociedad democrática», pues del cumplimiento de tales requisitos ahora como entonces dependía la valoración final sobre la existencia de una vulneración del derecho de la recurrente.

Reproduciendo casi literalmente los términos de la primera sentencia de junio de 2004, la Gran Sala concluye que la medida estaba prevista en la Ley turca, interpretada nada menos que a la luz de la jurisprudencia constitucional dictada por el Tribunal Constitucional de ese país, concluyendo a renglón seguido que en ese aspecto ningún reproche podía hacerse a la normativa que prohibía el velo en la Universidad de Estambul; y que la medida en cuestión perseguía el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás, así como el orden público. Al parecer, ningún problema presentaba tampoco esta premisa que por otro lado no había vuelto a ser cuestionada por la recurrente.

El verdadero caballo de batalla se encontraba, pues, en la ya clásica referencia al concepto de «necesidad en una sociedad democrática» ¿era la prohibición del velo una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de tales bienes?

Tras exponer el planteamiento general del TEDH sobre la cuestión (en términos similares a los señalados en su momento por la Sala que falló en contra de la recurrente, si bien poniendo algo más de énfasis –si cabe– en el papel definitivo de cada Estado para valorar la «necesidad» de una medida restrictiva a la vista de las circunstancias locales) el Tribunal reunido en Gran Sala trata de aplicar los citados principios generales al caso de autos y concluye que el fin perseguido con la prohibición del velo en la universidad de Estambul era preservar el principio de laicidad tal y como éste es interpretado por el propio Tribunal Constitucional turco, lo que no puede ser objeto de reproche por parte del Tribunal.

La cuestión está entonces en la relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin pretendido, y ningún argumento nuevo aporta al respecto la sentencia de la Gran Sala: la medida era proporcional a dicho

<sup>6</sup> Sirvan como ejemplos en un contexto de práctica de la medicina, el eventual conflicto entre el uso del velo y la higiene o seguridad en la realización de prácticas en un laboratorio o en una intervención quirúrgica.

fin, habida cuenta de que la Universidad no pretendió sino aplicar la doctrina defendida por los más altos tribunales turcos, en continuo diálogo con los estudiantes. El Tribunal señala a mayor abundamiento que quién sino la autoridad universitaria está mejor situada para percibir las necesidades que se derivan de la programación de la enseñanza y del plan docente en general, así como de la vida universitaria. No deja de resultar llamativo el recurso a este tipo de argumentos cuando lo que se pretende es justificar la actuación cuestionada: sí, el principio de mayor proximidad al foco del problema (sea el Estado o sea la universidad) a priori presenta ventajas indudables, pues la cercanía al problema parece situar de forma privilegiada a quien pretende resolverlo, que –precisamente por esa cercanía– puede «calibrar» mejor la intervención más adecuada; ello es indudable y constituye además una tendencia plenamente asentada en el ámbito europeo (pensemos por ejemplo, *mutatis mutandis*, en el principio de subsidiariedad en Derecho comunitario). Sin embargo, como técnica argumental en manos del TEDH puede resultar sospechosa, pues en la práctica permite justificar cualquier actuación sin tener que aportar sólidos argumentos para ello. O lo que es lo mismo, la mayor cercanía o proximidad no es por definición garantía de que se toma la mejor decisión posible para el ciudadano; por muchas otras razones (incluso la distancia que a veces permite observar lo que ocurre con una objetividad que no es fácil mantener si se está muy cerca) no necesariamente la institución más próxima es la que vela mejor por los intereses de los individuos, y precisamente es tarea de los tribunales –también de los internacionales– observar que tales premisas se cumplen. Luego alguna razón de más debería haber para defender la medida adoptada en el caso por el Estado turco o por las autoridades universitarias turcas, más allá de su lugar privilegiado cerca del individuo. A tales aspectos se referirá con posterioridad el Voto discrepante de la Juez belga F. Tulkens.

En definitiva y como concluyó en su día la Sala en 2004, tanto la normativa de la Universidad de Estambul que prohibía el uso del velo islámico como las medidas adoptadas en aplicación de la misma estaban justificadas por la persecución de un fin legítimo y resultaban proporcionadas al mismo por lo que podían ser consideradas como «necesarias en una sociedad democrática» en el sentido previsto en el art. 9.2 CEDH. No hay, en consecuencia, violación del art. 9 CEDH.

A partir de este punto la sentencia de 10 de noviembre de 2005 parece incorporar alguna novedad, al entender que la también alegada vulneración del art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH –desechada por la Sala en junio de 2004 por no aportar a su juicio nada distinto de lo derivado del art. 9 CEDH– tiene entidad por sí misma y debe de ser valorada por separado a la vista de «las especiales circunstancias del caso, la importancia fundamental del derecho a la educación y la posición de las partes», y a pesar de que la alegada vulneración de uno y otro derecho se basan en los mismos motivos, a saber, la aplicación de la normativa que prohíbe el velo en la universidad turca. Veremos cómo la novedad está únicamente en el planteamiento.

Pues bien, después de elucubrar sobre la aplicabilidad del derecho en cuestión a la educación superior –lo que no deja de resultar sorprendente–, la Gran Sala decide tomar en consideración las alegaciones de la recurrente sobre cómo la medida en cuestión había interferido no sólo en su libertad de creencias sino también en su derecho a la educación, al haber sido obligada a abandonar sus estudios en Turquía trasladando su residencia a Austria ante la disyuntiva de proseguirlos en el modo impuesto por la autoridad universitaria, a saber, sin llevar el velo; ello pese a que al hacerlo en modo alguno había comprometido el orden público o afectado los derechos o libertades de los demás estudiantes. En definitiva, la recurrente aceptaba que la universidad estuviese legitimada para procurar un clima de seguridad y serenidad propicio para el estudio, pero rechazaba que las medidas adoptadas en el caso fuesen proporcionadas al fin perseguido, pues en modo alguno de su conducta podía derivarse que tales bienes hubieran quedado comprometidos. Todo lo contrario, ser consecuente con sus creencias religiosas, creencias asumidas de forma madura y consciente por una mujer adulta, había traído consigo la imposibilidad de seguir estudiando en Turquía, algo que además era inimaginable para ella cuando comenzó su carrera de medicina en la Universidad de Bursa y pudo cursar cuatro años y medio sin problema alguno derivado del uso del velo.

El Gobierno se contenta con contestar a tales alegaciones afirmando que el derecho de acceso a la educación quedó garantizado a la vista de la posibilidad real de la estudiante de cursar casi cinco años de medicina, y que la «interferencia» que sufrió su carrera al trasladarse a Estambul tuvo ocasión de ser valorada por los tribunales, sin que nada dijeran al respecto.

La Gran Sala adopta finalmente una decisión que no puede menos que resultar sorprendente: tras defender –como hemos visto– la necesidad de valorar separadamente la alegada vulneración del art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, a la vista de «las especiales circunstancias del caso, la importancia fundamental del derecho a la educación y la posición de las partes», y a pesar de que dicha vulneración se basaba en los mismos motivos que la del art. 9 CEDH, a saber, la aplicación de la normativa que prohíbe el velo en la universidad de Estambul, reconoce que hubo efectivamente una restricción del derecho a la educación de la estudiante, cuyo análisis sin embargo está condicionado por las conclusiones alcanzadas respecto del art. 9 CEDH, por lo que dedica los tres párrafos siguientes a aplicar las consideraciones precedentes sobre el art. 9 CEDH a la cuestión del derecho a la educación, a propósito del fin legítimo –preservar el carácter secular de las instituciones educativas– y de la proporcionalidad entre medios y fines. La conclusión, evidentemente, no puede ser sino desestimatoria de la pretensión de la recurrente, pues según su planteamiento como no hubo vulneración del art. 9 no hubo vulneración del art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Existe un Voto concurrente formulado por el Juez griego C. Rozakis y por la Juez croata N. Vajic, en virtud del cual si bien compartían la apreciación mayoritaria sobre la no vulneración del art. 9 CEDH ni del art. 2 del Protocolo núm. 1, señalaban la dificultad de separar ambas conclusiones, por lo que se mostraban partidarios de haber tomado en

De igual manera entiende la Gran Sala que no existe vulneración ni del derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH), ni del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), ni de la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH), como hiciera en su día la Sala en su sentencia de 29 de junio de 2004. Los primeros, por ser una reformulación de la denuncia principal, el último por no ser argumentado en profundidad por la recurrente ante la Gran Sala.

### III. EL VOTO DISCREPANTE DE LA JUEZ F. TULKENS

Y llegamos finalmente al Voto de la Juez belga Françoise Tulkens, Doctora en Derecho, dedicada activamente durante la mayor parte de su carrera a la docencia universitaria y a la investigación académica en el ámbito de la ciencia jurídica, miembro destacado ante distintos comités y observatorios europeos en defensa de los derechos humanos y el único voto disidente del parecer mayoritario, en una proporción de dieciséis a uno, discrepando de la conclusión alcanzada en el asunto Leyla Sahin c. Turquía tanto respecto del art. 9 CEDH como del art. 2 del Protocolo núm. 1 adicional al CEDH.

Vayamos por partes siguiendo su discurso respecto a la libertad de creencias y al derecho a la educación.

Libertad de creencias. La aproximación al asunto no puede resultar más ecuaníme ni menos sospechosa como punto de partida (a la vista de que defenderá luego la efectiva vulneración del art. 9 CEDH): la libertad de creencias, unpreciado bien para creyentes y no creyentes, no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión, pues en una sociedad democrática puede resultar necesario limitar la dimensión externa de dicha libertad en beneficio o en interés de la libertad de todos. El punto de partida está, pues, en afirmar sin paliativos la posibilidad o –lo que es lo mismo en el caso– la legitimidad de limitar la libertad de creencias.

Hasta ahí su coincidencia con el parecer de la mayoría. Las discrepancias comienzan con la cuestión de saber cuándo una limitación en el sentido del art. 9.2 CEDH es «necesaria en una sociedad democrática», pues sólo entonces será legítima, para lo cual deberá ser adecuada al fin perseguido, deberá ser a su vez la menos restrictiva del derecho en cuestión y por último resultar proporcionada.

Como también destacábamos al analizar el pronunciamiento de la mayoría, la juez Tulkens señala cómo buena parte del mismo se sustenta en afirmar el

consideración únicamente la vulneración del art. 9 CEDH, como hiciera la Sala en su momento, entendiendo que a la vista de las circunstancias del caso, el art. 9 CEDH operaba como *lex specialis*. Es decir, los dos jueces vienen a plantear que si la vulneración o no del art. 2 del Protocolo núm. 1 está ligada de tal manera a la del art. 9 CEDH hasta el punto de que el análisis del primero está condicionado por las conclusiones alcanzadas respecto del segundo, cuál es el sentido de defender que las denuncias contenidas en la alegada vulneración de uno y otro son distintas y que por ello mismo deben de ser analizadas separadamente.

importante margen de apreciación en manos de las autoridades nacionales, «mejor situadas» que nadie para decidir cómo aplicar las disposiciones del Convenio; ello condiciona la tarea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos sentidos, que no puede ni imponer su valoración a la de las partes, pues su jurisdicción es subsidiaria en dicha apreciación (no es su papel dar su opinión sobre un modelo religioso sea éste cual sea), ni renunciar a supervisar en modo alguno la aplicación del Convenio por parte de los Estados.

Dicha aproximación al conflicto podría ser compartida por la juez –afirma– de no ser por la presencia de dos elementos que debilitan su autoridad: el primero se refiere a la razón por la cual el margen de apreciación de las autoridades nacionales pretende ser tan grande, a saber, la supuesta ausencia de un consenso europeo en lo que respecta a la posibilidad de regular el uso de símbolos religiosos en instituciones educativas, algo alejado de la realidad pues a la luz del Derecho comparado Turquía es el único Estado parte en el Consejo de Europa que ha regulado una prohibición como la cuestionada en la educación superior. Es decir, en dicho ámbito sí hay pues un consenso, el de no prohibir tales símbolos en la educación universitaria habida cuenta de que se trata de impartir educación a jóvenes –al menos «presuntamente»– adultos y por ello mismo «presuntamente menos vulnerables» a cualquier medio de presión, entendiendo por tal la que pueda eventualmente suscitar la presencia del velo en las aulas universitarias<sup>8</sup>. El segundo elemento que a su juicio debilita la argumentación es el que se refiere al papel a desarrollar por el TEDH en la supervisión de dicho margen de apreciación, papel que si bien debe de ser más limitado en aquellos supuestos en los que el margen de apreciación de los Estados es mayor –como es el caso que nos ocupa–, no puede ser «simplemente inexistente» como a juicio de la Juez Tulkens ocurre en algún apartado de la sentencia de la que discrepa, pues el asunto en juego no es sólo local, y por tanto enteramente a la discreción del Estado implicado, en este caso Turquía, sino de enorme importancia para todos los Estados parte. Tanto más cuanto, según a qué ámbito afecte, el TEDH se permite en otros momento extralimitarse en sentido contrario, es decir, asumiendo un papel excesivo que tampoco le corresponde.

Dicho lo cual, es preciso analizar la alegada vulneración de la libertad de creencias protegida por el art. 9.1 CEDH en torno a los conceptos de secularismo e igualdad, pues la prohibición del uso del velo en la universidad de Estambul (y la consiguiente restricción del derecho a manifestar en público las propias creencias) se basa en la protección de tales principios a juicio de la Gran Sala.

La discrepancia de la Juez Tulkens no está en la valoración que los mismos le merecen, sino en cómo se aplican al caso y en cómo son interpretados a propósito del uso del velo islámico.

<sup>8</sup> No olvidemos que su perfil profesional convierte su opinión en una opinión más que autorizada: la Juez se ha dedicado durante años a la Universidad.

De nuevo vayamos por partes: el secularismo como argumento para justificar la prohibición es el primero de los aspectos a considerar. Y el primer aspecto que destaca la Juez Tulkens es que no basta con apelar al secularismo para justificar la prohibición, sino que es preciso que el TEDH señale que la misma era necesaria para cumplir dicho principio a la vista de hechos concretos (y no sólo de temores o miedos), de ejemplos que establezcan una conexión sólida entre la necesidad y la medida adoptada, algo que no ha ocurrido en el caso. Y no ha ocurrido, viene a decir, porque la mayoría entiende que el uso del velo en sí mismo vulnera el principio de secularismo<sup>9</sup>, lo que en primer lugar supone una toma de postura por parte del Tribunal sobre un tema que está lejos de resultar pacífico, y en segundo lugar lleva a varios callejones sin salida: a) Leyla Sahin, la estudiante turca, nunca cuestionó tal principio, todo lo contrario; por lo que este aspecto queda así sin valorar; b) nada en la conducta, actitud, o concretas actuaciones de Leyla Sahin lleva a concluir que contravino dicho principio –algo que constituye un *test* por parte del TEDH siempre que se enfrenta con una situación semejante– y c) nada en el pronunciamiento de la Gran Sala lleva a distinguir entre alumnos y profesores en el uso del velo, algo que fue definitivo para fallar el *asunto Dahlab c. Suiza* el 15 de febrero de 2001 al que nos referimos al comienzo de este trabajo.

La finalidad de la prohibición era la de velar por los derechos y libertades de los demás, así como por el orden público. Pues bien, del planteamiento de la Juez Tulkens se deduce algo que compartimos, a saber, que el uso del velo en sí no implica necesariamente esa «presión», esa «amenaza» sobre tales bienes, que parecen deducir los demás miembros del Tribunal y que la medida pretende combatir, si no viene acompañado de otros elementos externos como puedan ser la ostentación, la provocación más o menos agresiva, la propaganda o el proselitismo<sup>10</sup>, o si no provoca desórdenes en la

<sup>9</sup> Semejante planteamiento no puede menos que evocar el espíritu de la Ley francesa que en marzo de 2004 prohibió el uso del velo en las aulas, al prohibir acudir a clase con «... signos o atuendos a través de los cuales los alumnos manifiesten *ostensiblemente* una pertenencia religiosa». La norma francesa prohibía de ese modo cualquier signo «capaz de ser ostentado», en el entendimiento de que llevarlo era igual que ostentarlo, lo que no deja de ser una presunción basada en la premisa de que el velo en sí vulnera el principio de laicidad de la República (cfr. la *Ley núm. 2004-228 de 15 de marzo de 2004, en aplicación del principio de laicidad, sobre el uso de signos o atuendos que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos*).

<sup>10</sup> Volviendo al caso francés, merece la pena destacar que tal era precisamente el sentido de la doctrina del Consejo de Estado francés anterior a la Ley por la que se prohíbe el uso de signos religiosos ostensibles en la escuela pública: prohibir tan sólo aquellos signos que vinieran acompañados de ciertas conductas perfectamente identificables. Pues bien la nueva ley, la Ley 2004-228, pretende deliberadamente «sustituir» tal doctrina como se desprende de la *Circular de 18 de mayo de 2004* relativa a la puesta en práctica de la misma, al señalar la conveniencia de reflejar el contenido de la norma en los reglamentos internos escolares para que «... no contengan ninguna referencia a la noción de signos ostentativos basada en la jurisprudencia del Consejo de Estado sustituida hoy por la nueva ley». Desde la entrada en vigor de la nueva ley, la prohibición se aplica no sólo cuando el signo externo se ostente, sino en todo momento, pues se asume que llevarlo es sinónimo de ostentarlo.

vida universitaria. La Juez Tulkens es tajante al respecto: nada en las alegaciones de las autoridades nacionales ni en las evidencias ante este Tribunal indica que tal fuera el caso (o que tal fuera siquiera la intención de la estudiante!). Tampoco es posible deducir dicha «presión» del posible efecto que el velo tenga simbólicamente en Turquía en quienes no lo llevan. La Juez Tulkens recuerda *mutatis mutandis* un interesante caso referido también a Turquía (y por tanto también en su «contexto») en el que se amparó la libertad de expresión de un clérigo perseguido por ciertas manifestaciones en las que criticaba ferozmente el régimen secular turco, en un tono violento que podía entenderse incluso como incitando al odio religioso<sup>11</sup>, y llama la atención sobre cómo en el caso de la estudiante de medicina no se ampara en cambio su libertad religiosa expresada en una decisión personal y pacífica de llevar velo.

En el caso, lo que justifica a ojos del Tribunal la regulación controvertida es el temor producido por la existencia de movimientos políticos extremistas que pretenden imponer a la sociedad en su conjunto su particular visión religiosa de la vida; una sentencia anterior dictada por el TEDH en el *asunto Refah Partisi y otros c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003 es buen ejemplo de ello. Sin embargo, un razonamiento semejante es perverso en sí mismo, advierte la Juez Tulkens, pues sugiere asociar el simple uso del velo islámico con el fundamentalismo, algo que no sólo está lejos de la realidad sino que además puede tener terribles consecuencias en los tiempos que corren en los que más que nunca todos debemos hacer lo que esté en nuestra mano para no alimentar esa idea tan desinformada de que Islám y fundamentalismo (y de ahí un paso a vincularlo con terrorismo) son vasos comunicantes<sup>12</sup>. Efectivamente hay que prevenir y combatir el Islamismo radical, pero no prohibiendo el uso del velo por su supuesta carga simbólica pues ni todas las mujeres que lo llevan son fundamentalistas ni desde luego, nada en el caso (ni en las evidencias valoradas y expuestas por la mayoría en su sentencia) sugiere que la estudiante Leyla Sahin lo fuera<sup>13</sup>. De hecho,

<sup>11</sup> Se trata de la STEDH de 4 de diciembre de 2003 en el *asunto Gündüz c. Turquía*.

<sup>12</sup> Precisamente durante la elaboración de este trabajo asistimos a una triste escalada de violencia y desencuentros al más alto nivel, por la desafortunada publicación en algunos periódicos europeos de unas caricaturas de Mahoma que establecen vínculos nada sutiles entre Islam y terrorismo, lo que ha desatado una respuesta absolutamente desmesurada por parte de colectivos musulmanes cuyo objetivo se resume en una línea: combatir al arrogante occidente. Dicha reacción no puede calificarse sino de fanática y ha acabado incluso con la vida de algunos individuos, inocentes chivos expiatorios de esta ocasión (cuesta entender cómo las creencias, bien sagrado para muchos, pueden ser llevadas hasta el extremo de terminar con la vida, bien sagrado para todos). Pero en nada contribuiríamos a buscar un «lugar de encuentro» (tan necesario!) si en nuestro fuero interno realizamos una conexión lógica entre mundo musulmán y fanatismo, pues ello nos impide ponderar adecuadamente los bienes en conflicto, libertad religiosa y de expresión en el caso.

<sup>13</sup> «Su personal interés en ejercer su derecho a la libertad religiosa y en manifestarlo a través de un signo externo, no puede ser completamente absorbido por el interés público de luchar contra los extremismos» (F. 10<sup>o</sup> VP).

fundamentalistas suelen ser si acaso quienes imponen ese uso del velo, no tanto quienes lo llevan.

Y de ahí llegamos al otro bien precioso en juego: la igualdad de género y, en paralelo, a la segunda objeción señalada por la Juez Tulkens, a saber, el papel del TEDH de supervisar el margen de apreciación de los Estados en la aplicación de los derechos garantizados por el Convenio, esta vez excesivo.

Pues bien, a este respecto la Juez cuestiona la conexión –obvia para la mayoría– entre prohibición del velo y promoción de la igualdad de género, llamando la atención sobre el significado del uso del velo, que no es unívoco sino que por el contrario puede responder a diversas razones como destacó el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia de 24 de septiembre de 2003 en el también citado *asunto F.Laudin* (BVerfG, 2 BVR 1436/02) y que no tiene por qué simbolizar la sumisión de la mujer al hombre, pudiendo servir incluso de vehículo para su emancipación<sup>14</sup>.

En ausencia de mujeres que den su opinión sobre este debate, afirmar sin paliativos que el uso del velo representa un poderoso símbolo externo que parece impuesto a la mujer por un precepto religioso que difícilmente es conciliable con el de igualdad de género y, en consecuencia, prohibirlo, no es en primer lugar tarea del TEDH pues es una toma de postura que no le compete, en segundo lugar, siendo sólo «una opinión diferente» viene a imponerse por su autoridad a la opinión de la recurrente, y en tercer lugar incurre en un «paternalismo» que no sólo se vuelve contra la mujer (pese a que pretenda teóricamente su «liberación») sino que además contradice toda la construcción jurisprudencial del TEDH sobre la base del art. 8 CEDH en torno a un verdadero derecho a la autonomía personal. Por si tales argumentos no bastasen, concluye la Juez Tulkens, y de ser tan palmario el conflicto entre el uso del velo y el derecho a la igualdad de género, el Estado debería prohibirlo en general, independientemente de su uso en público o en privado, luego el discurso es también incoherente.

Por todas estas consideraciones, a su juicio, la prohibición del uso del velo en la Universidad de Estambul no puede considerarse como una medida «necesaria en una sociedad democrática» para defender otros bienes, en el caso los derechos y libertades de los demás y el orden público, y por ello mismo constituyó una vulneración de la libertad de creencias de la recurrente garantizada por el art. 9.1 del CEDH.

Y vayamos ahora al segundo derecho implicado, a saber, el derecho a la educación; derecho que por supuesto afecta a la educación superior y que, sin embargo, se restringe a la estudiante de medicina en quinto curso de su carrera por razones que «no son ni relevantes ni suficientes» (F. 15º VP).

Efectivamente, a juicio de la Juez Tulkens, privarla del derecho a exami-

<sup>14</sup> Véase al respecto el muy interesante trabajo de Silvia NICCOLAI, «Donne col viso coperto», publicado en *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorosso*, G. GIANNICHELLI EditoRc, Torino, 2005, pgs. 25-37.

narse de ciertas asignaturas así como del derecho a asistir a la impartición de determinados cursos de medicina fue privarla de facto de su derecho a la educación en el sentido protegido por el art. 2 del Protocolo núm. 1 adicional al CEDH, y sin que dicha medida pudiera reputarse legítima por no superar el *test* de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Así, la Juez no sólo no remite las consideraciones sobre el derecho a la educación a lo ya establecido sobre la libertad religiosa, como hace la mayoría del Tribunal en la sentencia de la que discrepa, sino que afirmada la independencia de una y otra vulneración (no olvidemos que la estudiante no pretendía –apelando a la libertad de creencias– quedar exenta de la realización de ciertas actividades en la Universidad, ni modificar el programa de enseñanzas de la carrera de medicina, sino tan sólo continuar sus estudios como cualquier otro estudiante en las condiciones en las que tales estudios comenzaron cinco años antes) pretende analizar las condiciones necesarias para que la proporcionalidad entre medios y fines fuese la adecuada.

En tal sentido, repasa la Juez, la primera condición para superar el *test* está en haber intentado otras vías para lograr el mismo objetivo –dejar el velo fuera de las aulas– antes de poner en práctica una medida tan drástica como es impedir directamente el acceso de la estudiante a ciertas clases y exámenes. Ella misma aporta varias posibilidades no exploradas en el caso, como tratar de convencer a la estudiante de la conveniencia de no llevar el velo (a través de un mediador, por ejemplo), o asegurarse de que el orden público no se viese alterado en la vida universitaria si es que hubiese estado realmente en peligro. Primera condición, sin cumplir. Segunda condición: ofrecer alguna solución alternativa a la estudiante que permitiese conciliar los bienes en conflicto, factor este que suele tomar en consideración el Tribunal cuando afirma que no ha habido vulneración de los derechos garantizados por el Convenio (aportando para ello de nuevo ejemplos concretos de pronunciamientos del Tribunal en los que tal factor ha sido valorado). De los datos del caso se desprende que no hubo alternativa; los términos planteados por las autoridades educativas eran venir sin velo o no venir, por lo que a la recurrente no quedó más remedio que abandonar la Universidad y el país, y terminar sus estudios en la Universidad de Viena. Y tercera condición a superar: ponderar adecuadamente los bienes en conflicto, por un lado el perjuicio que supondría la medida para la estudiante (que excede de la imposibilidad de completar sus estudios en Turquía, pues afecta además a la pretensión de ejercer su carrera después en este país habida cuenta de las dificultades para obtener en Turquía el reconocimiento de un diploma extranjero) y por otro el beneficio que reportaría a la sociedad turca prohibir a Leyla Sahin llevar el velo en la Universidad de Estambul. Ninguna de tales condiciones se da en el caso<sup>15</sup>, por lo que en su ausencia es preciso concluir en la vulneración del derecho a la educación de la recurrente.

<sup>15</sup> En el asunto *R (Shabina Begum) v. Head Teacher and Governors of Denbigh High School*, ya citado, tal fue el proceder del tribunal británico que dio la razón a la estudiante Shabina Begum cuando fue expulsada del colegio al que asistía por no cumplir las normas internas sobre uniforme: analizó en el caso la aplicación del principio de proporcionali-

Y volviendo a las consideraciones precedentes sobre igualdad de género y secularismo, la Juez Tulkens concluye su Voto con una mirada inteligente y profunda sobre la realidad y sobre el desencuentro que terminó con el traslado de la estudiante a otro país para concluir sus estudios: aceptando la exclusión de la estudiante de la Universidad en nombre de tales principios, la mayoría está aceptando su exclusión «precisamente del tipo de ambiente liberador en el que el verdadero sentido de tales valores puede tomar forma y desarrollarse» (F. 19<sup>o</sup> VP), pues la Universidad permite acceder al conocimiento de manera libre e independiente de toda autoridad, y aporta el tipo de experiencia capaz de configurar los valores del secularismo y de la igualdad de género de un modo más eficaz que mediante una imposición.

*«Un diálogo sobre la tolerancia entre religiones y culturas es un ejercicio de educación en sí mismo, y resulta irónico que se pueda privar a una joven de tal educación precisamente por causa del velo. Las prohibiciones y exclusiones evocan precisamente las tesis fundamentalistas que tales medidas supuestamente pretenden combatir; lo que además tiene consecuencias ya conocidas: radicalización de creencias, exclusión silenciosa, regreso a la educación religiosa...» (F. 19<sup>o</sup> VP).*

Tales reflexiones hablan por sí mismas y no podemos, como en todo lo demás, sino compartir su visión.

En su momento afirmábamos que el caso Leyla Sahín c. Turquía debía de titularse «Leyla Sahín o Turquía», pues los términos en los que se había conducido el debate en torno al asunto del velo parecían responder esencialmente al interés (legítimo por otra parte) de contribuir a que el Estado turco lograra una pacífica transición al sistema democrático occidental, se hiciera fuerte en los principios en los que se sustenta el Estado de Derecho, adquiriendo progresivamente valores subyacentes al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales («régimen político verdaderamente democrático»... «patrimonio común de ideales y tradiciones políticas»... «concepción y respeto común de los derechos humanos»... «respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho») cuya salvaguarda está en manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y decimos bien: los términos en los que se condujo el debate y vuelve a hacerse ahora en torno al velo responden esencialmente a ese interés, pero a un precio excesivamente alto, al dejar en el camino el caso personal de esta estudiante de medicina que ha visto innecesariamente sacrificado el derecho a expresar sus creencias.

dad, concluyendo que no fueron correctamente ponderados los bienes en conflicto y dando en consecuencia la razón a la recurrente. Especialmente interesantes resultan las observaciones del Tribunal indicando a las autoridades educativas cuál debería ser su proceder ante un eventual conflicto semejante en el futuro, pues demuestran cómo un adecuado ejercicio de ponderación de los bienes implicados, en aplicación del principio de proporcionalidad, puede conducir a una solución diversa, incluso si el colegio no cambiase su parecer respecto del uniforme. Cfr. la sentencia de 2 de marzo de 2005, asunto R (Shabina Begum) v. Head Teacher and Governors of Denbigh High School, EWCA Civ 199.

Debe parecer duro afirmar que el contexto es a veces poco propicio para el ejercicio de un derecho, pero ésa parece haber sido la realidad como ilustra perfectamente la Juez Tulkens en su Voto, única que parece realmente preocupada por el caso de la chica, que contempla el escenario desde todos sus ángulos, busca alternativas, trata de ponderar adecuadamente los bienes en conflicto y su proyección futura, analiza a conciencia la doctrina jurisprudencial del TEDH acumulada durante décadas para buscar apoyo a sus tesis o/y para destacar inconsistencias en las tesis de la mayoría, no se conforma en definitiva con resolver el problema de un plumazo.

A nadie se le escapa que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional turco amparando una prohibición semejante complica irremediablemente las cosas, especialmente si atendemos al texto constitucional que está llamado a interpretar, que afirma que todos los individuos son iguales ante la Ley sin distinciones basadas en la lengua, raza, color, sexo, opinión política o filosófica, religión, pertenencia a una secta religiosa u otras, debiendo las autoridades cumplir con dicho principio de igualdad ante la Ley en todas las circunstancias (art. 10 de la Constitución Turca) y también cuando defiende que todo el mundo tiene libertad de conciencia, creencias y convicciones religiosas, que el culto y la oración deben de ser libres mientras no atenten contra el carácter democrático y secular de la República previsto en el art. 14 de la Constitución Turca (aún no entendemos de qué manera el uso del velo por parte de una estudiante universitaria podría atentar contra el carácter secular de la República) y que si bien nadie puede ser obligado a participar en oraciones, culto o prácticas religiosas, tampoco nadie puede ser censurado o perseguido por sus convicciones religiosas (art. 24 de la Constitución Turca). Efectivamente, cuesta entender cómo el Tribunal Constitucional de Turquía puede interpretar tales preceptos y concluir que «... en instituciones de educación superior, el uso del velo por razones religiosas es contrario a los principios de secularismo e igualdad...»<sup>16</sup>; pero también es cierto que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta sin duda mucho más cómodo aceptar sin más la postura del Gobierno de Turquía apelando para ello al famoso «margen de apreciación nacional». Hay que decir, no obstante, que ya no es tiempo para algo así.

Hoy más que nunca se necesita determinación pero también sentido común, pues ni el velo supone que un Estado en el que se admite se sustente en valores religiosos o resulte necesariamente más vulnerable a fundamentalismos religiosos (por más compleja que fuese su historia pasada), ni su ausencia es garantía del compromiso público de sus instituciones por los valores democráticos. Cualquier cambio importante en una sociedad –como es el caso de la historia más reciente del Estado turco– viene siempre con escrúpulos en su camino (como esas piedrecillas que se meten en el zapato a las que alude el diccionario): parece que todos nos observan para compro-

<sup>16</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional Turco de 9 de abril de 1991 (Boletín Oficial de 31 de julio de 1991), así como el F. 41º de la STEDH de 10 de noviembre de 2005 en el que se transcribe.

bar la consistencia de esos cambios y nuestra férrea voluntad de llevarlos hasta sus últimas consecuencias; cuánto más si esos cambios –en este caso la transición de un Estado religioso a otro laico, secular– se contemplan con simpatía por la opinión pública occidental. No olvidemos que la adhesión de Turquía a la Unión Europea está sobre la mesa. Ahora bien, hay que tratar de no perder la perspectiva para poder apreciar que no todo lo que tenga contenido religioso y se desarrolle dentro de las fronteras turcas debe de ser sospechoso (en el mejor de los casos) o desterrado directamente (en el peor) por contaminar el presente y el futuro de Turquía. Posiblemente haya partidos políticos y movimientos extremistas que amenacen ese cambio conquistado en la sociedad turca, pero para luchar contra tales peligros de radicalización religiosa no hay que sacrificar cualquier manifestación de carácter religioso, pues también esa actitud es fundamentalista, y en manos de un Estado, aún más peligrosa.