

# Detrás del velo

## Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo

María Fraile Ortiz

*Prof. Dra. de Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid*

*SUMARIO: I. DETRÁS DEL VELO... DOS CONFLICTOS.— II. DETRÁS DEL VELO ... «LA PEUR»: LA LEY Nº 2004-228 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, ASÍ COMO LA CIRCULAR DE 18 DE MAYO DE 2004 RELATIVA A LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA LEY Nº 2004-228.— III. DETRÁS DEL VELO... ¿UN TECNICISMO?: LA SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2005 EN EL CASO R (SHABINA BEGUM) V. HEAD TEACHER AND GOVERNORS OF DENBIGH HIGH SCHOOL (2004), EWCA CIV 199.—IV. DETRÁS DEL VELO... UNA PATATA CALIENTE. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2003 (BVERFG, 2 BVR 1436/02).*

En los últimos años han sido varios los asuntos en los que el uso del velo islámico ha salido a la luz pública de modo casi simultáneo en distintos países de nuestro entorno europeo. Dicha coincidencia no es precisamente una casualidad habida cuenta del progresivo aumento de población extranjera en Europa procedente de países en los que otras religiones como la religión musulmana son mayoritarias; y precisamente por ello, porque estamos ante una realidad que lejos de ser coyuntural —en el sentido de pasajera— parece más una tendencia, puede resultar de interés abordarla desde estas páginas, presentando para ello algunos documentos emanados de autoridades públicas europeas en sentido aparentemente contradictorio y referidos al uso del velo, más concretamente el uso del velo en la escuela pública por parte de alumnas o profesoras, alguno de los cuales —aunque no todos— resulta de sobra conocido por la enorme cobertura mediática recibida.

Así, por un lado nos referiremos a la conocida decisión de un tribunal de apelación británico reconociendo en marzo de 2005 el derecho de una estu-

diante a asistir a la escuela llevando una túnica de cuerpo entero en ejercicio de su libertad religiosa (que la defensa legal de la estudiante corriera a cargo de la mujer del Primer Ministro británico, Tony Blair, contribuyó sin duda a su fama) –*R (Shabina Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School (2004) EWCA Civ 199*– y a la también conocida norma francesa aprobada un año antes, en marzo de 2004, que impide desde comienzos del curso académico 2004-2005 el uso de signos religiosos ostensibles en la escuela pública (en este caso fue el interés del propio Presidente de la República instando a la adopción de la medida el que despertó la atención de la opinión pública) –*Ley nº 2004-228 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 (JO nº 65 de 17 marzo de 2004, p. 5190)*, así como la *Circular de 18 de mayo de 2004 relativa a la puesta en práctica de la Ley nº 2004-228 (...)* (*JO nº 118, de 22 de mayo de 2004, p. 9033*)–; pero también hablaremos de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de septiembre de 2003 reconociendo el derecho de una aspirante a profesora al uso del velo en la escuela pública cuando ejerciese su función docente, en ausencia de norma legal que lo prohibiese (en esta ocasión tan sólo el mundo académico pareció hacerse eco de dicho pronunciamiento)–*BVerfG, 2 BVR 1436/02*–.

Todo ello en un contexto europeo en el que no faltan recientes pronunciamientos al respecto, como los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, muy especialmente el dictado en el asunto *Leyla Sahin v. Turquía* en junio de 2004 confirmando la legitimidad del pronunciamiento de una universidad turca en el sentido de impedir el acceso de una estudiante de medicina a ciertas pruebas llevando el velo –*STEDH Leyla Sahin v. Turquía (nº 4474/98) de 29 de junio de 2004*<sup>1</sup>; o también el del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual ha emitido un reciente Dictamen condenando a un Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la prohibición del velo Islámico en la normativa interna de una universidad –*Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR /C/82/D/931/2000) de 18 de enero de 2005*–.

En España, hasta la fecha, no existe actuación pública alguna parecida a las que acabo de referir, si bien un conflicto acontecido en febrero de 2002 sobre el uso del velo en un colegio de los alrededores de Madrid, y que fue resuelto sin llegar a los tribunales (la alumna en cuestión cambió de colegio), aconseja estar atentos a lo que esté por venir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Corrigiendo las pruebas de imprenta se ha hecho pública la sentencia dictada por el TEDH reunido en Gran Sala (STEDH de 10 de noviembre de 2005) y que viene a confirmar el sentido del pronunciamiento de 29 de junio de 2004. El voto particular discrepante de la juez belga Tulkens incorpora no obstante unas altamente interesantes observaciones sobre el caso.

<sup>2</sup> A nadie se le escapa la enorme expectación desatada el pasado mes de septiembre por la toma de posesión como parlamentaria de la Asamblea de Melilla de una mujer de religión musulmana ataviada con el velo islámico.

## I. Detrás del velo... dos conflictos

Veamos en primer lugar qué hay detrás del velo, o al menos, qué es posible encontrar detrás del mismo pues sólo así podremos analizar los pronunciamientos de las autoridades europeas a los que se refiere este trabajo y que adjuntamos a continuación del mismo.

Detrás del velo encontramos dos conflictos cuya resolución es compleja en la medida en que en ellos, además, se entremezclan de distinto modo dimensiones individuales y colectivas: ¿cuáles son esos conflictos? ¿cuál el significado del velo en cada uno de ellos? ¿qué medidas pueden adoptarse y qué pretenden? Comenzando por el principio: detrás del velo encontramos, en primer lugar, un conflicto desde la perspectiva de la igualdad de género en el que la dimensión individual es muy relevante, la mujer individual, la mujer oculta en público detrás de un velo sean cuales sean las características de éste y los nombres que recibe (en forma de pañuelo cubriendo la cabeza, como una túnica que deja ver únicamente el rostro y las manos, o incluso tapando por completo el cuerpo<sup>3</sup>), la mujer como persona discriminada por una concepción de la misma que parece desconocer su igual dignidad como ser humano; pero detrás del velo encontramos también un conflicto desde la perspectiva de la libertad religiosa en el que la dimensión social pasa a primer plano, la libertad religiosa de quien profesa la religión musulmana (su condición de mujer queda aquí difuminada, desdibujada) es, en cierta medida, la de todo el colectivo, por lo que el conflicto que pueda resultar de expresar con el velo una concreta creencia religiosa que en muchos aspectos nos resulta objetable, adquiere inmediatamente una dimensión colectiva.

Pues bien, el velo oculta ambos conflictos por lo que cualquier aproximación deberá tener en cuenta las repercusiones que se produzcan sobre uno y otro. Y esto no es baladí. Cuando la aproximación al velo se hace desde la perspectiva de la igualdad de género, el velo tiene un contenido discriminatorio –y por tanto rechazable– por simbolizar una situación de sumisión en la que se encuentra la mujer respecto del hombre. Es importante señalar cómo hasta la fecha ésta no ha sido la aproximación más frecuente al tema, y cuando lo ha sido, lo ha sido sólo para la doctrina; las autoridades en general (ya sea el legislador, el gobierno o los tribunales) han obviado en sus decisiones esta dimensión, lo que no deja de tener importantes consecuencias. De hecho, cuando la aproximación al velo se hace desde la segunda perspectiva mencionada, la de la libertad religiosa, el velo tiene un contenido diferente bastante más complejo por constituir el símbolo de una determinada creencia religiosa que, de una parte, cuestiona la laicidad como principio que debe regir las relaciones entre el individuo y lo público y en virtud del cual, el

---

<sup>3</sup> Tal vez pudiera resultar objetable la equiparación entre los diferentes tipos de «velo», pues con certeza no nos merece la misma opinión el pañuelo que cubre la cabeza y se anuda detrás del cuello, que aquél conocido como *burka* y en virtud del cual tan sólo los ojos –y ni siquiera– quedan al descubierto. A los efectos del presente trabajo, sin embargo, y habida cuenta de su similitud desde el punto de vista del conflicto subyacente, nos referiremos a todos ellos como distintas expresiones del velo islámico, de manera que el uso de uno u otro será una cuestión de grado.

Estado, como encarnación de lo público debe de ser un Estado laico o lo que es lo mismo un Estado lego en cuestiones religiosas, que no sabe o no toma postura ante ellas<sup>4</sup>; y de otra puede tener un contenido discriminatorio en su ejercicio junto al de otras confesiones religiosas, pues exigiendo de éstas tolerancia para con la fe musulmana no se muestra muy comprometido en ofrecer esa tolerancia respecto de la fe de los demás. El velo es, desde esta segunda aproximación, un símbolo identitario de una cultura religiosa ajena a la de la tradición occidental y que a menudo se percibe como una amenaza cuanto menos en su versión más extrema e intolerante; como decíamos antes, el velo desde aquí se «cosifica», adquiere una entidad que supera la del concreto individuo que lo lleva. Hay quien lo percibe sólo como expresión religiosa en sí misma y quien lo percibe como ostentación de una diferenciación religiosa, huelga decir que una u otra percepción se refleja también en las consecuencias que se extraen de su uso.

Pues bien, la resolución del conflicto desde el punto de vista de la igualdad de género reclama combatir el velo con medidas que sirvan de facto para luchar a favor de la no discriminación por razón de sexo, parece sencillo; y sin embargo, las medidas para combatir el velo desde la perspectiva de la libertad religiosa son todo menos evidentes, como veremos. Analizaremos así diversas actuaciones relacionadas con el velo, algunas de ellas individuales, surgidas ante supuestos concretos —es el caso de la actuación de las autoridades educativas abordada en la sentencia británica y en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán—, y otras generales y abstractas que pretenden abordar un supuesto tipo —es el caso de la ley francesa y de la circular que la desarrolla—. Todas ellas tienen en común su proyección en el ámbito educativo y una misma percepción del velo como algo conflictivo que por ello mismo se debe rechazar, si bien en el caso de las dos sentencias analizadas ese rechazo del velo (prohibiendo su uso en el ámbito escolar) lo realizan las autoridades educativas al hilo de un caso concreto mientras que en el caso francés la prohibición del velo se articula *ope legis*. Veremos cómo en los dos asuntos que llegan hasta los tribunales éstos terminan dando la razón a quienes pretendían el uso del velo, por lo que las resoluciones judiciales podrían presentarse como paradigmáticas de una solución opuesta a la francesa; pues bien, veremos también cómo en el fondo sus posturas no son tan diferentes.

Desde una perspectiva jurídica, la prohibición del velo constituye pues la medida adoptada por la autoridad europea ante el uso por parte de algunas mujeres musulmanas del velo en la escuela pública, y su valoración depende de varios factores: en primer lugar, de la legitimidad de la finalidad perseguida con la misma (puede que haya varias —según la aproximación—), en segundo lugar de la legitimidad de la medida misma, y si lo es de la adecuación de la medida a la finalidad perseguida y de si es la única medida legítima posible. Analizaremos las decisiones adoptadas por las autoridades europeas desde esos parámetros.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ FAUS, La difícil laicidad, Cuadernos Cristianismo y Justicia, nº 131, 2005.

## II. Detrás del velo ... «la peur»: la Ley n° 2004-228 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, así como la Circular de 18 de mayo de 2004 relativa a la puesta en práctica de la Ley n° 2004-228.

Comencemos hablando de las finalidades: ¿qué perseguimos cuando prohibimos el velo?

En el supuesto francés, resulta determinante la percepción del velo en la escuela pública desde la perspectiva religiosa a la que nos referíamos antes, es decir, no se rechaza el velo tanto por su carga discriminatoria desde el punto de vista de la igualdad de género como por su contenido religioso: a saber, el velo como expresión de una creencia religiosa que en sí podría amenazar la idea francesa de laicidad como sustancia misma de la escuela de la República<sup>5</sup>.

Veamos el alcance de la norma francesa.

Como sabemos, el 15 de marzo de 2004 se aprueba la *Ley n° 2004-228 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*, en virtud de la cual se modifica el Código de Educación introduciendo en el Título IV dedicado a la laicidad de la enseñanza pública, un artículo L.141-5-1 que señala lo siguiente:

«En las escuelas, colegios y liceos públicos, se prohíbe el uso de signos o atuendos a través de los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa.

El reglamento interno establece que la puesta en práctica de un procedimiento disciplinario se verá precedida de una conversación con el alumno».

Varios son los aspectos relevantes de la nueva normativa: en primer lugar, que la ley francesa por la que se reforma el Código de Educación introduciendo la prohibición del uso de signos religiosos ostensibles, y en la que se recogen las aportaciones de la llamada «Comisión Stasi»<sup>6</sup>, no persigue tanto la concreta forma de expresión de la fe consistente, en el caso del velo, en la obligación de la mujer de llevarlo en público, sino la diferenciación con la que —entiende el legislador— quiere significarse el creyente de esa fe y las consecuencias que —a su juicio— se derivan de dicha diferenciación desde la perspectiva del principio de laicidad del Estado francés. Efectivamente, «la ley de 15 de marzo de 2004 se adopta en aplicación del principio constitucional de laicidad que es uno de los fundamentos de la escuela pública. Este principio,

---

<sup>5</sup> Pedro RIVAS PALÁ, «Laicismo y sociedad liberal. Notas sobre la prohibición del foulard islamique en las escuelas francesas», *Revista del Poder Judicial*, n° 73, 2004.

<sup>6</sup> La citada Comisión recibe su nombre del entonces Defensor del Pueblo francés, Bernard Stasi, a quien el Presidente de la República, Jacques Chirac encomendó el estudio de la cuestión, como paso previo a la elaboración de una norma general al respecto. Dicho estudio se plasmó en un Dictamen hecho público el 11 de diciembre de 2003, a partir del cual fue redactada la ley.

resultado de una larga historia, se basa en el respeto de la libertad de conciencia y en la afirmación de los valores comunes que fundamentan la unidad nacional *más allá de las pertenencias particulares*» (art. I de la Circular de 18 de mayo de 2004 relativa a la puesta en práctica de la Ley nº 2004-228 –en adelante, la Circular–).

En segundo lugar, si bien la ley prohíbe el uso de cualquier signo religioso ostensible en los centros educativos públicos, lo que realmente pretende prohibir es el uso del velo islámico. A nadie se le ha escapado que la finalidad de la norma era básicamente ésa pues si bien la kippa es un signo bien visible que en teoría se adapta bien a la prohibición referida, resulta difícil imaginar una cruz de «dimensiones manifiestamente excesivas» como señala la Circular al tratar de precisar qué signos resultan prohibidos a efectos de la ley. Efectivamente, la cultura cristiana se ve simbolizada tradicionalmente en el uso de una cruz que se cuelga del cuello y que, por lo que representa, suele tener un tamaño discreto. De hecho, las veces –no raras– en que uno observa a alguien llevando una cruz de «dimensión manifiestamente excesiva», en general dicha cruz no se lleva para simbolizar la cruz de Cristo y quien lo lleva no está expresando con ello una devoción religiosa sino a veces incluso todo lo contrario. Pues bien, la circular de hecho señala expresamente que la ley no se opone a que los alumnos lleven «signos religiosos discretos» lo que parece confirmar que no se pretende excluir el uso de la cruz cristiana<sup>7</sup>.

En tercer lugar, y abordamos con ello uno de los elementos más significativos de la norma, prohibiendo la manifestación ostensible de una pertenencia religiosa lo que persigue la ley es la manifestación visible como tal por cuanto es «ostensible», es decir, «susceptible de ser ostentada», al margen de que el concreto alumno pretenda o no hacer ostentación de dicho signo, en el entendimiento de que el mero uso del mismo entraña una amenaza potencial de presión al resto de alumnos del centro<sup>8</sup>. Es decir, a partir de la nueva ley, llevar velo es sinónimo de ostentarlo por lo que el uso del velo como tal cons-

<sup>7</sup> Esta reflexión debe, no obstante, ser relativizada, habida cuenta de la diferenciación que realiza la Circular en función de quién use el signo religioso, pues si bien los alumnos pueden llevar signos religiosos discretos, y por tanto una cruz al cuello, el profesorado y demás personal al servicio del centro tienen prohibido el uso de cualquier signo religioso, «aunque sea discreto». Ello parece derivarse –como se desprende de la Circular– del mismo principio de laicidad que exige que la docencia que se imparta responda al principio de neutralidad, extendiendo sus efectos sobre el docente que la imparte: éste deberá observar un estricto deber de neutralidad que le impide llevar cualquier signo de pertenencia religiosa, aunque sea discreto, o mantener cualquier actitud que pueda interpretarse de adhesión o crítica respecto de cualquier creencia particular. La injerencia estatal en la libertad religiosa del docente en la escuela pública francesa no puede ser mayor: una cosa es que el principio de neutralidad imponga al centro la ausencia de signos religiosos en sus dependencias, lo que resulta del todo razonable y debería proyectarse aún sobre muchos de ellos –también en España– que aún presentan, por ejemplo, crucifijos en sus aulas, y otra cosa es considerar que el docente, por su vinculación con un centro público, deja de tener libertad religiosa y de poder colgarse del cuello una cruz o cualquier otro símbolo religioso como si ello pudiera comprometer la profesionalidad en el desempeño de su tarea.

<sup>8</sup> «Protegiendo las escuelas, los colegios y los liceos públicos, cuya vocación es la de acoger a todos los niños, sean o no creyentes y sean cuales sean sus convicciones religiosas o filosóficas, *de presiones que puedan resultar de la manifestación ostensible de una pertenencia religiosa*, la ley garantiza la libertad de conciencia de cada uno» (art. I de la Circular).

tituye el objeto de la prohibición sin que puedan valorarse otros elementos como, por ejemplo, que el alumno trate de convencer a los demás de las bondades de la religión que profesa ejerciendo presiones no razonables sobre aquéllos y entorpeciendo la tarea educativa del centro.

Este dato es relevante porque la finalidad de la norma es precisamente operar este cambio: con anterioridad, existía ya una asentada jurisprudencia del Consejo de Estado francés que como principio general —y ahí estaba la clave— entendía que el uso del velo islámico no sólo no era incompatible con el principio de laicidad sino que constituía su expresión misma al proteger la libertad religiosa de los alumnos<sup>9</sup>, si bien su ejercicio podría ser restringido cuando dicho uso «por su naturaleza» o «por las condiciones en que son utilizados individual o colectivamente, o por su carácter ostentativo o reivindicativo» a) constituyese un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda; b) atentase contra la dignidad o la libertad del alumno o de cualquier otro miembro de la comunidad educativa; c) comprometiese gravemente su salud o su seguridad; d) perturbase el desarrollo de las actividades de enseñanza y el papel educativo de los docentes; o e) perturbase el orden en el seno del establecimiento educativo o el funcionamiento del servicio público. Dicha doctrina, establecida en el Dictamen de 27 de noviembre de 1989 con el que el Consejo de Estado respondía al requerimiento del entonces Ministro de Educación, Lionel Jospin, sobre la eventual contradicción entre el uso en la escuela pública de símbolos que reflejaran una pertenencia religiosa y el principio de laicidad de la enseñanza, fue confirmada en años posteriores en diversos pronunciamientos, anulando por ejemplo, de forma sistemática, todas aquellas medidas que impusieran una prohibición general y absoluta al uso de símbolos religiosos en la escuela pública<sup>10</sup>, o admitiendo en ocasiones aquellas expulsiones dictaminadas por las autoridades educativas siempre que se hubiere producido, más allá de la mera exhibición del signo religioso, una actitud proselitista perturbadora del orden público o de la seguridad en el interior del establecimiento<sup>11</sup>.

Pues bien, decíamos, la Ley 2004-228 pretende modificar deliberadamente este planteamiento, tal y como se desprende de lo previsto en la Circular: no sólo porque ésta afirme derogar y reemplazar las sucesivas circulares dictadas por los ministros de Educación desarrollando con mayor o menor fortuna el contenido del Dictamen del Consejo de Estado de 1989<sup>12</sup>, sino porque sugiere en su apartado IV la conveniencia de incorporar el texto de la ley en

---

<sup>9</sup> «... el principio de laicidad de la enseñanza pública, que es uno de los elementos de la laicidad del Estado y de la neutralidad del conjunto de los servicios públicos, exige la estricta neutralidad de los programas educativos y de los docentes y, *al mismo tiempo, impone el respeto de la libertad de conciencia de los alumnos (...)*» Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de noviembre de 1989.

<sup>10</sup> Asunto *Kherouaa*, de 2 noviembre de 1992 y asunto *Yilmaz* de 14 de marzo de 1994.

<sup>11</sup> Asunto *Aoukili* de 10 de marzo de 1995 y asunto *Wisaadane*, de 27 de noviembre de 1996.

<sup>12</sup> Se trata de la Circular de 12 de diciembre de 1989 sobre la laicidad, el uso de signos religiosos por los alumnos y el carácter obligatorio de la enseñanza, la Circular de 26 de octubre de 1993 sobre el respeto de la laicidad, y la Circular de 20 de septiembre de 1994 sobre el uso de signos ostentativos (*ostentatoires*) en los establecimientos escolares. Cfr. la Circular de 18 de mayo de 2004.

los reglamentos internos de los centros para «asegurar que éstos no contengan referencia alguna a la noción de signos ostentativos que se apoyaba en la jurisprudencia del Consejo de Estado a la que la nueva ley sustituye». Luego resulta evidente que la nueva ley no sólo pretende establecer por primera vez una norma jurídica que regule con carácter general el uso de signos religiosos en la escuela pública –la jurisprudencia del Consejo de Estado fue dictada precisamente en ausencia de dicha normativa– sino que esa norma jurídica altera la doctrina del Consejo de Estado invirtiendo los principios sentados por ésta: si anteriormente el uso de signos religiosos constituía un ejercicio legítimo de la libertad de conciencia de los alumnos siempre que no viniera acompañado de otros elementos que diesen a ese uso un contenido proselitista, propagandístico, ostentativo o reivindicativo, a partir de la Ley 2004-228 el uso de tales signos religiosos se prohíbe en sí mismo, por cuanto el solo uso comporta una diferenciación respecto de los demás basada en motivos religiosos. La Circular es muy clara a esos efectos: «Los signos y atuendos que están prohibidos son aquéllos cuyo uso lleva inmediatamente a que los alumnos sean reconocidos por su pertenencia religiosa (...)»<sup>13</sup>.

Y volvemos de nuevo sobre la reflexión que precedía a la anterior: con la ley se quiere prohibir manifiestamente el uso del velo islámico y no el uso de cualesquiera otros signos religiosos. Pues si aplicásemos a todos el precepto recién transcrito de la Circular, a saber, «los signos y atuendos que están prohibidos son aquéllos cuyo uso lleva inmediatamente a que los alumnos sean reconocidos por su pertenencia religiosa (...)», también estaría prohibido llevar una cruz colgada del cuello pues su uso lleva inmediatamente a reconocer la creencia cristiana del alumno que lo lleva. No olvidemos en todo caso la diferencia establecida respecto del docente y demás personal del centro público educativo y a la que nos referíamos entonces.

En definitiva, el velo por definición supone una diferenciación de quien lo lleva, efectivamente, esto es algo objetivo, pero además –dice la ley– es susceptible de ser ostentado, lo que también tiene algo de objetivo aunque poco aporta, pues aunque ciertamente el velo puede «ostentarse» también muchas otras cosas pueden hacerlo y ello no implica que lo hagan. La nueva norma incorpora así algo que no deja de ser una presunción, a saber, llevar el velo implica necesariamente ostentarlo, y por ello lo prohíbe<sup>14</sup>.

La Circular, por su parte, va más allá de lo que parecería derivarse estrictamente del art. 141-5-1 introducido por la Ley 2004-228, cuando señala en su art. 2.4 que las obligaciones de los alumnos que se derivan del principio de laicidad no se limitan únicamente a la cuestión de los signos de pertenencia religiosa: efectivamente el Gobierno contempla también en la Circular «el conjunto de reglas que garantizan el respeto del principio de laicidad en las

<sup>13</sup> Art. 2.1 de la Circular de 18 de mayo de 2004.

<sup>14</sup> Otro ejemplo, el apartado I de la Circular en el que se recogen los principios en los que se inspira la ley, a desarrollar por la Circular, señala lo siguiente: «Protegiendo la escuela de *reivindicaciones comunitarias*, la ley adecua su función para lograr un «querer vivir juntos (...)». Es evidente que para la nueva ley, el velo es en sí reivindicativo, algo que no era posible deducir del mismo a juicio del Consejo de Estado.

escuelas, colegios y liceos públicos», recogiendo así algunas de las cuestiones suscitadas al hilo del uso del velo islámico y que terminaron en contencioso, a saber, que las convicciones religiosas de los alumnos no les dan el derecho a oponerse a una concreta enseñanza, que tampoco podrían oponerse a la obligación de asistencia ni a una cierta modalidad de examen (justificando por ejemplo un absentismo selectivo en clase de educación física o de ciencias naturales), ni comprometer las normas de higiene y de seguridad del centro; y que si bien podrán concederse permisos para ausentarse durante las fiestas religiosas más importantes que no coincidan con un día de vacaciones, las solicitudes de ausencia sistemática o prolongada deben rechazarse si son incompatibles con la organización escolar.

Curiosamente todas estas cuestiones son abordadas por la Circular de modo indirecto cuando, a mi juicio, responden mejor a lo que podría derivarse del principio de laicidad en el ámbito educativo, que la prohibición absoluta y general del velo, pues tienen como finalidad clara favorecer la enseñanza y una enseñanza igual para todos sin discriminaciones por motivos religiosos. Sólo en ocasiones defender tales medidas llevaría a restringir el uso del velo de modo puntual, cuando ello impidiera impartir ciertas asignaturas o comprometiese normas de higiene y de seguridad del centro. Y sin embargo, su puesta en práctica contribuiría a asegurar el buen fin de la educación pública, pues pretenden garantizar la asiduidad, la asistencia a cualesquiera asignaturas independientemente de quien las imparta o de que las mismas afecten o no al hecho religioso, la realización de cualquier tipo de examen, un examen igual para todos.

En definitiva, desde la perspectiva de la finalidad perseguida con la prohibición del velo resulta, en primer lugar, discutible que el uso del velo en sí mismo comprometa la laicidad de la enseñanza si no viene acompañado —como resultaba de la doctrina del Consejo de Estado— de otra serie de actuaciones o actitudes que pudieran calificarse de propagandistas o proselitistas y que por ello mismo —y no por el velo— perturben el orden en las aulas, pasillos, en definitiva en el recinto escolar; y en segundo lugar, si la finalidad es garantizar la laicidad de la enseñanza creo que hay otra serie de actuaciones en manos de las autoridades educativas que contribuyen de modo más claro a dicha finalidad, actuaciones señaladas casi «de paso» por la Circular que desarrolla la norma, a saber, garantizar que nadie pueda prevalerse de sus creencias religiosas para exigir un régimen escolar diferente, imponiendo condiciones particulares sobre asistencia, higiene, seguridad, requisitos en cuanto al personal docente o al contenido del programa educativo. De esta forma, entiendo que no hay adecuación entre la finalidad pretendida (garantizar la laicidad de la enseñanza) y la medida adoptada al respecto (prohibir el velo), pues ésta no cumple el requisito de proporcionalidad, al ser una prohibición general y absoluta que no tiene en cuenta que detrás del velo hay una determinada creencia religiosa y que en consecuencia debe o bien buscarse algún modo menos grave de incidir en la misma, o bien justificarse de modo preciso la necesidad de la medida para el logro del fin pretendido.

Otra cosa es que dicho fin sea otro distinto del que se afirma persigue la medida, y no se manifieste expresamente por razones, si se quiere, inconfesables: y llegamos al punto de partida, hablamos del fantasma del Islam, de su llegada a Europa y su presencia en nuestras ciudades, calles, casas y escuelas, y hablamos muy especialmente de la llegada a Europa de una creencia religiosa que nos resulta ajena, que desde luego es minoritaria y que en absoluto ocupa en el contexto estatal el lugar que ocupa en los países donde su presencia es por el contrario mayoritaria. Prohibiendo el velo se está en el fondo queriendo lanzar un mensaje a quienes profesan la religión musulmana en Europa, conminándoles a adaptarse a la sociedad de acogida, una sociedad plural donde se pretende que todos tengan igual derecho a profesar sus creencias y en la que la relación entre lo privado y lo público, a tales efectos, está bastante delimitada.

Pues bien, a mi juicio la medida adoptada por el legislador francés, rompiendo así la doctrina señalada durante años por el Consejo de Estado, lo ha sido como respuesta a ese miedo difuso e inconfesable que representa el Islam en algunas de sus versiones más extremas e intolerantes, pero resulta en sí misma excesiva y puede tener además una repercusión importante en esa otra dimensión oculta tras el velo a la que nos referíamos al comienzo: la que afecta a la igualdad de género. Efectivamente parece difícil negar la dimensión discriminatoria que representa el velo desde la perspectiva de la igualdad hombre-mujer (entendida como igual dignidad hombre-mujer y no como igualdad-equiparación<sup>15</sup>), pero su prohibición no tiene que contribuir necesariamente a la emancipación de la mujer pues quién sabe si en este cuarto de hora sólo el velo permita a la mujer recibir una educación que «ponga en marcha un deseo de libertad» (al permitirle el acceso a la escuela, a la universidad...) y en virtud de la cual ella misma decida quitarse el velo. Prohibir la presencia pública de la mujer con velo afirmando que ello atenta contra los valores de nuestra sociedad occidental puede ser tanto como cerrarles la puerta a esta sociedad occidental, cuanto más si lo prohibimos en el ámbito educativo pues es precisamente ahí donde las mujeres, jóvenes y mayores, podrán convivir con otras mujeres occidentales y con el modelo occidental de libertad, y aprender sus valores.

### III. Detrás del velo... ¿un tecnicismo?: la Sentencia de 2 de marzo de 2005 en el caso R (Shabina Begum) v. Head Teacher and Governors of Denbigh High School (2004), EWCA Civ 199

Veamos a continuación una decisión de signo aparentemente opuesto, a saber, la de un Tribunal de Apelación británico dando la razón a una estu-

<sup>15</sup> En su interesante trabajo, Silvia Niccolai recuerda que una lucha por la igualdad de género, poniendo el énfasis en la igualdad-equiparación, es contraproducente pues tiende a erosionar los espacios simbólicos de una «diferencia» según la cual hombres y mujeres son sexuados y donde las mujeres individuales pueden encontrar el ejemplo de otra mujer (y no de un abstracto individuo igual, de un neutro institucionalizado) para poner en marcha un deseo de libertad. Cfr. Silvia NICCOLAI, «Donne col viso coperto», *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, G. Giannichelli Editore, Torino, 2005, p. 25-37.

diante musulmana que quiso, en ejercicio de su libertad religiosa, llevar al colegio una túnica de cuerpo entero llamada en la sentencia *jilbab* (tan sólo dejaba al descubierto el rostro y las manos), y no pudo en aplicación de la normativa interna del colegio relativa al uso del uniforme.

Pues bien, estamos ante la sentencia dictada en apelación en el caso *R (Shabina Begum) v. Head Teacher and Governors of Denbigh High School (2004)*, *EWCA Civ 199*, de 2 de marzo de 2005, y en la que el tribunal estimó el recurso presentado por Shabina Begum, estudiante de un colegio de Luton, Inglaterra, frente a la resolución desestimatoria del juez de primera instancia.

Los hechos del caso pueden resumirse de la siguiente manera: la estudiante, de nacionalidad británica y cuya familia era original de Bangladesh, alegó ante el juez haber sido expulsada del colegio por su negativa a usar el *shalwar kameeze*, nombre que recibe el específico atuendo que pueden llevar como uniforme aquellos estudiantes del colegio (en realidad, «aquellas») que comparten ciertas creencias religiosas y con el que se pretende cumplan los mandatos prescritos por su religión. En puridad, la recurrente había utilizado la citada prenda durante los dos primeros años de asistencia al colegio, cuando tenía entre 12 y 14 años, pero al llegar a dicha edad acudió al mismo llevando una túnica de cuerpo entero o *jilbab*, por lo que fue invitada por las autoridades del centro a adecuar su vestido a las exigencias relativas al uniforme antes de incorporarse al colegio. Dicho desencuentro se transformó en un auténtico conflicto cuando las dos partes se negaron a modificar su postura: la estudiante no podía acudir al colegio porque éste no se lo permitía en tanto no adoptase el uniforme escolar, y el colegio no lo hacía porque la estudiante se empeñaba en acudir a clase con el *jilbab*. El resultado fue la pérdida por parte de la estudiante de dos años de educación mientras se sucedían los hechos y su traslado final a otro colegio en el que admitían dicho atuendo. Si bien finalmente obtuvo la razón, el alcance del fallo fue meramente declarativo de conformidad con el *petitum* de la recurrente: no quería ni volver al colegio en cuestión ni indemnización de ningún tipo; tan sólo la declaración de que su libertad religiosa había sido vulnerada por las autoridades educativas del centro.

Los datos más relevantes del caso exigen tener en cuenta además varios factores: en primer lugar, la vigencia, en el momento en que tuvieron lugar los hechos antes referidos, de la nueva Ley de Derechos Humanos británica, (Human Rights Act, 1998) en virtud de la cual se incorpora al Derecho británico de modo directo el Convenio Europeo de Derechos Humanos al constituir el objeto de la nueva norma la mayor parte de los derechos recogidos en el citado instrumento internacional<sup>16</sup>. En segundo lugar y en íntima relación con ello, el carácter entonces bastante reciente de la sentencia dictada por el TEDH en un asunto de coordenadas similares, el asunto *Leyla Sahin v.*

<sup>16</sup> Véanse al respecto, especialmente, Steven GREER y Rafael BUSTOS GISBERT, «¿Hacia nuevas formas de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales? Un balance de los antecedentes, contenido, significado y eficacia de la Ley de Derechos Humanos británica», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 9, 2004, p. 23-54, e Ignacio TORRES MUÑOZ y Ricardo ALONSO GARCÍA, «La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act): una evolución a conciencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 105, 2000, pp. 5-36.

*Turquía*, de 29 de junio de 2004 sobre el uso del velo islámico en la universidad turca; no en vano una tercera parte de los fundamentos jurídicos en los que el Tribunal de Apelación británico desarrolla sus conclusiones se dedican a analizar la resolución del TEDH y su proyección sobre el caso.

Pues bien, volvamos a nuestras primeras reflexiones, las que daban comienzo a este trabajo: en el caso francés, al menos en teoría, la prohibición del velo operada por la ley pretendía defender la laicidad de la escuela pública amenazada —a juicio del legislador— por la presencia del velo islámico en sus aulas. Veíamos cómo más allá de esa pretensión tal vez se ocultaba otra, políticamente menos correcta, como era la de luchar contra el fantasma del Islam. ¿Y en el caso británico? ¿Qué finalidades persiguieron las autoridades educativas del Denbigh High School cuando no admitieron la presencia en sus aulas de una estudiante llevando una túnica de cuerpo entero, por contravenir lo dispuesto sobre el uniforme escolar?

De lo que se desprende de la sentencia, la finalidad perseguida por el colegio parecía bastante razonable y por ello legítima, a saber, organizar adecuadamente un colegio de composición plural desde el punto de vista cultural y religioso de manera que todos se sintiesen igualmente integrados, y para ello adoptaron un uniforme que de alguna manera contemplaba el supuesto de quienes, como consecuencia del ejercicio legítimo de sus creencias religiosas, requerían del mismo una serie de condiciones. Hasta ahí, la actuación del colegio no parece reprochable, es más, de la lectura de los hechos referidos en la sentencia es posible intuir que las autoridades del mismo adoptaron ese uniforme mostrando una sensibilidad más que notable hacia el conjunto de estudiantes.

En cuanto a la medida, consistente en la expulsión —de facto—<sup>17</sup> de quien no se adecuase a esa política interna sobre el uniforme, la valoración forzosamente no puede ser la misma, pero no porque la aplicación de la política sobre el uniforme no pueda terminar llegado el caso en la expulsión de quien no se adapta a la misma, dice el Tribunal de apelación en el asunto *SB v. Denbigh High School*, sino porque «tal y como ocurrió en el caso» el «cómo» fue exigido ese uniforme no fue el modo adecuado. Lo que está queriendo decir el Tribunal es que las autoridades educativas se equivocaron en su aproximación al problema, obviando absolutamente la cuestión esencial cuando un derecho fundamental entra en juego, a saber, si la exigencia del uniforme en el caso comprometía o no las creencias de Shabina Begum y por tanto su libertad para manifestar en público su religión, y de ser así —como ocurría— si dicha injerencia en el ámbito protegido por su derecho podía estar legítimamente justificada. Todo ello en el contexto del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión previsto en el art. 9 apartados 1.º y 2.º del CEDH, por cuanto tal derecho constituye el objeto protegido por la nueva Ley de Derechos Humanos británica, aprobada en 1998.

---

<sup>17</sup> Para el Tribunal, decir que la estudiante no puede volver a colegio en tanto no adopte el uniforme establecido en la normativa interna del mismo, es tanto como decir que ha sido expulsada si no acepta las condiciones impuestas por el colegio por más que no haya habido un procedimiento formal de expulsión. Cfr. Par.24 de la sentencia.

Efectivamente, a juicio del juez Brooke, ponente de la sentencia, la correcta aproximación al conflicto exigía seguir un determinado iter argumental (par. 75):

- ... 1) ¿Ha señalado la recurrente que tiene un derecho protegido al amparo del artículo 9 (1) del Convenio?
- 2) ¿Se ha vulnerado dicho derecho sobre la base de alguna de las justificaciones previstas en el art. 9(2) del Convenio?
- 3) ¿Esa interferencia con el derecho previsto en el Convenio, estaba establecida por la ley en el sentido que el Convenio da a tal expresión?
- 4) ¿Tiene (esa intervención) un fin legítimo?
- 5) ¿Qué es necesario sopesar para determinar si la intervención resultaba necesaria en una sociedad democrática para el logro de ese fin?
- 6) ¿Estaba la intervención justificada al amparo del artículo 9(2)?

La respuesta dada a tales cuestiones lleva al juez a concluir que efectivamente la recurrente fue expulsada del colegio por motivos –la aplicación estricta de la normativa interna sobre uniforme escolar– que afectaban a su derecho a manifestar en público su religión, previsto en el art. 9.1 CEDH, y que, por consiguiente, el colegio tenía la obligación de justificar la limitación de su derecho fundamental atendiendo al segundo apartado del art. 9 que prevé las condiciones para que dicha limitación sea legítima.

Antes de analizar tales condiciones, un pequeño paréntesis para incorporar una decisión de la misma época proveniente de otra autoridad europea que se desenvuelve en términos similares: se trata del *Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*<sup>18</sup> (CCPR /C/82/D/931/2000) de 18 de enero de 2005, es decir, un par de meses antes de dictarse la sentencia británica, por el que se condena a Uzbekistán por haber impedido a una estudiante uzbeka de religión musulmana llevar el velo al acudir a la Universidad. A juicio del Comité, la prohibición del velo islámico constituye una violación del art. 18.2 del PIDCYP en virtud del cual «nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección» (...). Y aunque es cierto que tampoco la libertad de creencias es un derecho ilimitado –puede ser objeto de «limitaciones previstas por la ley y que sean necesarias para la protección de la seguridad, del orden, de la salud, la moral pública o los derechos fundamentales de los demás», art. 18.3–, en el caso en cuestión la exclusión de la mujer se basó en las disposiciones del reglamento interno de la Universidad, concretamente en su rechazo a acatarlas, y no en la posibilidad de restringir el ejercicio del derecho como medida necesaria en una sociedad democrática en el sentido del art. 18.3. Es decir, como ocurrió en el asunto SB c. Denbigh High School,

---

<sup>18</sup> Comité establecido en virtud del art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

la expulsión se debió al rechazo a acatar la normativa interna, sin entrar a valorar el conflicto que para la libertad de conciencia suponía acatar dicha normativa. El Comité señala que una cosa es restringir el derecho a la libertad de conciencia como consecuencia de la aplicación de una medida que es necesaria en una sociedad democrática (...), lo que es perfectamente legítimo desde un punto de vista teórico (luego habrá que ver qué medida, si está prevista en la ley, si persigue un fin legítimo, si es proporcional...), y otra restringir el derecho a la libertad de conciencia como consecuencia de no acatar una normativa interna: esta actuación no está cubierta por el 18.3, no es una justificación razonable para permitir esa injerencia en la libertad de conciencia del 18.2; pero no lo es no porque el Estado no tenga derecho a limitar las manifestaciones de la libertad religiosa en el marco del art. 18 a la vista de las circunstancias del caso, que sí lo tiene, ni la Universidad a establecer un reglamento interno de funcionamiento, que también lo tiene, sino porque fue una injerencia no justificada legítimamente.

Volviendo al Reino Unido y a las condiciones requeridas por el art. 9.2 CEDH para que una limitación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión sea legítima, el Tribunal de apelación concluye que si bien la limitación estaba «prevista por la ley» en el sentido del art. 9.2 CEDH, a su juicio no era «necesaria» para los propósitos señalados en el mismo. Y para justificar su convicción sobre la contingencia de la medida –lo que la convierte en ilegítima para restringir el derecho fundamental a la libertad religiosa–, acude al concepto de necesidad que se desprende de la doctrina dictada por el TEDH en interpretación del art. 9 CEDH.

Y llegamos así al asunto *Leyla Sahin v. Turquía* de 29 de junio de 2004, asunto que, como hemos señalado al comienzo ha quedado definitivamente resuelto por la Gran Sala del TEDH el pasado 10 de noviembre de 2005.

Ciertamente no se trataba del primer asunto en el que el TEDH abordaba el derecho a manifestar en público las propias convicciones; el mismo Tribunal británico alude en su sentencia a algunas resoluciones anteriores –singularmente el asunto *Kokkinakis v. Greece* (25 de mayo de 1993, Serie A n° 160-A) sobre los valores subyacentes al art. 9.1 CEDH (par. 26) o el asunto *Hasan and Chaush v. Bulgaria* (26 de octubre de 2000, caso 30985/96) sobre la imposibilidad de valorar la mayor o menor legitimidad de una creencia (par. 49)<sup>19</sup>. Ni tampoco era el primer asunto en el que se enfrentaba al tema del velo islámico, ya lo había hecho tres años antes en el asunto *Dahlab v. Suiza* (15 de febrero de 2001; caso n° 42393/98) declarando inadmisibile el recurso de

<sup>19</sup> En este mismo sentido queremos destacar la reciente resolución del TEDH en el asunto *Phull c. Francia*, 2005, parecida a la dictada en el caso *X c. Gran Bretaña*, 1978, sobre las limitaciones impuestas en virtud del art. 9.2 CEDH a dos ciudadanos de religión sikh que no querían quitarse el turbante requeridos al efecto por la autoridad nacional. En uno y otro caso el TEDH señala que si bien llevar el turbante constituye una decisión personal en ejercicio de la libertad de creencias protegida por el art. 9.1 CEDH, en ocasiones dicha decisión debe ceder cuando ello constituye una medida necesaria en una sociedad democrática en el sentido del art. 9.2 CEDH: en la resolución de 1978, la obligación del casco para los motoristas se imponía por razones de salud pública, y en la de 2005, la obligación de quitarse puntualmente el turbante en un control en el aeropuerto se imponía igualmente, esta vez por razones de seguri-

una profesora de escuela primaria a la que se había prohibido el uso del velo islámico en la escuela. El Tribunal británico recuerda también someramente los términos del asunto Dahlab v. Suiza antes de entrar a considerar el asunto Sahin v. Turquía, destacando especialmente los argumentos del TEDH encaminados a determinar que la consideración de una medida como «necesaria en una sociedad democrática» recaerá en las autoridades nacionales, ejerciendo el tribunal europeo únicamente una función supervisora. Por último, mediante resolución de idéntica fecha a la del asunto Sahin, el TEDH da cuenta de otro caso más suscitado por idéntico motivo, el asunto *Zeynep Tekin c. Turquía* (29 de junio de 2004; caso n.º 41556/98) —esta vez se trataba de una estudiante de enfermería—, sobre el que finalmente no se pronunció ante el desistimiento de la recurrente.

En el asunto *Sahin v. Turquía* (29 de junio de 2004; caso n.º 44774/98) a la demandante, Leyla Sahin, estudiante de medicina que había concluido sus primeros cuatro años de carrera en la Universidad de Bursa y se traslada a la Universidad de Estambul para estudiar quinto, se le había negado el acceso a los exámenes escritos y a una conferencia en dicha universidad por llevar el velo islámico —algo que también hacía en la Universidad de Bursa sin haber sido nunca sancionada por ello—, por expresa prohibición establecida en la normativa interna de la Universidad de Estambul en virtud de la cual se «aplicaban» dos resoluciones del Tribunal Constitucional Turco interpretando el texto constitucional.

Sin poder entrar en los avatares acontecidos a la estudiante, quien, tras dos años de expedientes abiertos y cerrados, de peregrinaje por las distintas instancias nacionales denunciando su situación terminó finalmente trasladándose a Viena para concluir sus estudios, el asunto Sahin c. Turquía es un claro ejemplo de lo importante que resulta el contexto en el que se adopta una resolución (como señala el Tribunal británico en su sentencia<sup>20</sup>). Efectivamente, tras recordar algunas fechas y algunos acontecimientos el TEDH destaca los valores de la República turca, cuyos principios se construyen en torno a la laicidad tratando de crear un espacio público libre donde la igualdad se asegure a todos los ciudadanos sin distinción de religión o confesión, y trata de «construir el contexto» en el cual pronunciará su resolución y del que es posible destacar los siguientes aspectos: el velo, como fenómeno relativamente reciente, a menudo visto como el símbolo del Islam político que trata de instaurar un régimen basado en reglas religiosas y que amenaza la paz social y los derechos de las mujeres adquiridos con la República; la llegada en 1996 al poder —en coalición— de un partido de tendencia islamista y cómo «fue percibido en la sociedad» como una amenaza real contra los valores republicanos —ver la STEDH Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía, 2003—; y el consecuente intento por parte de todas las instituciones turcas —Universidad, Consejo de Estado, Tribunal Constitucional— de luchar contra esa real o virtual amenaza, desterrando para ello todo lo que «recuerda» al

---

<sup>20</sup> Cfr. el asunto SB c. Denbigh High School, par. 72.

régimen anterior y aplicando e interpretando rigurosamente cuanto afecta a los principios de la República, especialmente la laicidad del Estado<sup>21</sup>.

Y a partir de dicho contexto, llega el TEDH a su conclusión: tras hacer nuevamente hincapié en 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, el TEDH concluye que los Estados deben de tener un importante margen de apreciación cuando se trata del uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza, habida cuenta de las diferencias al respecto entre países. Y en consecuencia, acepta la concepción de la laicidad defendida en Turquía, considera efectivamente que es respetuosa con los valores subyacentes al CEDH, y además estima que la salvaguarda de este principio puede ser considerada como *necesaria* para la protección del sistema democrático de Turquía.

En definitiva, que el asunto Leyla Sahin contra Turquía, a ojos del TEDH (un TEDH especialmente temeroso de que cualquier paso en falso en este tema pueda hacer que Turquía vaya hacia atrás y se impongan los grupos extremistas religiosos –véase especialmente el par. 106–) es más bien el asunto Leyla Sahin o Turquía: detrás del velo de Leyla no está esa estudiante de medicina que termina trasladándose a Viena para concluir su formación, sino la consolidación del Estado democrático turco amenazado –con mayor o menor virulencia– por movimientos fundamentalistas religiosos<sup>22</sup>.

Bien, aterrizando de nuevo en el Reino Unido ¿a qué conclusiones llega el Tribunal de apelación británico sobre el concepto de necesidad que se desprende de la doctrina dictada por el TEDH en interpretación del art. 9 CEDH, especialmente a partir de su STEDH en el asunto Sahin c. Turquía? O dicho de otro modo, «¿es *necesario* en una sociedad democrática –en el sentido que se deduce de la interpretación del TEDH– limitar el derecho de una chica musulmana que cree verdaderamente que al llegar a la pubertad debe cubrir su cuerpo más acusadamente de lo que permite la política sobre uniforme escolar?» (Asunto SB c. Denbigh High School, Par. 74).

Partiendo de un concepto relativo de «necesidad», cuya definición viene condicionada por el contexto en el que se ubica, el Tribunal británico defien-

<sup>21</sup> Efectivamente; es desde el contexto recién descrito desde donde hay que entender que el Consejo de Estado turco afirme que «más allá de una simple costumbre inocente, el *foulard* se está convirtiendo en el símbolo de una visión contraria a las libertades de la mujer y a los principios fundamentales de la República». Y también desde donde hay que entender que varios preceptos de una ley de 1988 sobre enseñanza universitaria en los que se establecía que el uso del velo por razones religiosas era libre, fueran declarados contrarios a la Constitución turca por el TCT en sus sentencias de 7 de marzo de 1989 y de 9 de abril de 1991: a juicio del TCT dichas disposiciones eran contrarias al art. 2 –laicidad de la República–, 10 –igualdad ante la ley– y 24 –libertad religiosa– (lo que no deja de ser sorprendente habida cuenta de que tales preceptos no pretendían imponer el velo sino admitir su posibilidad; siguiendo su razonamiento ¿no es igualmente contrario a los arts. 2, 10 y 24, prohibirlo? ¿o acaso quien lleva velo no es igual ante la ley en el sentido del art. 10, o no tiene libertad religiosa en el sentido del art. 24?), y también contrarias al principio de igualdad de sexos que se desprende de los valores republicanos, por entenderse como una imposición religiosa a la mujer.

<sup>22</sup> En su voto particular discrepante con la sentencia dictada por el TEDH reunido en Gran Sala el 10 de noviembre de 2005, la juez Tülkens llama la atención sobre el distinto criterio defendido por el Tribunal cuando el Estado implicado no era Turquía o cuando sí afectaba a Turquía pero no a la libertad religiosa. Cfr. VP de la STEDH de 10 de noviembre de 2005, asunto Leyla Sahin v. Turquía.

de que no era necesario: en el caso suizo (asunto Dahlab c. Suiza, 2001) la limitación estaba justificada por la ‘necesidad’ de proteger el principio de neutralidad característico del Estado suizo en los colegios, y en el caso turco (asunto Sahin c. Turquía, 2004) por la ‘necesidad’ de proteger el principio de laicidad característico del Estado turco –recogido incluso en el texto constitucional– en los colegios. Sin embargo, afirma el Tribunal en el caso SB c. Denbigh High School, en un Estado como el Reino Unido, que no es secular por mandato constitucional, donde además, más allá de la nueva Ley sobre Derechos Humanos, no existe una Constitución escrita y lo que sí hay es diversa normativa sobre educación religiosa en los colegios, la expulsión de la estudiante por no cumplir la normativa interna sobre uniforme, no supera el «test» exigido por el art. 9.2 CEDH<sup>23</sup>.

Ahora bien, y esto es importante, «nada en la presente decisión debe interpretarse en el sentido de que sería imposible para el colegio justificar su postura si, a la luz de esta decisión, reconsiderase su política interna sobre uniforme escolar y decidiese no cambiar nada significativo» (par. 81). A juicio del Tribunal, las cuestiones que el Colegio (y otros que se enfrenten a una cuestión similar) tendrían, sin duda, que considerar son éstas: i) si los miembros de otros grupos religiosos (distintos de los musulmanes muy estrictos) desearan manifestar libremente su religión o creencias llevando una indumentaria que no estuviera permitida por la política interna relativa al uniforme, y el efecto que pudiera tener para la política escolar de inclusión el uso por razones religiosas de una amplia variedad de vestimentas por parte de los estudiantes; ii) si es apropiado hacer caso omiso de las creencias de los musulmanes muy estrictos, dado que a los musulmanes liberales se les permite adoptar un código indumentario de su elección y la política escolar sobre uniformes no es enteramente secular; iii) si es adecuado tomar en consideración alguna –y si es así cuál– de las preocupaciones expresadas en los testimonios aportados por el colegio, como razones de peso para privar a un estudiante como la demandante de su derecho a manifestar sus creencias a través de la indumentaria que lleva en el colegio, y el valor dado a tales preocupaciones; y por último, iv) si el colegio podría hacer algo más para conciliar los intereses contrapuestos, a saber, mantener su política sobre uniforme pero conciliar ésta con la postura de quienes consideran como la demandante que ese uniforme no es acorde con sus creencias.

---

<sup>23</sup> Asunto SB c. Denbigh High School, Par. 72: «He considerado el caso *Sahin* con cierto detenimiento por cuatro razones principalmente. Primero, es una sentencia reciente en la que el TEDH ha establecido cuidadosamente el modo en el cual asuntos de este tipo deben considerarse amparados por el Convenio. Segundo, muestra que el contexto es absolutamente importante: existen consideraciones dignas de apreciación por un Estado cuya Constitución profesa el valor del secularismo que no resultan necesariamente aplicables en el Reino Unido. Tercero, –y no hemos recibido ninguna alegación a este respecto– existen, claramente, tensiones potenciales entre los derechos y las libertades establecidos en un Convenio acordado hace más de 50 años entre los Estados de Europa occidental, todos ellos adheridos a tradiciones judeo-cristianas, y algunos de los dogmas de la fe islámica que se refieren a la posición de la mujer en la sociedad. Y cuarto, el legislador está ciertamente facultado para tomar en consideración dificultades como las expresadas por el claustro de profesores del Colegio cuando tiene que decidir si es necesario prohibir a una persona como la recurrente manifestar su religión o creencias en público en la forma en que desearía».

Lo mismo parece desprenderse de los votos concurrentes de los magistrados que decidieron el caso, LLJJ Scott Baker y Mummery, cuando afirman que perfectamente el colegio desde la perspectiva correcta podría haber tratado de justificar su posición a propósito de su política sobre uniforme, y de haberlo conseguido no hubiera habido vulneración del art. 9.1 CEDH. Y de hecho, creen que esa posibilidad cabe si el colegio se encuentra con una cuestión idéntica planteada por otra alumna (Par. 87-88, 92-94).

En definitiva, a juicio del tribunal británico, procedía dar la razón a la estudiante Shabine Begum, por cuanto el colegio la había expulsado ilegalmente del mismo al no haber valorado convenientemente los bienes en conflicto, a saber, la libertad de pensamiento, conciencia y religión de la estudiante amparada por el art. 9.1 CEDH y por la nueva *Human Rights Act*, y la normativa interna del colegio sobre uniforme escolar. De haber sido así, el colegio podría haber justificado que la medida adoptada, la expulsión, no lo era como consecuencia de la aséptica aplicación de sus normas sobre uniforme, sino de la existencia de una justificación prevista en el art. 9.2 CEDH, establecida por la ley en el sentido que el Convenio da a dicha expresión, y necesaria en una sociedad democrática para el logro de un fin legítimo como pueda ser, por ejemplo, la protección de los derechos y libertades de los demás (el juez Mummery habla a estos efectos de «las responsabilidades sociales del propio individuo hacia otros con los que vive en comunidad», par. 86).

La prensa local que cubrió en su día la noticia sobre el caso de Shabine Begum, recogió la afirmación del colegio de haber perdido el caso por un «tecnicismo». Puede..., pero ¡qué tecnicismo!

#### **IV. Detrás del velo... una patata caliente. La Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003 (BVerfG, 2 BVR 1436/02)**

Y llegamos finalmente al último documento que presentamos a continuación de este trabajo: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada el 24 de septiembre de 2003 en el asunto Ludin, y en virtud de la cual reconoció el derecho de una aspirante a profesora al uso del velo en la escuela pública cuando desarrollase su función docente, en ausencia de norma legal que lo prohibiese.

Como es posible observar, algunas coordenadas son diferentes: estamos de nuevo ante el uso del velo en ejercicio de la libertad religiosa, velo referido en la sentencia con la expresión *hiyab* (desconocemos a qué tipo de velo hace referencia, si al pañuelo islámico al que alude la norma francesa, a la túnica de cuerpo entero salvo rostro y manos llamada *jilbab* en el asunto SB c. Denbigh High School...), estamos de nuevo ante el uso del velo en la escuela pública, pero estamos esta vez ante el uso del velo por parte de una profesora, o mejor dicho, de una aspirante a profesora. Tan sólo el asunto Dahlab c. Suiza al que se enfrentó el TEDH y al que nos referimos por encima al hablar del caso británico aludía a un supuesto en el que estaba implicada la

libertad religiosa de una profesora: dicho asunto fue desestimado por el Tribunal europeo.

Pues bien, en este caso, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF en adelante) se enfrenta a un recurso de amparo promovido por Fereshta Ludin, una mujer de origen afgano, nacionalidad alemana, religión musulmana y, en lo que afecta al caso, aspirante a profesora que, tras aprobar los exámenes correspondientes para acceder al cuerpo de profesores de educación primaria y secundaria (con especialización en educación secundaria, asignaturas de alemán, inglés, formación cívico-social y economía) solicitó el ingreso en el servicio de educación primaria y secundaria del Land de Baden-Württemberg y le fue denegado por ser considerada no apta para acceder a la función pública al negarse a dar clase sin el velo, siendo éste expresión de sus convicciones religiosas. El TCF concluirá en su sentencia que todas las resoluciones administrativas y judiciales que confirmaron la decisión original de declararla no apta para acceder a la función pública, vulneraron su derecho al igual acceso a la función pública y a no ser discriminada por razón de religión en dicho acceso, garantizado en el art. 33.2 y 3 de la LFB, así como su derecho a la libertad religiosa previsto en el art. 4.1 y 2 de la LFB. Dicha sentencia cuenta con tres votos particulares discrepantes, alguno de los cuales resulta de enorme interés como veremos.

Pero ¿cuál es el razonamiento del Tribunal desde la perspectiva abordada a lo largo de este trabajo, a saber, la del análisis de las finalidades perseguidas y de las medidas adoptadas?

Las propias autoridades educativas así como los tribunales que confirmaron en distintas instancias su decisión, admitieron desde el principio que la intención de la aspirante a maestra de llevar el velo durante las clases se amparaba en su derecho a la libertad de conciencia previsto en general en el art. 4 de la LFB; derecho que —en la línea de los demás textos constitucionales europeos— comprende no sólo la libertad interna de creer o no creer, sino también la de manifestar dicha creencia hacia el exterior, orientar el comportamiento individual según el dictado de la propia conciencia y actuar conforme a las convicciones religiosas. De hecho, este extremo no fue cuestionado por el TCF. Al contrario, el Tribunal parte de la base en este asunto de que la medida claramente compromete el derecho a la libertad religiosa de la recurrente, previsto en general en el art. 4 de la LFB y en su proyección sobre el derecho al igual acceso a la función pública en el art. 33 de la LFB. Este último, tras afirmar en su segundo apartado que «todos los alemanes tienen derecho al igual acceso a la función pública, según sus aptitudes, capacidades y competencias profesionales», señala en el tercer apartado que «el disfrute de derechos civiles y políticos, la admisión a la función pública y los derechos adquiridos en la misma, serán independientes de la creencia religiosa. Nadie podrá ser discriminado por su adhesión o no adhesión a una creencia religiosa y filosófica».

Luego aquí nos encontramos con una medida, la decisión de la autoridad educativa del Land de Baden-Württemberg de considerar a la Sra. Ludin «no

apta» para el acceso a la función pública por su insistencia en el uso del velo, que abiertamente entra en conflicto con varios de sus derechos fundamentales, algo que sólo es aceptable si dicha limitación encuentra justificación en el logro de un fin legítimo (a) y —añade el Tribunal— tiene un «fundamento legal suficientemente determinado» (b).

Vayamos por partes: (a) ¿Qué finalidad es ésta? Cuando nos encontramos ante un derecho fundamental que el texto constitucional garantiza «sin reservas»<sup>24</sup> como el derecho a la libertad religiosa, sólo puede ser limitado por otros derechos, principios y valores de rango constitucional: en el caso, podrían estar implicados el deber de neutralidad estatal en el ámbito de la enseñanza pública, el derecho de los padres a elegir la educación religiosa que desean para sus hijos y finalmente, la libertad religiosa «negativa» de los propios alumnos. Sólo incidentalmente se alude a otro derecho de rango constitucional como es el de igualdad de género, en el sentido indicado en otros momentos de este trabajo, a saber, la percepción del velo como expresión de una comprensión tradicional y discriminatoria del papel social y familiar de las mujeres.

En cuanto al primero de los derechos referidos, el deber de neutralidad ideológica y religiosa del Estado, la recurrente señala que éste mandato no implica que el Estado haya de renunciar por completo a cualquier referencia religiosa o filosófica, sino que ha de buscar un justo equilibrio entre todos los intereses que pueden entrar en conflicto. Resulta especialmente interesante, a mi juicio, el alegato de la Sra. Ludin sobre el papel de la escuela en los tiempos que corren: en su opinión, forma parte de la labor de la escuela la de preparar a los alumnos para la sociedad en la que tienen que vivir, por lo que no tiene sentido ocultarles los elementos de pluralidad que imperan en la realidad social; al contrario, resulta imprescindible que conozcan esa realidad para aprender así a convivir en su seno precisamente con quienes tienen otra visión del mundo<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> La citada expresión debe entenderse en contraposición con aquellos derechos fundamentales contenidos en la LFB que contienen «reservas de limitación», y en virtud de las cuales el legislador queda habilitado para fijar con un gran margen de libertad los límites del derecho.

<sup>25</sup> En sentido similar se pronunciaba el Tribunal Administrativo de Lüneburg en octubre de 2000, en un asunto idéntico al de la Sra. Ludin, planteado en el Land de Baja Sajonia, pronunciamiento recurrido ante instancias superiores y pendiente entonces en casación a la espera del fallo por el TCF en el asunto Ludin.

Por su interés, reproducimos un fragmento del texto de dicha sentencia, en la traducción realizada por M.A. MARTÍN VIDA y S. MÜLLER-GRUNE: «(...) la escuela es un espacio vital en el que confluyen de manera directa diversos procedimientos pedagógicos, libertades, convencimientos, perspectivas y opiniones; en definitiva, la escuela se concibe como un gran marco de intercambio de distintas maneras de pensar. El mandato de neutralidad no ha de llevar a los maestros a ser absolutamente neutrales en todas las cuestiones y problemas que se les planteen y a no poder manifestar ningún tipo de toma de posición (ideológica o religiosa) dentro de la escuela, sino que a lo que ha de conducir más bien es a que los maestros fomenten en todo caso el equilibrio entre los distintos enfoques y valores y, con ello, la tolerancia y la aceptación mutua, así como el respeto a las opciones constitucionales. De este modo se prepara a los alumnos para que sean capaces de vivir con gentes de otros orígenes nacionales y culturales, se fomenta el entendimiento entre los pueblos, se entrena a los alumnos en el respeto a los derechos fundamentales propios y ajenos y se les enseña a relacionarse con otros seres humanos a partir de los principios de solidaridad y tolerancia. La presencia del Islam, aunque sea todavía un elemento inhabitual (si bien cada vez menos (...)) en el contexto de una Europa tradicionalmente cristiana, resulta para el Tribunal Administrativo de Lüneburg, en el marco de la escuela, de particular importancia a la hora de educar a los niños en el respe-

En lo que se refiere al derecho de los padres a elegir la educación religiosa que quieren para sus hijos (y por consiguiente el derecho a mantenerles alejados de aquellas creencias que ellos consideran falsas o dañinas), y al derecho de los hijos a ejercer su libertad religiosa en su vertiente negativa (y por consiguiente el derecho a permanecer alejado de actos de culto o de símbolos de una creencia religiosa que no profesan), la Sra. Ludin expresó que mientras ejerció como maestra en prácticas, ningún padre o alumno planteó conflicto o queja alguna que demostrase su falta de aptitud para ejercer las funciones propias de un docente en la escuela secundaria o los peligros que presuntamente se derivarían del uso del *hiyab* durante las clases de inglés, alemán, educación cívica y economía.

El Tribunal Constitucional Federal analiza en primer lugar, los distintos derechos en conflicto, recordando la jurisprudencia sentada al efecto respecto de cada uno de ellos. En cuanto a la neutralidad del Estado, el TCF asume los argumentos defendidos por la recurrente, concluyendo que la defensa de dicho deber de neutralidad ideológica y religiosa garantizado por el texto constitucional, no exige *per se* la prohibición del uso del velo. Y sin embargo, no se manifiesta con la misma rotundidad respecto del derecho de los padres a elegir la educación que quieren dar a sus hijos o del derecho de los alumnos a su libertad religiosa en sentido negativo. Particular interés tienen sus reflexiones en torno a la libertad religiosa negativa de los alumnos, muy especialmente cuando recuerda que si bien la libertad negativa supone el derecho a mantenerse alejado de actos de culto o de símbolos religiosos de una creencia religiosa que no se profesa, «... ello no implica, en una sociedad en la que diversas convicciones religiosas tienen cabida, el derecho a no ser expuesto en absoluto a ningún símbolo religioso o a que todos ellos queden ocultos. Distinto es, sin embargo, el caso en el que el individuo se vea expuesto, por obra de una actuación del Estado, a determinados símbolos o prácticas religiosas, sin posibilidad de apartarse de ellos» (*BVerfG, 2 BVR 1436/02*, par. 46)<sup>26</sup>. De donde se deduce, que sin afirmar la vulneración de tales derechos como consecuencia del uso del velo, tampoco la excluye.

---

to a los derechos fundamentales propios y ajenos y en la tolerancia hacia otras maneras de ver el mundo compartidas por otros seres humanos. La escuela no puede transmitir la idea de un mundo cerrado y exclusivo que ya no es tal. El hecho de que la maestra lleve el *hiyab* hará a los alumnos, y esto lo valora positivamente el Tribunal, tomar conciencia de que la persona que les da clase profesa una religión probablemente diferente a la suya o a la de sus padres, y les hará ya desde la infancia tomar contacto con la realidad de una sociedad plural en la que, desde el respeto y la tolerancia, conviven personas que tienen distintas maneras de ver el mundo. Es esa idea de neutralidad «abierta», en la que la escuela no cierra la puerta a cuestiones de calado ideológico o religioso, aunque sin identificarse con ninguna opción en concreto y sin adoctrinar al alumnado en un sentido determinado, la que entiende el Tribunal de Lüneburg que ha de defender el principio constitucional de neutralidad (...). Cfr. el minucioso trabajo de M.<sup>a</sup> Ángeles MARTÍN VIDA, y Sven MÜLLER-GRUNE, «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso *Ludin*)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, enero-abril 2004, pp. 313-337, pp. 317-318.

<sup>26</sup> Esta última referencia alude, sin duda, a su sentencia de 16 de mayo de 1995 (*BVerfGE 93,1*) conocida comúnmente como el asunto del crucifijo, y en virtud de la cual se cuestionaba la constitucionalidad de una norma estatal en la que se contemplaba la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas. Cfr. M.A. MARTÍN VIDA y S. MÜLLER-GRUNE, *op. cit.*, pp. 323 y 325.

Y es aquí donde, a juicio del TCF (al menos de la mayoría), entra en juego el legislador (b) y donde el TCF llega a la conclusión de que debe dar la razón a la recurrente: «la solución a la inevitable relación de tensión entre la libertad positiva de creencias de un maestro, de una parte, y la obligación estatal de neutralidad ideológico-religiosa, el derecho educativo de los padres así como la libertad negativa de creencias del alumnado, de otra, (...) *incumbe al legislador democrático a nivel de Land* (...) que tiene que buscar en el proceso público de formación de la voluntad un compromiso razonable para todos» (*BVerfG, 2 BVR 1436/02*, par. 47). Habida cuenta de que tales cuestiones (estructuradas por el Tribunal en torno a tres puntos, i) el sentido del pañuelo en la cabeza como símbolo religioso, ii) el presunto efecto que sobre los alumnos puede tener el hecho de que la maestra use el velo en clase, y iii) la falta de conexión legal entre el uso del velo y la no aptitud para ejercer como maestra) no encontraban en el momento de los hechos respuesta en ningún precepto de la legislación del Land de Baden-Württemberg, cualquier medida que se pretendiera adoptar sobre esa premisa, requería previamente una base legal adecuada.

Así, para el Tribunal, la cuestión de si una profesora puede llevar el velo mientras desempeña su función docente en la escuela ha de regularse previamente por los Länder, sin que la autoridad educativa pueda responder directamente a la misma apelando al posible «peligro abstracto» para otros principios y valores constitucionales que se derivaría de la mera presencia de la maestra en clase con la cabeza cubierta, no existiendo actividad alguna de adoctrinamiento por su parte.

De donde se desprende, en primer lugar, que para el TCF no resulta en principio inconstitucional establecer legalmente dicha limitación –y en este sentido no está tan lejos de la ley francesa– (de hecho, ya se apresuraron en su momento siete de los dieciséis Länder a anunciar una reforma legal dirigida a regular la prohibición del velo; el primero de ellos, el Land de Baden-Württemberg), y en segundo lugar, que tal vez distintos Länder puedan llegar a regulaciones también distintas tras tomar en consideración las tradiciones escolares, la composición confesional de la población y su más o menos arraigo religioso<sup>27</sup>.

La sentencia cuenta, como dijimos, con tres votos discrepantes, en los que los magistrados cuestionan muy diversos aspectos de la misma, desde el alcance del deber de neutralidad del Estado en la enseñanza pública, hasta la visión discriminatoria del velo respecto de la mujer que lo lleva, o la equiparación entre el estatus del candidato a funcionario y el del propio funcionario sometidos ambos a idéntica relación de sujeción especial, o la no idoneidad del Parlamento para apreciar lo que concierne a la aptitud para el acceso a la función pública, o la falta de necesidad de una ley formal para regular tales cuestiones. El aspecto más relevante a nuestro juicio es, sin embargo, el que cuestiona precisamente la esencia del pronunciamiento de la mayoría, a saber, la

<sup>27</sup> Cfr. M.A. MARTÍN VIDA y S. MÜLLER-GRUNE, *op. cit.*, p. 324.

necesidad de una base legal que el TCF juzga inexistente como paso previo para pronunciarse sobre el fondo: según el voto particular, es al TCF en última instancia y no al legislador a quien corresponde determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental y cuáles son sus límites inmanentes, derivados directamente del texto constitucional (*BVerfG, 2 BVR 1436/02*, par. 130). Por lo que, como hiciera por cierto el Tribunal Administrativo de Lüneburg en el asunto referido anteriormente en nota a pie de página, debería haber resuelto de forma definitiva sobre el fondo del asunto, sopesando los bienes en conflicto y estimando el amparo de entender vulnerados los derechos fundamentales de la recurrente o desestimándolo de entender justificada la injerencia en los mismos por parte de las autoridades educativas.

Dicho lo cual, y volviendo así al punto de partida de este trabajo y a los parámetros en los que nos movíamos, la medida adoptada por la autoridad educativa (considerar a la recurrente no apta para el acceso a la función pública en el cuerpo de maestros) supone una injerencia en su derecho fundamental a la libertad religiosa que, para ser admisible, requiere de una justificación suficiente: a juicio del TCF, i) en el caso no bastaba con que la conducta reprochada a la recurrente «pudiera» interferir con otros derechos constitucionalmente garantizados (noción de peligro abstracto), sino que era necesario que dicha «tensión» fuese definitiva y minuciosamente resuelta sopesando los bienes en conflicto, y ii) para lo cual, era necesaria la intervención del legislador (a quien compete precisamente integrar derechos en conflicto) pues de lo contrario la medida podría tacharse de desproporcionada.

Para el autor del voto particular, lo que deja el Tribunal en manos del legislador no es sino una patata caliente.

\* \* \*

Y ¿qué queda después de todo detrás del velo?

Recapitulando, para las autoridades europeas detrás del velo hay sobre todo un conflicto desde el punto de vista de la libertad religiosa, por cuanto el velo es percibido como la expresión de una cultura religiosa cerrada e intolerante que socava los «valores occidentales», concretamente el valor de la «laicidad» entendida como separación Iglesia-Estado, el valor de la libertad religiosa de los demás que exige admitir que el otro tenga otra creencia o no tenga ninguna, el valor del juego democrático que admite sujetos plurales que defienden ante la opinión pública sus particulares concepciones sobre la sociedad, la enseñanza y la religión, asumiendo no tener la única ni la última palabra al respecto. No podemos olvidar que este debate se origina en una sociedad, la europea, que ha tenido que luchar mucho (y sigue luchando, pensemos en el caso de la igualdad hombre-mujer) para consagrar tales valores y los tiene como «conquistas» a las que no está dispuesta a renunciar.

En el caso francés, al menos en teoría, la prohibición del velo operada por la ley pretendía defender el principio de laicidad de la escuela pública, si bien posiblemente detrás del velo se ocultaba algo más, algo relacionado con el Islam como tradición cultural y religiosa. Razones no faltan para argumentar que las comunidades musulmanas en Europa deben reflexionar sobre cuál deba de ser su lugar en el seno de la sociedad plural y democrática en la que pretenden vivir<sup>28</sup>, pero dudo de que el velo deba de convertirse en el «chivo expiatorio» de los desajustes presentes hoy día en nuestros pueblos por la llegada del Islam. En todo caso, a nuestro juicio, la medida adoptada, a saber, prohibir con carácter general y por ley el uso del velo por entender que éste en sí mismo atenta contra los valores de la República, era una medida cuanto menos cuestionable, no ya por sus eventuales efectos secundarios desde la perspectiva de la igualdad de género, que también, sino por no parecernos proporcionada a la finalidad perseguida. Defendíamos que era posible luchar por garantizar la laicidad, sin necesidad de prohibir el velo o limitando sus restricciones a ciertos casos en los que concurrían otros elementos añadidos al mero uso del mismo; qué duda cabe de que la escolarización exige unas reglas de conducta iguales para todos, reglas que no pueden quedar comprometidas por su eventual contradicción con cualesquiera convicciones religiosas, por lo que exigir la misma asistencia a todos los cursos –también a los de educación física, p.ej.–, o el mismo contenido de la enseñanza impartida sea quien sea el que la imparta –también cuando es un hombre el profesor y la enseñanza afecta a materias «sensibles» desde el punto de vista religioso– son medidas adecuadas al fin legítimo perseguido, tanto más que prohibir el velo.

No deja de ser significativo que el llamado Centro para la igualdad de oportunidades (Centro de derecho público creado en Bélgica en 1993 para luchar contra toda forma de discriminación) cuestionado sobre la conveniencia de prohibir el velo, dijese en septiembre de 2002 no ser partidario de prohibir por principio el uso de signos religiosos o filosóficos, sino más bien de solucionar los conflictos casuísticamente, fuera de todo clima pasional y a poder ser buscando soluciones ajenas a lo jurídico. En Bélgica, el principio de igualdad informa los objetivos prioritarios de la enseñanza pública: asegurar a todos los alumnos la igualdad de oportunidades para la emancipación social es un objetivo de la enseñanza pública, y por ello, todos deben participar en todo. Cuando de hecho han existido conflictos, muchos no han llegado a los tribunales pues han logrado resolverse entre el colegio y la familia (pactando, por ejemplo, no prohibir el velo más que para educación física o para clases de química)<sup>29</sup>. Por su parte, en Holanda, la Comisión para la Igualdad de Trato dictaminó en marzo de 2003 lo siguiente: los centros educativos son libres para establecer lo que estimen conveniente sobre el uniforme siempre que no sea discriminatorio, no vulnere la libertad de expresión, conste expre-

<sup>28</sup> *Cfr.* al respecto, el interesante artículo del profesor universitario, escritor y periodista holandés Paul Scheffer, titulado «¿La Troya del Islam?», publicado en EL PAÍS, el 3 de abril de 2005.

<sup>29</sup> *Cfr.* Les Documents de Travail du Sénat, Série Législation Comparée, « Le port du foulard islamique à l'école », n° LC128, novembre 2003.

samente en el reglamento interno del centro y las sanciones no sean desproporcionadas. Todo ello debe observarse especialmente en el plano religioso, por lo que no cabría una prohibición general de la kippa, el turbante o el velo, ya fuera para alumnos o profesores. Ahora bien, el carácter discriminatorio (diferenciador) de una medida puede tener una justificación objetiva si la finalidad de la misma es legítima, la medida se adecua a dicha finalidad y además es necesaria en ausencia de otra solución. Por ello, en un asunto que enfrentaba a un centro con ciertas alumnas que llevaban el *burka* (entendiendo por tal la túnica que cubre también el rostro), la Comisión entendió que la finalidad buscada con la prohibición de tales túnicas era legítima (necesidad de comunicación recíproca, identificación de alumnos, mayor facilidad para seguir los cursos...), la medida permitía el logro de dicha finalidad y ninguna otra solución era posible<sup>30</sup>.

Estamos ante dos buenos ejemplos sobre cómo conciliar los bienes en conflicto para que constitucionalmente sea legítima una injerencia en la libertad religiosa, en el sentido indicado indirecta pero claramente por los jueces británicos en el asunto *SB c. Denbigh High School*: en el caso belga, se logra un entendimiento entre la familia y el colegio en virtud del cual cada uno pone un poco de su parte para aceptar la postura del otro y lograr así una convivencia aceptable; en el caso holandés, si bien no se logra ese entendimiento y uno de los bienes debe ceder en beneficio de otro, la medida restrictiva de la libertad religiosa individual se considera necesaria en ausencia de otra solución, está razonablemente justificada y pretende el logro de un fin legítimo. Lo primero no se logra con la solución francesa y lo segundo no se consigue con la decisión del *Denbigh High School*<sup>31</sup>. En el caso alemán, el TCF determina por mayoría que la decisión al respecto debe tomarse por el legislador con lo que deriva a esta instancia la valoración final de la medida adoptada por la autoridad educativa del Land de Baden-Württemberg, lo que no parece sino un ejercicio de «mirar para otro lado».

En todo caso es llamativo cómo la cuestión de la igualdad de género queda postergada a los análisis del conflicto desde la perspectiva de la libertad religiosa. Por lo menos desde el punto de vista de las autoridades europeas (a nivel académico son cada vez más numerosos los estudios en los que se destaca esta dimensión de la igualdad), las contadas alusiones a la discriminación de la mujer oculta detrás del velo en modo alguno centran el análisis en esta cuestión, y cuando lo hacen incurren en contradicciones importantes al defender las medidas adoptadas desde una supuesta alianza con la mujer y su «liberación», sin querer (o saber) ver que las mismas no contribuyen necesariamente al bien de aquélla. Y es tanto más llamativo cuanto en el fondo es este contenido discriminatorio el que impregna nuestra valoración sobre el velo como manifestación religiosa. Probablemente se reconocería sin mayor problema la libertad religiosa de quien lleva velo si las connotaciones de

<sup>30</sup> Cfr. igualmente Les Documents de Travail du Sénat (*op. cit.*).

<sup>31</sup> Véase de nuevo el voto particular discrepante frente a la STEDH de 10 de noviembre de 2005, asunto *Leyla Sahin v. Turquía*. En particular sus apartados 7, 10, 12 y 17.

hacerlo no fueran negativas. Sería un ejercicio puro y duro de libertad religiosa individual, al margen de las convicciones propias, de igual modo que en general que alguien lleve una cruz colgando del cuello no suele afectar a «ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes» adoptando la expresión utilizada por el TEDH. Con la prohibición del velo, velo y mujer se instrumentalizan: el primero se «cosifica» y pasa a ser seña de identidad y de reivindicación religiosa en manos de los hombres, la mujer se difumina y pasa a ser parte del colectivo musulmán, en el que los hombres ocupan el papel preeminente, representan a su conjunto y la mujer sigue quedando sin voz ni voto.

Efectivamente, se confunde en demasiadas ocasiones la opinión que a ojos occidentales nos merece el velo desde la perspectiva de discriminación de la mujer, con el mejor modo de combatirlo, pues, como señala Miguel Pajares la prohibición del velo en la escuela pública hará que proliferen las escuelas privadas musulmanas donde la mujer no tendrá ni siquiera la posibilidad de quitarse el velo porque no se lo permitirán, y reforzará además el simbolismo identitario del mismo haciendo de su uso una suerte de reivindicación en la que se implicarán todos los musulmanes, siendo los hombres los que canalicen la opinión del colectivo<sup>32</sup>.

Dicho lo cual, creo que la perspectiva más adecuada es aquélla que trata de conciliar los distintos intereses en conflicto, a saber, los de la sociedad de acogida (y sus instituciones) en la que se integra la mujer cubierta con el velo, Francia, Reino Unido, Alemania, los de la propia mujer, que ha venido —no lo olvidemos— para quedarse, Shabina Begum, Fereshta Ludin, Leyla Sahin por qué no..., y los del colectivo en el que dicha mujer encuentra —nos guste más o menos— su identidad, por lo menos a su llegada a Europa. Una perspectiva que busque una solución medianamente satisfactoria para todos, que permita a todos sentir cubiertas sus necesidades sin una renuncia absoluta a su identidad: exigir a la mujer inmigrante —que no se va a ir por ello— que renuncie de partida y por principio a elementos importantes para ella pues constituyen rasgos de su identidad (por muy cuestionables que nos resulten algunos), sería tan dañino para ella y para el colectivo inmigrante como para la sociedad de acogida (sólo genera un perjuicio para la mujer y malestar y frustración en la sociedad inmigrante y con eso no gana la sociedad de acogida pues se encuentra con que tiene que integrar a un colectivo profundamente disgustado); y del mismo modo, exigir a la sociedad occidental que renuncie a la defensa de algunos de los valores que encarna el Estado de Derecho, democrático y plural, por el empeño de la sociedad inmigrante de imponer otras reglas de juego sobre las relaciones entre el Estado y la religión o entre las distintas religiones presentes en la misma sociedad, también sería perjudicial para todos<sup>33</sup> (solo genera indignación en la sociedad occidental,

<sup>32</sup> *Cfr.* el interesante artículo de Miguel Pajares titulado «El velo islámico: mediación frente a prohibición», publicado en *El País*, el 13 de enero de 2004.

<sup>33</sup> Efectivamente, como bien señala Paul Scheffer en el artículo aparecido en *El País* y citado anteriormente, el esfuerzo que se pide a la sociedad inmigrante de religión musulmana no consiste en «una renuncia al Islam como tradición espiritual sino (en dar) una respuesta franca a la cuestión de cómo vivir como minoría religiosa en una sociedad democrática».

- y apropiado para el estudio. Consigue además evitar sentimientos de inferioridad en aquellos alumnos que no puedan permitirse llevar los últimos diseños de moda, haciéndoles menos vulnerables para ser ridiculizados por llevar una ropa inadecuada.
5. El caso que nos ocupa alude a los requisitos del uniforme escolar de las alumnas. Realmente, ningún problema presentan los requisitos relativos al jersey, camisa, lazo o corbata, calcetines o zapatos. Las chicas pueden llevar falda, pantalón o un *shalwar kameeze* (...).
  6. (...) *Kameeze* es una especie de camisola sin mangas, con el cuello cuadrado de modo que deje ver el cuello y la corbata o lazo de la chica. *Shalwar* son unos pantalones sueltos que se estrechan en los tobillos.
  7. Pueden llevar también velo siempre que éste cumpla tres requisitos específicos: ser de material ligero, de color azul marino y llevarse de modo que se vean cuello y lazo. Debe cubrir la cabeza, doblarse debajo de la barbilla y llevarse hacia la nuca, con sus extremos remetidos hacia dentro por razones de salud y seguridad.
  8. La recurrente afirma que para una mujer musulmana que ha empezado a tener la menstruación, el *shalwar kameeze* no cumple con los estrictos mandatos de su religión. Insiste en que debería poder llevar un *jilbab*, que es una prenda que viste la mujer musulmana que permite ocultar la forma de las piernas y los brazos (...).  
(...)
  10. El *shalwar kameeze* forma parte del uniforme escolar desde antes de 1993, año en el que (...) se introdujeron algunos cambios en el uniforme y por primera vez se permitió a las alumnas usar también el velo.
  11. El *shalwar kameeze* se considera suficiente para cumplir con los mandatos religiosos que señalan que las mujeres musulmanas deben llevar ropa modesta, y las de otras confesiones religiosas, como la hindú o la sikh también lo llevan. Todos fueron consultados sobre el nuevo diseño... padres, personal del centro y estudiantes; también las mezquitas locales (...)
  12. La política escolar sobre uniforme ha estado siempre apoyada por los responsables del centro, una cuarta parte de los cuales lo son desde 1991. Cuatro de los seis representantes de los padres son musulmanes y tres de los responsables del colegio elegidos por las autoridades educativas locales también. Uno de los responsables de la comunidad preside el Consejo de las Mezquitas de Luton. En marzo de 2004, poco antes de que el juez conociera del caso, los responsables del colegio reafirmaron su apoyo unánime a la política sobre uniforme.
  13. La familia de la recurrente llegó a Inglaterra desde Bangladesh. (...) Ella nació en Inglaterra en septiembre de 1988. Su padre murió en 1992 (...). Su madre murió en 2004 (...). Uno de sus hermanos está actuando como coadyuvante en este caso.
  14. Acudió por primera vez al Denbigh High School en septiembre de 2000 y durante los primeros dos años vistió el *shalwar kameeze* sin problemas. A medida que fue creciendo, sin embargo, su interés por su religión fue

