

Las restricciones al velo islámico: neutralidad estatal y derechos humanos^{*}

Jesús M. Casal H.^{**}

RESUMEN. El velo islámico ha sido objeto en los últimos años, especialmente en algunos países europeos, de un intenso debate en el que se entrecruzan la neutralidad religiosa o la laicidad del Estado, la libertad religiosa en sus facetas positiva y negativa y el principio de tolerancia, entre otros. En tal contexto, este trabajo intenta reflejar, con apoyo en pronunciamientos de tribunales nacionales, y de organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos, los principales problemas jurídicos relacionados con las restricciones impuestas al uso del velo islámico en instituciones educativas públicas. Además, desde la perspectiva de los derechos humanos, en particular de la libertad religiosa, y del principio de tolerancia se trazan las líneas fundamentales para un examen crítico del tema.

ABSTRACT. In the last years the Islamic veil has been the object of intense debate, especially in some European countries. Religious neutrality or the lay State, religious freedom in its positive and negative facets and the principle of tolerance, among others are tightly interwoven in this debate. Within that context, on the basis of national court rulings and decisions of international human rights organizations, this work attempts to reflect the main legal aspects related to the restrictions imposed on the use of the Islamic veil in public educational institutions. Furthermore, this paper draws the fundamental guidelines

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

**Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Miembro de la Comisión Andina de Juristas.

for a critical examination of the topic from the human rights perspective, particularly religious freedom and the principle of tolerance.

PALABRAS CLAVE. Derechos humanos. Libertad religiosa. Multiculturalismo. Tolerancia. Islamismo. Laicismo.

KEY WORDS. Human rights. Religious freedom. Multiculturalism. Tolerance. Islamism. Lay State.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** El velo islámico ante la jurisdicción constitucional y ante organismos internacionales de protección de los derechos humanos. 1. Tribunal Constitucional Federal alemán. 2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Comité de Derechos Humanos. **3.** Esbozo de un análisis crítico. 1. ¿Qué ha hecho del velo islámico un asunto socialmente conflictivo? 2. ¿Es el velo islámico un símbolo religioso más? 3. ¿Es el velo o la religión islámica el problema? 4. ¿Neutralidad estatal o laicismo autoritario? 5. ¿Un nuevo despotismo ilustrado? 6. ¿Hasta dónde llega la libertad religiosa en su faceta negativa? 7. ¿A cuál velo islámico nos referimos? 8. ¿Uniformidad o tolerancia? **4.** Reflexión final.

1.

INTRODUCCIÓN

El velo islámico ha estado en los últimos años en el centro del debate jurídico y social en algunos países europeos, con motivo de las medidas orientadas a limitar su uso en instituciones públicas, en especial en las entidades educativas, lo cual se ha justificado aduciendo principalmente la necesaria neutralidad del Estado en materia religiosa. El trasfondo de esta discusión es, sin embargo, muy complejo, porque comprende, entre otros, aspectos ligados a los temores de la sociedad occidental frente al fundamentalismo islámico y a la voluntad de asegurar la preeminencia de los valores culturales de la mayoría de la población en países que han recibido importantes flujos migratorios de personas de fe musulmana. Si se dirige la mirada hacia la frontera euroasiática, en Turquía la lucha contra el velo pretende insertarse más bien en la defensa de una apuesta por la modernidad y el laicismo dentro de un medio religioso predominantemente musulmán. Lo que puede parecer una prenda completamente inocua ha dado lugar, pues, a toda clase de interpretaciones sobre lo que representa e infunde, que para algunos es una expresión de radicalismo religioso o político y de discriminación y sometimiento de la mujer. Lo que estaba supuestamente llamado a lograr la inadvertencia de quien lo porta ha sido colocado en la palestra y ha adquirido gran notoriedad, por la reacción estatal que en ocasiones ha suscitado.

En el ámbito europeo no hay uniformidad en el tratamiento del tema. Francia mantiene una postura muy restrictiva, hasta el punto de prohibir de manera general en las escuelas, incluyendo por tanto a las alumnas, el velo islámico u otros símbolos religiosos

ostensibles;¹ Alemania sigue una postura intermedia y en el fondo moderada, pues la prohibición no ha sido considerada imprescindible desde una óptica constitucional y se ha permitido la imposición de restricciones legislativas pero sólo respecto de quienes ejerzan la docencia, no del estudiantado;² el Reino Unido se distingue por una postura abierta o flexible.³ En los límites entre Europa y Asia, Turquía ha emprendido prácticamente una cruzada contra el uso del velo.⁴ Detrás de estas diferencias se encuentran diversas concepciones sobre la severidad de la separación entre la Iglesia y el Estado.

No es nuestro interés tratar todas estas aristas del asunto, como tampoco esbozar globalmente los desarrollos jurisprudenciales que al respecto se han producido en ese continente. Sólo se abordarán, a partir de casos relevantes decididos por tribunales nacionales o por tribunales o instancias internacionales, algunos de los problemas que desde la perspectiva de los derechos humanos, sobre todo de la libertad religiosa, y del principio de la tolerancia plantean el uso del velo islámico en instituciones educativas y la respuesta institucional prohibitiva que en ocasiones ha recibido.

2.

EL VELO ISLÁMICO ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y ANTE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación se examinarán algunas decisiones que han establecido, en sus respectivos ámbitos, precedentes significativos en relación con los conflictos de derechos que el uso del velo puede generar y con la tensión existente entre la neutralidad estatal en

¹ Véase Bernard TOULEMONDE, "Le porte de signes d'appartenance religieuse à l'école: la fin des interrogations?", en *AJDA*, 37, 2005, pp. 2044-2048; Thorsten ANGER, *Islam in der Schule*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 154 ss.

² ANGER, op. cit., pp. 167 ss.

³ En relación con el Reino Unido y, en general, con el debate sobre el velo islámico en Europa, véase Dominic MCGOLDRICK, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁴ Véase *Die Zeit*, n.º 33, 10 de agosto de 2006, pp. 11-14.

materia religiosa y la libre manifestación de la fe en instituciones educativas públicas. Sin perjuicio de otras contribuciones jurisprudenciales que después mencionaremos, se considerará, en primer lugar, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que define hasta hoy la postura constitucional de uno de los países europeos en torno a esta temática; luego se aludirá a una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que perfila la jurisprudencia en la materia de este órgano regional de protección de los derechos humanos y, por último, se hará referencia a un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Después de reseñar estos pronunciamientos, se formularán algunas observaciones críticas.

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

Una sentencia de tribunales nacionales que conviene traer a colación es el fallo dictado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 24 de septiembre de 2003, en relación con el uso del velo islámico por personal docente en las escuelas públicas. La sentencia fue adoptada al resolver el amparo interpuesto por quien aspiraba a ingresar, como maestra, a la función docente en el estado federado de Baden-Württemberg, lo cual le había sido negado por la administración aduciendo su falta de idoneidad para el cargo, derivada de su declarada intención de usar un velo islámico en la escuela e incluso durante las clases.⁵

El Tribunal declaró con lugar el amparo, dada la falta de una disposición legal estatal⁶ específica que permitiera excluir del servicio a una maestra por el uso del velo islámico —o de otros símbolos religiosos ostensibles— durante las clases, o por la firme intención de hacerlo. La genérica exigencia jurídica de idoneidad y las disposiciones legales conexas no proporcionaban a la decisión una base normativa suficiente.⁷ Pero el Tribunal entró también en un amplio análisis sobre los posibles significados socioculturales y políticos del velo, para lo cual se apoyó en la declaración de expertos.

Lo más resaltante de este pronunciamiento es que recoge distintas posiciones sobre el significado del velo y sobre el mensaje que su uso podría transmitir, pero no da por verdadera

⁵ BVerfGE, 108, 282. Véanse los comentarios de Susanne BAER y Michael WRASE, “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, en *JuS*, 2003, pp. 1162 ss.

⁶ El adjetivo *estadal* lo empleamos para referirnos a los estados federados (*Bundesländer o Länder*).

⁷ Este criterio no fue unánime entre los miembros de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, a la que correspondió decidir el caso, pues en la opinión separada formulada por tres de ellos se consideró suficiente el marco normativo existente para mantener la prohibición.

ninguna de ellas, sino que opta por reivindicar el valor de la tolerancia, que, según jurisprudencia previa del Tribunal, está enlazado con la noción y la garantía constitucional de la dignidad humana. En este sentido, la sentencia alude a diversas visiones sobre el contenido simbólico del velo: puede representar, en términos no sólo religiosos sino también políticos, la adhesión a corrientes fundamentalistas que intentan distanciarse de las convicciones de la sociedad occidental, en temas como la autodeterminación individual o la emancipación de la mujer; pero también puede hacer patente la voluntad de una persona de conservar los valores de la sociedad de procedencia o de preservar la propia identidad, en procesos de diáspora o de emigración. Uno de los informes de expertos que el Tribunal recibe y, en particular, los resultados de las encuestas a jóvenes musulmanas realizadas por uno de ellos indican que la decisión de llevar el velo, basada a veces en la intención de ceñirse a las tradiciones de los padres y de la sociedad de origen, es también expresión de una determinación personal de la mujer y de la idea de que el mantenimiento de su especificidad es una condición para su integración. La sentencia no declara la veracidad de estas afirmaciones, pero las considera suficientes para descartar que el velo islámico deba ser forzosamente asumido como un símbolo de sujeción social de la mujer, que no sería compatible con la imagen de la mujer subyacente a la Constitución alemana (Ley Fundamental). Tampoco estima que su uso implique una negación del orden liberal y democrático de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el fallo admite que, ante una diversificación de las creencias o convicciones de la sociedad en materia religiosa, puede ser necesario introducir restricciones que preserven la neutralidad del Estado y eviten los conflictos que el uso del velo por docentes puede provocar con otros estudiantes o sus padres. La búsqueda de una solución adecuada a esta tensión latente corresponde al legislador, quien debe “determinar o concretizar” los límites de los derechos en juego: la libertad religiosa del docente, por un lado, y la libertad religiosa (negativa) de los estudiantes y el derecho de los padres sobre la educación de sus hijos, por otro lado.

La sentencia enfatiza que la restricción de derechos fundamentales y la búsqueda de la concordancia o el equilibrio entre derechos en colisión es función del Parlamento, en cuyo seno ha de darse democráticamente el debate público sobre la “necesidad y alcance” de la eventual injerencia en un derecho. El legislador estatal competente es pues “libre”, en uso de su prerrogativa de apreciación o valoración (*Einschätzungsprärogative*), para adoptar la base legal que no fue hallada en el caso planteado.

Esta clara deferencia hacia la libertad política resulta algo atenuada por algunos párrafos de la decisión, de los cuales se desprende que la adopción de una regulación de

corte eventualmente restrictivo sería, dadas ciertas condiciones, no sólo constitucionalmente posible, sino altamente aconsejable, por no decir necesaria, pero el Tribunal no señaló la orientación concreta que los legisladores estatales habrían de seguir. Para el Tribunal tal regulación no está ordenada por la Ley Fundamental considerada en abstracto y, en especial, no viene impuesta por el entendimiento de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en dicho ordenamiento constitucional, en el que no rige una estricta separación. Además, el uso del velo por una maestra, como decisión individual, no es equiparable a la colocación de símbolos religiosos por disposición del Estado, tal como se había planteado en el caso, previamente resuelto por ese Tribunal, de los crucifijos en las escuelas públicas de Baviera. No obstante, la sentencia reconoce que, ante relaciones sociales cambiantes y ante la creciente diversificación de las convicciones sobre la religión o la cosmovisión, puede ser necesaria una mayor reserva frente a manifestaciones simbólicas religiosas en el ámbito educativo. Al mismo tiempo, declara que el mandato de tolerancia, vinculado al reconocimiento de la dignidad humana, favorece una solución dotada de “equilibrio”, un “punto medio”, una solución de “compromiso” que también aprecie la importancia de poder hacer visibles las propias creencias y de conocer las ajenas, lo cual debe ser procurado por el legislador correspondiente atendiendo a las concretas tradiciones educativas, la composición confesional de la población y su grado de religiosidad, y teniendo en cuenta el principio de igualdad.

En suma, se deja en manos de cada estado federado la regulación del asunto, y la sentencia no descarta que éstos puedan adoptar normativas divergentes. Algunos estados federados no han dictado una regulación con una orientación restrictiva,⁸ lo cual es también una expresión de la libertad política y del espacio para la tolerancia que a fin de cuentas el Tribunal Constitucional Federal quiso preservar.

2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En algunos fallos este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre limitaciones impuestas por Estados europeos al uso del velo islámico en instituciones educativas. El más relevante ha sido el dictado en el caso *Leyla Sahin vs. Turkey*, con fecha 10 de noviembre de 2005, que confirmó la decisión adoptada anteriormente por una Sala del Tribunal. En esta ocasión se trataba de una estudiante de la Universidad de Estambul a la que se

⁸ Véase

<http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/comparativeconstitutionalism/kopftuchcomparativeconstitutionalism/>.

impidió, de acuerdo con una circular emanada del rector (vicecanciller) de la institución, seguir asistiendo a clases, cursos, tutorías o exámenes portando el velo. El Tribunal rechazó la alegada violación de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Prescindiendo de los aspectos concernientes a la base legal (formal) de tal prohibición, lo más relevante es el examen de fondo sobre su justificación (necesidad) en una sociedad democrática, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce la libertad religiosa. El Tribunal, fiel a su doctrina sobre la materia, comienza destacando la importancia de la libertad religiosa en toda sociedad democrática, al calificarla como uno de los contenidos más vitales de la identidad de los creyentes, así como un bien precioso para quienes no lo son. Igualmente, subraya que sin tal libertad no habría pluralismo, el cual es inescindible de la democracia. Pero al mismo tiempo señala que en sociedades democráticas, en las que coexisten varias religiones, puede ser necesario limitar la libertad de manifestar la propia religión o creencias, para conciliar los intereses de los diversos grupos y garantizar el respeto a las convicciones de cada uno.⁹

Con un enfoque similar, la sentencia pone de relieve el papel del pluralismo, de la tolerancia y del espíritu de apertura en una sociedad democrática, y enfatiza que, dada la diversidad religiosa en una sociedad, la función de las autoridades no es la de suprimir las causas de la tensión resultante mediante la eliminación del pluralismo, sino la de asegurar que los grupos opuestos se toleren, pero también sostiene que el Estado ha de actuar, frente a las distintas confesiones religiosas, como un ente “neutral e imparcial” y que, en ciertas circunstancias, puede estar facultado para restringir el uso del velo islámico, si ello es incompatible con los derechos de otros o la seguridad o el orden público. Ha de hallarse un balance o equilibrio entre los intereses en juego.¹⁰

Al resolver el conflicto planteado, en sentido contrario a la demandante, el Tribunal reconoció al Estado denunciado un amplio margen de apreciación, dada, entre otras razones, la ausencia de uniformidad en el ámbito europeo en relación con el uso de símbolos religiosos en instituciones educativas, y confirió un peso decisivo al contexto en que la prohibición fue aplicada: la defensa de la laicidad del Estado en Turquía, como principio cuya preservación puede ser considerada necesaria para la protección del sistema demo-

⁹ Párrafos 30 y 32.

¹⁰ Párrafos 33-34.

crático en ese país; así como la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer, ambos valores centrales de ese ordenamiento constitucional.¹¹

A ello se suman otras apreciaciones que ya había expresado una Sala del Tribunal al conocer inicialmente del caso, ahora acogidas por la sentencia, relativas a la significación política que el velo ha cobrado en Turquía en años recientes y al impacto que su uso puede generar en quienes han resuelto no llevarlo. La sentencia cita además, entre otros pronunciamientos, la decisión de inadmisibilidad adoptada por el Tribunal en el caso *Lucia Dablab vs. Switzerland*, el 12 de febrero de 2001,¹² referida a una maestra de primaria que portaba el velo islámico, en la cual se afirmó que portar el velo islámico representaba un “fuerte signo exterior” y en la que el Tribunal se preguntó acerca de sus posibles efectos proselitistas, visto que pareciera ser una imposición religiosa sobre la mujer “difícilmente conciliable con el principio de la igualdad entre los sexos...” y con “el mensaje de tolerancia, de respeto a los demás y, sobre todo, de igualdad y no discriminación que, en una sociedad democrática, todo educador debe transmitir a sus alumnos”.¹³

Por tanto, fue negada la existencia de una vulneración del derecho a la libertad religiosa. Los alegatos relativos a la violación del derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo n.º 1), del derecho al respeto de la vida privada (artículo 8), de la libertad de expresión (artículo 10) y de la igualdad (artículo 14) también fueron desechados. El primero mereció una consideración particular de parte del Tribunal, pero no añadió elementos significativos a los ya esbozados, al menos desde la perspectiva de este estudio.

3. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Una aproximación algo distinta al problema aquí examinado se observa en el caso *Hudoyberganova vs. Uzbekistán*, resuelto mediante decisión o dictamen del 18 de enero de 2005 por el Comité de Derechos Humanos,¹⁴ órgano encargado, de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del conocimiento de comunicaciones individuales relacionadas con la violación de los derechos consagrados en dicho Pacto. La comunicación fue presentada por una estudiante de educación superior de nacionalidad uzbeka, que alegaba haber sufrido una violación de los derechos reconocidos en los artículos 18 y 19 del Pacto (libertad religiosa y de conciencia

¹¹ Párrafos 39-40.

¹² Véase <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>.

¹³ Párrafos 41 y 37.

¹⁴ Comunicación n.º 931/2000, presentada por Raihon Hudoyberganova contra Uzbekistán; véase [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.82.D.931.2000.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.82.D.931.2000.Sp?Opendocument).

y libertad de opinión y expresión), al haber sido expulsada de la Universidad por no apegarse a un reglamento que prohibía llevar un atuendo religioso. La reclamante usaba, en virtud de sus principios religiosos, un “pañuelo en la cabeza (*hiyab*)”, lo que le generó problemas con las autoridades universitarias, los cuales desembocaron en la mencionada expulsión. Tras su expulsión, se le comunicó que, si cambiaba de actitud respecto al velo islámico, aquélla sería dejada sin efecto.

En su decisión el Comité declara que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión comprende el derecho “a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona”. Además, destaca que impedir a una persona portar prendas religiosas en público o en privado puede contrariar lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, el cual prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o de adoptar una religión, debiendo considerarse incluidas en ese concepto las que tengan un carácter coercitivo indirecto, como el que resulta, conforme a las Observaciones Generales del Comité sobre el artículo 18, de la limitación del acceso a la educación. El Comité recuerda que el derecho de manifestar la propia religión o creencias no es absoluto, tal como se desprende del artículo 18.3, por lo que los Estados pueden restringir expresiones de la fe religiosa, pero sostiene que en ese caso concreto el Estado “no invocó ningún motivo específico” por el cual la expulsión sufrida por la reclamante hubiera sido necesaria. Adicionalmente, ninguna de las partes habría precisado las características de la prenda que ella usaba, a la que ambas se referían como *hiyab*. La generalidad o insuficiencia de la respuesta estatal y la falta de claridad sobre la clase de prenda o pañuelo sobre el que giraba el debate llevaron, pues, al Comité a declarar, en términos un tanto lacónicos, la violación del derecho previsto en el artículo 18.

3.

ESBOZO DE UN ANÁLISIS CRÍTICO

Después de haber reseñado estas decisiones, y a partir de los elementos que ellas proporcionan, pasamos a examinar los principales problemas jurídicos que, desde la óptica de los derechos humanos, plantean las restricciones al velo islámico. No se trata de un

análisis exhaustivo ni de una crítica definitiva, sino de un bosquejo de las líneas o cuestiones fundamentales que tendrían que ser tratadas para un desarrollo más extenso.

1. ¿QUÉ HA HECHO DEL VELO ISLÁMICO UN ASUNTO SOCIALMENTE CONFLICTIVO?

Es imprescindible preguntarse, como un asunto previo a la indagación propiamente jurídica, por las razones que convierten al velo islámico en un problema. En un contexto como el latinoamericano es difícil advertir la eventual faceta conflictiva de la mencionada prenda, aun considerando su valor simbólico-religioso, tal vez porque nuestros países no han recibido grandes corrientes migratorias de Estados con población mayoritariamente musulmana. Una porción, aunque reducida, de la migración hacia Latinoamérica procede del mundo árabe, pero a menudo las prácticas religiosas de los inmigrantes musulmanes no parecen ser, en nuestro medio, tan estrictas u ortodoxas, al tiempo que su integración a la sociedad es generalmente rápida y efectiva.

En cualquier caso, en parte de Europa el velo islámico comienza a convertirse en un problema a raíz de los flujos migratorios procedentes de naciones con una presencia importante del islamismo, aunados luego al crecimiento de los grupos humanos que se han establecido en el país de recepción, sin abandonar sus tradiciones o creencias y, frecuentemente, sin que haya sido estimulada o favorecida su integración social. Paralelamente al uso del velo islámico por inmigrantes de primera, segunda o tercera generación, puede también constatar una disminución o enfriamiento de las prácticas religiosas católicas o cristianas de la mayoría de la población, lo que quizás ha hecho más llamativo socialmente el apego a ese símbolo confesional.

La experiencia francesa es especialmente ilustrativa de esta evolución. Aunque su examen particularizado excedería los fines de este estudio, interesa destacar que la ley francesa n.º 2004-228, del 15 de marzo de 2004, reguladora del uso de signos que manifiesten la pertenencia religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos, no por casualidad ha sido públicamente calificada como “la ley contra el velo” o “ley del velo”. Dicha ley fue antecedida parcialmente, en el plano normativo, por reglamentos interiores de las instituciones educativas y estuvo precedida de conflictos surgidos en algunas de estas instituciones, ligados generalmente al velo islámico, y de pronunciamientos jurisprudenciales.¹⁵ Esa

¹⁵ TOULEMONDE, op. cit., pp. 2045 ss.; ANGER, op. cit., pp. 154 ss.

designación, que acompañó el debate social sobre tal normativa, es expresiva de sus motivos reales, pues ésta es fruto no de una súbita concientización sobre la necesidad de reafirmar la laicidad del Estado francés, sino del propósito de contener los signos de índole islámica en las escuelas públicas, aunque para hacerlo fuese necesario, en aras de la igualdad ante la ley, generalizar el rigor de la prohibición. Y esto nos coloca ya en el umbral de los asuntos propiamente jurídicos.

2. ¿ES EL VELO ISLÁMICO UN SÍMBOLO RELIGIOSO MÁS?

Hay motivos fundados para pensar que las reacciones contra el velo islámico no han resultado solamente de la voluntad de observar un principio general de exclusión de la simbología religiosa en las instituciones educativas públicas. En Francia el laicismo ha distinguido al Estado por más de una centuria, pero la específica prohibición legal del año 2004 fue una respuesta a conflictos vinculados al uso del velo islámico en las escuelas. La aplicación de esta legislación parece confirmar la anterior presunción, pues en el año escolar 2004-2005, primero de vigencia de la ley, fueron reportados 639 casos de uso de signos religiosos ostensibles, de los cuales 626 se referían a velos islámicos, 11 a turbantes y 2 a grandes cruces.¹⁶

Hemos visto que en Alemania el marco constitucional y legal es más flexible, pero no deja de suscitar dudas el hecho de que, en los estados federados que han resuelto dictar una legislación prohibitiva del uso del velo islámico por las educadoras, la restricción en ocasiones no alcanza a los docentes católicos que lleven una vestimenta característica de su fe, aunque ésta puede llegar a ser más ostensible que el velo.¹⁷ En un país con población mayoritariamente cristiana y, en especial, en aquellos estados federados con claro predominio de la religión católica, es comprensible que los símbolos del cristianismo o del catolicismo posean un valor cultural que desborda lo confesional e incluso cabe sostener, como recientemente afirmó el Tribunal Constitucional de Baviera,¹⁸ que los valores cristianos de la civilización occidental impregnan la Constitución de ese estado federado. Sin embargo, en un contexto en el cual el velo islámico, y no los símbolos de la religión católica o de otras religiones cónsonas con los valores sociales dominantes, se encuentre prohibido, la probabilidad de que se esté produciendo un tratamiento discriminatorio es muy alta.

¹⁶ TOULEMONDE, op. cit., p. 2044.

¹⁷ S. BAER y M. WRASE, "Staatliche Neutralität und Toleranz in der 'christlich-abendländischen Wertewelt': zur aktuellen Entwicklung im Streit um das islamische Kopftuch", en *DOV*, 58, 2005, pp. 243-252.

¹⁸ Sentencia del 15 de enero de 2007, en <http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,459736,00.html>.

3. ¿ES EL VELO O LA RELIGIÓN ISLÁMICA EL PROBLEMA?

Pareciera que los problemas que el velo ha originado no residen tanto en la posibilidad de ostentar un símbolo religioso, cuanto en los concretos rasgos de la religión y de la cultura que están detrás de él, o al menos en algunos de ellos. Y desde estas perspectivas cobra suma importancia el enfoque del Comité de Derechos Humanos en el pronunciamiento anteriormente comentado. El artículo 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos excluye toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, teniendo aquí la noción de coerción, como ya apuntamos, un sentido amplio, que comprende medidas indirectas pero equiparables por sus propósitos o efectos. La verdad es que luce razonable estimar que, en principio, la prohibición general del uso del velo islámico en instituciones educativas públicas vulnera dicho precepto. No se descarta que en determinados contextos, como los señalados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la ostentación del velo tenga una finalidad político-intimidatoria que sea comprobable y no simplemente conjeturable, pueda justificarse una regulación restrictiva, pero recae sobre el Estado, como sostuvo el Comité, la carga de argumentar suficientemente las razones de tal restricción.

4. ¿NEUTRALIDAD ESTATAL O LAICISMO AUTORITARIO?

Una de las razones invocadas por las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para justificar las medidas de prohibición del velo islámico en las escuelas públicas es el deber de neutralidad o imparcialidad que ha de mantener el Estado en materia religiosa. Pero es sumamente discutible que este deber sea lesionado cuando una estudiante conserva durante sus actividades académicas el velo que normalmente porta. Si se trata de una educadora, acaso podría estimarse que el Estado debería evitar que la ostentación de una indumentaria religiosa se tradujera en el proselitismo hacia alguna confesión, aunque incluso esto habría que someterlo a mayor análisis.

No obstante, al tratarse de una estudiante resulta evidente que sus actos o convicciones personales no comprometen al Estado, aunque se manifiesten en una institución pública. Si los estudiantes pueden expresar en las clases, foros u otras actividades ideas de índole política, religiosa o relativas a su visión del mundo, sin que ello comprometa al Estado, ¿por qué no pueden llevar un símbolo o indumentaria que las haga visibles? En el caso de instituciones universitarias la prohibición es aún más difícil de sostener, por la edad de los estudiantes y por la propia misión de la universidad.

5. ¿UN NUEVO DESPOTISMO ILUSTRADO?

Cabe también preguntarse, como lo hizo el juez belga Tulkens en su opinión disidente de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Leyla Sabih vs. Turkey*, si corresponde al Estado cumplir una función “paternalista” dirigida a disuadir a las mujeres musulmanas del uso de un símbolo religioso que la sentencia llega a asumir como difícilmente compatible con el principio de no discriminación y con otros valores de una sociedad democrática que los educadores deben transmitir a sus alumnos. En otras palabras, ¿corresponde al Estado evitar la ostentación de aquellos símbolos religiosos que representen valores o ideas que puedan calificarse como erróneos?

Otro punto que genera interrogantes es si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podía y debía hacer una afirmación como ésta en relación con el significado del velo islámico. Al hacerlo pone en riesgo su equilibrio y autoridad en el tratamiento del tema, sobre todo porque no invoca sustento alguno que vaya más allá de la opinión dominante entre quienes no profesan la fe musulmana. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán antes examinada pone de manifiesto que el significado del velo islámico no es unívoco y, además, muestra que quien lo usa puede entenderlo como señal de autodeterminación personal. Adicionalmente, la respuesta estatal que pretende basarse en la defensa de la igualdad puede conducir a un resultado contraproducente y en alguna medida irónico: la mujer sometida a preceptos discriminatorios y a la presión de su esposo o padre, suele decirse, es ahora despojada compulsivamente del velo durante su permanencia en la institución educativa y, con ello, ve negada su aptitud para decidir libremente sobre el particular, con el agravante de que el retiro forzoso del velo, estimado dañino por el mensaje que infunde, adquiere un sentido degradante para quien siga adherido a la fe y la cultura que motivan su uso.

Volviendo a la cuestión de fondo antes mencionada, es preciso observar que no corresponde al Estado escoger aquellas religiones que más se apeguen al orden constitucional o democrático de valores. Abrir una senda como ésta comprometería seriamente la vigencia de la libertad religiosa, sin la cual la sociedad democrática se disuelve. Podría concederse que, si tras el manto de una religión subyacen efectivamente un ideario y un movimiento en los cuales, por ejemplo, la eliminación física de los infieles y la supresión, incluso por medios violentos, de las instituciones democráticas estén prescritas, sería lícita la adopción de medidas para restringir la exhibición en las escuelas de la simbología correspondiente. Pero este hipotético caso extremo no es el que fue considerado ni corroborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6. ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA LIBERTAD RELIGIOSA EN SU FACETA NEGATIVA?

Un aspecto conceptual que ha estado presente en la discusión sobre el uso del velo en Alemania es la manifestación negativa de la libertad religiosa. La libertad religiosa no sólo abarcaría el derecho a profesar y practicar una religión o a no hacerlo, sino también el derecho a no ser expuesto, sin su consentimiento, a manifestaciones religiosas. Esta dimensión, que no ha estado exenta de debates, se desencadenaría sobre todo cuando exista una obligación de soportar la exposición a un símbolo religioso dispuesto por el Estado, como se planteó en las decisiones sobre el crucifijo en las escuelas públicas de Baviera o en las salas de audiencia judiciales.¹⁹

Salta a la vista, sin embargo, la diferencia entre estos supuestos y el del velo islámico, ya que en éste la decisión de llevarlo es exclusivamente individual. Si se trata de los estudiantes —no obligados por cierto, al menos en Alemania, al uso de un uniforme—, es indudable que su determinación personal, eventualmente respaldada por sus padres, no compromete al Estado; éste quedaría comprometido, por el contrario, al poner cortapisas a la decisión personal. Si se trata de una educadora, la decisión es también individual, pero cabría tal vez pensar que, dada la obligación de asistir y, se sobreentiende, de atender a las clases, los alumnos serían expuestos a un símbolo religioso utilizado por un funcionario público y con ello el Estado podría quedar enlazado, al menos tácitamente, al aceptar esta actuación en uno de sus funcionarios. Sin embargo, el asunto puede verse de otra forma si se reconoce mayor peso a la autodeterminación o autonomía personal que a la conexión con el Estado.

7. ¿A CUÁL VELO ISLÁMICO NOS REFERIMOS?

Otro asunto que no debe ser obviado, y que fue examinado por el Comité de Derechos Humanos, es la importancia de conocer las características reales del símbolo religioso que pretende ser sometido, en ciertas circunstancias, a una prohibición. Estas características no estaban claras en el caso *Hudoyberganova vs. Uzbekistán*, en lo que atañe al tipo de velo que la peticionante solía portar, lo cual motivó que uno de los miembros del Comité insistiera en la necesidad de precisarlas. No es lo mismo el velo o *hiyab* tradicional, es decir, un pañuelo sobre el cabello y en el cuello, que aquel que cubre completamen-

¹⁹ Véase Josef LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, pp. 268 ss.

te el rostro (*burka, niqab*), pues éste comportaría otra clase de problemas, ligados a las dificultades de comunicación, entre otros.²⁰ Ello es cierto; conviene no obstante aclarar que las prohibiciones a las que antes se ha hecho mención, impuestas en Francia, Alemania o Turquía, comprenden al velo tradicional y también a cualquier otro de mayor envergadura.

8. ¿UNIFORMIDAD O TOLERANCIA?

Un tema crucial que está en el trasfondo de todo el debate es el del alcance real que se atribuye al mandato de tolerancia. Sea desde la óptica de la dignidad humana, como sostiene el Tribunal Constitucional Federal alemán, sea desde la perspectiva de los principios de la sociedad democrática, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la tolerancia debe también ostentar un peso específico en la ponderación de los intereses o derechos enfrentados, y éste no es fácilmente apreciable en la citada sentencia de este Tribunal encargado de la protección de derechos humanos. Su apelación a la tolerancia en ésta y en anteriores decisiones sobre la materia no deja de ser retórica, pues las medidas estatales restrictivas del uso del velo han sido confirmadas casi sin reservas. Otra fue la actitud del Tribunal Constitucional Federal alemán, pues la tolerancia lo llevó a dar cabida y a reflejar en la sentencia las diversas formas de entender el velo islámico y los valores positivos que su uso también puede implicar. Ello influyó igualmente en su rechazo a una interpretación en la que la prohibición del uso del velo por la educadora se derivase directamente de la Constitución o de sus deberes funcionariales.

Es pertinente traer a colación el luminoso estudio de BOBBIO sobre la tolerancia, en el que recuerda que LOCKE defendía este valor, pero hasta un cierto punto, porque ella no podía extenderse a los ateos, ya que no se podía confiar en su palabra, ni a los intolerantes, como según él eran los católicos.²¹ La tolerancia no puede llegar hasta donde nos conviene o hasta donde no cree incomodidades o riesgos, porque sólo en estos últimos supuestos ella cuenta y vale como principio. Por supuesto, la tolerancia no es absoluta, porque se disolvería en el nihilismo, pero puede obligar a la mayoría a hacer concesiones reales en beneficio del pluralismo. El pluralismo milita en la misma dirección, pues favorece las soluciones que permitan la convivencia sin sacrificar la diversidad.

Esta búsqueda de caminos intermedios, de soluciones transaccionales fue requerida por la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y ha tenido expresión en la

²⁰ Voto particular de Ruth Wedgwood.

²¹ Norberto BOBBIO, *Letà dei diritti*, Einaudi, Turín, 1997, pp. 240 y 243.

dinámica de algunas instituciones educativas y en algunas sentencias de tribunales de instancia, en lo concerniente a la práctica del deporte como materia del plan de estudios. Así, ante el impedimento de las jóvenes musulmanas de participar en natación junto con los varones, algunas instituciones han permitido que, cuando las clases correspondientes son conjuntas, ellas acudan a otra piscina y presenten una constancia sobre la realización de la actividad, sin perjuicio de que a veces la natación tiene carácter electivo. Adicionalmente, las jóvenes que compiten en otras disciplinas deportivas, como la gimnasia, pueden portar el velo si lo solicitan, pero se les pide que, para evitar cortes o lesiones, no usen ganchos o alfileres sino gomas para adherir el velo.²² Una alternativa ofrecida a las educadoras musulmanas en Baviera, que ha sido seguida por algunas, la cual pretende ser transaccional pero mantiene en realidad el marcado sesgo excluyente hacia la religión islámica, es la de portar un sombrero en lugar del velo.²³

Un caso que merece ser citado, aunque no provenga de tribunales europeos ni se refiera a la temática del velo islámico sino a otro símbolo religioso, es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá el 2 de marzo de 2006 (*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*),²⁴ relativa a la prohibición que afectó a un estudiante de llevar consigo un *kirpan*, una daga metálica que por razones religiosas siempre debía portar.

La sentencia no duda en calificar dicho objeto como un arma blanca, que puede causar heridas o la muerte a una persona, pero confiere mayor peso a su significación subjetiva, a la luz de los informes de expertos que coincidían en señalar que para los fieles ortodoxos de la religión *sikh* es obligatorio llevar siempre consigo el *kirpan*, un símbolo religioso que no debe ser utilizado para amenazar ni lesionar a nadie. Sin embargo, esto no bastó para considerar excesiva la prohibición. Tras admitir que hubo una injerencia en la libertad religiosa del joven estudiante, la Corte examina la proporcionalidad de esta intervención y concluye que podía adoptarse una medida menos severa que la prohibición absoluta, la cual había sido recogida en un acuerdo al que inicialmente habían llegado el padre del estudiante y éste mismo con la escuela, pero luego no fue ratificado por autoridades educativas superiores. Según el fallo del juez de primera instancia, que precisó el alcance del acuerdo, el *kirpan* debía quedar oculto bajo la ropa; debía ser guardado en una vaina de madera, no de metal, y envuelto en una tela resistente; el personal de la escuela

²² Cf. *Die Zeit*, n.º 50, 07/12/2006, p. 44.

²³ Véase <http://www.br-online.de/bayern-heute/artikel/0611/26-kopftuch-verbot/index.xml?theme=printv>.

²⁴ *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (2006), 1 SCR 256, 2006 SCC 6.

estaba facultado para verificar por medios razonables la observancia de estas normas; el joven debía mantener el *kirpan* entre sus pertenencias e informar a las autoridades de la escuela si lo extraviaba; el incumplimiento de estas condiciones generaría la pérdida del derecho a llevar el *kirpan* en la escuela.

Las autoridades educativas que se habían negado a ratificar el antes citado acuerdo sostenían, entre otras razones, que la prohibición era necesaria porque el *kirpan* podía ser usado para infringir la seguridad escolar y era además un símbolo de la violencia, el cual transmitía el mensaje de que para la defensa de los derechos y la resolución de los conflictos era necesario hacer uso de la fuerza. Para la Corte, sin embargo, los elementos de juicio proporcionados permitían afirmar que ésta no era la significación simbólica del *kirpan* y que, adicionalmente, el joven afectado no tenía problemas de conducta ni había participado en actos violentos en la escuela y, además, según algunos informes citados en la sentencia, durante los cerca de cien años en que los *sikhs* han asistido a las escuelas en Canadá no se había presentado ni un solo incidente en que estuvieran implicados.

Una fundamentación última y decisiva en la sentencia fue el valor que la tolerancia y el multiculturalismo tienen en la sociedad canadiense. Para la Corte una prohibición absoluta habría quebrantado los valores del multiculturalismo, de la diversidad y del desarrollo de una cultura educativa respetuosa de los derechos de los demás. Al permitir al joven usar el *kirpan* con ciertas condiciones quedaría demostrada la importancia que la sociedad canadiense confiere a la libertad religiosa y al respeto a las minorías. Ante el alegato de que los demás estudiantes podrían sentirse con derecho a llevar un puñal, declaró:

La tolerancia religiosa es un valor muy importante en la sociedad canadiense. Si algunos estudiantes consideran injusto que [...] pueda llevar su *kirpan* a la escuela mientras a ellos no les está permitido llevar cuchillos entre sus pertenencias, es una responsabilidad de las escuelas cumplir su obligación de infundir en los estudiantes ese valor [...].²⁵

La sentencia no requiere mayores comentarios; habla por sí sola. Sólo quisiéramos observar que es muestra de una tolerancia que cuenta y cuesta, como no podía ser de otra forma si es tomada en serio. Introduce además en el análisis que estamos bosquejando un elemento capital, como es el del respeto a las minorías y a la multiculturalidad, la cual no en todas las sociedades tiene tanta relevancia como en Canadá pero está vinculada al

²⁵ Párrafo 76.

principio de la tolerancia y al pluralismo que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distingue a toda sociedad democrática. Asimismo, cabe subrayar que, en el caso reseñado, quienes cuestionaban la simbología de la violencia tendieron con facilidad a pensar que las medidas compulsivas, en lugar de las acordadas o transaccionales, eran imprescindibles.

Un último aspecto de la sentencia que importa mencionar es que presta especial atención a la visión que el propio afectado confiere al símbolo objeto de discusión. No se trata de que su apreciación subjetiva sea el único factor relevante, pero ésta no puede ser soslayada al considerar el mensaje subyacente a un símbolo religioso. En lo que al velo islámico respecta, conviene traer a colación un estudio de la Fundación Konrad Adenauer del año 2006, calificado como altamente representativo, basado en entrevistas realizadas a mujeres de origen turco que usan el velo en Alemania, del cual se colige que la inmensa mayoría de ellas decide libremente portar el velo, como signo religioso que además les proporciona más confianza en sí mismas. El 90 % de las entrevistadas creen en un gobierno que sea elegido por el pueblo y tienen opiniones sobre el matrimonio, la vida en pareja, el reparto de tareas en el hogar y los hijos muy similares a las de la mayoría de las alemanas.²⁶ Esto suscita el interrogante de si frente al velo islámico no hay una serie de prejuicios que conducen a generalizaciones o a presunciones fundadas en simples conjeturas.

4.

REFLEXIÓN FINAL

El tema del uso del velo islámico en las instituciones educativas públicas y de las respuestas que en algunos países ha suscitado puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista y desde distintas disciplinas. Una que necesariamente ha de estar presente es la de los derechos humanos, especialmente en lo concerniente a los derechos de quien resulta afectado por medidas estatales prohibitivas. Además, el principio de la tolerancia, como contenido democrático no siempre explícito pero sin duda primordial, ha de iluminar la

²⁶ Cf. *Die Zeit*, n.º 38, 14/09/2006, p. 10.

discusión sobre los medios adecuados para resolver los conflictos que la manifestación simbólica de la religiosidad ocasione. Las anteriores referencias a soluciones transaccionales enseñan que, mediante el diálogo y atendiendo a las situaciones concretas de cada institución y de cada persona, es posible hallar un punto medio en que el sacrificio de la libertad religiosa y de la diversidad sea mínimo.

Sería lamentable que, a causa del auge del fundamentalismo de signo musulmán o del propósito de asegurar la prevalencia de los valores culturales mayoritarios, algunos Estados reaccionaran con normas o prácticas excluyentes que incurrieran en una discriminación similar a la que pretenden evitar. Mucho más preocupante sería que instancias como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llamado a contener los excesos estatales que lesionen estos derechos, abdique, en la práctica, de su función contralora en la materia que nos ocupa, invocando la ausencia de una uniformidad europea y el amplio margen de apreciación de los Estados o basándose en simples conjeturas. La citada decisión del Comité de Derechos Humanos trazó una orientación garantista de la libertad religiosa que no debería pasar inadvertida ni ser abandonada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGER, Thorsten, *Islam in der Schule*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003.
- BAER, Susanne, y Michael WRASE, “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, en *JuS*, 2003, pp. 1162-1166.
- “Staatliche Neutralität und Toleranz in der ‘christlich-abendländischen Wertenwelt’: zur aktuellen Entwicklung im Streit um das islamische Kopftuch”, en *DOV*, n.º 58, 2005, pp. 243-252.
- BOBBIO, Norberto, *L’età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1997, pp. 240 y 243.
- LE TOURNEAU, Dominique, “El ‘velo islámico’ y la neutralidad de la escuela pública en Francia”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 89, 1997, pp. 623-632.
- LINDNER, Josef, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2005, pp. 268 ss.
- MCGOLDRICK, Dominic, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- TOULEMONDE, Bernard, “Le porte de signes d’appartenance religieuse à l’école: la fin des interrogations?”, en *AJDA*, 37, 2005, pp. 2044-2048.
- ZACHARIAS, Diana, “Das Kopftuch vor internationalen Gerichten”, en *Kirche und Recht*, 2006, pp. 189-199.