

LA INESCRUTABILIDAD DE LOS CAMINOS DEL SEÑOR

Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
"Leyla Sahin c. Turquía" (nº 44774/98) de 29/06/2004

Enrique Guillén López*

SUMARIO

- 1.- *Planteamiento general. El esencialismo en los entendimientos de la libertad religiosa.*
- 2.- *Análisis de la sentencia del TEDH "Leyla Sahin c. Turquía".*
- 3.- *Conclusiones y temores.*

1. PLANTEAMIENTO GENERAL. EL ESENCIALISMO EN LOS ENTENDIMIENTOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

La primera de las libertades sigue dando que hablar en el panorama constitucional actual. La religión (la forma en que se siente y se practica), el agnosticismo y el ateísmo (y sus manifestaciones) continúan teniendo un papel definitorio en la conformación de nuestras sociedades. Tal presencia sería más que llamativa si no se considerara que a la caída del muro y el desmoronamiento de la utopía marxista les ha sucedido una reordenación identitaria de las sociedades conforme a los esquemas más tradicionales: Etnia, Patria y Dios. El problema religioso, orillado durante un largo período por el poder omnívoro de dicotomías como "Capitalismo vs. Comunismo", ha reaparecido con toda su fuerza esencialista. Con ello quiero decir que el

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

debate jurídico-político acerca de la religión no sólo produce multitud de conflictos (lo que estaría dentro de la lógica de desenvolvimiento de las libertades en un mundo plural) sino que, y como se podrá ver en la sentencia que comentamos, se concibe como pieza clave en el entendimiento de un sistema constitucional. Así, cuando los Tribunales constitucionales o europeos enjuician la conformidad de la actuación de los poderes públicos en el ámbito del derecho a la intimidad no aprecian conexión entre la eventual conducta lesiva y los fundamentos del modelo constitucional. En cambio, no es inhabitual que los argumentos que los Tribunales manejan en los casos en los que se alega la libertad religiosa lleguen a versar sobre la misma *defensa* de la Constitución. Son conflictos, cada vez más, de carácter esencialista, sustancialista, conflictos en los que se les solicita a los Tribunales que definan el modelo conforme a las pretensiones opuestas de los requirentes. La libertad religiosa sigue sin ser la libertad ideológica; sigue moviéndose en el ámbito de lo sagrado y en éste hay pocas querellas que puedan salvar tribunales que razonen sobre textos de carácter laico.

Contrariamente a lo que podríamos pensar hace unos años, este panorama en el que la religión forma parte de un eje de vanguardia en la definición política no es privativo de ciertas sociedades no occidentales. Hoy, al contrario, es una evidencia clara el papel fundante de la religión en la política interior y exterior norteamericana y en sus muñidores intelectuales. El choque de civilizaciones de Huntington (o su reciente exposición de los problemas de los EEUU para asimilar la población hispana) es, en buena medida, el trasunto de un choque religioso (que también está detrás de ciertas polémicas sobre el multiculturalismo) Por otra parte, hay total acuerdo en atribuir parte de la reciente victoria de Bush a la movilización de un discurso religioso. También es indiscutible el modo en que lastra el conflicto israelo-palestino trabando así cualquier solución pacífica en el entorno. Y en Europa, pretendidamente más ajena a la cuestión religiosa, ocasiona un debate intenso sobre la definición de la Unión en el Preámbulo del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa; es uno de los ejes sobre los que bascula la discusión en el Parlamento Europeo acerca de la idoneidad del candidato a comisario Buttiglione y está tras la crucial cuestión de la ampliación hacia Turquía. En los países de nuestro entorno vienen produciéndose una serie de pronunciamientos normativos y jurisprudenciales extraordinariamente relevantes en relación, sobre todo, con la admisibilidad de signos religiosos como el crucifijo o el velo en determinados contextos.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TEDH “LEYLA SAHIN C. TURQUÍA”

Estos son los mimbres de los que hay que partir para analizar la sentencia del TEDH Leyla Sahin c. Turquía (nº 44774/98). Resumidamente, los hechos que dan lugar a la sentencia son los siguientes. La Sra. Sahin es una estudiante turca matriculada en la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul. En febrero de 1998 el Rectorado de esta Universidad dicta una circular en la que establece que los estudiantes barbudos y las estudiantes que lleven velo no pueden ser admitidos ni en los cursos ordinarios ni en las prácticas. En marzo de 1998, la recurrente, procedente de una familia tradicional que practica la religión musulmana, no pudo realizar un examen en uno de los cursos por ir ataviada con el velo. Por la misma razón tampoco pudo inscribirse en otros cursos ni realizar los exámenes de los que ya estaba matriculada. Por otra parte, la Facultad le sancionó por no respetar las normas de “vestimenta” y la excluyó durante un semestre por haber participado en una concentración no autorizada para protestar contra las citadas reglas. A juicio de la requirente, estas actuaciones han supuesto una violación de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH), del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), de la libertad de expresión (art. 10 CEDH), y del derecho a la interdicción de la discriminación en relación con el derecho a la educación (artículo 14 combinado con el artículo 9 CEDH y el artículo 2 del Protocolo nº1). Señalemos, por último, que la entrada en vigor de una ley de amnistía anuló las sanciones disciplinarias y que la requirente continuó sus estudios de medicina (es de entender que con el velo) en la Facultad de Viena (Austria).

Antes de que el TEDH se centre en la violación del artículo 9 del Convenio, relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, único al que va a conceder crédito, realiza un tratamiento bastante completo de los hechos que han dado lugar al recurso y del derecho y de la práctica interna pertinentes. En este último apartado se destaca con toda su importancia como la República de Turquía es definida por el artículo 2 de la Constitución como un Estado de Derecho, democrático, laico y social. También se resalta que, a tenor del artículo 14.1 de la Constitución, “Los derechos y libertades mencionados en la Constitución no pueden ser ejercidos con el objetivo de atentar contra la integridad territorial del Estado y la unidad de la Nación; poner el peligro la existencia del Estado turco y de la República; suprimir los derechos y libertades fundamentales; confiar la dirección del Estado a un individuo o grupo o permitir la hegemonía de una clase social sobre otras; establecer una discriminación fundada en la lengua, la raza, la religión o la pertenencia a una organización religiosa o instituir por cualquier medio un

orden estatal fundado en tales concepciones y opiniones". El Tribunal pasa a continuación a hacer un extenso resumen del contexto general en el que se ha desarrollado el conflicto. Los datos que de aquí se van a extraer van a ser las auténticas coordenadas para la decisión final adoptada en la sentencia, que es, en este sentido, y como volveremos a señalar en su momento, una sentencia contextualizada, es decir, concedora no ya del contenido de los preceptos jurídicos internos aplicables, sino del auténtico *telos* constitucional en el que estos se mueven. Si esta actuación es siempre loable, se convierte en un imperativo categórico para juzgar hechos acaecidos en Estados como Turquía en los que la llamada "constitución material" (desde Mortati) puede diferir de la "constitución formal". Así pues, de esta descripción del contexto operativo se extrae que la República turca se construye a partir de la laicidad (desde el mismo año de su fundación, 1923), que la igualdad de sexos se reconoce desde 1926 y que sólo a partir de los años 80 comienzan a plantearse problemas como el del velo. En la discusión sobre la admisibilidad de ciertas vestimentas en el ámbito público emergen visiones político-religiosas antagónicas que alcanzan un punto álgido cuando en 1996 accede al poder el Partido de la Prosperidad (Refah Partisi), de tendencia islamista. El TEDH nos recuerda aquí, como lo hizo en las sentencias en las que consideró la disolución del Partido de la Prosperidad, que "la ambigüedad en la vinculación a los valores democráticos que resulta de las posiciones de los dirigentes del Refah Partisi, incluidas las del Primer Ministro de la época (perteneciente a ese partido), y de los discursos de sus dirigentes postulando un sistema multijurídico que funcione según reglas diferentes para cada comunidad religiosa, fue percibida en la sociedad como una amenaza real contra los valores republicanos y la paz civil" (p. 7). El velo, es, pues, más que una expresión de una creencia religiosa en Turquía; no parece el simple seguimiento de una doctrina religiosa a la que se pliega una mujer en uso de su capacidad de autodeterminación. Es también, se quiera o no, el alineamiento con una corriente de pensamiento que es percibida como amenazadora para el sistema constitucional por una parte de la población.

Entrando ya en el análisis de la violación alegada del artículo 9 del Convenio, el Tribunal se presta a considerar la posición de la libertad religiosa en el seno de un sistema democrático. Después considerará si ha habido o no violación de la misma a partir de la metodología a la que obliga el artículo 9. A saber: 1) si se ha producido una injerencia en el derecho; 2) en caso afirmativo, si la injerencia está prevista por la ley; 3) si persigue un interés legítimo y, 4) si es necesaria en una sociedad democrática. El planteamiento de partida es, a mi juicio, extraordinariamente estimulante ya que,

después de ponderar la importancia de la libertad religiosa en el seno de una sociedad democrática la emplaza “entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida siendo también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes” (p. 66). Esta inclusión en el seno de la libertad religiosa de las opciones no fideistas, introduce un elemento de control en las manifestaciones externas de la libertad religiosa con lo que no se puede entender protegido “cualquier acto motivado o inspirado por una convicción religiosa”, ni “amparado siempre el derecho al comportarse en el espacio público conforme a una fé” (p. 66).

A la pregunta de si existe una injerencia en el ámbito de la libertad religiosa de la requirente, el Tribunal contesta sin ambages que sí. La Corte asume que llevar un velo constituye una conducta motivada o inspirada por una religión sin cuestionarse si este acto, en todos los casos, constituye el cumplimiento de un deber religioso. Con ello admite centrarse exclusivamente en el ámbito de la libertad religiosa orillando el debate bien diferente que podría haberse abierto si se considerara el velo, además, como la expresión de una determinada identidad cultural (p. 71).

En la búsqueda de base legal para la injerencia, el Tribunal recuerda su doctrina en la que a la expresión ley se le da un contenido material y no formal, de modo que se concibe como “texto normativo vigente tal y como las jurisdicciones competentes lo han interpretado” (p. 77). Desde este punto de vista concluye que la Circular del Rector de la Universidad de Estambul que prohíbe ciertos atuendos es un texto de carácter reglamentario, plenamente coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional turco como con la de su Consejo de Estado. Un argumento de peso que maneja también el TEDH es que la requirente podía prever, desde su ingreso en la Universidad de Estambul, que llevar el velo comportaba unas consecuencias jurídicas y que desde el 23 de febrero de 1998 se arriesgaba a ver negado su acceso a las clases si persistía en su actitud (p. 79 y 81). En el razonamiento del Tribunal cobran gran importancia argumentos de este tenor con el objeto de medir, realmente, la voluntad lesiva del Estado. La libertad y el antiformalismo de los que suele hacer gala el TEDH han vuelto a dar buenos resultados.

Despejadas las dudas anteriores el problema a resolver ahora es si la injerencia en cuestión responde o no a objetivos legítimos. Ninguna duda se presenta a este respecto. Incluso la requirente coincide con el Gobierno turco en que las medidas enjuiciadas se vinculan formalmente a la salvaguarda del principio de laicidad y a la protección de los derechos y libertades del resto (p. 82-84).

Ahora bien, esta injerencia en la libertad religiosa, que cuenta con base legal y que se apresta al cumplimiento de objetivos legítimos, ¿es necesaria en una sociedad democrática? Aquí encontramos el grueso de la argumentación del TEDH. Resulta interesante volver a las tesis de la requirente quien articula a mi juicio de manera muy convincente su demanda. La señora Sahin trata de desvincular su conducta de cualquier actividad grupal; trata, en definitiva, de convertirlo en un “callado” (en expresión que me atribuyo) acto de coherencia con su religión que no pone en cuestión ninguno de los postulados jurídico-políticos de su Estado. Llevar velo, para ella, “no tiene carácter ostentatorio o reivindicativo y no constituye un acto de presión, de provocación o de proselitismo” (p. 85). A partir de aquí se desarrolla un planteamiento que deriva a la necesaria capacidad de una sociedad democrática para gestionar el pluralismo (sin llegar a alegarse el disenso en coherencia con el carácter no “político” de su actitud del que había partido) (p. 88). Además sostiene en su alegato que la restricción sobre los símbolos religiosos no se aplica de modo uniforme ya que la kippa de los estudiantes judíos o el crucifijo de los cristianos no se prohíben (p. 88). La conclusión de la requirente es, pues, que la medida no respondía a una necesidad social imperiosa y que no es necesaria en una sociedad democrática. Algunos de los argumentos que opone el Gobierno turco deben también ser resaltados. En especial cuando señala que “ el hecho de que Turquía sea el único país musulmán que cuente con una democracia liberal en el sentido de los países occidentales se explica por la aplicación estricta del principio de laicidad. Se añade, además, que la protección del Estado laico es una condición *sine qua non* de la aplicación del Convenio en Turquía” (p. 91). El Gobierno turco pretende comunicar las dificultades de una democracia cuando el poder efectivo de una confesión es tan notable como el Islam en Turquía. De ahí observaciones como “el deber religioso y la libertad son dos conceptos diferentes y difícilmente conciliables” (p. 92) y emplaza como justificación “las presiones ejercidas por los estudiantes miembros de movimientos fundamentalistas religiosos” (p. 96) en el seno de las Universidades. En cualquier caso, mantiene el Gobierno turco, el principio de laicidad se aplica sólo en el seno de los servicios públicos por lo que puede llevarse velo tanto en los espacios privados como en los comunes. La posición de la República turca muestra, pues, una situación en la que el principio de laicidad no es tanto una conquista sino un baluarte permanentemente alerta frente a quienes no distinguen entre Sociedad civil y Estado. Los términos enfrentados no son los propios de la discrepancia en la delimitación de los derechos en un Estado del que se comparten sus valores fundamentales expresados en la Constitución. Antes al contrario, el problema parece ser la defensa de la Constitución; la separación entre lo privado y lo

público; la misma democracia en cuanto proyecto de emancipación de seres humanos plenamente capaces de formar autónomamente su opinión y de comportarse con arreglo a la misma en el respeto de los derechos ajenos.

El TEDH comparte en lo sustancial estos argumentos. Se remite a sentencias anteriores en las que ha manifestado (Karaduman c. Turquía) que “en una sociedad democrática, el Estado puede limitar el uso del foulard islámico si éste perjudica el objetivo de protección de los derechos y libertades y del orden y de la seguridad pública” (p.98). De nuevo podemos comprobar la alianza entre las injerencias en este campo y la democracia (de lo que deberíamos cabalmente suponer que la solución sería diferente para el caso de que la democracia no estuviera en modo alguno comprometida). A continuación esgrime con gran corrección la misma idea de derecho como protección de las minorías. Se afirma que en una sociedad en la que la gran mayoría de la población practica una religión el Estado democrático tiene una función de protección de los no practicantes o practicantes de otras confesiones (p. 99). A mi juicio, la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿qué es más lesivo para la libertad religiosa (y para la libertad en general), que alguien que quiera llevar el velo en un establecimiento público no lo lleve o que alguien que no quiera llevarlo se vea obligado a hacerlo? ¿Qué es más soportable desde en punto de vista democrático: la presión social o la estatal? El veredicto es claro, en mi opinión: la democracia no puede admitir la presión social insostenible y ha de combatirla dictando normas (que suponen injerencias, qué duda cabe) elaboradas según procedimientos democráticos y por los órganos previstos al efecto. En el párrafo 100 el TEDH apela a su principio de subsidiariedad, recordando que son las autoridades nacionales las mejor situadas para apreciar los contextos locales, dando carta de naturaleza a la posición del Gobierno turco de encontrarse ante un “momento constitucional” (por utilizar la terminología de B. en *El diálogo de la política constitucional*, Gedisa, Barcelona, 1999, *passim*). Concretamente señala “cuando cuestiones como las relaciones entre el Estado y las religiones están en liza, cuestiones que razonablemente pueden concitar profundos desacuerdos en un Estado democrático, hay que conceder una importancia particular al papel de los órganos decisores nacionales” (p. 101). El TEDH admite, por tanto, un margen de apreciación en su favor, habida cuenta, además, de lo variado de las soluciones jurídicas que los diferentes sistemas nacionales aportan. De acuerdo con estos principios, la Corte entra en la recta final de su argumentación señalando que la necesidad de la injerencia se funda en dos principios que se refuerzan y se complementan mutuamente: la laicidad y la igualdad (p.104). La laicidad como seña de identidad de la democracia turca ha sido entendida por los jueces constitucionales turcos como protectora de los individuos

frente a las presiones exteriores, de modo que puede ser también habilitante para restringir la libertad de manifestar la religión en determinados contextos. Esta concepción de la laicidad, señala el TEDH, es respetuosa con los valores de la CEDH, constatando, además, que la salvaguarda de este principio puede considerarse necesaria para la protección del sistema democrático en Turquía (p. 106). La Corte recuerda como el sistema constitucional turco está formalmente comprometido con la protección de los derechos de las mujeres y como en el contexto turco el velo aparece como una obligación religiosa que ejerce presión sobre quienes no lo llevan (p.108). La Circular enjuiciada se debe entender en este contexto y constituye una medida destinada a perseguir los objetivos legítimos enunciados y a proteger el pluralismo en un centro universitario (p. 109). Antes de emitir su veredicto, el TEDH no deja de advertir que “las autoridades universitarias han pretendido adaptar su actitud a la evolución del contexto para no cerrar las puertas de la universidad a las estudiantes que lleven velo, manteniendo un diálogo con ellas y velando por le mantenimiento del orden público en sus centros” (p.113). De todo lo que precede, se deriva que para la Corte no haya habido una violación del artículo 9 de la CEDH provocada por las normas de la Universidad de Estambul que restringían el uso del velo islámico por ser medidas justificadas y proporcionadas en función de los objetivos perseguidos, pudiendo considerarse a la vista del contexto como necesarias en una sociedad democrática (p. 114 y 115).

3. CONCLUSIONES Y TEMORES

La sentencia comentada resuelve correctamente el problema que se plantea y aborda con tino sus coordenadas. Nos recuerda algunas de las disfunciones que siguen presentándose en los sistemas constitucionales a consecuencia de ciertos entendimientos de la libertad religiosa. Sustancialmente la solución consiste en inhibirse una vez que la zanja Estado-Religión se reabre pero, en su inhibición, están también los fundamentos del constitucionalismo como democracia, pluralismo y protección de los derechos de las minorías. La decisión está muy fuertemente contextualizada, muy vinculada a la realidad turca y a las dificultades para que arribe a una auténtica democracia. Su respuesta es al problema concreto que surge en Turquía en torno a la compatibilidad de una cierta comprensión del Islam y la democracia (algo sobre lo que se han vertido ríos de tinta); responde a la compatibilidad entre el discurso político y el religioso. Turquía es uno de esos puntos álgidos para centrar la discusión y es decisivo ver el curso que toman los acontecimientos de cara a su eventual adhesión (a mi juicio su-

mamente deseable) a la UE. Aquí la discusión sobre la libertad religiosa es, como hemos visto, esencialista, pero ¿no comienza a serlo en nuestras sociedades? ¿No empezamos a tener problemas en situar el discurso religioso en el ámbito de lo privado frente al discurso político como reino de lo público?