

Prejuicios islamófobos en los Tribunales Supranacionales Europeos

Islamophobic prejudices in the Supranational European Courts

EUGENIA RELANO PASTOR, PhD

Senior Researcher. Max Planck Institute for Social Anthropology

Department 'Law & Anthropology'

Advokatenweg 36, D-06114 Halle/Saale/Postfach 11 03 51, D-06017 Halle/Saale

Telefon: +49 (0) 345-2927-323/+34-626841853

pastor@eth.mpg.de/www.eth.mpg.de

Cómo citar: Relano Pastor, Eugenia "Prejuicios islamófobos en los Tribunales supranacionales europeos", *Journal of the Sociology and Theory of Religion (JSTR)*, 7 (2018): 50-77.

DOI: <https://doi.org/10.24197/jstr.0.2018.50-77>

Resumen: Desde los ataques en las oficinas de Charlie Hebdo, en enero de 2015, la islamofobia no ha dejado de aumentar en los diferentes sectores de la sociedad: en el ámbito educativo, en el acceso al empleo, a la vivienda y en la participación en los asuntos públicos. Los tribunales supranacionales europeos, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han visto también influidos por la acusada tendencia general de rechazo hacia "lo musulmán". En la primera parte, este artículo analizará el concepto y las diferentes manifestaciones del término "islamofobia" en Europa. Y, en la segunda parte, se examinará como determinados prejuicios islamófobos han justificado la limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, en concreto de las mujeres musulmanas, en la jurisprudencia de los dos tribunales supranacionales europeos.

Palabras clave: Islamofobia; discriminación; libertad religiosa; musulmanas; prejuicios.

Abstract: Since the Charlie Hebdo attacks in January 2015, Islamophobia has continued to increase among all areas of society: education, access to employment and housing and in the participation in public affairs. The two Supranational European Courts, both the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the European Court of Human Rights (ECHR) have also been influenced by the general tendency, more and more pronounced, of rejection towards "the Muslim". In the first part, this article will analyze the concept and manifestations of the term "Islamophobia" in Europe. The second part will examine how the two Supranational European Courts have justified some limitations to the manifestation of religious freedom, particularly on Muslim women, by relying on Islamophobic prejudices.

Keywords: Islamophobia; Discrimination; Religious freedom; Muslim Women; Prejudices.

Sumario: 1. Introducción; 2. Manifestaciones del término "islamofobia"; 3. Islamofobia en los Tribunales Supranacionales Europeos. 3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A. Paternalismo y

autonomía personal de los creyentes musulmanes. B. Estereotipos negativos. C. Nuevos límites al derecho de libertad religiosa; 3.2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea; 4. Conclusión.

Summary: 1. Introduction; 2. Manifestations of the term "Islamophobia"; 3. Islamophobia in the tow European Supranational Courts. 3.1. The European Court of Human Rights. A. Paternalism and personal autonomy of Muslim believers. B. Negative stereotypes. C. New limits to religious freedom; 3.2 The Court of Justice of the European Union; 4. Conclusion.

1. Introducción

La islamofobia se ha convertido en un peligro real para la coexistencia de diferentes culturas y religiones en Europa y supone un desafío a los cimientos del orden democrático y a los valores sobre los que se funda la Unión Europea. En los últimos años el fenómeno de la islamofobia, también conocido como racismo antimusulmán, se ha consolidado como verdadero problema en la vida cotidiana de los ciudadanos musulmanes. Como se ha puesto de manifiesto en los informes nacionales recogidos en la segunda edición del Informe anual de Islamofobia Europea (EIR) de 2016¹, en solo un año, las manifestaciones islamófobas han aumentado en todos los ámbitos, en la educación, el empleo, en los medios de comunicación, en la vida política, en el sistema judicial y en las redes digitales².

El aumento en el discurso de odio y los ataques contra los musulmanes se han hecho más evidentes como consecuencia de los ataques de Charlie Hebdo y Saint-Denis en París en 2015, la afluencia de refugiados en Europa, el referéndum de la UE celebrado en Gran Bretaña (*Brexit*) en junio de 2016 y la implementación de la "prohibición musulmana" de la administración de Trump³. Sin embargo, la oposición en la sociedad civil a cualquier inmigración procedente de Estados predominantemente musulmanes no se ha limitado a la administración de Trump, como muestra la encuesta realizada por el Instituto de Relaciones

¹ Bayraktı, E. & Hafez, F. 2017, *European Islamophobia Report 2016*, Istanbul, SETA.

² Los informes nacionales de EIR 2016 abarcan prácticamente todo el continente europeo, incluyendo Rusia y los países bálticos. El Informe de la EIR del 2015 cubrió 25 países y el del año 2016 sumo 27 países. Para una información detallada: <http://www.islamophobiaeurope.com/>

³ Bayraktı, E. & Hafez, F. 2017, "The State of Islamophobia in Europe in 2016" en Bayraktı, E. & Hafez, F. *European Islamophobia Report 2016*, Istanbul, SETA, 5-11

Internacionales, *Chatham House Europe*⁴. A los participantes en una encuesta en Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Polonia, España y el Reino Unido se les preguntó “si debería rechazarse la inmigración de países de población mayoritariamente musulmana” y, en su generalidad, la respuesta fue afirmativa. El porcentaje osciló entre el 71% en Polonia, 65% en Austria, 53% en Alemania y 51% en Italia, 47% en el Reino Unido y 41 % en España. En ningún país el porcentaje en desacuerdo superó el 32%⁵. En sentido similar, los últimos informes realizados por del think-tank *Pew Research Center* han resaltado una tendencia negativa hacia la población musulmana en Europa en la opinión pública⁶. Las opiniones negativas victimizan a los musulmanes con el argumentario de que poseen una cultura y creencias contrarias a los valores occidentales y a la configuración de la sociedad europea en su conjunto. Este tipo de argumentos no son nuevos en un panorama de repunte de la islamofobia. Tanto en la polémica de la prohibición del velo integral en los espacios públicos en Francia y Bélgica en los años 2010 y 2011⁷, respectivamente, como en el referéndum de 2009 sobre la construcción de los minaretes en Suiza, lo “musulmán” se presentó por los medios de comunicación y la clase política como una especie de identidad monolítica, adscrita por igual a todos los fieles de la confesión musulmana, incompatible con los valores europeos

⁴<https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-do-europeans-think-about-muslim-immigration%20%20sthash.O6J7kQrj.dpuf>

⁵<https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-do-europeans-think-about-muslim-immigration#sthash.O6J7kQrj.dpuf>

⁶ Las opiniones de los musulmanes varían considerablemente en toda Europa. La mitad o más en Hungría, Italia, Polonia, Grecia y España tienen una visión desfavorable hacia los musulmanes. Y en Italia (36%), Hungría (35%) y Grecia (32%), las opiniones eran muy desfavorables. Las mayorías en las otras naciones encuestadas expresaron actitudes positivas sobre los musulmanes. No obstante, al menos una cuarta parte en cada país, tiene opiniones negativas hacia los musulmanes”, <http://assets.pewresearch.org/wp-content/uploads/sites/2/2016/07/Pew-Research-Center-EU-Refugees-and-National-Identity-Report-FINAL-July-11-2016.pdf>

⁷ Ley francesa de 11 de octubre de 2010 de prohibición del velo integral en los espacios públicos, confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la *Sentencia S.A.S c. Francia*, Sentencia de 1 julio 2014, 2014\36, y la Ley belga de 1 de junio de 2011 que prohíbe el uso de cualquier prenda que oculte totalmente o de manera principal el rostro, también objeto de dos sentencias del TEDH, Sentencia de 11 de julio de 2017, *Belcacemi y Ousar c. Belgium*, 37798/13 y *Dakir c. Belgium*, 4619/12. El pasado 1 de octubre de 2017 entro también en vigor la ley austriaca que prohíbe vestir cualquier prenda que cubra totalmente el rostro en los espacios públicos.

y simpatizantes del terrorismo, de las desigualdades de género y de la violencia doméstica.

En este contexto, lamentablemente, se han podido escuchar numerosas declaraciones de políticos de diferentes países alertando del “peligro de la islamización” en Europa⁸ y de la desintegración de la unidad europea y numerosas decisiones judiciales se han pronunciado sobre el derecho de libertad religiosa de creyentes musulmanes en sentido restrictivo. Sin pretensión de exhaustividad, este trabajo analizara sentencias de los dos tribunales supranacionales prescindiendo del análisis de la extensa jurisprudencia sobre la manifestación de la libertad religiosa de creyentes musulmanes en el ámbito de los tribunales nacionales europeos. Antes de conocer los posibles prejuicios implícitos en los razonamientos jurídicos de ambas instancias judiciales es necesario puntualizar el significado del término islamofobia y sus múltiples manifestaciones.

2. Manifestaciones del término “islamofobia”

El uso del término islamofobia es un fenómeno relativamente reciente y se ha convertido en un término bien conocido tanto en la academia como en la sociedad civil, si bien no existe una definición consensuada ni el ámbito académico, ni en las instancias internacionales de derechos humanos. Existe cierto acuerdo en que la crítica hacia los musulmanes o hacia la religión islámica no es necesariamente una actitud islamófoba. Es algo más. La

⁸ Por ejemplo, el Primer Ministro Robert Fico de Eslovaquia (en el que solo existen 10.000 musulmanes, el 0,2% de la población total) alertó "contra la islamización de Europa" y públicamente dijo que “El Islam no tiene lugar en Eslovaquia”, <http://www.europapress.es/internacional/noticia-primer-ministro-eslovaquia-reitera-no-quiere-admitir-musulmanes-pais-20160526070628.html>; en la República Checa, el "Bloc Against Islam" logro reunir 145.000 firmas en una petición contra la entrada de inmigrantes musulmanes, <https://bajurtov.wordpress.com/2015/01/08/excelente-otro-politico-anti-islam-en-la-republica-checa-insta-a-la-gente-a-pasear-a-los-perros-y-los-cerdos-cerca-de-las-mezquitas/>. El presidente checo, Milos Zeman, apoyo este manifiesto y señaló que "los refugiados de una cultura completamente diferente no son bienvenidos en la República Checa", http://www.eldiario.es/theguardian/Milos-Zeman-alarde-hostilidad-refugiados_0_558894951.html; o el Primer Ministro húngaro, Viktor Orbán, manifestó con motivo de la llegada de refugiados a la frontera húngara que los refugiados son una cuestión importante porque Europa y la identidad europea está arraigada en el cristianismo y se preguntaba por qué el cristianismo europeo era incapaz de mantener una Europa cristiana. Recientemente declaró: “No vemos a los musulmanes como refugiados sino como invasores”, https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-08/hungria-orban-refugiados-islam-invasores_1502709/

islamofobia lleva consigo la finalidad de empoderamiento de un grupo dominante, que suele ser mayoritario, sobre otro grupo de personas minoritario que son consideradas como el chivo expiatorio (bien real o inventado) de los males de la sociedad. En su calidad de chivo expiatorio quedan excluidos de la identidad común, del “nosotros”, de los derechos garantizados a toda la ciudadanía, así como de la participación en los asuntos públicos⁹. La definición de islamofobia utilizada por el EIR, según señalan los editores de los informes anuales de islamofobia en Europa, es la siguiente:

"Cuando hablamos de islamofobia, nos referimos al *racismo antimusulmán*. Como han demostrado los Estudios de Antisemitismo, los componentes etimológicos de una palabra no necesariamente apuntan a su significado completo, ni a su uso. Lo mismo se predica de los también Estudios de Islamofobia (...) La crítica hacia los musulmanes o a la religión islámica no es necesariamente islamófoba (...) La islamofobia opera mediante la construcción de una identidad estática "musulmana", que se atribuye en términos negativos y se generaliza para todos los musulmanes. Al mismo tiempo, las imágenes islamofóbicas son fluidas y varían en diferentes contextos, porque la islamofobia dice más sobre el islamófobo que sobre el Islam en sí mismo"¹⁰.

Otro matiz importante, añadido por el *Runnymede Trust* en Inglaterra en 1997, fue considerar lo islamófobo como la interpretación del islam como un bloque monolítico, estático, opuesto al cambio y percibido como una confesión separada carente de valores comunes con otras culturas, e impermeable a cualquier influencia externa. Se le considera inferior a Occidente y se presenta como una confesión bárbara, irracional, primitiva, sexista, violenta, agresiva, peligrosa, valedora del terrorismo y precursora del choque de civilizaciones¹¹. Esta visión monolítica de lo que es el Islam

⁹ La referencia clásica sobre la construcción del “otro” fue estudiada por Edward W. Said. En su libro *Orientalismo* analiza como Occidente ha fundado el miedo irracional hacia las personas de otra cultura, raza, religión a partir de la existencia de la construcción de la categoría de “los otros”. Estos “otros” son necesarios para que exista una definición de una categoría de “nosotros”, ciudadanos de los estados europeos occidentales. Said, E. 1995, *Orientalismo*, Ed. Debolsillo.

¹⁰ Bayraklı, E. & Hafez, F. 2016, *European Islamophobia Report 2015*, Istanbul, SETA, 7

¹¹ Runnymede Trust, 1997, *Islamophobia: a Challenge for Us All*, Londres: Runnymede Trust, <https://www.runnymedetrust.org/projects-and-publications/past-projects/commissionOnBritishMuslims.html>

puede apreciarse en las consideraciones jurídicas de numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se analizaran en este trabajo.

Como señalaba el antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, la islamofobia es un síntoma de la desintegración de los valores humanos, valores como la no discriminación, la tolerancia, la libertad de pensamiento, la justicia, la solidaridad y la igualdad¹². Todos ellos son valores inherentes a las sociedades europeas sobre los que se han construido la Unión Europea y el Consejo de Europa. Ambas instituciones, Unión Europea y Consejo de Europa, han utilizado el término “islamofobia” en numerosas recomendaciones y resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹³ y en los informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI)¹⁴.

Puesto que no existe una ninguna definición jurídicamente consensuada de “islamofobia”, tradicionalmente, los estudios e informes internacionales se han dirigido a la identificación del fenómeno mediante sus manifestaciones y al impulso de las políticas de lucha contra este tipo de fenómeno en el marco general de la lucha contra la discriminación racial. Por ejemplo, la Recomendación de política general nº5 sobre la lucha contra la intolerancia y las discriminaciones hacia los musulmanes en el año 2000 señalaba que las comunidades musulmanas sufrían prejuicios de manera general y, en ámbitos concretos, las actitudes negativas generales degeneraban en discriminaciones directas, violencias y acosos de todo tipo¹⁵. La Recomendación de política general nº7 sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial apuntaba en el 2003 que el racismo puede definirse como “la creencia de que un motivo

¹² <http://twistislamophobia.org/2017/02/24/la-islamofobia-espana-europa-los-medios-informacion/>

¹³ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1743/2010 sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, Recomendación 1805 (2007) sobre la blasfemia, los insultos religiosos y el discurso de odio contra las personas por motivos religiosos, Resolución 1605 (2008) y la Recomendación 1831 (2008) las comunidades musulmanas europeas confrontadas con el extremismo.

¹⁴ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, (ECRI), Recomendación General num 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, CRI(2016)15

¹⁵ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, (ECRI), Recomendación de política general num 5 sobre la lucha contra la intolerancia y las discriminaciones hacia los musulmanes, CRI (2000) 21

como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico justifica el desprecio hacia una persona o un grupo de personas o la idea de superioridad de una persona o de un grupo de personas”¹⁶. Es un hecho que el racismo, la xenofobia y la islamofobia son realidades que se refuerzan mutuamente y la discriminación contra los musulmanes puede atribuirse tanto a actitudes islamófobas, como a resentimientos racistas y xenófobos. En todo caso, es necesario analizar la hostilidad hacia los musulmanes en el contexto general de un clima de rechazo a los inmigrantes y a las minorías de origen extranjero.

El alcance y naturaleza de la discriminación y de los incidentes islamófobos contra las comunidades musulmanas han sido objeto de estudio desde hace años y resulta sorprendente comprobar que, después de una década, los informes actuales resaltan las mismas dificultades para analizar este fenómeno que los estudios que se llevaron a cabo hace más de una década. De modo que no es de extrañar que las recomendaciones que se realizaron a los Estados hace una década para combatir la islamofobia sigan siendo las mismas a día de hoy. En 2006 el Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia (EUMC) publicaba *Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia. Percepciones sobre discriminación e islamofobia*¹⁷ en el que se confirmaba la existencia de la islamofobia, al tiempo que se resaltaban las dificultades para registrar los incidentes islamófobos. Diez años más tarde, y pese a las recomendaciones a los Estados para recoger los datos, los incidentes continúan sin registrarse de manera general¹⁸. La escasez de datos repercute en el conocimiento del alcance del problema y en la conciencia social sobre su existencia. Y si no se tiene esta conciencia, es más difícil arbitrar los medios para la identificación de los actos islamófobos, proceder a su recogida y al diseño de las medidas

¹⁶ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, (ECRI), Recomendación de política general num 7 sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, CRI (2003) 8

¹⁷ Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC), *Los musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia* <http://fra.europa.eu/en/publication/2006/highlights-eumc-report-muslims-european-union-discrimination-and-islamophobia>

¹⁸ En Francia el Colectivo contra la Islamofobia (CCIF) registran incidentes, <https://www.islamophobia.net/articles/2016/02/10/ccif-releases-its-2016-report-islamophobia-france/>

ENAR lo hace en estudios concretos que abarcan varios países > <http://www.enar-eu.org/Women-are-the-first-to-pay-the-price-of-Islamophobia-in-Europe> y, en España, los incidentes son registrados por la Plataforma ciudadana contra la islamofobia en sus informes nacionales <https://plataformaciudadanacontralaislamofobia.wordpress.com/>

adecuadas para erradicarlos y prevenirlos. Además, sin una sensibilidad social mínima, la sociedad civil tiende a unas generalizaciones estereotipadas sobre el Islam que dificultan la integración y la convivencia.

Por tanto, las manifestaciones de islamofobia en los Estados miembros de la Unión Europea después de diez años continúan siendo las mismas¹⁹. Entre las principales manifestaciones se encuentran: discriminación en el empleo, en la educación y en el acceso a la vivienda; ataques físicos o verbales a la propiedad, lugares de culto y personas, especialmente aquellos que muestran una manifestación visible de su identidad religiosa, como las mujeres que llevan el hiyab o niqab; políticas o leyes que indirectamente afectan o afectan desproporcionadamente a los musulmanes, y restringen indebidamente su libertad religiosa, como prohibiciones de usar símbolos religiosos y culturales visibles como las leyes contra el ocultamiento facial o la prohibición de construir mezquitas con minaretes; el perfil étnico y religioso y el abuso policial, incluidas algunas disposiciones de la lucha antiterrorista; pronunciamientos públicos de algunos periodistas y político que estigmatizan a los musulmanes como un grupo y despreocupan sus contribuciones positivas a las comunidades y países en los que viven; y dificultades para acceder a la participación en la ámbito económico, político o cultural.

En este marco de referencia se entiende, como indicaba el informe de la EUMC en 2006, que los musulmanes sientan que su aceptación por parte de la sociedad cada vez más depende de su “asimilación” y de la pérdida de su identidad musulmana²⁰. El informe de la EUMC concluía que “este sentimiento de exclusión tiene especial importancia ante los retos que plantean el terrorismo y los resentimientos racistas y xenófobos, elementos que suelen ir unidos”²¹. En 2017 la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) coincidía con el informe de la EUMC titulado *Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II): Muslims-Selected*

¹⁹ Véanse las conclusiones del Informe *Los musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia*, 2006 y el informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) 2017, *Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II): Muslims - Selected findings* <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/eumidis-ii-muslims-selected-findings>

²⁰ EUMC, 2017, *Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia*, op. cit 79

²¹ En la versión inglesa, EUMC, 2006, *Muslims in the European Union Discrimination and Islamophobia*, <http://fra.europa.eu/en/publication/2006/highlights-eumc-report-muslims-european-union-discrimination-and-islamophobia>, 110

findings. La FRA reiteraba la necesidad de evitar el estigma hacia cualquier grupo o comunidad y la urgencia de resaltar los valores europeos de la tolerancia, la diversidad, el respeto mutuo y la promoción de sociedades libres y pluralistas. En sentido similar, el Parlamento Europeo señaló que la exclusión de las comunidades religiosas, así como cualquier tipo de discriminación hacia los musulmanes, son terrenos fértiles para el florecimiento del extremismo²². Es decir, la no adopción de políticas firmes para eliminar las desventajas que sufren las minorías musulmanas va en detrimento de una Europa cohesionada y la falta de compromiso en la lucha contra la discriminación por motivos religiosos solo fortalece la exclusión y la desintegración social. Además, no solo la discriminación directa, el ataque o la violencia contra los musulmanes son manifestaciones islamófobas, sino que también existe una *islamofobia inconsciente*, alejada de los discursos explícitamente antimusulmanes. Un reflejo de esta islamofobia inconsciente es la tendencia a separar el musulmán “bueno” del “malo”. El primero sería el “occidentalizado”, el que no visibiliza en exceso su religión y su identidad musulmana. Y el segundo sería aquel que ejerce el derecho a manifestar la libertad religiosa mediante signos evidentes de una identidad “diferente” a aquella mayoritaria. Por último, otra manifestación de esta islamofobia inconsciente es asumir que todos los musulmanes son idénticos, pertenecientes por igual a un bloque estático e indiferenciado.

3. Islamofobia en los Tribunales Supranacionales Europeos

a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEHD) es el organismo judicial de control de la vigencia de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se ha convertido en el paradigma para las decisiones judiciales nacionales en los Estados miembros del Consejo de Europa. La actividad del Tribunal Europeo respecto del derecho de libertad religiosa, recogido en el artículo 9 del Convenio, cuya redacción está inspirada en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido muy amplia y no ha estado

²² FRA, 2017, *Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II): Muslims - Selected findings*, op. cit 4

exenta de polémica²³. La prolija jurisprudencia sobre el artículo 9 del Tribunal de Estrasburgo muestra una evolución en el contenido y en el alcance de los límites de la libertad religiosa. El carácter impredecible de las sentencias no ha impedido que existan ciertas tendencias jurisprudenciales visibles en la interpretación de este artículo, las cuales no han favorecido precisamente el respeto y la protección de las manifestaciones del derecho de libertad religiosa de las personas de confesión musulmana.

La primera tendencia es una concepción de la libertad religiosa desde un liberalismo que prima la autonomía del individuo frente a todo tipo de coacción (libertad religiosa negativa). Como herencia del enfoque del liberalismo clásico de los derechos humanos, se ha reconocido la primacía de la conciencia individual sobre la coacción estatal y para ello el Tribunal ha diferenciado el *forum internum* del *forum externum*²⁴. El foro externo, es decir la manifestación de las conductas exteriores motivadas por las convicciones religiosas, no se protege de igual manera para todos los creyentes. Para aquellos pertenecientes a la confesión musulmana, el Tribunal ha adoptado un sesgo paternalista, como veremos a continuación. La segunda de las tendencias del Tribunal de Estrasburgo ha sido la prevalencia de la neutralidad estatal sobre el ejercicio de la autonomía personal. Países como Francia y Turquía, caracterizados por una fuerte neutralidad estatal convertida en principios fundamentales del Estado, han protagonizado numerosas sentencias. En estos casos la neutralidad estatal se ha convertido en el límite legítimo a la libertad religiosa, al amparo del parte del margen de discrecionalidad estatal que concede la jurisprudencia europea a los Estados miembros del Convenio Europeo.

Desde la perspectiva del liberalismo clásico, el carácter neutral del Estado implica un respeto por las comunidades que coexisten en el territorio. El Estado aparece como el “arbitro” entre los “competidores” religiosos y el

²³Artículo 9 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

²⁴ Petkoff, P, 2012, “Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Religion & Human Rights*, vol. 7 issue 3, 183-214

garante de un pluralismo de hecho. Este es el enfoque que ha adoptado el Tribunal de Estrasburgo. Por ejemplo, en opinión de la mayoría del TEDH en *Kokkinakis contra Grecia*²⁵, el pluralismo es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más importantes que conforman la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, además, de un activo valioso para ateos, agnósticos, escépticos (...)²⁶. En este sentido, el pluralismo es el medio y el fin de una verdadera libertad religiosa, así como un bien básico para una democracia saludable. Si bien el respeto por el pluralismo fue fundamental en *Kokkinakis* o en *Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia*²⁷, en los llamados casos islámicos, el pluralismo deja de ser consubstancial a nuestra sociedad y queda limitado con el argumento de la protección del orden y de la seguridad pública²⁸, o por nuevos límites de creación jurisprudencial como el concepto de “vivir juntos” creado por el TEDH en *S.A.S contra Francia*²⁹.

A. Paternalismo y autonomía personal de los creyentes musulmanes

Existen varias manifestaciones de prejuicios islamófobos en los razonamientos jurídicos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. La primera manifestación sería la negación de la autonomía personal de los creyentes musulmanes, en concreto de las mujeres que llevan el velo. Entre las decisiones del TEDH relativas al uso del pañuelo o velo islámico,

²⁵ STEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, Application no. 14307/88

²⁶ “Tal y como la protege el artículo 9, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión constituye una de las bases de una “sociedad democrática” en el sentido del Convenio. Figura en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es una manifestación del pluralismo, claramente conquistado en el curso de siglos, consubstancial a nuestra sociedad”, par. 31

²⁷ STEDH, *Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros c. Moldavia*, Sentencia de 3 diciembre de 2001, Application 31/12/2001, par. 116

²⁸ Hay abundante bibliografía sobre los límites al artículo 9: Evans, C. 2001, *Freedom of Religion under the ECHR*, Oxford University Press, Martínez-Torrón, J. 2003, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *RGDEyDC*, núm. 2 y Murdoch, J. 2012, *Protecting Right of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg Council of Europe.

²⁹ STEDH, *S.A.S. c. Francia*, Sentencia de 1 de julio de 2014, Application no. 43835/11

destacan *Dahlab c. Suiza*³⁰, *Leyla Sahin c. Turquía*³¹, *Kervanci c. Francia*³² y *Dogru c. Francia*³³, todas ellas relativas a la prohibición del uso del velo islámico no integral en el contexto escolar. A estas hay que añadir las tres sentencias sobre la prohibición del velo integral en *S.A.S c. Francia*, *Belcacemi y Ousar c. Belgica* y *Dakir c. Belgica*. En este tipo de casos el uso de un determinado símbolo religioso personal –el hiyab o el velo integral- va en menoscabo de los principios democráticos de las sociedades europeas, es decir, son considerados en sí mismos “antidemocráticos”.

En el caso *Dahlab*, relativo a la prohibición de llevar velo por parte de una profesora de escuela primaria convertida al Islam, TEDH sostuvo que no prevalece el derecho de libertad de creencias sobre el interés del Estado en la protección de los derechos y libertades de los demás y la conservación del orden y la seguridad públicas: "Por lo tanto, parece difícil conciliar el uso de un islámico pañuelo con el mensaje de tolerancia y respeto por los demás"³⁴. Es decir, determinadas manifestaciones públicas de prácticas islámicas interfieren con el valor fundamental de la tolerancia y con la imagen de una Europa secular. El Tribunal se arroga la competencia de valorar el significado de un símbolo religioso, lo cataloga como antidemocrático y lo contrapone al principio constitucional de neutralidad. De este modo, la titular del derecho de libertad religiosa, la mujer musulmana que desea expresar su libertad religiosa mediante el uso de un símbolo religioso personal, queda silenciada ante el peso de los principios del secularismo y los valores democráticos. Igualmente en *Sahin*, el Tribunal señaló que "(...) es el principio de secularismo, tal como lo ha elucidado el Tribunal Constitucional la consideración primordial que subyace a la prohibición del uso de símbolos religiosos en las universidades"³⁵.

En *Dogru* una estudiante musulmana que se negó a quitarse el pañuelo en las clases de educación física y deportes fue expulsada del colegio. El Tribunal Administrativo de Caen consideró que la actitud de la demandante había creado una atmósfera de tensión dentro de la escuela y su expulsión

³⁰ STEDH, *Dahlab c. Suiza*, Sentencia de 15 de febrero de 2001, Application no. 42393/98

³¹ STEDH, *Leyla Sahin c. Turquía*, Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Application no. 44774/98

³² STEDH, *Kervanci c. Francia*, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, Application no. 31645/04

³³ STEDH, *Dogru c. Francia*, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, Application no. 27058/05

³⁴ STEDH, *Dahlab c. Suiza*, par. 1

³⁵ STEDH, *Sahin c. Turquía* par. 116

había sido justificada, independientemente de la alternativa que propuso ella misma de usar una especie de bandana en lugar del pañuelo. Cuando el TEDH determinó si esa restricción a la libertad religiosa estaba "prescrita por la ley", justificada por algunos de objetivos legítimos establecidos en el artículo 9.2 y si era "necesaria en una sociedad democrática" para lograr los objetivos, concluyó que:

«(...) Cuando se trata de cuestiones relativas a la relación entre el Estado y las religiones, sobre las cuales la opinión en una sociedad democrática puede diferir razonablemente, se debe otorgar especial importancia al papel del órgano nacional en la toma de decisiones. Este será especialmente el que decida en la regulación de uso de símbolos religiosos en las instituciones educativas (...)»³⁶.

Merece también la pena destacar que en *Dogru* el Tribunal de Estrasburgo sugiere que se ha tomado en cuenta "los derechos y libertades de los demás". En realidad, se ignoró la autonomía y la voz de la alumna Begin Dogru cuando se rechazó su sugerencia de usar una bandana en lugar del velo a fin de cumplir con las reglas internas de la escuela: "(...) El Tribunal considera, teniendo en cuenta lo anterior, que la pena de expulsión no parece desproporcionada, y señala que la demandante pudo continuar su escolarización por clases por correspondencia. Se puede observar que las convicciones religiosas de la demandante se tuvieron plenamente en cuenta en relación con los requisitos de protección de los derechos y las libertades de los demás y el orden público"³⁷.

En todos estos casos el Tribunal se preocupa de las preservación de los principios constitucionales del Estado -la democracia, la tolerancia, la laicidad, el orden público y los derechos y la libertad de los demás- ignorando los argumentos de las solicitantes respecto a sus *nomos* religiosos y a su autonomía personal. Cuando se trata de mujeres musulmanas la negación de la autonomía personal va además acompañada de un paternalismo abusivo que trata de proteger a la mujer de su propia autoafirmación, libre e individual, sobre lo que es digno para sí misma³⁸. La juez Tulkens, en su opinión disidente en *Sahin*, al preguntarse si el hiyab se

³⁶ STEDH, *Dogru c. Francia*, par. 63

³⁷ Ibid

³⁸ Horward, E. 2012, "Banning Islamic Veils-Is Gender Equality a Valid Argument?", *International Journal of Discrimination and the Law*, 13.3, 147-165, p. 160

ajusta a los valores democráticos de la igualdad de género y de la tolerancia enfatizaba:

"(...) Por lo tanto, se considera que la prohibición de usar el velo es promover la igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, ¿cuál es, de hecho, la conexión entre la prohibición y la igualdad sexual? La sentencia no lo dice. De hecho, ¿cuál es el significado de usar el pañuelo en la cabeza? ... Lo que falta en este debate es la opinión de las mujeres, tanto de quienes usan el pañuelo como de quienes eligen no hacerlo"³⁹.

La negación de las voces de las mujeres musulmanas no solo implica el paternalismo de convertirse en portavoz de aquellas que “no tienen voz” sino que, además, significa la cosificación de la mujer, al desposeerla de su propia singularidad. El Estado se convierte de esta manera en el portavoz de cómo perciben y viven el Islam estas mujeres. Es la negación de lo “otro” y la suplantación de lo que quiere la sociedad que sea eso “otro”.

No obstante, la lógica del Tribunal de Estrasburgo en los casos mencionados ha sido corregida en sentencias posteriores hasta llegar a reconocer que la autonomía de las mujeres ha de ser tomada en consideración. Así se señaló tanto en *Eweida y otros contra Reino Unido* y como en *S.A.S*⁴⁰. Paradójicamente, en *Eweida* que implicaba la exhibición de un símbolo cristiano, el Tribunal dio peso en la argumentación jurídica a la autonomía de la creyente cristiana, en concreto, a su visión personal de su propia libertad religiosa. Por el contrario, en *S.A.S*, si bien se le dio también voz a la mujer musulmana sobre lo que significaba para ella la exteriorización de su libertad religiosa, no fue determinante para la decisión de la sentencia⁴¹. En todo caso, lo destacable es que el Tribunal de Estrasburgo afirmó en *Eweida* que el deseo de manifestar las propias creencias es un derecho fundamental porque una sociedad democrática

³⁹ STEDH, *Sahin c. Turquía*, Opinión discrepante de la Jueza Tulkens, par 11.

⁴⁰ En *Eweida y otros c. Reino Unido*, Application num. 48420/10, 36516/10, 51671/10, de 15 de enero de 2013, relativo al uso de llevar una cruz visiblemente en el trabajo, el Tribunal consideró que el comportamiento de la Sra. Eweida formaba parte del contenido del Artículo 9, por tanto, era parte de su manifestación religiosa, en forma de culto, práctica y observancia.

⁴¹ En *S.A.S*, la demandante, una mujer de nacionalidad francesa, declaró utilizar -aunque con carácter esporádico- el velo integral como parte de la manifestación externa de su cultura y su religión musulmana. Alegaba que el uso público de la vestimenta es parte de la tradición cultural de la corriente del Islam que profesa, el Islam Sunni; si bien puntualizó que usaba este tipo de vestimenta con carácter esporádico y de forma libre y espontánea, sin presiones externas de ningún tipo. Al mismo tiempo reconocía que no le suponía ningún problema descubrir el rostro en situaciones en las que se le requería la identificación como en los controles de seguridad, en los aeropuertos o en las entidades bancarias.

saludable necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad, pero también por el valor que tiene la religión para la persona que la ha convertido en el eje central de su vida, en consecuencia, tiene el derecho de comunicar esta creencia a los demás.

Además numerosos estudios empíricos, como realizados por la Universidad de Ghent y la *Open Society*, mostraron que la gran mayoría de mujeres con velo han decidido llevarlo por elección personal y autónoma⁴². También grupos importantes de feministas han reivindicado su uso como una forma de emancipación de la mujer⁴³. Como indicó el antiguo Comisario de Derechos Humanos, Thomas Hammarberg, la *Belgian Human Rights League* y *Human Rights Watch*, “la prohibición del velo, en lugar de ayudar a las mujeres que son obligadas a llevarlo, limitará su capacidad para buscar asesoramiento y ayuda. El primer efecto de esta medida va a ser confinar a las mujeres con velo en sus hogares en vez de liberarlas”⁴⁴. Este tipo de iniciativas legislativas son contraproducentes para la igualdad de género⁴⁵.

B. Estereotipos negativos

⁴² Vid. E. Brems (ed.) 2014, *The Experience of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge, CUP, y E. Brems, E. 2013, “Face veil Bans in the European Court of Human Rights: The importance of empirical findings”, *Journal of Law and Policy*, vol. 22, 517-551

⁴³ Existe ingente literatura sobre la posición a favor y en contra del uso de velo integral como desde la perspectiva feministas. Los más relevantes: O’Neill, B. y otras, 2014, “Freedom of religion, women’s agency and banning the face veil: the role of feminista beliefs in zapping women’s opinión”, *Ethnic and Racial Studies*, 1.16; Vakulenko, A. 2012, *Islamic Veiling in Legal Discourse*, Routledge, Cambridgem especialmente, Gender equality, 80-111; Yahyaoui Krivenko, E. 2012, “The Islamic Veil and its Discontents: How Do They undermine Gender Equility? *Religion and Human Rights*, 7, 11-29

⁴⁴ Human Rights Watch, “Belgium: Muslim Veil Ban Would Violate Rights. Parliament Should Reject Bill for Nationwide Restrictions”, 21 April 2010 (www.hrw.org); Thomas Hammarberg, “Rulings anywhere that women must wear the burqa should be condemned-but banning such dresses here would be wrong”, (www.commissioner.coe.int); Human Rights League (Ligue des droits de l’homme), “Interdiction du port du voile intégral: une mauvaise solution à un vrai problème”, 28 April 2010, (<http://liguedh.be>)

⁴⁵ Relano Pastor, E. 2015, “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, *Debates jurídicos*, num. 5, <http://www.rightsinternationalspain.org/es/quienes-somos/19/eugenia-relano>

E. Horward, “Banning Islamic Veils-Is Gender Equality a Valid Argument?”, op. cit. 160

La segunda manifestación de islamofobia es la tendencia a interpretar el islam y a los musulmanes como una realidad monolítica y compacta. Las sociedades europeas siguen atribuyendo a los musulmanes unas singularidades predefinidas. Esta visión del islam no lleva consigo necesariamente prejuicios islamóbofos. Sin embargo, el imaginario social europeo sigue atribuyendo a los musulmanes una singularidad predefinida y estereotipos negativos. Bajo la categoría de musulmán se incluye a personas esencialmente religiosas, en ocasiones inintegrables, debido al fuerte arraigo cultural en sus propias comunidades. Se impone una determinada caracterización negativa a los musulmanes, al tiempo que se ignora la autodefinición que hacen los musulmanes de sí mismos⁴⁶.

En los casos del uso del pañuelo o velo islámico, el Tribunal ha construido una imagen negativa del pañuelo en la cabeza, calificándolo como símbolo que no cumple con los valores de la democracia europea⁴⁷. Por ejemplo, en *Dahlab*, la Gran Sala se refirió al uso del pañuelo en la cabeza como un "poderoso símbolo externo" que "parecía imponerse a las mujeres por un precepto religioso difícil de conciliar con el principio de igualdad de género". La jueza Tulkens en su opinión disidente en *Sahin* expresó su desacuerdo con el razonamiento jurídico de *Dahlab*:

"(...) El mero hecho de llevar el pañuelo no puede asociarse con el fundamentalismo y es vital distinguir entre quienes visten el pañuelo en la cabeza y los "extremistas" que intentan imponer el pañuelo como lo hacen con otros símbolos religiosos. No todas las mujeres que usan el pañuelo en la cabeza son fundamentalistas y no hay nada que sugiera que el solicitante tenga puntos de vista fundamentalistas"⁴⁸.

Afortunadamente en *S.A.S.*, diez años después de *Sahin*, el Tribunal ya es consciente de los estereotipos negativos que existen en la sociedad sobre las mujeres musulmanas como mujeres oprimidas que necesitan protección y corrige los argumentos del gobierno francés relativos a la igualdad de género. El gobierno francés, en oposición a lo sostenido por el Consejo de Estado francés, uso el argumento del velo como símbolo de la autoridad patriarcal como uno de sus principales motivos a favor de la prohibición. El Tribunal de Estrasburgo, por el contrario, sostiene que la igualdad de género

⁴⁶ Bectovic, S. 2011, "Studying Muslims and constructing Islamic identity", *Ethnic and Racial Studies*, vol. 34, n.º 7 1120-1133

⁴⁷ Peroni, L. 2014, "Religion and culture in the discourse of the European Court of Human Rights: the risks of stereotyping and naturalising", *International Journal of Law in Context*, 10, 2, 195-221

⁴⁸ STEDH, *Sahin c. Turquía*, Opinión discrepante de la Jueza Tulkens, par. 10

sigue siendo un reto fundamental para los Estados miembros y puede justificar injerencias en ciertos derechos y libertades convencionales. Ahora bien, un Estado parte no puede invocar la igualdad de género para prohibir una práctica que es defendida por las propias mujeres que la observan, en ejercicio de su libertad y sin estar sometidas a coacción, como ocurre en el caso de la demandante. En otras palabras, el objetivo legítimo de proteger los derechos de los demás se refiere a los derechos de los terceros, distintos de la persona cuya libertad o derecho se limita⁴⁹. Y, en su apoyo, cita el dictamen del Consejo de Estado francés que había afirmado que la igualdad de género no es aplicable al ejercicio individual de las propias libertades⁵⁰.

C. Nuevos límites al ejercicio de la libertad religiosa

Por último, se ha podido constatar prejuicios islamófobos en el momento de valorar las restricciones legítimas a la manifestación de la libertad religiosa contenidas en el segundo párrafo del artículo 9. Como se sabe, la jurisprudencia del TEDH analiza si existe violación del derecho de libertad religiosa en dos pasos. Primero se analiza si la conducta invocada por el demandante puede considerarse una manifestación religiosa y, en un segundo momento, en el caso de que la respuesta haya sido positiva, se evalúa si el obstáculo que se denuncia como contrario a la libertad religiosa cumple los tres requisitos mencionados en el apartado 2⁵¹. Si los cumple, se trata de una restricción legítima a la libertad religiosa. Si no los cumple, se trata de una violación de la libertad religiosa.

Si se observan los casos que han tratado la prohibición del velo integral en Francia y en Bélgica (*S.A.S, Belcacemi & Ousar*, y *Dakir*), el Tribunal ha concluido que las leyes de prohibiciones de carácter general, como la ley francesa y la ley belga, sólo resultarían proporcionadas si persiguen un objetivo legítimo. Y el TEDH afirma que el objetivo legítimo es la protección de los derechos de los demás, que se concreta en establecer las condiciones necesarias para garantizar la convivencia (*living together*) entre los individuos. Para este fin, el Estado dispone de un amplio margen de apreciación en el ejercicio de su política legislativa que necesariamente se

⁴⁹ STEDH, *S.A.S. c. Francia*, par. 119

⁵⁰ STEDH, *S.A.S. c. Francia*, par. 22

⁵¹ Artículo 9.2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

desarrolla dentro de los valores sociales vigentes en un tiempo y lugar concretos. A partir de ahí, el TEDH concluye que la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en el espacio público constituye una elección de la sociedad y cuando hay en juego cuestiones de política general, “será necesario conceder una importancia particular a la función de quien lleva a cabo la decisión nacional”⁵². En otras palabras, “Francia disponía en el caso de un amplio margen de apreciación”⁵³.

Merece la pena destacar el voto particular discrepante de la mayoría en *S.A.S* de las juezas Nussberger y Jäderblom que sostienen que se han sacrificado los derechos individuales por principios abstractos (*living together*) que no tienen correspondencia directa con los derechos y libertades garantizados en el Convenio y “si se pudiera razonablemente considerar que esa noción implica a muchos derechos tales como el respeto a la vida privada (artículo 8) y el de no sufrir discriminación (artículo 14) no aparece menos artificial y difusa”⁵⁴. Sin duda la jurisprudencia del TEDH ha señalado el deber del Estado de promover una tolerancia mutua entre los grupos opuestos y ha declarado que “la función de las autoridades (...) no consiste en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo sino en vigilar que los grupos que compiten se toleren unos a otros”⁵⁵. Al prohibir el velo integral, según las Juezas, el legislador francés ha hecho exactamente lo contrario: lejos de garantizar la tolerancia entre una muy amplia mayoría y una pequeña minoría, ha prohibido lo que aparece como un factor de tensiones. No ha quedado demostrado que las prohibiciones hayan sido medidas necesarias y proporcionadas para la salvaguarda de la seguridad pública. Al contrario, esta legislación prohibitiva ha puesto de manifiesto hasta dónde puede el derecho doblegarse a la cultura del miedo y la importancia de las presunciones, especulaciones y estereotipos de apariencia jurídica, muy peligrosos para una democracia saludable y plural⁵⁶. Es decir, han eliminado de la esfera pública un tipo de manifestación de identidad cultural o religiosa que es precisamente una de las posibles manifestaciones del Islam.

Como señaló Thomas Hammarberg, el antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa: “Resulta lamentable que, en varios países europeos, el debate público se haya centrado casi exclusivamente en el

⁵² STEDH, *S.A.S. c. Francia*, par. 154

⁵³ *Ibid.* par. 155

⁵⁴ *Ibid.* voto particular, par. 5

⁵⁵ *Ibid.* voto particular, par. 14

⁵⁶ Relaño Pastor, E. 2015, op. cit. 33

carácter musulmán de la vestimenta, dando la impresión de que se tiene puesta la mira en una religión específica. Se han utilizado algunos argumentos claramente islamofóbicos, y eso no ha ayudado a tender puentes ni a favorecer el diálogo”.

3.2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El pasado 14 de marzo de 2017 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) decidió los dos primeros casos sobre discriminación religiosa en el empleo, ambos relativos al uso de símbolos religiosos personales: los casos *Achbita* y *Bougnaoui*⁵⁷. Mediante el mecanismo de la cuestión prejudicial sobre la interpretación del derecho originario y derivado⁵⁸ se elevaron dos preguntas al Tribunal de la Unión Europea por parte del Tribunal de Casación Belga (*Achbita*) y el Tribunal de Casación francés (*Bougnaoui*) relativas a la posible discriminación de las prohibiciones del uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el trabajo⁵⁹. El TJUE sostuvo que una norma interna de una empresa que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa. No obstante, en ausencia de tal norma, la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional que permita descartar la existencia de una discriminación⁶⁰.

⁵⁷ Sentencias en los asuntos C-157/15 *Achbita*, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions y C-188/15 *Bougnaoui* y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) / Micropole Univers

⁵⁸ La cuestión prejudicial no es propiamente un recurso sino un procedimiento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales. Los tribunales nacionales se dirigen para resolver dudas sobre una norma comunitaria que debe interpretarse pero cuya validez no se discute, artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

⁵⁹ Palomino, R. 2016, “Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos *Achbita* y *Bougnaoui*”, Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, vol. 2, no 2 y Relano Pastor, E. 2018, “Religious discrimination at work: *Achbita* & *Bougnaoui* cases” en Uladzislau Belavusau & Kristin Henrard (eds.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Hart: Oxford, 2018 (en imprenta)

⁶⁰ El Tribunal de Justicia tenía que considerar los conceptos de discriminación directa e indirecta recogidos en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000,

En el primer supuesto, *Achbita, (G4S Secure Solutions)*⁶¹, el Tribunal de Casación belga planteó la cuestión sobre la igualdad de trato en la empresa al TJEU al apreciar dudas acerca de si esta prohibición de llevar velo establecida por una norma interna de la empresa, constituía efectivamente discriminación directa en el ámbito laboral. El TJUE resolvió a favor de la empresa, entendiendo que una norma interna de una empresa que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa y que, en el caso de que pueda constituir una discriminación indirecta, está justificada de forma objetiva. El TJUE consideró que la norma interna de la empresa tiene por objeto prohibir el uso de todo tipo de signos que hagan visibles las creencias políticas o religiosas de los trabajadores indistintamente del tipo de ideología o religión. Esta norma se impone por tanto de forma neutral y generalizada, y es por este motivo que no se puede decir que se trate de una norma de discriminación directa que establezca una diferencia de trato basada directamente en la religión islámica. La norma podría considerarse discriminatoria de forma indirecta si se acreditara que esta obligación, aparentemente neutra, causa en realidad una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión determinada o tienen una ideología concreta, en este caso la religión islámica. Por tanto, el tribunal considera que tal discriminación indirecta puede justificarse objetivamente con la finalidad legítima del empresario de establecer un régimen de neutralidad en la empresa.

En el segundo caso (*Bouagnaoui y ADDH*)⁶², el Tribunal de Casación francés planteó al TJUE si la voluntad de un empresario de tener en cuenta

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de la Unión Europea L 303, de 2 de diciembre de 2000, 16-22)

⁶¹La trabajadora Samira Achbita, de confesión musulmana, empleada de la empresa desde el año 2003, comunicó a su empleador en 2006 después de una baja laboral por enfermedad, que pretendía reanudar la actividad laboral llevando velo islámico, el día 15 de mayo de 2006. El día 29 de ese mismo mes, el comité de empresa aprobó una modificación de un reglamento interno, que entró en vigor el 13 de junio de 2006, en el que prohibía a los trabajadores llevar símbolos de carácter político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo. Samira Achbita fue despedida el 12 de junio de 2006 por su insistente voluntad de llevar velo islámico en su lugar de trabajo. La Sra. Achbita impugnó el despido en los tribunales belgas

⁶²El despido de la trabajadora de la empresa donde trabajaba (Micropole) se produjo tras la queja de un cliente. La trabajadora había llevado el velo islámico durante todo el periodo de prácticas en la empresa efectuadas durante el año 2008. Al finalizar las prácticas la trabajadora fue contratada por la empresa a tiempo indefinido y usó velo islámico en su lugar

los deseos de un cliente puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante al que se refiere el artículo 4.1 de la Directiva 78/2000/CE⁶³. El TJUE resolvió que, en el caso de que el despido de la Sra. Bougnaoui no se hubiera basado en una norma interna de la empresa (fundamentación que corresponderá comprobar al tribunal francés) se podría valorar dicho requisito del art.4.1 de la Directiva siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. En este sentido, el TJUE recuerda que este requisito se puede aplicar en muy pocas circunstancias a una característica vinculada con la religión dado que este requisito tiene que ser objetivamente dictado por la naturaleza de una actividad profesional y no cubre consideraciones subjetivas, como en este caso, la voluntad del empresario de satisfacer a un cliente. Por este motivo, el Tribunal responde al Tribunal de Casación francés, que la voluntad del empresario de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva velo islámico no pueden considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva.

No es el lugar para analizar en profundidad las cuestiones jurídicas de fondo que plantean ambas sentencias. Sin embargo, destacaremos los prejuicios islamofobos que laten en los razonamientos jurídicos, en concreto, en el caso *Achbita*. En ambas sentencias el Tribunal de la Unión Europea valida las conclusiones de sus correspondientes Abogados Generales (AG), Kokott y Sharpston en su totalidad. Es muy llamativo que el Tribunal siga a pie de la letra lo suscrito por cada Abogado General porque ambas Opiniones son contradictorias. No obstante, un análisis detallado revela que el Tribunal de Luxemburgo suscribe plenamente el razonamiento jurídico de de la Opinión de la AG Kokott y solo parcialmente la postura de la AG Sharpston.

La AG Kokott elabora de forma sistemática sus conclusiones para el Tribunal, dictaminando que no hay discriminación directa aunque pudiera

de trabajo, sin tener ningún tipo de problema antes de que se produjera la queja. Tras esta queja, la empresa le reiteró el principio de neutralidad a la trabajadora pidiéndole que dejara de llevar el velo. La trabajadora se negó y fue despedida. Bougnaoui impugnó el despido ante los tribunales franceses

⁶³ Artículo 4 sobre los requisitos profesionales: 1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

haberla indirecta. Entiende Kokott que la discriminación indirecta estaría justificada con el fin de imponer una política de neutralidad religiosa y de creencias obligatoria para los trabajadores, siempre que se respetase el principio de proporcionalidad. En opinión de la AG Kokott, la proporcionalidad depende de cada situación concreta y se subordina a distintos elementos tales como el tamaño y visibilidad del símbolo, el tipo de actividad de la trabajadora, el contexto en el que se desarrolle la actividad e incluso la identidad nacional o tradición de cada Estado⁶⁴. Lo relevante para nuestro estudio es el concepto de religión que utiliza AG Kokott, lo que entiende la Abogada General por diversidad, religión, autonomía y neutralidad.

Es destacable que, en la introducción a su Opinión, AG Kokott señala que “los problemas jurídicos en torno al velo islámico son un ejemplo de la cuestión fundamental sobre el grado de diferencia y diversidad que debe admitir en su seno una sociedad europea abierta y plural y, a la inversa, qué grado de adaptación puede exigirse a determinadas minorías”⁶⁵. Es decir, la premisa de partida es cuanta diversidad puede permitirse y admitirse en Europa, presuponiendo con esta afirmación que la diferencia viniese de fuera y la sociedad europea, teóricamente homogénea, tuviera que tolerar al “otro, al diferente. Este punto de partida va a influir en toda la argumentación jurídica posterior, por ejemplo, en el concepto de religión.

En palabras de AG Kokott, “(...) a diferencia del sexo, el color de la piel, el origen étnico, la orientación sexual, la edad y la discapacidad de una persona, la práctica religiosa no es tanto una circunstancia invariable como un aspecto de la vida privada, en el cual además pueden influir voluntariamente los trabajadores afectados. Mientras que un trabajador no puede “dejar en el guardarropa su sexo, su color de piel, su origen étnico, su orientación sexual, su edad ni su discapacidad al acceder a las instalaciones de su empresario, sí se le puede exigir un cierto recato en el trabajo con respecto al ejercicio de su religión, ya sea en relación con sus prácticas religiosas, sus comportamientos motivados por la religión o (como aquí sucede) su forma de vestir”⁶⁶. En consecuencia, de acuerdo con el razonamiento de la Abogada General, dado que uno puede elegir una religión, sería adecuada una limitación de la manifestación de la libertad religiosa porque la religión no es inmutable. Como señala Vickers, este

⁶⁴ Asunto C-157/15 Conclusiones ECLI:EU:C:2016:382, 31/05/2016.

⁶⁵ Asunto C-157/15 Conclusiones, par. 3

⁶⁶ Asunto C-157/15 Conclusiones, par. 116

argumento es altamente cuestionado⁶⁷. Incluso cuando la religión sea una opción voluntaria, el coste que soporta cualquier creyente al renunciar a un aspecto clave de su identidad es importante. Existen otro tipo de características personales relativas a la identidad que pueden elegirse, como el embarazo y la identidad como madre, y no por ello podría justificarse una discriminación basada en el género. En contraste con la posición de AG Kokott, la Abogada General Sharpston sostuvo en *Bougnaoui* lo contrario: "sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con su religión"⁶⁸. A mi juicio, la derecho de la Unión Europea debería proteger las manifestaciones de las creencias fundamentales no porque sean inmutables, sino por su importancia y centralidad en la dignidad del individuo. No debe olvidarse que la UE se basa, entre otros principios, en el valor del respeto de la dignidad y la libertad del ser humano (artículo 2 del TUE). El hecho de que la intensidad de la observancia religiosa pueda fluctuar a lo largo de la vida de una persona no significa que la fe o las creencias no merezcan su debida protección. Lamentablemente, la AG Kokott sugiere que existen ciertos "grados" en el tema religioso al apuntar en su argumento que una religión "moderada" es más apropiada para el ámbito laboral. Este tipo de condescendencia sobre lo que significan las "creencias religiosas" para la vida de una persona es otra manifestación más del tipo de paternalismo invasivo en el que igualmente incurrió el Tribunal de Estrasburgo. Del razonamiento jurídico de *Achbita* se deduce que la conciencia de todo creyente, muy en concreto de las mujeres musulmanas,

⁶⁷ Vickers, L, 2016, "ECJ Headscarf Series 2: The Role of Choice; and the Margin of Appreciation", Strasbourg Observers, 8 September 2016 <<https://strasbourgobservers.com/2016/09/08/blog-series-the-role-of-choice-and-the-margin-of-appreciation>>

⁶⁸ (...) para un miembro practicante de una religión, la identidad religiosa forma parte integrante de su ser. Los requisitos impuestos por la fe —su disciplina y las normas sobre la manera en que los adeptos deben llevar su vida— no son elementos que deban aplicarse cuando uno no esté trabajando (digamos, por la noche y durante los fines de semana para quienes tengan un trabajo de oficina) y que puedan dejarse discretamente de lado en horas de trabajo. Según las reglas particulares de la religión en cuestión y el grado en el que un determinado individuo sea practicante, alguno de dichos elementos puede, por supuesto, no ser de obligado cumplimiento para dicho individuo y, por lo tanto, ser negociable. Pero sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con su religión (...), Asunto C-188/15, Conclusiones, par. 118

se enfrenta con el dilema de dejar su religión a las puertas del trabajo o quedarse excluidas del mundo laboral.

Por último, la idea de neutralidad que sostiene AG Kokott implica una restricción a cualquier manifestación de la libertad religiosa que se realice mediante símbolos religiosos personales. En su razonamiento indica:

“Si bien la actividad de una recepcionista puede desempeñarse igual de bien con velo que sin él, también es cierto que puede formar parte del contexto en que se lleva a cabo observar las normas de indumentaria impuestas por el empresario (por ejemplo, la obligación de llevar una ropa de trabajo o un uniforme, o bien la eventual prohibición de llevar símbolos religiosos, políticos o filosóficos visibles), de manera que la trabajadora desarrolla su trabajo en un contexto en que debe renunciar a su velo (...) una empresa (como G4S) puede optar por una política de estricta neutralidad religiosa y de convicciones y, con vistas a la realización de esa imagen, exigir a sus trabajadores como requisito profesional la correspondiente presencia neutral en el puesto de trabajo”⁶⁹

Es decir, en el juicio de proporcionalidad que implica cualquier ponderación de intereses y derechos en conflicto, el elemento de la neutralidad religiosa prevalece sobre los intereses legítimos de las trabajadoras afectadas porque no ha excedido los límites del margen de apreciación empresarial. Como señala AG Kokott: “(...) en este caso resulta especialmente oportuna una política de neutralidad, y no sólo por la diversidad de los clientes atendidos por G4S, sino también por la especial naturaleza de las actividades desarrolladas por el personal de G4S, que se caracterizan por un contacto permanente cara a cara con terceras personas y que determinan la propia imagen de G4S, pero sobre todo también la imagen pública de sus clientes”⁷⁰. Como afirma Brems, extender la neutralidad al sector privado significa “un gran salto” jurídico porque “la neutralidad puede encubrir fácilmente prejuicios”⁷¹. Si la política de neutralidad se rige por las demandas y expectativas de los clientes puede ser muy peligrosa. Como indica AG Sharpston en *Bouagnaoui*: “cuando la propia actitud del cliente puede indicar que éste tiene un prejuicio basado en uno de los “criterios prohibidos”, como la religión, me parece particularmente peligroso que se

⁶⁹ Asunto C-188/1, Conclusiones, par. 76

⁷⁰ Asunto C-157/15, Conclusiones, par. 94

⁷¹ Brems, E. 2017, “Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace”, Blog of the IACL, AIDC, <https://iacl-aicd-blog.org/2017/03/25/analysis-european-court-of-justice-allows-bans-on-religious-dress-in-the-workplace/>.

dispense al empresario del deber de cumplir con la obligación de la igualdad de trato para complacer tal prejuicio”⁷².

El impacto de estos dos casos en la jurisprudencia de los tribunales europeos nacionales esta aun por evaluar. Sin embargo, es necesario recordar el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el intérprete supremo del derecho de la Unión Europea. Como órgano encargado de proporcionar normas comunes y orientación para aplicar la legislación de la UE en una Europa pluralmente religiosa y diversa, el Tribunal ha enviado un mensaje de exclusión y de intolerancia. El resultado en estos dos casos, y en los próximos que sigan el razonamiento jurídico del CJEU, es la exclusión de un tipo concreto de diversidad religiosa, la de las mujeres musulmanes en el ámbito laboral, las cuales quedan apartadas del sector privado empresarial al arbitrio de la política de neutralidad que desee imponer el empresario. Los efectos para la cohesión social y la repercusión estructural en el mercado laboral pueden ser devastadores para la efectiva integración de las mujeres musulmanas.

4. Conclusión

Combatir la islamofobia significa luchar contra el mayor enemigo de las democracias europeas: el odio y la exclusión. Tanto uno como otro puede presentarse de maneras muy diversas, explícitas o sutiles. Por este motivo es muy importante identificar las manifestaciones de la islamofobia a fin de articular las respuestas más adecuadas para erradicarla. Se requieren medidas de acción inmediata, además de campañas de sensibilización sobre la importancia de la diversidad y la convivencia de diferentes culturas y religiones.

Ser musulmán y musulmana en Europa es hoy algo más que ser fiel a una tradición cultural o religiosa concreta. Se ha convertido en un estigma con independencia de que los musulmanes practiquen de forma más o menos estricta el islam. Son muchas las voces que siguen planteando dudas respecto a la integración de los creyentes musulmanes en nuestra sociedad y son muy pocas las que lamentan la regresión que provoca seguir cuestionando la presencia del islam y de los musulmanes en Europa desde hace siglos. Todo ello está facilitando una polarización entre la sociedad en

⁷² Asunto C-188/1, Conclusiones, par. 133

su conjunto y las comunidades musulmanas, cada vez más ensimismadas como defensa frente a la propagación de la islamofobia.

Es necesario recuperar la confianza en el reconocimiento del islam. Una sociedad alimentada desde el temor y el miedo a “lo musulmán” es una sociedad secuestrada al fundamentalismo y vendida a la irracionalidad. Cuando la irracionalidad avanza, la democracia retrocede y la confianza en la convivencia se quiebra. La sociedad europea es la expresión de pertenencias múltiples que se desarrollan en el marco de sociedades cada vez más plurales, complejas y contradictorias como son las nuestras. El derecho de la Unión Europea tiene instrumentos jurídicos para luchar contra la exclusión, la discriminación y la islamofobia. Solo falta recordar con mucha insistencia y con la voz bien alta los valores fundantes de la Unión Europea: la libertad, la igualdad, la autonomía del individuo y el respeto por la dignidad humana, también la de todos los ciudadanos musulmanes.

BIBLIOGRAFIA

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) 2017, Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II): Muslims - Selected findings <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/eumidis-ii-muslims-selected-findings>

Bectovic, S. 2011, “Studying Muslims and constructing Islamic identity”, *Ethnic and Racial Studies*, vol. 34, n.º 7 1.120-1

Bayraklı, E. & Hafez, F. 2016, *European Islamophobia Report 2015*, Istanbul, SETA

Bayraklı, E. & Hafez, F. *European Islamophobia Report 2016*, Istanbul, SETA

Brems, E. 2013, “Face veil Bans in the European Court of Human Rights: The importance of empirical findings”, *Journal of Law and Policy*, vol. 22, 517-551

Brems, E (ed.) 2014, *The Experience of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge, CUP

Brems, E. 2017, “Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace”, Blog of the IACL, AIDC, <https://iacl-aidc-blog.org/2017/03/25/analysis-european-court-of-justice-allows-bans-on-religious-dress-in-the-workplace/>

Evans, C. 2001, *Freedom of Religion under the ECHR*, Oxford, Oxford University Press

EUMC, 2006, Muslims in the European Union Discrimination and Islamophobia, <http://fra.europa.eu/en/publication/2006/highlights-eumc-report-muslims-european-union-discrimination-and-islamophobia>

Horward, E. 2012, “Banning Islamic Veils-Is Gender Equality a Valid Argument?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 13.3, 147-165

Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC), Los musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia <http://fra.europa.eu/en/publication/2006/highlights-eumc-report-muslims-european-union-discrimination-and-islamophobia>

O’Neill, B. y otras, 2014, “Freedom of religion, women’s agency and banning the face veil: the role of feminista beliefs in zapping women’s opinión”, *Ethnic and Racial Studies*, 1.16

Murdoch, J. 2012, *Protecting Right of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg Council of Europe

Martínez-Torrón, J, 2003, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RGDEyDC*, núm. 2

Palomino, R. 2016, “Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos Achbita y Bougnaoui”, *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 2,no 2

Peroni, L. 2014, “Religion and culture in the discourse of the European Court of Human Rights: the risks of stereotyping and naturalising”, *International Journal of Law in Context*, 10, 2, 195-231

Petkoff, P, 2012, “Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Religion & Human Rights*, vol. 7 issue 3, 183-214

Relaño Pastor, E. 2015, “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, *Debates jurídicos*, num. 5, <http://www.rightsinternationalspain.org/es/quienes-somos/19/eugenia-relano>

Relaño Pastor, E. 2018, "Religious discrimination at work: Achbita & Bougnaoui cases" en Uladzislau Belavusau & Kristin Henrard (eds.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Hart: Oxford, 2018 (en imprenta)

Runnymede Trust, 1997, *Islamophobia: a Challenge for Us All*, Londres: URL: <https://www.runnymedetrust.org/projects-and-publications/past-projects/commissionOnBritishMuslims.html>

Sánchez-Bayón, A. 2016, "Prisma holístico para una teoría social posglobalizatoria: papel de la religión y su relación con el resto de esferas sociales", *Cauriensia*, XI: 675-96

Sánchez-Bayón, A., Valero-Matas, J. 2017, "Comunidad ahmadía del Islam: ¿interlocutor en el diálogo Oriente-Occidente?", *Cauriensia*, XII: 767-78

Said, E. 1995, *Orientalismo*, Ed. Debolsillo

Vakulenko, A. 2012, *Islamic Veiling in Legal Discourse*, Cambridge, Routledge

Vickers, L., 2016, "ECJ Headscarf Series 2: The Role of Choice; and the Margin of Appreciation", *Strasbourg Observers*, 8 September 2016, URL: <https://strasbourgobservers.com/2016/09/08/blog-series-the-role-of-choice-and-the-margin-of-appreciation>

Yahyaoui Krivenko, E. 2012, "The Islamic Veil and its Discontents: How Do They undermine Gender Equity? *Religion and Human Rights*, 7, 11-29