

EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES  
UNIDAS Y EL TRIBUNAL EUROPEO; CONVERGENCIAS  
Y DIVERGENCIAS EN MATERIA DE SIMBOLOGÍA  
RELIGIOSA

THE UNITED NATIONS COMMITTEE ON HUMAN  
RIGHTS AND THE EUROPEAN COURT;  
CONVERGENCIAS AND DIVERGENCES IN THE MATTER  
OF RELIGIOUS SYMBOLS

AGUSTÍN MOTILLA  
*Universidad Carlos III*

[https://doi.org/10.55104/ADEE\\_00006](https://doi.org/10.55104/ADEE_00006)

Recibido: 22/08/2022

Aceptado: 15/09/2022

**Abstract:** It might be astonishing to verify how the rulings of two important international bodies with judicial or quasi-judicial functions in human rights matters –the European Court of Human Rights created by the Convention of Rome, and the United Nations Committee born by the International Covenant on Civil and Political Rights– are, at times, diametrically opposed. We could see this fact in a controversial issue of modern society: symbols and garments of religious significance. This issue put at stake the public acceptance of minority groups in western societies and the range of acknowledge of the freedom of thought, conscience and religion. This article analyzes three examples of religious symbology –the one exhibited in the public school, in the photos required to obtain certain documents, and the so-called «full-face veil» in any public space–, banned in a European country, France, where the arguments and the decisions of both international bodies are radically divergent. Next, we raise questions about the possible motives –structural or substantial– that could explain said divergence in the different interpretation and application of the limits to freedom of religion. And, finally, we propose some solutions *de jure condendo* in order to bring the doctrines of the Strasbourg Court and the Geneva

Committee closer together, for the sake of a convergent interpretation and application of a right that is regulated in a very similar way in the European Convention and in the International Covenant.

**Keywords:** European Court, Human Rights Committee, religious symbols and garments, right to freedom of thought, conscience and religion, minority groups, non-discrimination on religious grounds, margin of appreciation.

**Resumen:** No deja de sorprender cómo los fallos de dos importantes órganos internacionales con funciones judiciales o cuasi-judiciales en materia de derechos humanos –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos creado en el Convenio de Roma, y el Comité de Naciones Unidas en aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos– son, en ocasiones, diametralmente opuestos. Lo contemplamos en una materia de singular importancia y actualidad en el ámbito de las manifestaciones de la libertad de pensamiento, conciencia y religión: los símbolos y vestimentas religiosas. Esta cuestión plantea, a su vez, el grado de aceptación de las minorías religiosas en las sociedades occidentales y la amplitud del reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El trabajo contempla tres supuestos de simbología religiosa –la exhibida en la escuela pública, en las fotos requeridas para la obtención de documentos, y el denominado «velo integral» en cualquier espacio público–, prohibidos en un país europeo, Francia, en donde las argumentaciones y la decisión de ambos órganos son radicalmente divergentes. A continuación se estudian las posibles causas –estructurales y sustanciales– que pudieran explicar dicha divergencia en la distinta interpretación y aplicación de los límites al derecho a la libertad religiosa; y se ofrecen unas propuestas *de iure condendo* a fin de acercar las doctrinas del Tribunal de Estrasburgo y del Comité de Ginebra, en aras de una interpretación y aplicación convergente de un derecho que se regula de manera muy similar en el Convenio Europeo y en el Pacto Internacional.

**Palabras clave:** Tribunal Europeo, Comité de Derechos Humanos, simbología y vestimenta religiosa, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, grupos minoritarios, discriminación por motivos religiosos, margen de libre apreciación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Discordancias en la cuestión de los símbolos portados por razón de la religión o las convicciones. 2.1 Simbología religiosa en la escuela pública. 2.2 Atuendos de significación religiosa en las fotos que han de incorporarse a

documentos identificativos. 2.3 La prohibición del llamado «velo integral»: el *burka* y el *niqab* islámicos. 2.4 Síntesis conclusiva 3. Causas que pudieran explicar los diferentes criterios entre el Comité y el Tribunal Europeo en la resolución de los casos. 3.1 Razones estructurales: las distintas naturalezas y funciones encomendadas por los convenios fundacionales. 3.2 Razones de fondo: la invocación de la doctrina del margen de libre apreciación de los Estados. 3.2.1 Evolución de la doctrina del TEDH: la intensificación del control de Estrasburgo del margen de libre apreciación de los Estados. 4. Vías de aproximación entre la jurisprudencia del Comité y el Tribunal Europeo en materia de simbología religiosa: propuestas hacia la convergencia doctrinal. 5. Consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

No sería exagerado afirmar que una de las características más relevantes del Derecho contemporáneo es la formulación de los derechos humanos en su función de límites a la acción de los poderes públicos y de principios informadores del sistema jurídico. Derechos reconocidos en los textos constitucionales de los Estados, y cuyo cumplimiento y eficacia los ordenamientos garantizan normativa y procesalmente. No en vano se constituyen como una de las piedras angulares del régimen de las democracias pluralistas.

Es remarcable, asimismo, el proceso de internacionalización de los derechos humanos que se inicia tras la II Guerra Mundial; en el ámbito universal de Naciones Unidas, y en el regional-europeo del Consejo de Europa. La finalidad común es la imposición de los derechos que emanan de la naturaleza humana por encima de la soberanía de los Estados. A fin de su tutela y salvaguarda, los convenios que lo reconocen, o los protocolos abiertos con posterioridad a la firma de los Estados-parte, crean instituciones a las que se dota de funciones en la aplicación de los derechos formulados en los convenios. Incluso aceptando las demandas de individuos o colectivos contra Estados determinados.

Tales son los casos de los dos órganos internacionales que estudiamos en el presente trabajo: el Comité de Derechos Humanos de la ONU, creado para la resolución de conflictos surgidos en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>1</sup>; o, en la esfera regional, el Tribunal

---

<sup>1</sup> Sobre el Comité de Naciones Unidas, vid., entre otros, ALSTON, P. y GOODMAN, R., *International Human Rights. The successor to International Human Rights in context*, Oxford University Press, Oxford 2013; BUERGENTHAL, T., *The U. N. Human Rights Committee*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, 5 (2001), pp. 341 ss.; DE ZAYAS, A., *Petitions Before the United Nations Treaty Bodies: Focus on the Human Rights Committee's Optional Protocol Procedure*, «Internatio-

Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como órgano jurisdiccional que conoce y falla las demandas contra los Estados miembros del Consejo de Europa que se someten al juicio del referido Tribunal, en la interpretación y subsunción al caso concreto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>2</sup>.

En línea de principio, la argumentación y el sentido de los fallos de estos dos órganos internacionales de derechos humanos debiera coincidir; o, por lo menos, alinearse en las directrices de aplicación de los Convenios. También en materia de libertad ideológica y religiosa: el artículo 18 del PIDCP y el artículo 9 del CEDH proclaman el derecho a la libertad de pensamiento conciencia y religión de manera muy similar, señalando tanto el contenido esencial como sus limitaciones.

Sin embargo, se constata que poseer una base normativa común no se traduce en la similitud de la *ratio decidendi* entre el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo.

Variabilidad de las decisiones que podría atribuirse al objeto de los pronunciamientos y el Derecho aplicable. Los derechos humanos proclamados en el PIDCP y el CEDH participan de la naturaleza de cláusulas generales de interpretación abierta. A diferencia de las normas-reglas emanadas de las leyes, los derechos fundamentales, así como los principios y valores constitucionales, se aplican a través de la ponderación; esto es, equilibrando los intereses en discordia que mutuamente se autolimita. Citando a Zagrebelsky, «la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación... el «balanceo» entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de la proporcionalidad... entra en este enfoque»<sup>3</sup>. No cabe duda que las coordenadas en que se mueve la eficacia real de los derechos contenidos en el Pacto y en el Convenio, utilizando criterios ponderativos, requieren un margen de discrecionalidad –y, por ende, de imprevisibilidad– indudablemente superior a las técnicas de la subsunción de las reglas jurídicas en general.

---

nal Human Rights Monitoring Mechanism: Essay in Honor of Jakob Th. Möller» (ALFREDSSON, G. ed.), 2.<sup>a</sup> ed. Martinus Nijhoff 2009; LERNER, N., *Religion, Beliefs, and International Human Rights*, Orbis Books 2000; SALVIOLI, F., *La labor de quienes integran el Comité de Derechos Humanos*, «Revista Derechos Humanos», Año III, no. 7, septiembre de 2014; SCHEININ, M., *The Human Rights Committee and Freedom of Religion or Belief*, «Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook» (DURHAM, W. C. ed.), Martinus Nijhoff, 2004.

<sup>2</sup> Sobre la historia del Consejo de Europa y sus organismos puede consultarse, entre otros, WASSENBERG, B., *History of the Council of Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2013.

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil* (traducción de M. Gascón), Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 125. (Vid., en general, el epígrafe «*Juris prudentia* frente a *scientia iuris*», pp. 122-126).

Sentado lo anterior, no puede por más que llamar la atención que, en ocasiones, el sentido de las decisiones de uno u otro órgano sea diametralmente opuesto: allí donde el Comité aprecia una violación del artículo 18 del Pacto por parte de un Estado, Estrasburgo justifica la acción en, a su entender, la correcta acción de aquel en la aplicación de los límites del mencionado derecho.

Botón de muestra son los casos fallados en materia de vestimenta y simbología religiosa. Tanto en el ámbito del Consejo de Europa como en Naciones Unidas, en la doctrina marcada por sus órganos –judiciales o cuasi judiciales– se reconoce el derecho de llevar vestimentas o símbolos religiosos como parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento conciencia y religión en sus manifestaciones. De manera expresa el Comentario General número 22 del Comité de Derechos Humanos al artículo 18 del PIDCP<sup>4</sup> afirma que «la observancia y la práctica de la religión o la creencia incluye no solo los actos ceremoniales sino también... el llevar ropas distintivas o indumentarias para cubrir la cabeza...» La prohibición por parte de los poderes públicos en supuestos particulares supone, por tanto, una injerencia en el derecho fundamental. La cuestión se centra en analizar si el veto está justificado en los límites de dicho derecho; esto es, en el orden público definido por ley para proteger la seguridad, la salud, la moral o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Veremos en el próximo epígrafe cómo juegan estos límites en materia de vestimenta religiosa.

## 2. DISCORDANCIAS EN LA CUESTIÓN DE LOS SÍMBOLOS PORTADOS POR RAZÓN DE LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES

Nos centraremos en tres conflictos en torno a la simbología religiosa en los que se han verificado decisiones contrastantes entre el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo. Se expondrán los casos y las argumentaciones jurídicas de ambos órganos jurisdiccionales internacionales que sustentan los fallos divergentes. Los supuestos de hecho analizados bajo estos parámetros son los que se enumeran a continuación: la prohibición de símbolos religiosos ostentados en la escuela pública; la imposición de llevar la cabeza descubierta en las fotos requeridas para obtener determinados carnés –de residencia, pasaporte, de conducción...–; y la prohibición del denominado «velo integral» (*niqab* o *burka*) en todos los espacios públicos. El común denominador de los tres lo constituye el Estado demandado: Francia. Sin que ello sea óbice para que,

---

<sup>4</sup> Adoptado el 20 de julio de 1993 [U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4 (1993)].

especialmente en el primer ámbito señalado, la prohibición de símbolos en la escuela, también se ejerza la acción –en el ámbito de Naciones Unidas– contra otros Estados como Uzbekistán o Turquía. Primero se expondrá la decisión adoptada en ese –o esos– casos por el Comité de Derechos Humanos; a continuación nos referiremos a la postura adoptada por el Tribunal de Estrasburgo.

## 2.1 Simbología religiosa en la escuela pública

En el marco de las resoluciones del Comité encontramos dos vestimentas o atuendos con significación religiosa que fueron prohibidos por las autoridades educativas en los colegios públicos<sup>5</sup> y que, al final y ante la negativa del alumno a prescindir de ellos, motivaron la expulsión del centro.

En el caso *Bikramjit Singh v. Francia*, de 4 de febrero de 2013<sup>6</sup>, un estudiante de religión Sikh de un colegio público del distrito parisino de Saint-Denis/Sena se le conmina para que, en aplicación de la Ley de 15 de marzo de 2004 que prohíbe las ropas o los símbolos ostentosos de significación religiosa, se despoje de su *keski* (pequeña pieza de color oscuro, como un turbante, que cubre su pelo) por ir en contra del principio del secularismo de la escuela.

---

<sup>5</sup> Sobre simbología religiosa en la escuela pública y las decisiones jurisprudenciales de los organismos internacionales pueden consultarse, entre otros, AA. VV., *Diritto e Religione in Europa. Rapporto sulla Giurisprudenza Della Corte Europea del Diritti dell'uomo in materia de libertà religiosa* (coord. MAZZOLA, R.), Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 117 ss., 141 ss.; ALÁEZ, B., *Símbolos Religiosos y Derechos Fundamentales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. LXVII (2003), pp. 89-128; CAÑAMARES, S., *El empleo de simbología religiosa en Francia. Las propuestas de la Comisión para la reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», vol. XXII (2006), pp. 249-343; CIÁURRIZ, M. J., *Laicidad y Ley Sobre los Símbolos Religiosos en Francia*, «El Pañuelo islámico en Europa» (coord. MOTILLA, A.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 91-139; EVANS, M. D., *Manual of the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Editions du Conseil de l'Europe-Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009; GARAY A., *Laïcité, école et appartenance religieuse: pour un bilan exigeant de la loi num. 2004-228 du 15 mars 2004*, «Cahiers de la recherche sur les droit fondamentaux», 4 (2005), pp. 1-29; MARTÍ, J. M., *Los conflictos por el uso de las vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», vol. XXVIII (2012), pp. 103-141; MORENO, M., *Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 10 (2006); MOTILLA, A., *El problema del velo islámico en Europa y en España*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», vol. XXII (2006), pp. 19-35; NAVARRO VALLS y MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2012, pp. 317 ss.; PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad Religiosa y Espacios Públicos. Laicidad, Pluralismo y Símbolos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2010; Scheinin M., *International Human Rights Law and the Islamic Headscarf: A Short Note on the Position of the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee*, «Islam, Europe and Emerging Legal Issues» (DURHAM, W. C., ed.), Ashgate 2012.

<sup>6</sup> CCPR/C/106/D/1852/2008.

En este punto y, en general, para otros casos en los que se plantea el uso del turbante sikh, habría que subrayar que, según esta religión, el pelo del hombre se considera sagrado. Nunca puede ser cortado y ha de protegerse –y ocultarse de la vista de los demás– con el turbante ceremonial, que en el caso de niños y jóvenes se denomina, como dijimos, *keski*. En ningún momento es portado por razones proselitistas, concepto este extraño a la religión Sikh, sino como un precepto esencial de su doctrina.

La negativa a despojarse del *keski* inicia un procedimiento sancionador que lleva a separarle de los otros alumnos asignándosele un profesor de apoyo y, finalmente, tras la resolución de la Junta disciplinaria del colegio, a expulsarle permanentemente. Las instancias administrativas y judiciales confirman la decisión de la escuela en aplicación de la ley de 2004. El colegial sikh se ve abocado a seguir sus estudios por correspondencia, a través del sistema de educación a distancia.

La demanda se interpone por violación de determinados preceptos del PIDCP: del derecho a la vida privada (art. 17); del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18); y la discriminación indirecta de los sikhs (art. 26), al permitir que otros alumnos lleven símbolos discretos. Lesiones de derechos fundamentales que, en opinión de la parte demandante, no se justifican en razones de orden público o seguridad, o en los derechos de los otros –se insiste en que se porta el turbante por motivos religiosos que excluyen el proselitismo o la provocación–; solo se justifica en un principio que informa al Estado, el secularismo, y que discrimina a minorías religiosas tales como los musulmanes, los judíos y los sikhs. Principio que, de contrario, invoca al Estado francés para legitimar la medida, aplicada conforme a lo dispuesto en la Ley del 2004.

El Comité, una vez admitida a examen la demanda, establece como objeto de pronunciamiento la siguiente cuestión: si la expulsión del colegio por llevar el *keski* supone una vulneración del derecho a manifestar la religión protegida en el artículo 18 del Pacto.

Antes de adentrarse en el examen del caso, el Comité se refiere a la Ley francesa y la invocación del principio secularista como un medio para proteger el derecho de libertad religiosa: trata de aplicar los límites del orden, la salud y los derechos de otros ante una serie de incidentes graves en relación al pañuelo islámico. Ese mismo hecho explica el carácter excepcional de la Ley: se prohíben en las escuelas, no en otros lugares y edificios públicos<sup>7</sup>.

En el juicio del caso *Bikramjit Singh*, el Comité considera como hecho probado que llevar el *keski* es, más que un símbolo religioso, un elemento

---

<sup>7</sup> Punto 8.6 de la Comunicación núm. 1852/2008.

esencial en la doctrina de los sikhs. La prohibición generalizada de la Ley francesa sobre todo «signo ostentoso» debe anudarse con los límites al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Y, en este aspecto, a juicio del Comité el «Estado no ha demostrado convincentemente que llevando el *keski* el demandante amenaza los derechos de los otros, o el orden público de la escuela»<sup>8</sup>. La sanción de la expulsión es desproporcionada y afecta gravemente al derecho del demandante a la educación. Además, no fue adoptada por la conducta del menor, ni atendió al riesgo al orden y a la seguridad general derivado de acciones concretas de este, sino por pertenecer a una minoría religiosa cuyas obligaciones de tal naturaleza le imponen un determinado atuendo. Tampoco prueba la Administración francesa que el sacrificio requerido al menor, limitador de sus derechos, fuera necesario o proporcionado. Por lo cual, concluye el Comité, la expulsión del centro supone una violación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrado en el artículo 18 del Pacto; por lo que se reclama al Estado el remediar tal vulneración y revisar la Ley del 2004 a la luz de los derechos reconocidos en el Pacto, en especial de la libertad a manifestar la religión.

En realidad la decisión del Comité *Bikramjit Singh* contaba con el precedente de la Comunicación de 5 de noviembre de 2004 en el caso *Hudoybrganova v. Uzbequistán*<sup>9</sup>, en un supuesto de prohibición del *hiyab* o pañuelo islámico portado por una mujer musulmana en una universidad de aquel país. La demandante era una estudiante adscrita al Departamento de Farsi de la Facultad de Idiomas del Instituto Estatal de Idiomas Orientales. En 1998 una ley prohíbe los atuendos religiosos en los lugares públicos. Se le conmina a quitarse el *hiyab*, a lo cual se niega alegando su condición de musulmana observante. Primero se le expulsa de la residencia donde vivía y, posteriormente, del Instituto. Agotados los recursos internos, acude al Comité alegando la violación de los artículos 18 y 19 del PIDCP.

El órgano de Naciones Unidas, en un escueto razonamiento, considera que la expulsión es una intromisión en su derecho a manifestar la religión, no necesaria por cuanto el Estado no da motivo alguno de por qué llevar el pañuelo islámico afecta a la seguridad, al orden, a la salud o a la moral. Aunque el Estado, argumenta el Comité, pueda restringir ciertas expresiones de fe y adoptar medidas específicas, estas han de basarse en los límites a la libertad que enumera el párrafo tercero del artículo 18 del Pacto. Al no justificarse en tales elementos integrantes del límite genérico del orden público, el Estado incurre

---

<sup>8</sup> Punto 8.7.

<sup>9</sup> CCPR/C/82/D/931/2000.



en una violación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de la demandante.

En el ámbito de la aplicación del Convenio Europeo, el Tribunal de Estrasburgo adopta una postura diametralmente opuesta. En las numerosas demandas que ha recibido por la expulsión de jóvenes de la escuela pública debido a que llevaban vestimentas de significación religiosa –pañuelo islámico o *keski sikh*– dirigidas contra Francia<sup>10</sup> y Turquía<sup>11</sup>, el órgano jurisdiccional del Consejo de Europa rechaza en todos los casos la pretensión de declarar que existe una violación de los artículos 8 –derecho a la vida privada– y 9 –derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión–, entre otros, y resuelve rechazando la demanda por falta de fundamento jurídico. La doctrina sentada que, en realidad, da la razón a las argumentaciones de los Estados demandados, Francia o Turquía, puede sintetizarse en los siguientes puntos.

1. Se reconoce que la resolución de expulsión del colegio restringe el derecho a la libertad religiosa en sus manifestaciones, que comprende el que los alumnos puedan portar símbolos o vestimentas de esa naturaleza.

2. No obstante, el Estado es competente para organizar el ejercicio de la pluralidad de religiones, siempre que no realice una valoración de sus creencias; también si parte de los postulados ínsitos al respeto de una estricta neutralidad e imparcialidad. Desde esta perspectiva, los poderes públicos pueden limitar las manifestaciones de las creencias y, entre ellas, los símbolos religiosos para garantizar el orden público, la libertad o la seguridad (en este último supuesto, imponiendo, por ejemplo, el uso del casco a un motociclista<sup>12</sup>, u obligando a un miembro de esta misma religión a quitarse el turbante en un control aeroportuario<sup>13</sup>).

3. La neutralidad absoluta de la escuela, adoptada bajo el principio o valor constitucional de la laicidad, es una medida lícita en defensa de la igualdad de todos; respetuosa, por tanto, con las exigencias del CEDH. Las leyes que prohíben símbolos religiosos ostentosos son, en principio, compatibles con el Convenio al perseguir, además de la protección del principio del secularismo, el respeto de los derechos de los otros y el orden público.

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en las decisiones de inadmisión del Tribunal en los casos Rangit Singh, de 30 de junio de 2009 (núm. app. 27561/08), Kervanci, de 4 de diciembre de 2008 (núm. app. 31645/04) y Jasvir Singh, de 30 de junio de 2009 (núm. app. 25463/08).

<sup>11</sup> Decisión Leyla Sahin, de 10 de noviembre de 2005 (núm. app. 4474/98).

<sup>12</sup> Decisión de la Com. EDH X v. Reino Unido, de 12 de julio de 1978 (núm. app. 7992/77).

<sup>13</sup> Sentencia del TEDH Phull v. Francia, de 11 de enero de 2005 (núm. app. 35753/03).

4. Lo cual, a juicio del Tribunal, justifica la medida, puesta en cuestión de contrario, de la expulsión de los jóvenes portadores de vestimenta religiosas de los colegios públicos. Esta es acorde con la ley, persigue el fin, legítimo, de mantener la neutralidad y el secularismo, así como proteger el orden público y tutelar los derechos de terceros, y directamente no pone en cuestión las creencias religiosas de las minorías. Además, añade Estrasburgo, no vulnera el derecho a la enseñanza de los alumnos ya que pueden continuar sus estudios en otra escuela –se entiende que privada– o en el sistema de la educación a distancia.

5. En realidad, el TEDH viene a reiterar su criterio de que la estricta neutralidad del Estado –especialmente relevante en el ámbito de la escuela pública–, corolario del principio constitucional de laicidad adoptado por países como Francia o Turquía, no vulnera el Convenio Europeo –incluso en el caso de que se otorgue a este más peso que a los derechos individuales–, ni es trabajo del Tribunal juzgar el modelo<sup>14</sup>. Las medidas adoptadas por las autoridades bajo ese principio entran dentro del margen de libre apreciación de los poderes públicos en su regulación interna del pluralismo confesional. Lo cual lleva, en conclusión, a que Estrasburgo acepte y «bendiga» –en la aplicación del CEDH– los argumentos esgrimidos por Estados que acogen como principio supremo el secularismo para prohibir los símbolos religiosos de las principales minorías.

## 2.2 Atuendos de significación religiosa en las fotos que han de incorporarse a documentos identificativos

Reseñamos en este apartado dos casos decididos por el Comité de Derechos Humanos. Ambos se refieren a varones de la minoría sikh que se les requiere que se despojen de su turbante en la foto que han de entregar para obtener un documento público. A lo cual se condiciona que puedan beneficiarse de los derechos que otorga la concesión de la acreditación que piden. También en los dos supuestos la demanda se dirige contra el Estado francés, que invoca la aplicación de la legislación interna que exige que en las fotos aportadas a la Administración la imagen del solicitante se presente con la cabeza descubierta.

En la Comunicación del Comité *Ranjit Singh v. Francia*, de 22 de julio de 2011<sup>15</sup>, al demandante, de nacionalidad india y refugiado en Francia, se le denegó la renovación de la tarjeta de residencia por presentar fotos llevando el turbante sikh, lo cual contraviene la legislación interna que, como dijimos,

---

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, la Sentencia *Ebrahimian v. Francia*, de 25 de noviembre de 2015 (núm. app. 64846/11), párrafo 71.<sup>o</sup>

<sup>15</sup> CCPR/C/102/D/1876/2009.

exige no llevar tapada la cabeza aduciendo la mejor identificación de la persona. La no renovación de la residencia implica asimismo la pérdida de importantes beneficios públicos.

El supuesto resuelto por el Comité el 15 de diciembre de 2008 *Shingara Mann Singh v. Francia*<sup>16</sup> es más llamativo, si cabe, puesto que al varón de religión Sikh se le permitió en tres ocasiones la renovación del pasaporte presentando fotos en las que aparecía con el turbante ritual. No obstante, a la cuarta solicitud se le denegó por el motivo señalado líneas atrás: no llevar la cabeza descubierta.

En ambos casos, y como ya se ha señalado, las demandas ponen de relieve la importancia ritual del turbante. Enseñar el pelo –que no se permite cortar en su religión– es expresión de rechazo a su fe y una muestra de humillación y degradación personal. El Comité también señala que no se trata solo de prescindir del turbante una sola vez, para la foto; será obligado quitárselo siempre que las autoridades públicas pretendan identificar a la persona con la imagen que aparezca en el carnet o pasaporte oficial. Lo cual consideran una violación de, entre otros derechos recogidos en el PIDCP, la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 18.

El Estado alega la aplicación de los límites a ese derecho establecidos en el párrafo tercero del precepto. Obligar a llevar la cabeza descubierta en las fotos identificativas trata de evitar el fraude o la falsificación de los documentos; es, por tanto, una exigencia fundamentada en la seguridad y el orden público.

El Comité desarrolla en los dos supuestos la misma argumentación jurídica para la resolución de los casos presentados ante él. El hecho de llevar turbante se considera, siguiendo los preceptos de la religión Sikh, un deber religioso e, incluso, un elemento de la identidad personal, protegido por el derecho a manifestar la religión por medio de vestidos e indumentarias proclamado en el artículo 18 del Pacto –según la interpretación del precepto contenida en la Observación General número 22–. La legislación interna francesa prohibiendo su uso en las fotos identificativas supone, consecuentemente, una intromisión en un derecho fundamental del que se derivan consecuencias negativas: el no obtener la tarjeta de residencia y perder beneficios sociales; o no poder viajar a países del extranjero que requieran para entrar el pasaporte.

Ahora bien. ¿Puede justificarse el veto francés a las fotos sikhs en los límites del párrafo tercero del artículo 18? ¿Podría admitirse, teniendo en cuenta lo alegado por el Estado, la necesidad de evitar el fraude y la falsificación, elementos ínsitos a la seguridad pública? El órgano de Naciones Unidas admi-

---

<sup>16</sup> CCPR/C/108/D/1928/2010.

te que la medida de exigir la cabeza descubierta en las fotos pretende, en línea de principio, garantizar la identidad de las personas. Pero el Estado –prosigue el Comité– no justifica por qué un sikh con la cabeza tapada por el turbante pero con la cara al descubierto dificulta la identificación. Al contrario, la facilita, ya que siempre llevará turbante. Tampoco parece evidente que una cabeza descubierta ayude a evitar el fraude y la falsificación más que una tapada. Luego, concluye, no resulta probado que la medida prohibitiva sea necesaria, para los fines que persigue, en el contexto del 18.3. Por lo que se aprecia que el exigir fotos sin turbante supone una violación del derecho a manifestar la religión, no justificada en los límites enumerados en el PIDCP<sup>17</sup>.

Entrando en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, se da la circunstancia de que uno de los casos resueltos por el Comité de Naciones Unidas ginebrino fue fallado con anterioridad por el TEDH rechazando su admisión por considerar la demanda «manifiestamente mal fundamentada en Derecho». Efectivamente. En la decisión *Mann Singh v. Francia*, de 13 de noviembre de 2008<sup>18</sup>, el mismo demandante reclamó a Estrasburgo la condena de Francia por la supuesta violación del artículo 9 del Convenio Europeo, esta vez debido a no admitírsele la foto con turbante para la renovación del carnet de conducir<sup>19</sup>. El Tribunal respalda en su fallo la postura defendida por Francia. Si bien es cierto que se da una injerencia en el derecho a manifestar las creencias religiosas, se encuentra prescrita por la ley y persigue un fin legítimo, cual es tutelar la seguridad pública. Lo cual requiere que en las fotos de identidad los ciudadanos lleven la cabeza descubierta a fin de ser identificados por la autoridad –en el caso demandado para verificar si están autorizados a conducir un vehículo–, control necesario para la seguridad vial. Por lo cual la prohibición cumpliría, en principio, con la legitimidad de los fines limitadores del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión que enumera el párrafo segundo del artículo 9 del Convenio; considerando también que, según la doctrina de Estrasburgo, los Estados tienen un margen de libre apreciación para determinar cómo se llevan a cabo los controles de identidad personal. El Tribunal, en este punto, entiende que tanto la obligación de llevar la cabeza descubierta en las fotos como el eventual requerimiento al varón sikh de que se despoje del turbante son medi-

---

<sup>17</sup> Vid. puntos 8.4 de *Ranjit Singh* y 9.4 de *Shingara Mann Singh*.

<sup>18</sup> Núm. app. 24479/07.

<sup>19</sup> En la contestación a la demanda ante el Comité de Derechos Humanos el Estado francés alegó la posible utilización torticera de las instancias internacionales, en el uso de un singular *forum shopping*, pidiendo una satisfacción en Ginebra que el demandante no obtuvo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que desemboca, como en este caso, en decisiones contradictorias. Volvemos a este asunto más adelante.

das proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática. Por todo ello rechaza la admisión de la demanda.

### 2.3 La prohibición del llamado «velo integral»: el *burka* y el *niqab* islámicos

El Comité tuvo oportunidad de pronunciarse en torno a la prohibición que determinados países europeos han impuesto a las vestimentas con significación religiosa que oculten el rostro y el cuerpo entero de las mujeres: el *burka* o el *niqab* que exigen algunas tradiciones en el Islam<sup>20</sup>. Pionero del veto fue la República Francesa, a través de la Ley número 1192, de 11 de octubre de 2010. En la Comunicación Sonia Yaker v. Francia, de 17 de julio de 2018<sup>21</sup>, la demandante, francesa residente en el barrio parisino de Saint Denis, es de religión musulmana y porta el *niqab* por considerar que esta indumentaria es la más

<sup>20</sup> Sobre la prohibición del *burka* o el *niqab* en Europa, así como las decisiones del Tribunal Europeo, pueden consultarse, entre otros títulos, ARECES PIÑOL, M. T., *¿El velo integral, burqa y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 26 (2011); Ídem, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos valida la Ley francesa que prohíbe el Burka en los espacios públicos*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 37 (2015); CAMARERO SUÁREZ, V. y ZAMORA CAVOT, F. J., *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso S. A. S. c. Francia: Un análisis crítico*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 37 (2015); FERRARI, A., y PASTORELLI, S. (eds.), *The Burqa Affaire Across Europe: Between the Public and the Private Space*, Routledge 2016; HEIDER, J., *Unveiling the Truth Behind the French Burqa Ban: The Unwarranted Restriction of the Right to Freedom of Religion and the European Court of Human Rights*, «Indiana International and Comparative Law Review», 22 (2012), pp. 93 ss.; LA SPINA, E., *El «valor de la convivencia» como argumento fuerte y débil para la prohibición del velo integral en la jurisprudencia europea*, «Anuario de Filosofía del Derecho», 32 (2016), pp. 383-408; LICASTRO, A., *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «guardarsi in faccia» é condizione minima del «vivere insieme»*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica», 28 (2014); MARSHALL J., *S. A. S. v. France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities*, «Human Rights Law Review», 15 (2015), pp. 377 ss.; MOTILLA, A., *La prohibición del burqa en Europa*, «El velo islámico y los derechos fundamentales de la mujer» (coord. RODRÍGUEZ BLANCO, M.), Fundación Canis Majoris, Madrid 2020, pp. 13-40; PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo y símbolos*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2010; RAGEP, L., *The Constitutionality of France's Ban on the Burqa in Light of the European Convention's Arslan v. Turkey Decision on Religious Freedom*, «Wisconsin International Law Journal», 31 (2013), pp. 118 ss.; RELAÑO, E., *Prejuicios Islamófobos en los Tribunales Supranacionales Europeos*, «Journal of Sociology and Theory of Religion», 7 (2018), pp. 66 ss.; SANADER, T., *Religious Symbols and Garments in Public Spaces: A Theory for the Understanding of S. A. S. v. France*, «Vienna Journal on International Constitutional Law», 9 (2015), pp. 186 ss.; STEINBACH, A., *Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols Under the European Convention of Human Rights*, «Cambridge Journal of International and Comparative Law», 4 (2015), pp. 29 ss.; YÜSSUF, H., *S. A. S. v. France: Supporting «Living Together» or Forced Assimilation?*, «International Human Rights Law Review», 3 (2014), pp. 277 ss.

<sup>21</sup> CCPR/C/123/D/2747/2016.

adecuada según sus creencias religiosas. En el año 2011 es detenida, juzgada y declarada culpable de una infracción, conforme a la Ley del 2010, por vestir el velo integral en una calle de Nantes. Se le impone una multa de 150 € y la asistencia a un curso de ciudadanía.

El Comité considera que dicha prenda es portada por las creencias religiosas –aunque no existe precepto alguno en el Islam que la imponga– y, por tanto, es una manifestación protegida por el artículo 18 del PIDCP. La sanción supone, pues, una injerencia en el derecho. Ahora bien. ¿Se encuentra justificada en los límites establecidos en el párrafo tercero del mencionado artículo?

El Comité de Naciones Unidas examina en primer lugar si la Ley francesa se justifica en la salvaguarda de la seguridad y el orden público. La respuesta del órgano es categóricamente negativa: no está probado que el velo integral represente una amenaza general a tales límites ni tampoco el Estado ha aportado hechos concretos por los cuales portar esas vestimentas pudo suponer en el pasado un riesgo grave a la seguridad. Además, la Ley admite excepciones –por motivos deportivos, artísticos, religiosos...– que se sitúan extramuros de la sanción penal y que también podrían ser consideradas una amenaza a la seguridad.

¿*Quid* respecto del límite «los derechos y libertades fundamentales de los demás»? El Estado francés alegó que el hecho de la prohibición absoluta del *burka*, del *niqab* o de otras vestimentas que oculten el rostro de las personas se fundamenta en las normas de convivencia en una sociedad libre y abierta; esto es, garantizar la interacción social, la confianza mutua, que se excluye ante las mujeres que portan el velo integral. Este argumento, que, como veremos a continuación, fue admitido por el Tribunal de Estrasburgo para justificar la compatibilidad de la Ley francesa con el Convenio Europeo, tampoco convence al Comité de Derechos Humanos. El límite de «la convivencia» es muy vago, no identifica derechos concretos de terceros vulnerados; ni el derecho a interactuar ni a sentirse molesto por la presencia del velo integral están amparados en el Pacto. El carácter restrictivo en la interpretación de los límites a un derecho fundamental, como los proclamados en el artículo 18, hace que no puedan justificar una prohibición absoluta del *burka* o el *niqab* –que, por otro lado, añade el Comité, sí se permite para otras manifestaciones que conllevan el ocultar el rostro–. Incluso si se admitiera la convivencia e interacción social como objetivo legítimo, la prohibición con carácter general en todos los lugares públicos, y la sanción penal a la mujer musulmana de llevar unas determinadas indumentarias resulta, a juicio del Comité, una medida desproporcionada en la consecución del referido fin, que no se aviene con el principio de la mínima restricción de los derechos humanos proclamados en el Pacto.

El Comité se pronuncia, asimismo, sobre la vulneración alegada en la demanda del artículo 26 del Pacto: la posible discriminación por razón de sexo y de religión en la que eventualmente puede incurrir la Ley número 1192 del 2010. También en este aspecto da la razón a la demandante. Siendo una norma aparentemente neutra, su régimen de excepciones hace que prácticamente solo proyecte el carácter punitivo hacia la mujer musulmana que lleva el *burka* o el *niqab*. El Estado francés, concluye el Comité, no justifica que la medida de la prohibición general, a la que se apareja una sanción penal, sea razonable: lo cual repercute directamente en la mujer que voluntariamente ha decidido portar dichas prendas por razón de sus creencias, y las discrimina del resto de las mujeres, especialmente de aquellas que sí pueden ocultar el rostro por encontrarse sus motivos excepcionados del castigo según la Ley; luego sí se da una discriminación por razón de género y religión contraria a lo dispuesto en el artículo 26 del PIDCP.

La violación de los artículos 18 y 26 del Pacto obliga al Estado francés a resarcir a la víctima con una indemnización y a evitar en el futuro casos similares<sup>22</sup>.

Una vez más, la resolución del Comité contrasta con el sentido del fallo del TEDH, que se pronunció en un caso derivado de la aplicación de la Ley francesa de 2010 en la Sentencia de la Gran Cámara S. A. S. v. Francia, de 1 de julio de 2014<sup>23</sup>.

La demandante es una mujer francesa, de origen paquistaní, que decide llevar el *burka* por motivos religiosos, voluntariamente y sin presiones externas, si bien admite quitárselo en determinados lugares donde lo requieran motivos de seguridad. A su entender, la Ley francesa que lo prohíbe en cualquier espacio público viola sus derechos a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio), a la libertad religiosa (art. 9) y a la libertad de expresión (art. 10), así como supone una discriminación por motivo de sus creencias y la identidad cultural que ha escogido (art. 14).

El Tribunal analiza el problema tomando en consideración los dos primeros derechos alegados: a la vida privada y familiar, y a la libertad ideológica y religiosa de la demandante. Constata que la criminalización del *burka* en los espacios públicos supone una interferencia en esos derechos prescrita por la ley. ¿Persigue un fin legítimo? Esta cuestión ha de ser contestada a la luz de la in-

---

<sup>22</sup> A la resolución de la mayoría se acompañan cuatro votos particulares, dos coincidentes con el fallo –de cinco y dos miembros respectivamente– y dos, individuales, discrepantes. Estos últimos defienden la licitud de la prohibición del velo integral, bien porque es costumbre cultural y no religiosa que, a su entender, no ampara el Pacto, y porque sí supone una amenaza al orden público y una flagrante discriminación de la mujer musulmana.

<sup>23</sup> Núm. app. 43835/11.

interpretación y el alcance que se dé a los límites a sendos derechos, enumerados en los párrafos segundos de los respectivos artículos 8 y 9.

Desde tal perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechaza algunas de las justificaciones de la medida de la prohibición del *burka* en los espacios públicos invocadas por el Gobierno francés: el respeto a ciertos valores sociales, como la igualdad de la mujer o la dignidad humana, no se contemplan entre los específicos límites enunciados por el Convenio. Además, la conculcación de la igualdad de la mujer que conlleva el *burka* podría tenerse en cuenta si aquella fuera obligada a llevar la prenda, pero no cuando lo porta voluntariamente ejerciendo, así, un derecho fundamental. En cuanto a la dignidad, recuerda el Tribunal que en la sociedad pluralista han de aceptarse las conductas «extrañas», incluso las provocadoras y divergentes de las minorías, manifestación de la identidad cultural. Además, en ningún momento se ha demostrado, a juicio del Tribunal Europeo, que la demandante pretendiera con el uso de esa prenda ofender el sentido de la dignidad de sus conciudadanos.

Tampoco se estima procedente la aplicación del límite de la seguridad pública como causa justificadora. Si bien el Tribunal reconoce la necesidad de ver el rostro para identificar a las personas y, así, prevenir daños contra la vida, la salud o la propiedad de las personas y evitar el fraude, esto es necesario en ciertos sitios pero no en todo el espacio público. Bastaría, además, que las personas se identificaran, a lo cual, como ya se dijo, no se niega la demandante.

El Tribunal sí tiene en cuenta, no obstante, una de las argumentaciones del Gobierno francés para justificar la prohibición: el respeto a unas mínimas condiciones para vivir en sociedad, que entraña ver el rostro de las personas, elemento que califica de importante en la socialización del individuo y en la coexistencia. Lo cual incide en el límite de los derechos fundamentales y libertades públicas de los demás. El uso del *burka* supone una barrera que puede ser estimada como una violación del derecho de los otros a vivir en un espacio de socialización, a comunicarse y a interactuar. Luego, concluye el Tribunal, el Estado puede establecer que una de las condiciones para la convivencia social sea el llevar el rostro destapado a fin de garantizar la interacción de los ciudadanos, lo que convierte en legítima la finalidad de la Ley del 2010. Se rechaza, por tanto, la violación de los artículos 8 y 9 del CEDH.

Sin embargo, el Tribunal Europeo advierte de los peligros de las medidas de prohibición absoluta en los lugares públicos del *burka*, solo justificadas, reiteramos, en la idiosincrasia del ordenamiento francés. El órgano jurisdiccional se hace eco de las repercusiones negativas implícitas al veto radical del *burka*, tales como la posible marginación de la mujer, o la propagación del sentimiento de «islamofobia» al reproducir los estereotipos de conculcación de



los derechos humanos, la discriminación y la violencia que ciertos sectores atribuyen al Islam.

En realidad, los argumentos que emplea el Tribunal para aconsejar no llegar a la proscripción absoluta del *burka* en el espacio público –que explican por qué solo Francia y Bélgica acogen leyes prohibitivas de tales vestimentas– ponen de relieve el verdadero fundamento de la decisión de Estrasburgo: el margen de libre apreciación que se deja al Estado francés para regular las condiciones en que se devuelve la vida social y cómo se manifiesta el pluralismo religioso.

En todo caso, sí quisiera subrayar lo que, a mi juicio, son aspectos muy discutibles en cuanto a la fundamentación doctrinal de la Sentencia.

En primer lugar podríamos afirmar, como hiciera el Comité de Naciones Unidas, que no quedan plenamente delimitados y justificados los derechos y libertades de terceras personas, que, en el ejercicio del derecho de la mujer, quedan afectados por la utilización del *burka* en espacios públicos. Los alegados «derechos necesarios para la vida en sociedad» que invoca el Tribunal Europeo para legitimar la vigencia de la Ley francesa, donde se incluirían «misteriosos» y «etéreos» derechos como a la comunicación, o a la interacción social –que puede existir con el rostro tapado, como se demuestra en los carnavales o en las procesiones–, ni son reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en los textos internacionales<sup>24</sup>. Pero, de admitirlos, deberían poseer un contenido negativo del que pudiera disfrutar también las mujeres con *burka*: a no comunicarse ni a interactuar, si no lo desean.

Por otro lado, y como pone de relieve el voto particular a la Sentencia S. A. S. contra Francia (firmado conjuntamente por dos jueces de sexo femenino, Nussberger y Jäderblom), el Tribunal no ha calibrado bien la proporcionalidad de las medidas que adopta la Ley francesa, que restringen los derechos de las mujeres musulmanas a llevar el *burka*, así como limita el pluralismo social. Francia podía haber adoptado decisiones parciales para garantizar la seguridad y los derechos de terceros, en vez de criminalizar el uso de esta prenda en todo el espacio público. Razones de política legislativa aconsejan decisiones más matizadas en aras de la salvaguarda de los derechos humanos y de la convivencia social.

Estos argumentos se reproducen en el voto particular que realiza el juez Spano (al que se une el juez Karakas) a la Sentencia Belcacemi y Oussa v.

---

<sup>24</sup> En este sentido, vid. LICASTRO, A., *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «guardarsi in faccia» é condizione minima del «vivere insieme»*. «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica», 28 (2014), pp. 30 ss.

Bélgica, de 11 de julio de 2017<sup>25</sup>. Aun siendo concordante con la mayoría, expresa sus dudas en torno a la doctrina sentada en *S. A. S. v. Francia*. La «vida en común» como justificación de la prohibición del *burka* plantea tres problemas como elemento limitador de los derechos de los artículos 8 y 9 del Convenio: no tiene base jurídica en los límites señalados en los apartados segundos de sendos preceptos; es una expresión vaga y abstracta que pudiera justificar toda actitud limitadora; y da un peso desorbitado a la opinión de la mayoría, que es la que, en última instancia, determina las normas de la convivencia.

#### 2.4 Síntesis conclusiva

A la luz de los casos relatados, podemos señalar algunas diferencias entre cómo el Comité de las Naciones Unidas aborda la resolución en las supuestas violaciones a los derechos humanos reconocidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –y que determinan el sentido de los fallos–, y las argumentaciones y razonamientos del Tribunal de Estrasburgo en la interpretación del Convenio Europeo. En realidad las diferencias se centran en la aplicación de los límites a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, ya que ambos órganos internacionales sí coinciden en que el uso de objetos y vestimentas por motivos religiosos –siempre que el individuo se sienta obligado a ello por tal motivación aun cuando la doctrina de la religión no lo imponga expresamente– constituye una faceta del derecho fundamental a manifestar las creencias religiosas protegido por, respectivamente, los artículos 18 del Pacto y 9 del Convenio Europeo.

Delimitado el ámbito de la discordancia en el punto señalado, la conclusión principal que se extrae de la diferente resolución de los conflictos es que el Comité de Naciones Unidas tiende a proteger el derecho individual con mayor amplitud, tan solo justificando las limitaciones cuando el Estado pruebe fehacientemente que admitir las vestimentas y símbolos religiosos pone en peligro real y grave la seguridad, la salud o los derechos y libertades de los demás. Desde esta aproximación restrictiva de los límites, juzga que ni el hecho de llevar turbante sikh en la escuela o en las fotos requeridas en los documentos identificatorios públicos, ni el velo integral en las calles, suponen, en sí, una amenaza al orden público que justifique las acciones prohibitivas del Estado –y sus correspondientes sanciones administrativas–. La imposición de estas no se

---

<sup>25</sup> Núm. app. 37798/13.

atiene a los criterios de la necesidad y la proporcionalidad. Por contra, el Tribunal Europeo legitima, a la luz del Convenio, la acción del Estado acogiendo la argumentación que utilizan los poderes públicos nacionales para reprimir determinadas manifestaciones religiosas, justificándolo en el grado de libertad y autonomía que tiene el poder político para regular determinados aspectos del pluralismo confesional. Lo cual, sin duda, tiene el efecto directo de ensanchar el marco de los límites a la libertad religiosa individual en perjuicio, singularmente, de las creencias minoritarias.

¿Cuáles son los motivos de tal disparidad de criterios en el ámbito de la simbología religiosa?

Un punto clave es la invocación de la doctrina del margen de libre apreciación de los Estados en la decisión de los asuntos relacionados con la aplicación de las manifestaciones y límites del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, frecuentemente utilizada –como hemos visto en materia de simbología religiosa– por el Tribunal de Estrasburgo. Unido a la vinculación al precedente jurisprudencial en la resolución de las causas, hace que históricamente, desde la existencia del Comité Europeo de Derechos Humanos como órgano que enjuicia la admisibilidad de las demandas y que consolidó una doctrina muy restrictiva en las manifestaciones de la libertad religiosa, ha pesado durante muchos años en los fallos de la alta Corte de Estrasburgo. Lo cual perjudica singularmente a los nuevos movimientos religiosos y, en general, a las creencias alejadas del *mainstream* de las ideologías dominantes en Europa<sup>26</sup>.

Por contra, la composición universal del Comité de Derechos Humanos que nace del Pacto Internacional, su función cuasi-judicial que aplica medidas de *soft law* propias de los órganos de Naciones Unidas, y el hecho –reflejado en el tenor de sus comunicaciones– de que no se sienta vinculado a los precedentes –propios o de otros órganos internacionales–, pudieran explicar la ausencia en sus razonamientos y fallos de cualquier indicio en el sentido de dotar a los Estados-parte de autonomía en la resolución de las causas relacionadas con las manifestaciones a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Creo que la reflexión sobre las causas, meramente indicadas, que pudieran explicar las divergencias patentes que hemos expuesto en materia de símbolos y vestimentas religiosas merece el desarrollo pormenorizado al que se dedica el próximo epígrafe.

---

<sup>26</sup> Puesto de relieve, por ejemplo, en el trabajo MOTILLA A., *New religious movements in International Law*, «Diritti dell'uomo e libertà dei gruppi religiosi. Problemi dei nuovi movimenti religiosi» (coord. FERRARI, S.), CEDAM, Milano 1989, pp. 105-142.

### 3. CAUSAS QUE PUDIERAN EXPLICAR LOS DIFERENTES CRITERIOS ENTRE EL COMITÉ Y EL TRIBUNAL EUROPEO EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS

Un primer motivo que explicaría las divergencias entre ambos órganos nacidos de convenios internacionales para la protección de los derechos humanos sería la aplicación de diferentes regulaciones jurídicas. Tal y como ya se dijo, no se da en el supuesto del reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Tomando como modelo la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1948, cuyo artículo 18 se refiere al contenido de este derecho<sup>27</sup>, el 18 del Pacto reproduce sin más el precepto de la Declaración, desarrollando en el párrafo segundo la libertad frente a la coerción<sup>28</sup>, en el tercero los límites a las manifestaciones<sup>29</sup> y en el cuarto el derecho de los padres a la educación religiosa y moral de sus hijos<sup>30</sup>. El artículo 9 del Convenio Europeo recibe en su párrafo primero la formulación del derecho de la Declaración y el Pacto, y en su segundo los límites del Pacto... con pequeñas variaciones gramaticales<sup>31</sup>. Tan solo se observa en el ámbito de los límites en el derecho objeto de estudio el que estos constituyen «medidas necesarias en una sociedad democrática», elemento de evaluación que ha sido interpretado por el Tribunal como las garantías que exige el respeto a los valores ínsitos a la salvaguarda del pluralismo social. El párrafo segundo del Pacto se entiende incluido en la formulación genérica del 9.1 del Convenio, y el cuarto, esto es, el derecho de los

---

<sup>27</sup> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.»

<sup>28</sup> «Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.»

<sup>29</sup> «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.»

<sup>30</sup> «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»

<sup>31</sup> «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, 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, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.»

padres a la educación religiosa, se reconoce en el artículo 2 del Protocolo Adicional adoptado en 1999<sup>32</sup>.

Partiendo de un fundamento normativo si no idéntico muy similar, las causas a las que pueden atribuírseles hipotéticamente las divergencias en la argumentación y el fallo que se han expuesto en materia de símbolos y vestimentas religiosas pueden agruparse, por su etiología, en dos diferentes grupos.

### **3.1 Razones estructurales: las distintas naturalezas y funciones encomendadas por los convenios fundacionales**

Un primer elemento de diferenciación a destacar se refiere a la naturaleza del órgano internacional.

Es obvio que la voluntad del Convenio Europeo es la de constituir un verdadero tribunal cuyas decisiones serán vinculantes para las partes que se adhieren a este instrumento jurídico y sus protocolos. No por más al regular este órgano del Consejo de Europa en el Título Segundo el Convenio lo denomina «Tribunal» del que forman parte «jueces», los cuales, pese a ser propuestos por los Estados y elegidos por la Asamblea General, «cumplen funciones judiciales» (art. 21.1) y forman parte del Tribunal «a título individual» (art. 21.2), bajo «las exigencias de independencia e imparcialidad» (art. 21.3), y con un mandato duradero, de nueve años (art. 23.1). Las reclamaciones individuales se denominan «demandas», que son tramitadas según las reglas de un procedimiento contradictorio bajo la garantía del Derecho procesal que salvaguarda el principio de la tutela judicial efectiva (arts. 34 a 46) y que finaliza con una resolución motivada denominada «sentencia» (arts. 42 y 44), concediendo a los órganos del Consejo de Europa –el Comité de Ministros y el propio Tribunal de Estrasburgo– medios y procedimientos para dotar a las sentencias definitivas de fuerza de obligar y ejecutividad (art. 46).

Naturaleza jurisdiccional que contrasta con la naturaleza y funciones del Comité nacido del PIDCP, que, más bien, puede encuadrarse en el ámbito de la *soft law* propia de los órganos de Naciones Unidas. En la función encomendada en el Protocolo Facultativo al Pacto, de 23 de marzo de 1976<sup>33</sup>, el Comité puede pronunciarse sobre «comunicaciones» –no demandas– individuales con-

---

<sup>32</sup> «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción.

El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.»

<sup>33</sup> Fecha de la entrada en vigor.

tra Estados parte del Protocolo, sobre las cuales este órgano radicado en Ginebra se pronunciará a través de un «dictamen» –no sentencia– que será comunicado a las partes<sup>34</sup>. La estructura y forma de los denominados «dictámenes» también se diferencian de las sentencias tradicionales: la argumentación suele ser escueta y, por lo general, ni cita ni se apoya en fallos precedentes ya del propio Comité o de otros órganos internacionales. Al contrario que las resoluciones de Estrasburgo: sus fallos, por lo menos en los últimos años, dedican buena parte de los considerandos de Derecho a exponer las sentencias anteriores cuya doctrina puede aplicarse por analogía.

Si las conclusiones fueran que el Estado ha vulnerado un derecho reconocido en el Pacto, el Comité designa un Relator Especial encargado del seguimiento del dictamen y el cumplimiento por parte de aquel de lo dispuesto en él<sup>35</sup>. No se prevé, sin embargo, medidas de ejecución forzosa de la resolución; de lo que puede deducirse que el compromiso de cumplimiento por parte del Estado descansa sustancialmente en la «obligación moral» o «la fama internacional».

Lo cual, paradójicamente, da al Comité una mayor objetividad en el examen de los asuntos, que deriva en la más amplia protección de los derechos de las minorías. Puede que ello se deba al menor «valor» de sus decisiones, su escasa fuerza vinculante que hace que se redacten con más libertad y, correlativamente, sin atender a las consecuencias políticas del fallo.

Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo, cuya función se centra en interpretar y aplicar el Convenio de Roma, y los jueces que lo componen, elegidos entre los juristas de los Estados-parte, acusan un trasfondo regional –propiciado por los valores histórico-culturales presentes en Europa– que puede hacerles proclives a rechazar a culturas y tradiciones extrañas. La escasa sensibilidad hacia la admisión de símbolos de minorías foráneas como el turbante sikh o el pañuelo islámico son, como hemos visto, ejemplos de ello.

En contraste, la composición del Comité como órgano universal cuyos miembros serán elegidos «teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa... y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos» (art. 31.2 del PIDCP), hace que este órgano tenga una apertura de miras más amplia hacia las distintas manifestaciones de las culturas y tradiciones religiosas.

---

<sup>34</sup> Artículo 101 del Reglamento Interno del Comité, en su última redacción de 4 de enero del 2021 (CCPR/C/3/Rev.12), aprobado en la 3639.ª Sesión de 126.ª periodo de sesiones. Previamente a las conclusiones sobre el fondo, el Reglamento prescribe que un grupo de trabajo del Comité examine la consideración e informe sobre la admisibilidad, que será tramitada si el órgano en conjunto, por mayoría simple, lo decide. Se da al Estado-parte seis meses para la contestación, sobre la admisión o sobre el fondo del asunto.

<sup>35</sup> Artículo 106 del Reglamento.

Tal vez la dimensión política de las decisiones de Estrasburgo pueda explicar dos hechos relevantes que juegan a favor de la independencia y objetividad de Ginebra.

La primera es el hecho de que el Reglamento del Comité de Derechos Humanos que regula el procedimiento de las comunicaciones individuales contra Estados expresamente prohíbe que participe en el examen de la causa un miembro que tenga la nacionalidad del Estado presuntamente vulnerador de algún derecho recogido en el Pacto (art. 108). Cuando el Convenio Europeo estipula justamente lo contrario: el juez del Estado encausado forma parte de la Sala que decidirá como miembro de pleno derecho (art. 26.4). Su misión será informar de las cuestiones del Derecho interno que han de ser tenidas en cuenta a fin de ilustrar a los otros miembros del Tribunal<sup>36</sup>.

La segunda es, tal y como se señaló líneas atrás, la utilización por parte de Estrasburgo de la doctrina del margen de libre apreciación que tienen los Estados parte, invocada singularmente en relación al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 del Convenio. Trataremos sobre tal doctrina en un epígrafe *ad hoc*.

### **3.2 Razones de fondo: la invocación de la doctrina del margen de libre apreciación de los Estados**

Es innegable el éxito de Estrasburgo en la consolidación de los derechos humanos en el ámbito europeo. Es el primer tribunal internacional que admite, juzga y sentencia demandas individuales. El número de fallos ha crecido exponencialmente en las últimas décadas, debido a la eficaz reforma de finales del siglo pasado. La doctrina que sienta sus resoluciones, que representa los estándares comunes para más de ochocientos millones de personas y cuarenta y seis Estados en materia de derechos humanos<sup>37</sup>, lo convierte en una especie de «tribunal supremo» en este ámbito; no cabe duda que a ello contribuye la objetividad y cierta independencia de Estrasburgo frente a los Estados, así como la

---

<sup>36</sup> Sobre los miembros del Tribunal Europeo y del Comité de Derechos Humanos pueden consultarse, entre otros, GORDON, E. y OTROS, *The Independence and Impartiality of International Judges*, «Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)», 83 (1989), pp. 508 ss.; VOETEN, E., *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, «American Political Science Review», 102 (2008), pp. 417 ss.

<sup>37</sup> Rusia, por un Decreto de su Presidente de fecha 11 de junio del 2022, ha dejado formalmente de reconocer la jurisdicción del TEDH; por lo cual ni Estrasburgo conocerá en el futuro de casos fallados por los tribunales rusos ni este país ejecutará las resoluciones del Tribunal Europeo.

evolución de sus razonamientos jurídicos hacia posturas más sensibles con la extensión y aplicación de los derechos del Convenio a colectivos vulnerables.

Lo cual el Tribunal compatibiliza, o pretende compatibilizar, con el principio, asumido en el texto fundacional, de subsidiariedad y el correlativo margen de libre apreciación que tienen los Estados en la resolución de las controversias en torno a derechos fundamentales en sus ordenamientos internos<sup>38</sup>. Su fundamento se encuentra en dos presupuestos de los que parte el Tribunal y que, a su vez, están íntimamente relacionados: la convicción de que son las autoridades y jueces nacionales los que se encuentran en una mejor posición, por su proximidad, para tener en cuenta las concretas circunstancias sobre el caso planteado; y el papel subsidiario en el que opera el Tribunal de Estrasburgo como instancia internacional. La jurisdicción del Tribunal actúa solo cuando se hayan agotado los remedios del Derecho interno y persistan los efectos de la vulneración de un derecho del Convenio; sus sentencias declaran tal vulneración, sin poder modificar –anulando o derogando– las resoluciones o las normas de los ordenamientos de los Estados. Se trata, en definitiva, de armonizar los derechos del Convenio con las tradiciones de los Estados miembros<sup>39</sup>. Si bien es cierto que la intensidad en la aplicación del principio –y el consiguien-

---

<sup>38</sup> El Protocolo Adicional núm. 15 al Convenio Europeo, de 24 de junio de 2013 (entrada en vigor el 1 de agosto de 2021) expresamente introduce en el Preámbulo del Convenio una mención al citado principio: «Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades del presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio» (cursivas propias).

Sobre la doctrina del «margen de libre apreciación» vid., entre otros trabajos, BENVENISTI, E., *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, «New York University Journal of International Law and Politics», 31 (1998-1999), pp. 843 ss.; BREMS, E., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, «Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht» 56 (1996), pp. 240 ss.; CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff 2009; GERARDS, J., *Pluralism, Deference on the Margin of Appreciation Doctrine*, «European Law Journal» 17 (2011), pp. 80 ss.; HENRARD, K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to «Church-State Relations» Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, «Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace» (FOBLETS, M. C. ed.), Ashgate 2012; ITZCOVICH, G., *One, None and One Hundred Thousand Margin of Appreciation. The Lautsi Case*, «Human Rights Law Review» 13 (2013), pp. 287 ss.; LEWIS, T., *What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation*, «International and Comparative Law Quarterly» 56 (2007), pp. 395 ss.; MACDONALD, R., *The Margin of Appreciation*, «The European System for the Protection of Human Rights» (MATSCHE, F. ed.), MARTINUS, N., 1993; MCGOLDRICK, D., *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, «International and Comparative Law Quarterly» 65 (2016), pp. 21 ss.

<sup>39</sup> Cfr., MARTÍN SÁNCHEZ, I., *Margen de apreciación nacional y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, «Derecho y Religión», vol. 9 (2014), p. 35.



te grado de control del Tribunal— varía en función del derecho reconocido en la Convención, su trascendencia para el individuo, la naturaleza de la actividad restringida o los fines perseguidos a través de la restricción de tal derecho.

Este principio, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Estrasburgo, juega un papel singularmente relevante en la dilucidación de los conflictos en torno a las creencias y convicciones. Especialmente en el ámbito colectivo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión proclamado en el artículo 9. El estatuto jurídico de las confesiones, la protección singular de las iglesias mayoritarias o, en fin, la actitud de los poderes públicos frente a la religión, son asuntos que dependen de las peculiares circunstancias históricas, sociológicas o políticas de los Estados miembros, y en la cual se aprecia la diversidad de criterios acogidos en los principios y en el articulado de las constituciones nacionales. De tal manera que, como hemos visto en materia de simbología religiosa, la cláusula del «margen de libre apreciación de los Estados» en la resolución de las controversias conforme a sus Derechos internos es frecuentemente invocada por el Tribunal en los asuntos que tienen que ver con las denominaciones religiosas; las autoridades y jueces nacionales son los que se encuentran más próximos para hallar la solución justa al problema. El papel subsidiario de Estrasburgo contribuye a aumentar la variabilidad de los fallos del Tribunal, en función de las diferencias entre los principios que rigen las relaciones Iglesia-Estado en las naciones firmantes del Convenio, divergencias que son tomadas en cuenta por el tantas veces aludido «margen de libre apreciación».

Incluso forzando la línea argumental del propio Tribunal. Un ejemplo de ello, al que ya hicimos mención líneas atrás, es la Sentencia S. A. S. v. Francia. Como vimos, a pesar de afirmar los efectos perjudiciales para la mujer musulmana que tiene el veto al uso voluntario del *burka* y desmontar las razones para su prohibición absoluta en razón de la hipotética aplicación de los límites del 9.2 del Convenio, acaba apreciando la conformidad de la Ley francesa con este instrumento internacional precisamente por la idiosincrasia del ordenamiento del Estado: la prevalencia de la *laïcité* y la importancia del límite —atípico— de respetar «las condiciones para la vida en común». Uso a todas luces extremo —según mi opinión— del referido margen de libre apreciación.

No negamos la necesidad de Estrasburgo, como Tribunal internacional, de respetar esa cierta autonomía de los Estados en la resolución de los conflictos en torno a los derechos contenidos en el Convenio, que, obviamente, también contribuye a que las Altas partes que han ratificado este texto jurídico y sus protocolos acepten la jurisdicción del Tribunal. Pero sí quisiera señalar ciertos peligros en la aceptación y aplicación de la doctrina del margen de libre apre-

ciación<sup>40</sup>: la variabilidad de respuestas del Tribunal en función de los distintos Derechos internos y sistemas jurídicos de los Estados-parte, en detrimento de la seguridad jurídica; la repercusión en la salvaguarda de los derechos de las minorías cuyas manifestaciones religiosas tienden a ser vista con recelo por la mayoría social y, por traslación, por los poderes públicos; y la influencia política en las decisiones de Estrasburgo, sensible a las presiones de los Estado o de los grandes *lobbies* –muy activos en la materia que tratamos, la de la libertad de pensamiento conciencia y religión, como se demostró, por ejemplo, en el caso *Lautsi*<sup>41</sup>–. Llevada a su extremo, la doctrina del margen de libre apreciación puede hacer irrelevante la propia existencia del Tribunal Europeo<sup>42</sup>.

Tal vez por este motivo, o por el aumento del pluralismo religioso en los Estados como consecuencia de una constante y progresiva inmigración de otros ámbitos culturales, o ciertos hábitos autoritarios de algunos países del este de Europa reconvertidos, al menos formalmente, en democracias..., lo cierto es que en la última década Estrasburgo ha reforzado el control de las decisiones de los Estados en materia religiosa y en la aplicación del artículo 9 del Convenio, exigiendo también la prueba de la necesidad y la proporcionalidad en las medidas restrictivas de derechos individuales. Lo comprobamos en el objeto central de nuestro estudio, la simbología o las vestimentas religiosas.

### 3.2.1 *Evolución de la doctrina del TEDH: la intensificación del control de Estrasburgo del margen de libre apreciación de los Estados*

---

<sup>40</sup> Vid., al respecto, BRETSCHER F., *Protecting the Religious Freedom of Minorities in International Law*, Routledge, London-New York 2020, pp. 161 ss.

<sup>41</sup> Como es bien sabido, en la Sentencia *Lautsi v. Italia*, de 18 de marzo de 2011 (núm. app. 30814/06), sobre la presencia del crucifijo en las escuelas públicas –asunto sobre el que tomaron posición las grandes confesiones cristianas y numerosos Estados–, la Gran Cámara reverbó el fallo de la Sala precisamente basando el fundamento del fallo en el margen de libre apreciación.

<sup>42</sup> Lo cual podría afirmarse, respecto al derecho de libertad religiosa, durante el tiempo de existencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, órgano encargado de decidir sobre la admisión de las demandas individuales contra los Estados, y que estuvo operativo hasta el año 1998. La Comisión, órgano más dependiente de los intereses de los Estados –lo cual se explica por la procedencia de sus miembros–, actuó de manera excesivamente restrictiva de algunos derechos. El análisis de las decisiones de la Comisión Europea en torno a la admisibilidad de las demandas arroja la conclusión de que se realiza una interpretación en exceso estrecha del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión –y la correlativa concepción expansiva de los límites– en su función de filtro de las causas presentadas al Tribunal. Hasta 1965 la Comisión rechazó todos los recursos fundamentados en la violación del derecho de libertad religiosa. Y habrá que esperar hasta el año 1993 para que el Tribunal dicte la primera Sentencia que condena a un Estado, Grecia, aplicando el artículo 9 del Convenio: el conocido asunto *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993 (núm. app. 14307/88).

La visión expuesta no quedaría completa si no aludiéramos al hecho de que se perciben unos vientos de cambio en la doctrina del Tribunal en materia de simbología religiosa –y que, de alguna manera, ya se reflejaban en la argumentación (que no el fallo) de la Sentencia S. A. S. v. Francia–. El sentido de la evolución es el de reforzar los criterios de control en las medidas restrictivas que adoptan los Estados contra manifestaciones de las minorías religiosas.

Si quisiéramos señalar una decisión del Tribunal que se aparta de los precedentes para señalar una nueva doctrina, no dudaría en indicar la Sentencia Eweida y otros v. Gran Bretaña, de 15 de enero de 2013<sup>43</sup>, sobre el uso de símbolos religiosos en empresas privadas, esta vez centrado en uno de la mayoría religiosa en Europa: la cruz cristiana.

Efectivamente. Eweida significa un punto de inflexión en la doctrina anterior de la Comisión Europea y del Tribunal, que mantenía la obligación del trabajador de cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo, sin que se permita la excepción por motivos de conciencia<sup>44</sup>. También es la primera decisión del TEDH que se refiere expresamente a los símbolos religiosos portados por los trabajadores contra las normas o directrices marcadas en los códigos de vestimenta de una empresa privada. Una empleada de la línea aérea British Airways, de profundas convicciones cristianas –perteneciente a la rama copta del cristianismo– llevaba una cruz colgada al cuello. Cuando la Compañía reglamenta, en el año 2004, un uniforme para el personal de tierra en contacto con el público en el que las mujeres han de utilizar una camisa abierta, la cruz de la señora Eweida se hace visible. Lo cual va en contra de la política de la Aerolínea de excluir los símbolos religiosos, excepto aquellos

---

<sup>43</sup> Núm. app. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10.

<sup>44</sup> La doctrina anterior a Eweida puede resumirse en los siguientes puntos: 1. Aunque el Convenio no ampara el derecho a obtener un puesto de trabajo privado –o público–, el Tribunal sí se encuentra obligado a controlar si en el momento de acceso, mantenimiento o cesación en él se han vulnerado algunos de los derechos reconocidos. 2. Si el trabajador pretende que el empleador tenga en cuenta sus necesidades religiosas, debe informar a éste de las exigencias que conllevan antes de la firma del contrato. 3. La vinculación a un contrato de trabajo genera una situación, voluntariamente adquirida por el trabajador, que limita el ejercicio de sus derechos fundamentales y, entre ellos, del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y a la posibilidad de manifestar sus creencias. En principio, su obligación a cumplir el contrato –por ejemplo, cuando el empresario imponga códigos de vestuario determinados– no puede ponerse en tela de juicio invocando hipotéticas necesidades religiosas. Si atendiera a éstas incumpliendo el contrato –llevando objetos o vestimentas distintas del uniforme establecido– y, como resultado de ello, fuera sancionado o despedido, estos actos se justifican en tal incumplimiento y no en las creencias religiosas del trabajador. 4. En todo caso, cabe excluir la posibilidad de conflictos entre las obligaciones laborales y religiosas porque estas últimas siempre pueden ser observadas por el trabajador abandonando el puesto de trabajo. Es decir, para el Tribunal la libertad de dejar el trabajo –*opting out*– es la última garantía de la libertad religiosa, la válvula de escape de la que dispone el empleado en caso de conflicto.

expresamente autorizados. No obstante, la normativa interna de British ya entonces permitía ciertas vestimentas y símbolos de significación religiosa para determinadas minorías: el turbante –de color blanco o azul– y la pulsera testimonial para los hombres sikhs, y el *hiyab* o pañuelo islámico –en los colores de la Aerolínea– para las mujeres musulmanas. Ante los requerimientos de la empresa a Eweida de que evite que la cruz sea visible en el exterior por contravenir el código de vestuario acordado, se niega por ser esta un testimonio de su fe cristiana. En el año 2006 es suspendida de empleo y sueldo. Posteriormente se le ofrece otro trabajo en el que no tiene contacto con el público, pero Eweida lo rechaza. Al año siguiente la empresa revisó su política de uniformes y autorizó la visibilidad de las cruces cristianas. La trabajadora volvió a su puesto de trabajo, pero no fue indemnizada por los meses que permaneció ausente de British debido a la sanción de la empresa.

Es muy significativo que el TEDH en la Sentencia corrija el enfoque que se ha expuesto a pie de página en torno a las restricciones del derecho de libertad religiosa en las relaciones laborales privadas, adoptando otro que, consideramos, se ajusta mejor a los criterios de equilibrio y proporcionalidad entre los derechos en conflicto: «El Tribunal considera que, cuando un individuo estima que se ha producido una restricción en su derecho a la libertad religiosa en el lugar de trabajo, más que sostener que la posibilidad de cambiar de trabajo podría evitar esa interferencia, es una aproximación mejor a la cuestión la de sopesar esa posibilidad en el marco general del equilibrio entre los distintos derechos en conflicto, considerando si la restricción fue proporcionada»<sup>45</sup>. En el caso planteado, el TEDH parte de la base que la cruz de la señora Eweida, llevada por motivo de su fe religiosa, supone una manifestación del derecho de libertad religiosa protegida por el artículo 9 del Convenio. La suspensión de empleo y sueldo fue una interferencia en este derecho, en principio justificada en la facultad de la empresa, legítima, de imponer códigos de vestimenta a sus trabajadores a fin de salvaguardar una determinada imagen de la Compañía. Pero las medidas contra la demandante no fueron proporcionadas. La cruz portata por Eweida era pequeña y no iba en contra de su apariencia profesional; al igual que otros símbolos y vestimentas religiosas autorizadas tampoco supusieron un efecto negativo en la referida imagen corporativa. Prueba de ello es que, más adelante, *British Airways* autorizó las cruces cristianas. Luego, al no pro-

---

<sup>45</sup> Párrafo núm. 83. Por lo demás, el Tribunal reconoce que ese planteamiento ya ha sido seguido en la jurisprudencia sentada en torno a otros derechos humanos invocados por los trabajadores de empresas privadas: el derecho a la vida familiar (art. 8 del Convenio), a la libertad de expresión (art. 10) y la libertad de no unirse a sindicatos (art. 11, en relación con el derecho de asociación).

ducir estas perjuicio alguno para los derechos de otros, la prohibición –y la correspondiente sanción derivada– violaron el derecho de libertad religiosa de la demandante, protegido en el artículo 9 del Convenio.

Creo que la doctrina de *Eweida* tendrá también efectos en el hecho de elevar las exigencias de la prueba que ha de aportar el Estado en las restricciones a las vestimentas religiosas, singularmente en los aspectos de la necesidad y la proporcionalidad, también respecto a trabajadores empleados para la realización de servicios públicos; lo cual no se dio, por ejemplo, en las Sentencias *Dahlab v. Suiza*<sup>46</sup> o *Ebrahimian v. Francia*<sup>47</sup>, en las que el Tribunal hace prevalecer el principio de la laicidad del Estado frente a los derechos de la persona sin demostrar el daño real que portar pañuelo islámico pudo suponer para los alumnos de un colegio –en el caso *Dahlab*– o para los enfermos de un hospital –en *Ebrahimian*–.

Prueba de ello son dos resoluciones de los últimos años en materia de símbolos religiosos portados en los tribunales de justicia. En ellas el alto Tribunal juzga sendas expulsiones de la sala ordenadas por el juez nacional por portar vestimentas de significación religiosa: los casos *Hamidovic v. Bosnia-Herzegovina*, de 5 de diciembre de 2017<sup>48</sup> y *Lachiri v. Bélgica*, de 18 de septiembre de 2018<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> De 15 de febrero de 2001 (núm. app. 42393/98). Una profesora de elemental que prestaba sus servicios en una escuela pública del Cantón de Ginebra –donde se observa una laicidad estricta semejante a la francesa– y que, por su conversión al Islam, asistía a clase con una túnica hasta los pies y un *hiyab* o pañuelo islámico tapando la cabeza, es despedida por las vestimentas de significación religiosa. La Sentencia considera que la medida de prohibición en la escuela pública tiene plena fundamentación en los límites enunciados en el párrafo 2.º del artículo 9: se justifica en una disposición legal del Cantón de Ginebra, tiene un fin legítimo –la protección de los derechos de otras personas– y es necesaria en una sociedad democrática. El uso del velo islámico, que no duda en calificar de difícilmente conciliable con la igualdad de sexos y el mensaje de la tolerancia, tiene de algún modo un efecto proselitista, máxime en alumnos de corta edad más influenciados que otros estudiantes; la profesora, por el mero hecho de llevar el pañuelo islámico, interfiere en las creencias religiosas de los escolares y vulnera, así, el principio de neutralidad. El Estado al prohibirlo –concluye el Tribunal– no excedió el margen de apreciación legítimo, y fue razonable y justificada la decisión en una sociedad democrática.

<sup>47</sup> De 25 de noviembre de 2015 (núm. app. 64846/11). No vulnera el artículo 9 del Convenio el despido de una trabajadora social de un hospital público que se negó a quitarse el pañuelo islámico durante el horario laboral. Aunque la medida supuso una interferencia en la libertad religiosa de la ciudadana, es legítima y proporcional: el Estado puede exigir la neutralidad de los empleados públicos y considerar necesario que el trabajador se abstenga de expresar sus creencias religiosas en el desempeño de sus funciones, a fin de garantizar la igualdad en el tratamiento de los pacientes. El carácter laico y la neutralidad estricta de los servicios públicos en Francia son principios fundadores del propio Estado; aunque se otorgue más peso a éstos que al derecho de libertad religiosa de la ciudadana, ello no vulnera el Convenio Europeo, ni es trabajo del Tribunal juzgar el modelo francés.

<sup>48</sup> Núm. app. 57792/15.

<sup>49</sup> Núm. app. 3413/09.

En *Hamidovic*, es llamado a declarar como testigo un ciudadano, que lleva un pequeño gorro ceremonial que cubre la coronilla, en un proceso criminal por atentado terrorista contra una embajada en Sarajevo. El presidente del tribunal le ordena que se lo quite por contravenir la norma, que considera implícita en los códigos de corrección de los actos ante la magistratura, de ir con la cabeza descubierta. El ciudadano, Hamidovic, contesta que lo hace por motivos religiosos y se niega a ello. Fue expulsado de la sala y condenado a una multa por desacato; al no ser abonada, ingresa en prisión. El TEDH examina la posible vulneración del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9. Considera que el hecho de llevar ese peculiar «bonete» –parecido a la *kipa* judía–, es una tradición religiosa en determinadas etnias musulmanas. Luego sí constituye una injerencia en el derecho. Injerencia prescrita por la ley, dentro de las normas de conducta de los tribunales; y que, en principio, persigue el fin legítimo de que, en un Estado laico, se salvaguarde el carácter secular de la institución. Ahora bien. ¿Es proporcionada la medida de expulsarle e imponerle una multa por desobediencia? Estrasburgo constata que el demandante fue en todo momento respetuoso con el tribunal; solo rehusó descubrirse siguiendo un deber religioso. Manifestaba, así, sus convicciones. Siendo un ciudadano particular obligado a testificar, y manteniendo siempre una actitud de sumisión y respeto al tribunal, la expulsión y condena no fue necesaria en una sociedad democrática, en la que el respeto al pluralismo debe constituir un valor central. Tales actos se exceden en la aplicación de los límites al artículo 9, por lo que el fallo concluye afirmando la vulneración del derecho consagrado en ese precepto<sup>50</sup>.

En el caso *Larichi* el supuesto de hecho se refiere expresamente al uso del *hiyab* en los tribunales de justicia. La demandante es parte civil, junto con otros miembros de su familia, en un proceso en que se juzga el crimen pasional cuya víctima fue una hermana suya. La Corte de Apelación de Bruselas la expulsa en aplicación del precepto del Código judicial que obliga a presentarse con la cabeza descubierta como muestra de respeto al tribunal. Estrasburgo, siguiendo la doctrina sentada en un buen número de resoluciones, no duda que llevar el pañuelo islámico es un acto inspirado por la religión. ¿Se encuentra justificada la expulsión en el párrafo 2.º del artículo 9? De entrada, se duda del cumpli-

---

<sup>50</sup> El voto concurrente del juez De Gaetano apunta, además, otros motivos por los que se vulnera el derecho a la libertad de manifestar las propias creencias: la discriminación de la minoría religiosa a la que pertenece el demandante –si hubiera sido un obispo católico, se pregunta el juez, ¿se le ordenaría quitar la cruz pectoral?–; y la «calidad de la ley» que permitió la expulsión. Garantizar «la decencia y la corrección del vestuario en los tribunales» es una norma vaga e imprecisa que puede ser utilizada, como sucede en el caso, en contra del ejercicio de los derechos fundamentales.

miento del requisito de que la medida tenga una «base legal», en su dimensión de «calidad de la ley»: la amplia potestad que da al juez el artículo 759 del Código judicial de mantener el orden en la sala crea incertidumbre e inseguridad en su aplicación. En todo caso, y continuando con el examen de las condiciones que establece el Convenio, el Tribunal admite que sí persigue un fin legítimo, como es garantizar la autoridad del poder judicial y el orden público. Aunque el acto de la expulsión no se justifica en las necesidades de una sociedad democrática. Siguiendo las conclusiones de *Hamidovic v. Bosnia-Herzegovina*, la demandante, una simple ciudadana, no mostró una actitud irrespetuosa, ni el uso del *hiyab* supone un riesgo para las buenas costumbres de la audiencia. La restricción no se basó en motivos suficientes para limitar la manifestación del derecho fundamental de la demandante; por lo cual existió una violación del artículo 9 del Convenio.

Observamos, pues, que bien a través de exigir a los Estados-parte que en las normas y resoluciones de su Derecho interno cumplan con las reglas de la proporcionalidad y el equilibrio entre los derechos o valores en conflicto, bien en el riguroso análisis de los límites al derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión –como, en el caso *Larichi*, la «calidad de la ley» a la que se invoca para justificar la restricción: Estrasburgo pone en cuestión la discrecionalidad del juez en la valoración de la «decencia y corrección», en uso de sus funciones de policía de estrados, en cuanto que crean incertidumbre e inseguridad–, el TEDH abre un camino hacia la protección más intensa de los derechos de las minorías religiosas frente a las eventuales restricciones por parte de los poderes públicos. Camino que aproxima al alto Tribunal a la senda seguida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano que, como vimos, suele no tener en cuenta la idiosincrasia de los ordenamientos jurídicos de los Estados en la resolución de los conflictos que atañen al derecho a manifestar las creencias religiosas –bajo el imperativo del denominado «margen de libre apreciación»– para centrarse directamente en los aspectos que atañen al contenido del derecho y sus límites.

#### 4. VÍAS DE APROXIMACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ Y EL TRIBUNAL EUROPEO EN MATERIA DE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA: PROPUESTAS HACIA LA CONVERGENCIA DOCTRINAL

Llegamos al final del trabajo. Momento de reflexionar sobre las distorsiones en el sistema de aplicación de los derechos humanos en el contexto inter-

nacional, y proponer algunos mecanismos que aminoren las divergencias. Naturalmente las conclusiones y propuestas se ciñen al ámbito de estudio, la simbología religiosa como manifestación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión –lo cual, por descontado, no significa que esas diferencias puedan existir respecto a otros derechos proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>51</sup>–.

Tal y como hemos visto a lo largo del análisis de los tres supuestos objeto de resolución tanto por Ginebra como por Estrasburgo, se evidencia una contradicción de los dos órganos internacionales en asuntos conflictivos como la prohibición del pañuelo islámico en la escuela pública, del turbante sikh en las fotos de los carnets acreditativos, o del «velo integral» en los espacios colectivos.

Coincide el país demandado, Francia, e incluso, como en el supuesto del turbante sikh, el demandante. Lo cual pone de relieve cómo a veces el individuo que no ha obtenido satisfacción en la instancia judicial –el Tribunal de Estrasburgo–, acude al órgano de Naciones Unidas buscando precisamente eso, una resolución distinta a la emanada en el ámbito europeo. Ejercicio de un singular *forum shopping* lícito según la normativa internacional pero de efecto desconcertante, a tenor de lo concluido en los casos estudiados: el mismo Estado, por la idéntica acción restrictiva de un derecho individual, resulta bendecida dicha actuación en Estrasburgo, y condenada como vulneración del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión por parte del Comité de Derechos Humanos de Ginebra.

Parece a todas luces necesario no ya pretender una coincidencia absoluta entre ambos órganos –imposible si atendemos a su distinta naturaleza jurídica, composición, ámbito de desenvolvimiento, normativa aplicada...–, pero sí intentar acercar sus argumentaciones en aras de evitar la «esquizofrenia doctrinal», o la sensación de que en materia de derechos humanos se puede argumentar válidamente un planteamiento y el contrario y que, en definitiva, todo depende del criterio subjetivo del tribunal, en una versión actual de la antigua justicia del cadí.

---

<sup>51</sup> Vid., sobre el particular, CHEESEMAN, C., *Harmonising the Jurisprudence of Regional and International Human Rights Bodies: A Literature Review*, «Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems» (BUCKLEY, C. M. ed.), Brill Nijhoff 2016; PHUONG, C., *The Relationship Between the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee: Has the «Same Matter» Already Been «Examined»?», «Human Rights Law Review», 7 (2007), pp. 385 ss.; TULKENS, F. y VAN DROOGHENBROECK, S., *The Domestic Courts» Response to Divergent Views among International Human Rights Bodies*, «Liberæ Cogitationes: Liber Amicorum Marc Bossuyt», Intersentia 2013.*



A modo de propuesta *de iure condendo* se avanza, de manera numerada, aquellas que en buena lógica pueden contribuir a la convergencia entre ambas instituciones en aras del reforzamiento de los derechos de las minorías principalmente en Estados, como Francia, que adoptan el principio secularista como axioma que impera en el ámbito de lo público.

1. Ya que las dos instancias internacionales, Ginebra y Luxemburgo, se mueven –como otros órganos en este ámbito– en un sistema próximo al denominado anglosajón en el que se da una relevancia singular a las decisiones de los tribunales, sería conveniente reforzar la exposición e inducción de criterios partiendo de los precedentes jurisprudenciales. Lo cual se echa en falta especialmente en las resoluciones –«dictámenes»– del Comité de Derechos Humanos, donde la cita de estos es o bien escasa y fragmentaria, o bien brilla por su ausencia. Lo que contribuiría a consolidar una doctrina lineal que, cómo no, podría variar si se advierte un cambio en las circunstancias sociales.

2. En esta línea, y buscando la convergencia entre Ginebra y Estrasburgo, parece conveniente finalizar con la política de ignorancia mutua; lo que significa la evolución hacia unos hábitos de cita recíproca de las decisiones del otro órgano internacional, tanto si es para argumentar la resolución del caso con un criterio común, como para distanciarse invocando un razonamiento o una valoración que se considera más justa desde los estándares mínimos que marcan los derechos humanos recibidos en el Pacto o el Convenio Europeo. Ello dotaría de una mayor coordinación en las decisiones que atañen a las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales.

3. En epígrafes anteriores se ha resaltado, como uno de los elementos sustanciales que explica la diferencia de criterios en materia de simbología, la autonomía que otorga el Tribunal de Estrasburgo al Estado en la resolución de las causas relacionadas con la manifestación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El grado de libertad que se deja a los órganos de los Estados-parte para la aplicación del ordenamiento interno en materia de derechos fundamentales se justifica, como dijimos, en el principio de subsidiariedad del Tribunal –en su naturaleza de tribunal internacional– y en la convicción de que son los jueces nacionales los mejor posicionados para conocer y resolver los asuntos relacionados con los derechos del Convenio. Este criterio de valoración, que dota a los Estados de un margen de libre apreciación en las controversias que se susciten, se ha recogido en la modificación del Preámbulo del Convenio Europeo contenida en el Protocolo Adicional número 15, en vigor desde el año 2013.

Doctrina la del margen de libre apreciación formalmente ausente en las argumentaciones contenidas en los «dictámenes» del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, centradas exclusivamente en determinar si la justificación de la restricción del Estado al derecho del Pacto se apoya en evitar un daño real y grave a la seguridad, el orden, la salud, la moral o los derechos de los demás, y si tal medida restrictiva fue necesaria y proporcionada.

El acercamiento de ambas posturas pasaría por encontrar algún punto medio entre el amplio margen aplicado por Estrasburgo en los tres casos analizados y en los que, en definitiva, el Tribunal justifica la acción del Estado incluso cuando no resulte evidente el riesgo real y grave de los derechos de los otros o de la seguridad; o ignorar, como hace el Comité de Ginebra, una cierta autonomía de los Estados en los conflictos relacionados con las convicciones religiosas. Lo primero, en sustancia, legitima la variabilidad de los fallos según la diferencia entre los Estados, y desprotege a las minorías frente a las decisiones de las mayorías sociales, poniendo en entredicho la propia virtualidad del Tribunal Europeo como órgano jurisdiccional. Lo segundo no tiene en cuenta la subsidiariedad de las instancias internacionales, principio que, hoy en día, es un pilar fundamental de la construcción del Derecho de gentes.

Tal vez la línea de convergencia se halla en la evolución que, a partir de 2013 y la doctrina *Eweida*, se abre en el Tribunal de Estrasburgo y que, en definitiva, pone en el centro de la cuestión el equilibrio entre los derechos y valores en conflicto, y la exigencia de la prueba de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas públicas restrictivas, a fin de que cumplan con los estándares del Convenio de Roma. La tendencia de la instancia jurisdiccional que nace de este Convenio hacia el reforzamiento de los criterios de control de los Estados en la aplicación del pluralismo confesional y en la salvaguarda de los derechos de las minorías, aproxima la doctrina del alto Tribunal a la seguida en Ginebra por el Comité de Naciones Unidas, patente en los casos expuestos sobre simbología y vestimentas religiosas. Solo el futuro dirá si se consolida la apreciada convergencia en este ámbito.

4. El sentido de la convergencia sustancial de los órganos internacionales con facultades para pronunciarse sobre las posibles violaciones de los derechos humanos recogidos en el Pacto y el Convenio Europeo debe ser el reforzamiento de su salvaguarda en una sociedad cada vez más plural. Singularmente de los derechos de las minorías –por lógica los más amenazados– a la identidad religiosa y cultural, la no discriminación, la integración social... proclamados en numerosos instrumentos internacionales cuyo fin es la protección de los grupos culturalmente diversos por razón de sus orígenes étnicos, creencias, procedencia, lengua, nacionalidad, etc. Centrándonos en los casos estudiados de simbo-

logía religiosa, no cabe duda que la política de los Estados que imponen un principio o valor, como el secularismo, que limita la lícita manifestación del derecho a la libertad de conciencia y religión, o que pretenden integrar a través de medidas coercitivas a esas minorías, assimilarlas a los valores públicos requiriendo abandonar las creencias o las manifestaciones religiosas, se halla en contra del espíritu y la letra de esas numerosas convenciones internacionales ratificadas con el objetivo de protegerlos. Convenciones que sorprende no sean citadas más a menudo por el Comité de Naciones Unidas o por el Tribunal Europeo. Tenerlas en cuenta en las decisiones de estos dos órganos internacionales supondría otro elemento, esta vez material o sustantivo, de convergencia en las argumentaciones jurídicas y la doctrina sentada por Ginebra y Estrasburgo.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del trabajo se ha pretendido analizar comparativamente las resoluciones que, en aplicación de sendos convenios en que se formulan y reconocen una serie de derechos humanos, dos órganos, uno de naturaleza judicial –el Tribunal Europeo– y otro cuasi-judicial –el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas–, han dictado en la cuestión concreta de los símbolos y vestimentas llevados por determinados individuos en cumplimiento de sus creencias religiosas.

Observamos cómo, aun partiendo de normativas distintas –el Convenio Europeo y el PIDCP, respectivamente–, se da una coincidencia sustancial en el texto del artículo que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión –el 9 del Convenio Europeo y 18 del Pacto–. Igualmente, tanto el Comité ginebrino como el Tribunal de Estrasburgo admiten que llevar ropas distintivas o indumentarias para cubrir la cabeza representan manifestaciones del referido derecho que se inscriben en su contenido sustancial como observancia y práctica de la religión. Así lo afirmó el Comité en la interpretación auténtica del artículo 18 del Pacto que expresa en el Comentario General número 22, de 20 de julio de 1993; y el Tribunal, no sin ciertas dudas<sup>52</sup>, a partir de la Sentencia *Leyla Sahin*, de 2005, confirmada en *Eweida*. La evolución

---

<sup>52</sup> La doctrina sentada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en la Decisión *Arrowsmith v. Gran Bretaña*, de 12 de octubre de 1985 (núm. app. 7050/75), distinguía entre los actos «meramente motivados o inspirados en las creencias», no protegidos como «prácticas» por el artículo 9, y los «necesarios y obligados por las convicciones», sí cubiertos en la tutela del referido precepto. En virtud de este criterio, tanto la Comisión Europea como el Tribunal se basaron, en un primer momento, para rechazar como práctica protegida el portar ciertos símbolos y prendas de significación étnica o religiosa.

jurisprudencial se inclina hacia una concepción subjetiva del derecho, que pone el acento en las creencias individuales más que en las doctrinas canónicas de la confesión a la cual se pertenece. Lo que explica, por ejemplo, que ambos órganos internacionales consideren que portar el *burka* o el *niqab* voluntariamente es una manifestación de las creencias religiosas de la mujer musulmana –protegida, por tanto, por el 9 del Convenio y el 18 del Pacto–, aunque no exista precepto alguno en la *Sharia* islámica que imponga con carácter general tales indumentarias.

Teniendo en cuenta las concordancias señaladas, es causa de sorpresa cómo los fallos en los tres supuestos de simbología religiosa que hemos expuesto –la exhibida en la escuela pública, o en las fotos requeridas para la obtención de documentos, o, en fin, el denominado «velo integral» en cualquier espacio público–, prohibidos en un país europeo, Francia, sustancialmente por contravenir el principio de *laïcité* del Estado, son diametralmente opuestos. Las divergencias en la argumentación que fundamenta dichos fallos radican, dicho resumidamente, en la distinta interpretación y aplicación de los límites al derecho a la libertad religiosa. El Comité realiza un control más exhaustivo de los límites, concluyendo que el Estado no demuestra la necesidad de la restricción ni la proporcionalidad de las consecuencias –la expulsión del colegio, la pérdida de los derechos que lleva implícita la posesión del carnet, o la multa económica a la mujer musulmana–. El Tribunal Europeo, por contra, estima que prevalece la autonomía del Estado en las prohibiciones, y acepta sus razones para admitir, en abstracto, que las leyes prohibitivas se justifican en la salvaguarda de la seguridad y el orden público. Con el efecto directo de restringir los derechos de minorías religiosas significativas –de las personas que profesan el Islam o, en menor medida, de los fieles de la religión Sikh–.

Líneas atrás se apuntaron las causas de divergencias tan manifiestas, incluso en los supuestos de pronunciamientos instados por el mismo demandante y con idéntico objeto. Causas que pueden obedecer a la distinta naturaleza, funciones y composición del órgano de Naciones Unidas o del Consejo de Europa –lo cual dotaría de más «libertad» al Comité debido a que sus decisiones se mueven dentro de la eficacia atenuada de la *soft law*–; bien a cuestiones sustanciales, como el principio de subsidiariedad que adopta el Tribunal de Estrasburgo y que deriva en la autonomía de los Estados en materia de la regulación de las plurales manifestaciones de la religión en el ámbito de su soberanía, y la cristalización de la doctrina del «margen de libre apreciación». En la formulación más extrema de esta doctrina quedan desprotegidos los derechos individuales –especialmente de las minorías– frente a las actuaciones de los poderes públicos. De alguna manera la invocación del margen de libre apreciación está

presente cuando el alto Tribunal afirma la prevalencia del principio del secularismo ante restricciones injustificadas de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 del Convenio Europeo<sup>53</sup>. Si bien, como subrayamos, la última jurisprudencia del Tribunal en materia de simbología –como la portada ante los tribunales de justicia– indica una evolución en el sentido de intensificar el control que hace Estrasburgo de la interpretación y aplicación de los límites al derecho que se realiza en el Derecho interno y, por ende, la mayor exigencia de la prueba de la necesidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva. Lo cual le aproxima a la línea de las decisiones adoptadas por el Comité de Naciones Unidas.

Finaliza el trabajo con unas propuestas, *de iure condendo*, que pretenden señalar aspectos que podrían contribuir a la convergencia entre los dos órganos internacionales en la aplicación de unos derechos humanos por naturaleza universales. Y cuyo efecto directo sería la protección de las minorías religiosas. No hay que olvidar que el grado de libertad y reconocimiento del que disfrutan en un ordenamiento jurídico las minorías es siempre el mejor termómetro para medir el pluralismo de una sociedad democrática.

---

<sup>53</sup> Vid., una crítica, en el sentido señalado, a la jurisprudencia del TEDH en relación a las vestimentas islámicas, RELAÑO, E., *Prejuicios Islamófobos en los Tribunales Supranacionales Europeos*, «Journal of Sociology and Theory of Religion», 7 (2018), pp. 59 ss.

