

La defensa de la laicidad y la compatibilidad del islamismo con los valores democráticos, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Refah partisi y otros Vs. Turquía

MIGUEL ÁNGEL CAÑIVANO
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN: EL ISLAMISMO Y SU ACTUAL SIGNIFICADO

Son hechos y situaciones de gran polémica social los que están trayendo a la luz de los estudiosos de diferentes disciplinas las cuestiones referentes al islamismo, y particularmente a la de los juristas la cuestión de su compatibilidad con los valores democráticos.

Conocida es la reivindicación de los partidarios del islamismo radical, sobre una aplicación de la ley de inspiración religiosa denominada *charia*. Menos conocido, tal vez, es el hecho de que la mayor parte de los países de mayoría musulmana han adoptado una serie de disposiciones que otorgan a esa ley un estatuto especial que consagra la primacía de la religión en la cual se basa¹. La mayoría de constituciones árabes hacen referencia al Islam, bien sea en su preámbulo, a propósito de la determinación de la religión del estado, estableciendo el principio de conformidad de la legislación con los principios de la religión, o en las condiciones que debe cumplir el Jefe del Estado. Pero la referencia al derecho de inspiración religiosa en estos países, contrariamente a lo

que se pudiera pensar, es una cuestión totalmente contemporánea². Como explica BABDJI, "el discurso islamita, al que ningún Estado árabe parece escapar, fortalecido por las ambigüedades, los fracasos y las perversiones de los estados nacionales, apoyándose también en la corrupción casi generalizada de sus élites dirigentes, plantea la instauración o reinstauración de la ley islámica como la vía susceptible de aportar soluciones al conjunto de los problemas suscitados, ya sean de identidad, económicos, jurídicos o éticos...no se trata ya de integrar la religión como componente y por lo tanto en una posición subordinada frente al nacionalismo o cualquier otra ideología, sino mucho más de considerarla un sustituto al nacionalismo y al socialismo árabes, que pueden considerarse experiencias fracasadas"³.

La *charia* o *sharia*, voz que en árabe significa *vía directa*, es "el conjunto de los mandamientos o prescripciones de la religión musulmana relativos no solamente al derecho sino al culto y la moral"⁴. La *charia* o ley islámica tiene como principales fuentes el Corán y la *Sunna*: el primero contiene las revelaciones directas que Mahoma recibe de Dios a lo largo de su vida, y el segundo los dichos y hechos del propio profeta,

¹ Cfr. BOUDUIN DUPRET (*Política, religión y derecho en el mundo árabe*, en "El Islam jurídico y Europa. Derecho religión y política", obra coordinada por Alegría Borrás y Salima Mernissi, Barcelona, 1998, p. 21).

² Tomando como ejemplo la Constitución egipcia, ésta fue reformada en el año 1980, y entre las reformas está la de su artículo 2, que establecía que "los principios de la *charia* son una fuente principal de legislación". Tras la reforma dicho artículo pasó a disponer que los principios de la *charia* son "la fuente principal de la legislación" (Cfr. DUPRET, *Ibidem*, pp. 27 y 28).

³ RAMDANE BABADJI, *Aproximación a las relaciones de la charia y el derecho positivo en el mundo árabe*, en "El Islam jurídico y Europa. Derecho religión y política", obra coordinada por Alegría Borrás y Salima Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 96 a 98).

⁴ BABADJI, *Ibidem*, p. 69.

⁵ Cfr. LOPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, pp. 20 y 21; BABADJI, cit., pp. 67 a 72; COMBALÍA, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, 2001, pp. 15 a 39.

⁶ Algunos autores distinguen entre la laicidad y la no confesionalidad, entendiendo que la primera denota una cierta beligerancia hacia una religión en particular o hacia la religión en general, mientras que la segunda sería descriptiva de una actitud más constructiva, como la propia del Estado español y su Constitución (Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico Español*, Oviedo, 1997, pp. 123 a 130).

⁷ SOUTO PAZ, *Derecho Eclesiástico del Estado Español. El Derecho de la Libertad de Ideas y Creencias*, Madrid, 1995, p. 85.

⁸ *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia i laicidad*, Madrid 1997, p. 112.

⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 3ª) de 31 julio 2001, Demandas núms. 42340/1998, 41342/1998, 41343/1998 y 41344/1998 (acum.): *Caso Refah Partisi y otros contra Turquía* (RJA TEDH 2001/496).

ejemplo seguro al que pueden atenerse los fieles – en rigor la única fuente sería la voluntad divina, y las revelaciones sólo serían fuentes de conocimiento -. El Corán, como es sabido, no es propiamente un código de Derecho musulmán, por su sistematismo y por su contenido no siempre jurídico – para el Derecho sólo tiene interés una décima parte de su contenido, correspondiente a las *azoras* medinenses -, y la primera redacción auténtica fue llevada a cabo por el califa Uzmán entre los años 644 y 656. Junto a las anteriores, existen otras dos fuentes de carácter interpretativo: el consenso o sentir unánime de los doctores, que fue precisando la autenticidad y el sentido de las normas de la *charia*, y la deducción analógica, para los casos no contemplados textualmente por la norma. Consolidado en el s. X de nuestra era, desde entonces ha quedado establecido de manera inmutable, ante el recelo de que pudiera suplantarse por criterios humanos. No obstante, en la actualidad la *charia* convive con un derecho positivo importado fundamentalmente de occidente, aunque no de la misma manera en todos los países musulmanes, pues mientras en algunos se da una ausencia total en la aplicación de la *charia*, caso de Turquía, en otros como Arabia Saudí la sumisión a ella es casi total³.

II. LA LAICIDAD EN LOS PAÍSES ISLÁMICOS: EL CASO TURCO

Una de las cuestiones clave para el entendimiento y tratamiento del fenómeno del islamismo se refiere a la confesionalidad o laicidad de los Estados, o lo que es lo mismo, a la consideración del hecho religioso por los mismos y a la postura que adoptan de acercamiento o distanciamiento respecto de las confesiones y grupos religiosos. La adopción del principio de laicidad⁶ por un Estado significa “la supresión de cualquier situación de privilegio a favor de un confesión religiosa como el reflejo

de una precisa actitud del Estado ante el fenómeno religioso, de tal manera que «el Estado, al practicar un reconocimiento, garantía y promoción del factor religioso, no coacciona, no sustituye, ni concurre con la fe y la práctica religiosa de los sujetos natos de la religión: la persona individual y las confesiones. Cuando el Estado no coacciona, ni sustituye, ni concurre con tal Estado ante lo religioso, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción que haga del factor religioso... se comporta sólo como Estado y, por tanto, laicamente»(P.J.VILADRICH)⁷. Y sobre la importancia del principio ha dicho LLAMAZARES: “el protagonismo de la persona y de su libertad de conciencia como fundamento de todas las demás libertades y exigencia del desarrollo libre de su propia identidad convierte en absolutamente necesaria la laicidad del Estado si realmente queremos que se convierta en realidad del mañana lo que todavía hoy es utopía. Si algo se desprende con claridad de la lectura esencial que hemos intentado hacer de la historia es justamente esto: la laicidad del Estado es el único marco que garantiza el ejercicio de la libertad de conciencia en toda su plenitud, libre de trabas artificiales o arbitrarias y, en definitiva, el más pleno desarrollo en libertad de la persona como radical libertad”⁸.

Una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante)⁹ se refiere, precisamente, a la defensa del principio de laicidad por el gobierno de un estado con una larga tradición de confesionalidad islámica y con una población de mayoría abrumadoramente islámica: Turquía. La disolución del Refah Partisi – y prohibición temporal a cinco de sus dirigentes de ejercer responsabilidades políticas - adoptada por el Tribunal Constitucional turco, deja al descubierto las dificultades que puedan tener los estados con población mayoritariamente musulmana, que quieran separarse de la ley islámica y dirigir sus pasos por la senda de los que nosotros estimamos principios democráticos. Es el debate entre

la adopción y mantenimiento de estos principios, con el principio de laicidad a la cabeza de todos ellos, o el retorno a unos principios y valores jurídicos estancados en el S. X de nuestra era.

El interés de la sentencia del TEDH radica, desde nuestro punto de vista, en la doctrina que establece el Alto Tribunal sobre la compatibilidad de las aspiraciones de los grupos islamistas y de su modelo de Estado, con los principios que rigen un moderno Estado social y democrático de derecho y que están recogidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Turquía es el único Estado que con una población esencialmente musulmana (más del 95%), adopta una democracia liberal al estilo de los países occidentales, lo que lo convierte en el único país del mundo a la vez "musulmán y democrático"¹⁰. Pero la actual República de Turquía no es sino el resultado de un largo y difícil proceso revolucionario que ha transformado un Estado teocrático en un Estado laico¹¹. Son las condiciones históricas precedentes las que hacen para la actual Turquía tan importante el principio de laicidad, que es condición preliminar de una democracia pluralista y liberal, que se niega a organizar la sociedad según los principios religiosos, y que toma las mismas distancias respecto de todas las religiones y creencias¹².

Turquía se enfrenta cada día a su pasado, pero también se enfrenta al peligro actual de las tendencias islámicas reaccionarias. Son numerosos los países dominados por el fundamentalismo islámico que intentan exportar su régimen teocrático a Turquía, y para ello no dudan en facilitar ayuda moral y financiera a los movimientos fundamentalistas turcos. La protección del Estado laico, condición preliminar de una democracia pluralista y liberal, se convierte así en una de las principales preocupaciones del gobierno turco, consecuencia de la cual fue la disolución del partido político Refah (o de la Prosperidad)

por el Tribunal Constitucional, al haberse convertido dicho partido en "centro de actividades contrarias al principio de laicidad"¹³.

Según el art. 2 de su constitución, "la República de Turquía es un Estado de derecho democrático laico y social, respetuoso de los derechos humanos en un espíritu de paz social, de solidaridad nacional y de justicia, vinculado al nacionalismo de Atatürk y que se basa en los principios fundamentales enunciados en el preámbulo". De la formulación del precepto se colige la importancia de la laicidad, concepto que forma parte de la propia definición del Estado turco¹⁴. Junto a este, otros preceptos constitucionales evidencian el celo especialmente puesto en la cuestión religiosa y en la protección de la laicidad, como el art. 24.4, según el cual "nadie puede, de la manera que sea, explotar la religión, los sentimientos religiosos o las cosas consideradas sagradas por la religión, ni abusar de ellas con el fin de hacer reposar, incluso parcialmente, el orden social, económico, político o jurídico del estado en preceptos religiosos o asegurarse un interés o una influencia en el plano político o personal"¹⁵.

Este celo constitucional, reflejo de la precariedad de la laicidad entre los principios de la también precaria democracia turca, es el que llevó al Alto Tribunal turco a disolver aquél importante partido, en un proceso que se inició cuando todavía estaba gobernando¹⁶.

III. ACTIVIDADES CONTRARIAS AL PRINCIPIO DE LAICIDAD

Las principales acusaciones vertidas por el Fiscal General en su acción de disolución ante el Tribunal Constitucional turco, se refirieron a las siguientes actividades llevadas a cabo por los principales dirigentes del partido - incluido su presidente y ex Primer Ministro de la República, Necmettin Erbakan -, ca-

¹⁰ Desde luego resulta muy arriesgado calificar a la República de Turquía como Estado "islámico" o "musulmán", y resulta ciertamente contradictorio con los principios constitucionales del propio Estado, como veremos. No obstante desde un punto de vista estrictamente sociológico la calificación no sería del todo desacertada, y desde un plano jurídico internacional no se puede ignorar el dato de la pertenencia de Turquía, desde su fundación en el año 1969, a la Organización de la Conferencia Islámica, que aglutina a todos los países con una población musulmana significativa, con independencia de su confesionalidad islámica o de su carácter árabe, y que tiene como objetivos, según el art. II.1 de su Carta fundacional "promover la solidaridad islámica entre los Estados miembros" (Cfr. COMBALÍA, cit., pp. 41 y 42).

¹¹ "Nacida de las cenizas del difunto Imperio Otomano al final de la Primera Guerra Mundial, tras una guerra de independencia, la nueva Turquía eligió desde el principio modernizarse siguiendo el camino occidental. Después de la Segunda Guerra Mundial, Turquía se integró en la alianza occidental y en la OTAN. Tras haber realizado la transición hacia un sistema político multipartidista en 1946 y conseguido una alternativa pacífica en el poder en 1950, el experimento democrático en Turquía se ha visto interrumpido tres veces -en 1960, 1971 y 1980- por intervenciones militares relativamente cortas pero que dejaron huellas indelebles en la política del país" (SOLI ÖZEL: *Destinada a cambiar: anatomía de un año en la política de Turquía*, Anuario Internacional CIDOB 1997, p. 1 de 11) en <http://www.cidob.org/Castellano/Publicaciones/Anuarios/97ozel.html>.

¹² Esta importancia y trascendencia que el principio de laicidad tiene para la República de Turquía, está expresamente reconocida por el TEDH: "los órganos del Convenio han considerado también que el principio de laicidad en Turquía era seguramente uno de los principios fundadores del Estado que encajaba con la preeminencia del Derecho y el respeto de los Derechos Humanos. Toda actitud que no respete este principio no podía ser aceptada como parte integrante de la libertad de manifestar su religión y no se beneficiaba de la protección que garantizaba el artículo 9 del Convenio (véase la opinión de la Comisión en el asunto Kalaç contra Turquía formulada en su informe de 27 de febrero de 1996, Repertorio 1997-IV, pg. 1215, ap. 44 y, «mutatis mutandis», Sentencia Kalaç contra Turquía de 1 de julio de 1997 [TEDH 1997, 42], Repertorio 1997-IV, pg. 1209, aps. 27-31)" (Sentencia Refah Partisi y otros contra Turquía, cit., apdo. 51).

¹³ Fundado en 1983, el Refah Partisi participó en numerosas elecciones legislativas y municipales. Tras las elecciones legislativas del 25 de diciembre 1995, en las que obtuvo el 22% de los votos y 158 escaños en la Gran Asamblea Nacional de Turquía (que cuenta con un total de 450 escaños), se convirtió en el primer partido político turco y accedió al poder formando un gobierno de coalición con el partido de "Dogru Yol" (Partido de la Vía Justa), y su presidente, Necmettin Erbakan, se convirtió en Primer Ministro. El Refah Partisi reivindicaba 4,3 millones de miembros en el momento de su disolución. Tras su disolución, los líderes del partido islamista que no fueron inhabilitados fundaron un nuevo partido llamado de la Virtud (Fazilet Partisi), lo que ha llevado a algunos analistas turcos a concluir que la prohibición de Refah fue una

decisión poco acertada, ya que "el movimiento islamista turco no desaparecerá porque Refah no esté en el Gobierno o sea inhabilitado. En realidad, el movimiento y su partido político prosperarán si las condiciones no cambian drásticamente en el país. Pero la experiencia de Refah también ha demostrado que el movimiento islamista, del que Refah era sólo una parte, o una organización-paraguas, abriga una gran variedad y multitud de ramas, no todas ellas pacíficas" (SOLI ÖZEL, cit., p. 9 de 11).

¹⁴ A diferencia, por ejemplo, de la Constitución española, donde la laicidad, o mejor la aconfesionalidad, aunque integrante del derecho fundamental a la libertad religiosa, no integra la definición del Estado que se contiene en su artículo 1.

¹⁵ No faltan tampoco las alusiones expresas a la igualdad ante la ley y no discriminación por razón de la religión (art. 10.1) o a la interdicción de las actividades de los individuos y grupos que pretendan un orden estatal fundado en la discriminación por la pertenencia a una determinada religión (art. 14.1).

¹⁶ Ciertamente es que en la disolución del partido Refah mucho tuvieron que ver los militares - depositarios de los ideales de Mustafa Kemal Atatürk, caudillo turco que abolió el califato y estableció la república tras la Primera Guerra Mundial- y su aversión hacia los movimientos islámicos. Y cierto es también que la decisión del Tribunal Constitucional turco de disolver el Partido Refah fue muy criticada dentro y fuera del país, en cuanto a la gravedad de la medida adoptada por el Tribunal, y por cuanto que el Refah era el decimoquinto partido disuelto por el Tribunal Constitucional turco en los últimos años. A mayor abundamiento el Refah no contaba con antecedentes de violencia ni sus estatutos contenían principios contrarios a la República laica. Incluso la sentencia del TEDH que revisó la con-

lucidas como contrarias al principio de laicidad, y que nosotros vamos a agrupar en tres categorías¹⁷:

(a) *Implantación de un sistema teocrático y multijurídico*: el Presidente del RP, había formulado propuestas tendentes a abolir el sistema laico de la República y había sugerido que los fieles de cada movimiento religioso siguieran las normas propias de su organización y no las normas de derecho de la República. Varios miembros del RP, incluidos los que ejercían funciones oficiales importantes, habían preconizado, en sus discursos públicos, la sustitución del sistema político laico por un régimen teocrático. Estas personas habían igualmente abogado por la eliminación de los oponentes de este proyecto, si fuera necesario, por la fuerza. El RP, al negarse a iniciar procedimientos disciplinarios contra esos miembros e incluso, en algunos casos, facilitando la difusión de sus discursos, había tácitamente adoptado esos puntos de vista.

(b) *Instauración de la «charia» a través de la «dijihad»*: el presidente del partido había invitado a los musulmanes a unirse al partido RP, ya que únicamente su partido podía instaurar la supremacía del Corán tras una guerra santa («dijihad») y por esta razón, los musulmanes debían aportar sus dones al RP en lugar de distribuirlos a terceros. El presidente del partido había planteado ante el grupo parlamentario del RP en la Asamblea Nacional la pregunta de si el cambio de orden social en el sentido previsto por su partido iba a ser «pacífico o violento, y hacerse tranquilamente o con sangre».

(c) *Actos de simbolismo islámico*: el Presidente y los otros dirigentes del RP apoyaban, en todas sus intervenciones públicas, el uso del

velo islámico en las escuelas públicas y en los locales de administraciones públicas, cuando el Tribunal Constitucional había ya declarado que iba en contra del principio de laicidad inscrito en la Constitución; durante la celebración del Ramadán, Necmettin Erbakan había recibido a los jefes de los movimientos islamistas en la residencia reservada al Primer Ministro y les había manifestado así su apoyo; por Decreto de 13 de enero de 1997, el Comité de ministros (en el que los miembros del RP eran mayoritarios) había reorganizado las horas de trabajo en los establecimientos públicos en función del ayuno del Ramadán - el Consejo de Estado anuló este decreto por atentado contra el principio de laicidad -; un diputado del RP declaró, ante los periodistas en los pasillos del Parlamento, que iba a correr la sangre si se intentaba cerrar las escuelas religiosas («d' Imam Hatip»), escuelas que forman a los futuros funcionarios religiosos), que la situación podría ser peor que en Argelia, que personalmente deseaba que la sangre corriera para que la democracia se instalara en el país, que respondería a los que se opusieran y, finalmente, que lucharía hasta el final para la instauración de la «Charia» (la ley islámica); el Ministro de Justicia, (diputado y presidente adjunto del RP), a fin de expresar su apoyo al alcalde de Sincan, le había visitado en la prisión en la que éste se encontraba en detención provisional, tras ser inculcado por haber hecho apología de los grupos terroristas islámicos internacionales¹⁸.

Tal como recoge la Sentencia del TEDH, para determinar la disolución del partido el Tribunal Constitucional consideró que «si los partidos políticos eran los principales actores de la vida política democrática, sus actividades no escapaban a algunas restricciones. Principalmente, sus actividades incompati-

dancia de la resolución del Tribunal Constitucional con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, contó con el voto disidente de tres magistrados. No es menos cierto, sin embargo, que este Alto Tribunal estimó adecuadas las medidas adoptadas para proteger el principio de laicidad de la República: «80 Por lo tanto, el Tribunal considera que la sanción impuesta a los demandantes puede razonablemente ser considerada como respondiendo a una «necesidad social imperiosa» en la medida en la que los responsables del RP, bajo pretexto de que daban un contenido diferente al principio de laicidad, habían declarado tener la intención de establecer un sistema multijurídico e instaurar la ley islámica (la «Charia») y habían dejado planear la duda sobre su posición en cuanto al recurso a la fuerza a fin de acceder al poder y principalmente de permanecer en él. Considera que, incluso si el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, siendo el pluralismo de las ideas y de los partidos inherente a la democracia, el Estado implicado puede razonablemente impedir la realización de tal proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que corren el riesgo de comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país (...) 81 Queda por saber si las injerencias litigiosas eran proporcionadas a los fines legítimos perseguidos. El Tribunal ya ha considerado que la disolución de un partido político unida a una prohibición temporal a sus dirigentes de ejercer responsabilidades políticas era una medida radical y que medidas de tal severidad únicamente podían aplicarse en los casos más graves (véase Sentencia Partido Socialista y otros anteriormente citada pg. 1258, ap. 51). En el caso presente, acaba de constatar que la injerencia respondía a una «necesidad social imperiosa». Conviene igualmente indicar que tras la disolución del RP, únicamente cinco de

sus miembros diputados (incluidos los demandantes) fueron destituidos temporalmente de sus funciones parlamentarias y de su papel de dirigentes de partido político. Los 152 diputados restantes continuaron ejerciendo su mandato y prosiguieron normalmente sus carreras políticas. Además, los demandantes no alegaron que el RP o sus miembros hubieran sufrido un perjuicio material importante a causa de la transferencia de sus bienes al Tesoro público. El Tribunal considera a este respecto que la naturaleza y la gravedad de las injerencias son también elementos a tomar en consideración cuando se trata de medir su proporcionalidad (véase, por ejemplo, «Sürek contra Turquía [núm. 1]» [GS], núm. 26682/1995, ap. 64, TEDH 1999-IV [TEDH 1999, 28]), (82 Por lo tanto, teniendo en cuenta el margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales en tal caso, aunque sea estrecho (apartado 80 «supra»), el Tribunal considera que las injerencias litigiosas no eran desproporcionadas a los fines legítimos perseguidos, teniendo en cuenta la «necesidad social imperiosa» a la que respondían y que los motivos presentados por el Tribunal Constitucional para justificar la disolución del RP y la inhabilitación temporal de algunos derechos políticos pronunciada contra los otros demandantes eran «pertinentes y suficientes» (Sentencia de 31/7/2001, cit.).

¹⁷ Cfr. STEDH de 31/7/2001, cit., apdos. 11 y 26)

¹⁸ ÖZEL comenta los acontecimientos que rodearon la disolución del partido Refah, destacando algunos de los más significativos: «El principio del fin de Refahyol - coalición gubernamental del partido Refah con el partido Dogru Yol - empezó en enero cuando, durante el mes sagrado musulmán del

Ramadan, Refah desafió públicamente el marco laico de la vida política turca con tres actos simbólicos. Respectivamente, estas mal asesoradas iniciativas pueden ser interpretadas como la necesidad de Refah de cubrir el expediente para contener a sus partidarios más radicales, descontentos ante la actitud acomodaticia adoptada por el partido en algunos asuntos políticos, como por ejemplo las relaciones con Israel. Fuesen cuales fuesen los motivos, la invitación a líderes de sectas religiosas, vestidos con sus hábitos, a la residencia oficial del primer ministro para romper el ayuno; la demanda de permitir a las mujeres que llevan la cabeza cubierta trabajar en las oficinas gubernamentales y de reformar los horarios de las empresas de acuerdo con el programa de interrupción del ayuno así como el llamamiento a construir una mezquita en la plaza Taksim, bastión de simbolismos seculares en Estambul, todos estos hechos demostraron ser demasiado para la opinión pública y el sistema político laico. En su entusiasmo, los líderes de Refah denominaron la construcción de la mezquita la «Reconquista de Estambul», enfureciendo aún más a toda la opinión pública. Para rematarlo, en una celebración más bien estudiantil del Día de Jerusalén (*Quds Day*) organizada por el alcalde de Sincan (elegido sobre las listas de Refah) y durante la cual el embajador iraní pronunció un discurso encendido, se produjeron llamamientos a la restauración de la *Sharia*. Tanto fue así que al día siguiente *de camino hacia ejercicios* presumiblemente ya programados y rutinarios, los soldados y tanques enviados por el Ejército atravesaron el centro de Sincan y la batalla política entre el Ejército y el Refahiyolu empezó en serio" (cit. p. 5 de 11).

¹⁹ Sentencia de 31/7/2001, cit. apdo. 24.

bles con el principio de la preeminencia del Derecho no podían ser toleradas. El Tribunal Constitucional invocó las disposiciones constitucionales que imponían el respeto de la laicidad a los diversos órganos del poder político. Recordó igualmente las numerosas disposiciones de la legislación interna que obligaban a los partidos políticos a aplicar el principio de laicidad en numerosos campos de la vida política y social. El Tribunal Constitucional hizo valer que la laicidad era una de las condiciones indispensables de la democracia. En su opinión, el principio de laicidad estaba garantizado en Turquía en el plano constitucional, a causa de la experiencia histórica del país y de las particularidades de la religión musulmana. El Tribunal hizo observar la incompatibilidad del régimen democrático con las normas de la «Charia». Recordó que el principio de laicidad prohibía al Estado testimoniar una preferencia por una religión o una creencia concreta y constituía el fundamento de la libertad de conciencia y de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. Según el Tribunal Constitucional, la intervención del Estado para salvaguardar la naturaleza laica del régimen político debía ser considerada necesaria en una sociedad democrática"¹⁹.

IV. LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LA LEY ISLÁMICA CON LOS VALORES DEMOCRÁTICOS.

El TEDH, por su parte, clasifica en tres grupos los motivos admitidos por el Tribunal Constitucional turco para concluir que el partido Refah infringía el principio de laicidad²⁰:

(1) aquellos según los cuales el RP tendía a instaurar un *sistema multijurídico* instituyendo una discriminación basada en las creen-

(2) aquellos según los cuales el RP habría querido aplicar la «Charia» para la comunidad musulmana.

(3) aquellos que se basan en las referencias hechas por los miembros del RP a la «*djihad*», la guerra santa, como método político.

El Tribunal limita, de esta manera, su examen a estos tres grupos de motivos que fueron admitidos por el Tribunal Constitucional, y establece las siguientes consideraciones sobre cada uno de ellos:

Consideraciones del Tribunal sobre los sistemas multijurídicos basados en las creencias²¹

El TEDH describe el sistema multijurídico propuesto por los islamistas como aquel que "introduciría en el conjunto de las relaciones de Derecho una distinción entre los particulares basada en la religión, separándolos en categorías según su pertenencia religiosa y les reconocería derechos y libertades no como individuos, sino en función de su pertenencia a un movimiento religioso"²². A juicio del Tribunal el sistema multijurídico islámico es incompatible con el sistema del Convenio de Roma por dos razones:

(a) El sistema multijurídico basado en las creencias religiosas de los individuos "suprime el papel del Estado como garante de los derechos y las libertades individuales y organizador imparcial del ejercicio de las diversas convicciones y religiones en una sociedad democrática, ya que obligaría a los individuos a obedecer, no a las normas establecidas por el Estado en el cumplimiento de sus funciones anteriormente citadas, sino a normas estáticas de Derecho impuestas por la religión correspondiente"²³. Ahora bien, el Estado tiene la obligación positiva de

garantizar a toda persona dependiente de su jurisdicción el beneficiarse plenamente, y sin poder renunciar de antemano, de los derechos y las libertades garantizados por el Convenio (véase, «mutatis mutandis», Sentencia Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979, serie A núm. 32, pg. 14, ap. 25)”. Los derechos humanos constituyen un sistema integrado tendente a proteger la dignidad del ser humano, y la democracia y la preeminencia del Derecho tienen como papel su defensa: la democracia supone que sólo pueden ser investidos de los poderes y de la autoridad del Estado instituciones creadas por y para el pueblo, y no existe democracia cuando la población de un Estado, incluso mayoritariamente, renuncia a su poder legislativo en beneficio de una entidad que no es responsable ante el pueblo al que gobierna, ya sea esta entidad laica o religiosa; la preeminencia del Derecho significa que todos los seres humanos son iguales ante la Ley, tanto en derechos como en deberes, y que si la ley tiene en cuenta las diferencias, es porque éstas tienen una justificación objetiva y razonable, un fin legítimo y son proporcionadas y conformes a los principios que reinan normalmente en las sociedades democráticas - no reina el Derecho cuando grupos de personas sufren una discriminación por el único motivo de que representan sexos diferentes o convicciones políticas y/o religiosas diferentes, o cuando se crean sistemas jurídicos enteramente diferentes para tales grupos -.

- (b) El sistema multijurídico basado en las creencias religiosas de los individuos infringe el principio de no discriminación en el goce de los derechos y libertades fundamentales del Convenio, que constituye uno de los principios fundamentales de la democracia: “en

efecto, una diferencia de trato entre los justiciables en todos los campos del Derecho público y privado según su religión o su convicción no tiene ninguna justificación a la vista del Convenio, y principalmente a la vista de su artículo 14 que prohíbe las discriminaciones. Tal diferencia de trato no puede contemplar un justo equilibrio entre, por un lado, las reivindicaciones de ciertos grupos religiosos que desean estar regulados por sus propias normas y, por otro lado, el interés de toda la sociedad, que debe fundarse en la paz y en la tolerancia entre las diversas religiones o convicciones (véase, «mutatis mutandis», la Sentencia de 23 de julio de 1968 [TEDH 1968, 3] en el asunto «lingüística belga», serie A núm. 6, pgs. 33-35, aps. 9-10 y Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido [TEDH 1985, 8], serie A núm. 94, pgs. 35-36, ap. 72)”.

Consideraciones del Tribunal sobre la aplicación de la *Charia* para la comunidad islámica²⁴

Sobre la *charia* el TEDH ha reconocido que “al reflejar fielmente los dogmas y las normas divinas dictadas por la religión, presenta un carácter estable e invariable”, y que “le son extraños principios como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas”. El Tribunal declara incompatible la *charia* con los principios fundamentales de la democracia, añadiendo que se desmarca claramente de los valores del Convenio, y hace referencia a algunos aspectos concretos: “principalmente con respecto a sus normas de Derecho penal y de procedimiento penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los campos de la vida privada y pública conforme a las normas religiosas”. También declara el Tribunal

²⁰ Se encuentran en el apado. 67 de la Sentencia de 31 de julio de 2001, cit..

²¹ *Ibidem*, ap. 69

²² “En la comunidad islámica, en la *umma*, el vínculo de pertenencia lo configura la condición musulmana de sus miembros. No se trata de un derecho circunscrito a límites territoriales coincidentes con los de un Estado y otra organización política, sino aplicable a todos aquellos que profesan la fe islámica” (COMBALÍA, cit. p. 38). Congruentemente, tiene que ser otro el derecho aplicable a aquellos ciudadanos no musulmanes, dependiendo de cuál sea su religión.

²³ “El Derecho islámico cuenta para su aplicación con los representantes de la comunidad islámica que, habida cuenta del carácter indisolublemente político y religioso de la comunidad, no están separados de las legítimas autoridades políticas del país. El Islam no excluye una organización política, cuya obligación principal es mantener el orden que la ley divina establece, aplicando para ello los medios coactivos necesarios” (COMBALÍA, cit. p. 38). Es decir, para el Derecho islámico el Estado es un mero instrumento al servicio de un ordenamiento ajeno al propio Estado, en cuanto que no emana de los poderes públicos instituidos democráticamente, sino de una divinidad.

²⁴ Se encuentran en los apados. 71 y 72 de la Sentencia de 31 de julio de 2001, cit.

²⁶ La distinta concepción del Derecho lleva, por otra parte, a una distinta concepción de los *derechos humanos* en las declaraciones de derechos islámicas. En éstas -v. gr. la Declaración Islámica Universal de Derechos del Hombre del Consejo Islámico de Europa, promulgada ante la UNESCO el 19 de septiembre de 1981- "se advierte una neta preocupación por establecer concomitancias con la mayoría de los derechos mencionados en la Declaración de 1948, junto a la voluntad no menos clara de resaltar el arraigo en la escritura sagrada de los derechos proclamados en la Declaración islámica -en referencia a la del CIE de 1981- (...). Resulta obvio, en primer lugar, que los fundamentos de los derechos humanos en el Islam se apoyan en el texto de la Revelación. El puntal de los derechos es la ley religiosa, la esencia de los derechos es meditar la ley. El universo de la ley religiosa es el mundo de las relaciones creadas y queridas por Dios entre él y los hombres y para los hombres entre sí (...). La trayectoria que los instituye no es la del individualismo liberal que inviste, como en Occidente, al hombre de unos derechos inherentes a su calidad de ser racional. La genealogía de los derechos humanos en el Islam es pura gratitud de Dios que inviste al hombre de su dignidad, que le nombra su «vicario (califa) en la tierra» -Corán II, 30- y le otorga sus derechos, pero al mismo tiempo le inviste de sus deberes: deberes para con Dios... y deberes con la comunidad. El principio aquí no es igual que en Occidente, donde los derechos del individuo son la mejor garantía contra la omnipotencia de la sociedad. En el Islam, la comunidad como tal tiene unos derechos iniciales que son la mejor garantía contra un individualismo desbo-

que no son conformes con el ideal democrático las aspiraciones de "fundar «un orden justo» o un «orden de justicia» o un «orden de Dios»...", que "...leídas en su contexto, incluso si se prestan a diversas interpretaciones, tienen por denominador común el referirse a las normas religiosas y divinas en cuanto al régimen político deseado...", y se refiere a cuestiones como el uso del velo islámico o la organización de los horarios en el sector público en función de la oración, que califica como posicionamientos "conformes con el fin no confesado del R.P. de instaurar un régimen político basado en la «Charia»".

Consideración del Tribunal sobre la *djihad* como método político²⁵

Finalmente queda la referencia a la legitimidad de los métodos alternativos, propuestos por los islamistas para instaurar el régimen de la Charia - por sí sola incompatible con la democracia, con independencia del método para su establecimiento en el seno de una sociedad -. El Tribunal define la «*djihad*» "como la guerra santa y la lucha a realizar hasta llegar al dominio total de la religión musulmana en la sociedad", a pesar de que, como reconoce, "reina también una ambigüedad en la terminología utilizada por algunos oradores - miembros del RP - en cuanto al método a utilizar para acceder al poder político". El TEDH considera ilegítima la sola invocación a "la posibilidad de un recurso a la fuerza para vencer diversos obstáculos en el camino político contemplado por el R.P. para acceder al poder y permanecer en él", sin que sea relevante al respecto que en los documentos gubernamentales no se llamara al uso de la fuerza y de la violencia como medio político. Merece la misma consideración negativa por parte del Tribunal que no se mostrara la falta de solidaridad "con los miembros del RP que apoyaban públicamente el recurso potencial a la fuerza contra políticas que les eran desfavorables".

Muy importante, por otra parte, es la conclusión a que llega el Tribunal de considerar las diversas conductas aisladas como integrantes de un proyecto no confesado de instauración de la charia, contrariamente a la tesis de los demandantes de que tales conductas y declaraciones - admitidas para la disolución del RP - estaban citadas fuera de contexto y sin coherencia entre ellas. El Tribunal, a partir de la lectura de las declaraciones políticas en cuestión, infiere que "el RP propone la instauración de un sistema multijurídico que instituya la discriminación entre los individuos basada en sus creencias religiosas, que funcione según normas religiosas diferentes para cada comunidad religiosa y en el que la «Charia» constituiría el Derecho aplicable para la mayoría musulmana del país y/o el Derecho común...", sin que se excluya "el recurso potencial a la fuerza en algunas circunstancias para oponerse a ciertos programas políticos o acceder al poder y permanecer en él". El Tribunal considera "que tal visión de la sociedad se inspira en un régimen teocrático islámico, que ya ha sido impuesto en la historia del Derecho turco" y concluye "que las declaraciones y los posicionamientos en cuestión de los responsables del RP constituyen un conjunto y forman una imagen bastante neta de un modelo de Estado y de sociedad organizado según las normas religiosas, concebido y propuesto por el partido".

Es relevante que el TEDH admita la posibilidad de implantación de la *charia* basándose en especulaciones, más que en actos eficientes, lo que supone una ficticia actualización del riesgo. El Tribunal valora el proyecto político del RP como realizable, no meramente ilusorio o utópico, por dos razones: la primera basada en "la influencia del RP como partido político y en sus posibilidades de acceder al poder, única posibilidad para un partido político de poner en obra sus promesas", ya que en el momento de su disolución, con 157 diputados, disponía de cerca de un tercio de los escaños en la Asamblea Nacional de Turquía, además, los discursos y

posicionamientos admitidos por el Tribunal Constitucional para la disolución del RP datan de un período -1993-1997- durante el que el Partido obtuvo resultados importantes en las elecciones legislativas y municipales, y estaba próximo a las esferas del poder; la segunda razón se basa en la consideración retrospectiva de los movimientos políticos fundamentalistas religiosos, que "pudieron en el pasado tomar el poder político y tuvieron la posibilidad de establecer el modelo de sociedad que pretendían", de donde el Tribunal deduce "que las posibilidades que tenía el RP de aplicar sus proyectos políticos dan sin duda un carácter más tangible y más inmediato al peligro que representaban estos proyectos para el orden público".

V. CONCLUSIONES

Como ya anunciamos en su momento, la Sentencia del TEDH tiene la virtud de tomar en consideración las más importantes de las reivindicaciones y aspiraciones de los partidos islamistas, pronunciándose sobre su compatibilidad con las normas del Convenio de Roma y con los principios democráticos. En este sentido las tesis del Tribunal pueden servir a los Estados democráticos para guiar su conducta ante los conflictos sociales provocados por la inmigración musulmana masiva.

Como se deduce del cuerpo doctrinal de la sentencia, la raíz del problema está en la concepción musulmana del Derecho: en cuanto que rechaza que éste pueda tener una fuente de producción humana y en cuanto que niega que pueda ser aplicable a los individuos por razón de otras condiciones distintas a la pertenencia a una comunidad religiosa²⁶. Como consecuencia, el musulmán no puede quedar obligado por un Derecho que emana de un parlamento elegido por el pueblo, en cuanto tales parlamentos no tienen legitimidad alguna para establecer las leyes que deban regir para la comunidad musulmana. Desde otra

perspectiva: el Derecho musulmán tiene carácter personal y no territorial²⁷, y la Ley islámica prohíbe expresamente cumplir con cualquier ley ajena a su sistema jurídico, bajo el riesgo de incurrir en apostasía²⁸.

Cuando no se distingue entre las obligaciones religiosas y las políticas, como sucede con el islamismo²⁹ surgen los problemas que acucian a los países democráticos. Pero los conflictos que en Europa se están produciendo con ciudadanos provenientes de países musulmanes no se pueden resolver más que aplicando a estos ciudadanos los derechos y obligaciones que se aplican al resto de ciudadanos, respecto de los cuales el Estado desconoce, por principio, cuál es su religión³⁰.

Por todo ello, la resolución de conflictos tales como los provocados por el uso del *velo* o «chador» por las mujeres musulmanas; la escolarización de niños musulmanes en centros concertados con identidad religiosa distinta de la musulmana; la participación de las niñas musulmanas en actividades escolares como la educación física, que comportan la necesidad práctica de usar una determinada indumentaria o de compartir unos vestuarios, etc. sólo pueden resolverse aplicando el Derecho del Estado, que es igual para todos. Si una niña musulmana se ve obligada a llevar el *velo* a la escuela y a no sacárselo hasta que regresa a casa, habrá que ver en qué manera esta actitud puede ser contraria al ordenamiento jurídico del Estado y qué norma contraviene de este ordenamiento. Que pueda resultar chocante el uso de la indumentaria con las costumbres del país no es suficiente para proscribir el *velo*. Tal vez podría la conducta reputarse un exceso en el ejercicio de la patria potestad o una coacción, incluso un atentado a la libertad religiosa. Pero difícilmente la conducta podrá censurarse desde otra perspectiva. Y no quedará más remedio que aplicar la ley caso por caso, ya que el Estado no reconoce a sus ciudadanos por su condición religiosa, sino por su condición individual y humana³¹.

cado(...). En realidad, la Declaración islámica -en referencia siempre a la de 1981- se acerca en este punto más a una representación de la ciudad islámica que a una proclamación de derechos. El deseo de reactivar un ideal social fundado teológicamente se antepone a cualquier otra consideración" (JOSEPH MAILA, *¿Son los derechos humanos impensables en el mundo árabe*, en "Política, religión y derecho en el mundo árabe", cit. pp. 144 a 147). Desde una perspectiva inversa, muchos estados musulmanes han ratificado las declaraciones de derechos de la ONU, lo que manifiesta su adhesión a unos valores que tienden a universalizarse. No obstante "esa adhesión está teñida de unas reservas que empobrecen su alcance, por no decir que lo vacían de su sustancia. Sin entrar en detalles... son significativas las reservas emitidas por algunos de ellos a propósito de la convención de las Naciones Unidas del 18-12-1979 sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación en lo referente a las mujeres (...). Las declaraciones y las reservas de los distintos Estados adheridos, por diferentes que sean en su formulación, conducen de hecho a un mismo resultado: mantener vigentes las disposiciones de la *charia* que son antiigualitarias en detrimento de la mujer..." (BABADJI, cit. pp. 100 y 101).

²⁷ "Estamos acostumbrados a considerar un Derecho como necesariamente circunscrito a límites territoriales, coincidentes con los de un Estado, cuyos órganos legislativos lo producen y cuyos medios coactivos actúan para darle total legitimidad. El Derecho musulmán, fraccionada la unidad política del Imperio de los sucesores de Mahoma, conserva todo su vigor en los estados que de él nacen; no tiene en ellos

por otra parte órgano ninguno con función legislativa que lo pueda producir; si tal órgano ha existido, como en algún sentido ocurrió en el Imperio turco, o si algún soberano se ha permitido publicar disposiciones con la pretensión de obligar permanentemente a sus súbditos, la conciencia musulmana, consecuente siempre, se ha rebelado contra semejante proceder" (LÓPEZ ORTIZ, cit., p. 7).

²⁸ En el Derecho islámico "la libertad de creencia se establece únicamente para abrazar la fe—nadie puede ser directamente coaccionado a abrazar el Islam—, pero no para abandonarla. El abandono del Islam—apostasía—no se reconoce como parte de la libertad religiosa en los Estados islámicos. La diferencia entre los distintos países está en que sólo algunos aplican las sanciones penales—la pena de muerte—que la *sharia* prescribe para el apóstata. Otros, sin establecer sanciones penales, mantienen, sin embargo, sanciones civiles por causa de apostasía como la disolución del vínculo matrimonial, la pérdida de la custodia de los hijos o de determinados derechos económicos y sucesorios" (COMBALÁ, Z. *Derecho de libertad religiosa...*, cit., p. 107).

²⁹ Aunque el Derecho islámico se acerca al Derecho canónico en su intención de obligar en conciencia a sus súbditos, este último, además de distinguir claramente entre lo moral y lo jurídico, no se preocupa de numerosas cuestiones que la Iglesia considera ajenas a sus fines, "mientras al Derecho musulmán nada es sustraído en la conducta jurídica, política, moral y litúrgica de los individuos y del Estado" (LÓPEZ ORTIZ, *Ibidem*, p. 8).

³⁰ La incompetencia religiosa del Estado, consecuencia del principio de laicidad, conlleva la imposibilidad de que pueda identificar religiosamente a las personas y que pueda tenerlas en cuenta por su condición. Sólo de manera excepcional, a través de la cooperación con determinados entes colectivos, que puedan tener reconocida un peculiar personalidad jurídica en atención a sus fines religiosos, puede ser tenida en cuenta la condición religiosa de la persona. En defecto de estos instrumentos de cooperación, de naturaleza estrictamente legal—por ejemplo, los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, o con la CIE, la FCIE y la FEREREDE, de 1992—no debería ser considerada

la religiosidad de las personas en la aplicación de la ley.

³¹ LLAMAZARES, a propósito de la multiculturalidad y del problema de las minorías se refiere a un concepto evolucionado de la laicidad, a una laicidad *ampliada y secularizada* que significa no sólo neutralidad frente al pluralismo religioso e ideológico, sino "neutralidad frente al pluralismo cultural, en cuyo origen y formación ha jugado siempre un papel importante, junto a otros (raza, lengua, etc.), el factor religioso...", añadiendo que si la neutralidad ante el pluralismo descarta en cualquier caso la discriminación negativa, no sucede lo mismo con la positiva, de tal manera que las minorías culturales podrían ser acreedoras frente al Estado de un derecho no sólo a su reconocimiento, sino a la preservación, expresión y desarrollo de su identidad, y cita en apoyo de estas consideraciones algunos documentos de la ONU (LLAMAZARES, cit., pp. 106 y 107). Nosotros añadimos que este propósito es el que se consigue a través de los convenios de cooperación que el Derecho español dispone para atender, precisamente, a esas minorías culturales (religiosas).