

SIN BURKA POR PROHIBICIÓN NOTA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 1 DE JULIO DE 2014

Dra. Ana Carretero García

Profesora Titular de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción

Sin entrar en consideraciones sobre la opinión que nos merece el papel asignado a la mujer por las religiones monoteístas y el camino que todavía queda por recorrer para alcanzar la igualdad en las distintas sociedades (incluidas las europeas), nuestro objetivo es analizar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 1 de julio de 2014, sobre prohibición del velo integral en lugares públicos¹.

En esta sentencia, el TEDH declara que la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre, que prohíbe llevar prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro en lugares públicos no vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Como señala el Magistrado OLMEDO PALACIOS², la sentencia ha causado un gran revuelo al avalar la prohibición francesa del velo integral en el espacio público, en contra del criterio de un buen número de organismos internacionales compartido por muchas ONGs defensoras de los derechos humanos. El Relator Especial de Naciones Unidas para la libertad de religión y creencias y la propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se han pronunciado contra el establecimiento de prohibiciones totales del velo integral. El Tribunal admite el carácter religioso del burka y el nicab y asume que su prohibición constituye una injerencia en la libertad religiosa de quienes lo llevan. Además, entiende que su presencia en las calles de Europa ni constituye una amenaza para la seguridad pública, ni atenta contra la

¹ Asunto S.A.S. c. Francia, núm.43835/2011, ECHR 2014.

² OLMEDO PALACIOS, Manuel, "La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S c. Francia [GC], núm.43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos", *La Ley*, Nº8363, pág.1.

dignidad de la mujer, ni contra el principio de igualdad de género. ¿Qué le lleva entonces a afirmar que su prohibición no es contraria al CEDH, en particular a sus arts.8 y 9? Para el Tribunal, la justificación se encuentra en la necesidad de respetar unas mínimas exigencias de vida en común, un elenco mínimo de valores en una sociedad democrática, lo que denomina el "vivre ensemble" o "living together". Sin embargo, ese concepto jurídicamente indeterminado no recibe sanción directa como derecho fundamental en ningún artículo del CEDH, ni en ningún otro texto semejante. Es un valor ambiguo y difuso que, sin demasiada dificultad, puede identificarse con el estilo de vida o la moral de la mayoría, en cuyo beneficio se sacrifica la libertad religiosa (ésta sí convencional y constitucional) de la minoría. Parece que se consagra el derecho a no encontrarse por la calle con una mujer vestida con velo integral, ya que, aunque la ley francesa tiene un alcance general para todas las prendas que oculten el rostro, su objetivo confeso es desterrar el burka y el nicab del espacio público francés (así lo confirma el régimen de excepciones previsto, que sí permite cubrirse con ocasión del carnaval y de procesiones religiosas³).

2. La Ley origen del litigio y la demanda interpuesta

La Resolución 1743, de 23 de junio de 2010, de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa establece que el uso del velo por las mujeres, y sobre todo el uso del velo integral bajo la forma de burka⁴ o de nicab⁵, es a menudo percibido como un símbolo de sumisión de las mujeres a los hombres, que restringe el papel de las mujeres en el seno de la sociedad, limita su vida profesional y dificulta sus actividades sociales y económicas.

En realidad, ni el uso del velo integral ni del pañuelo que cubre la cabeza (hiyab) son admitidos como una obligación religiosa por todos los musulmanes, pero muchos de ellos ven estas prácticas como una tradición social y cultural. Sin embargo, ninguna mujer debería ser presionada para usar una prenda religiosa por su comunidad o por su familia. Todo acto de opresión o de violencia constituye un crimen que debe ser castigado por la ley. Las mujeres víctimas deben ser protegidas por los Estados miembros y beneficiarse de medidas de apoyo. Pero también es cierto que el art.9 de la Convención reconoce a toda persona el derecho a elegir libremente usar o no usar una prenda religiosa en privado o en público. Por tanto, una prohibición general negaría el derecho a cubrir su rostro a las mujeres que así lo deseen. Además, una prohibición general podría tener un efecto contrario, empujando a las familias y a la comunidad a ejercer presión sobre las mujeres musulmanas para que permanezcan en casa y se limiten a tener contacto sólo con otras mujeres.

En el mismo sentido, el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa también se manifiesta, tal y como recoge la sentencia, contrario a los regímenes que imponen a las mujeres estas prendas, pero señala que la prohibición

³ Ver en este sentido la Circular del Primer Ministro de 2 de marzo de 2011, que contiene algunas indicaciones relativas a la aplicación de la Ley 2010-1192.

⁴ Vestido que cubre el cuerpo de pies a cabeza y que tiene una rejilla de tela a la altura de los ojos.

⁵ Velo que tapa la parte inferior de la cara hasta los ojos.

del burka y del nicab no liberaría a las mujeres oprimidas, sino que, muy al contrario, podría agravar su exclusión en las sociedades europeas (además de incurrir en serios problemas de compatibilidad con los arts.8 y 9 de la CEDH).

Asimismo, en su Recomendación 1927, también de 23 de junio de 2010, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa solicita al Consejo de Europa que invite a los Estados miembros a no adoptar una prohibición general del uso del velo integral o de otras prendas religiosas, sino a proteger a las mujeres contra toda violencia física y psicológica, así como a proteger su libre elección de usarlas o no, y a procurar que las mujeres musulmanas tengan las mismas posibilidades de formar parte de la vida pública y de ejercer actividades educativas y profesionales.

En el ámbito de Naciones Unidas, en su Dictamen de 5 de noviembre de 2004⁶, el Comité de Derechos Humanos considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación del párrafo 2 del art.18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión.

A pesar de estas recomendaciones, la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre, prohíbe vestir prendas que oculten el rostro en el espacio público. Sin embargo, la prohibición no se aplica si la prenda está prescrita o autorizada por disposiciones legales o reglamentarias, si está justificada por motivos de salud o motivos profesionales, o si se enmarca dentro del ámbito de prácticas deportivas, de fiestas o de manifestaciones artísticas o tradicionales. En caso de violación de la prohibición, el Código Penal establece una sanción económica de hasta un máximo de 150 euros y/o la obligación de realizar un curso de ciudadanía. De acuerdo con el Código Penal, este curso tiene por objeto recordar a los condenados los valores republicanos de tolerancia y respeto de la dignidad del ser humano y hacerles tomar conciencia de su responsabilidad penal y civil, así como de los deberes que conlleva la vida en sociedad con el fin de favorecer su integración social⁷.

Por su parte, la demandante, de origen paquistaní, nacida en 1990 y residente en Francia, declara que es musulmana practicante y que usa burka y nicab de acuerdo con su fe, su cultura y sus convicciones personales. También afirma que ni su marido ni ningún otro miembro de su familia ejercen presión sobre ella para que se vista así. Añade que lleva el nicab tanto en público como en privado, aunque no de forma sistemática. Por ejemplo, no lo utiliza cuando va a una consulta médica, cuando se encuentra con amigos en un lugar público o cuando desea socializar con los demás, pero desea poder hacerlo cuando lo elija, particularmente cuando su

⁶ A propósito de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, que fue expulsada de su Universidad por no atender lo dispuesto en una ley que prohibía a las musulmanas uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos.

⁷ También se prevé que el hecho de que alguien imponga a una o varias personas ocultar su rostro a través de amenaza, violencia, coacción, abuso de autoridad o abuso de poder, por razón de sexo, sea castigado con un año de prisión y 30.000 euros de multa. Si el hecho es cometido en perjuicio de un menor, las penas consistirán en dos años de prisión y 60.000 euros de multa.

espiritualidad así se lo dicte. Hay también momentos (como por ejemplo el Ramadán) en los que ella siente el deber de llevarlo en público para expresar su religión y su fe personal, así como su cultura. Su objetivo no es molestar a los demás, sino estar en paz consigo misma, y se muestra de acuerdo con aceptar los controles de seguridad cuando sean precisos en lugares como bancos o aeropuertos y con mostrar su rostro cuando sea necesario el control de la identidad.

La demandante alega que la citada Ley, que le impide llevar el velo integral en el espacio público, supone la vulneración de los arts.3⁸, 8⁹, 9¹⁰, 10¹¹ y 11¹² individualmente considerados y en relación con el art.14¹³ de la CEDH¹⁴.

3. Alegaciones de las partes

⁸ Art.3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁹ Art.8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

¹⁰ Art.9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de ritos.

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

¹¹ Art.10. Libertad de expresión.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

¹² Art.11. Libertad de reunión y de asociación.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

¹³ Art.14. Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

¹⁴ Aunque el Tribunal no admite a trámite, por considerarlas infundadas, las presuntas violaciones de los arts.3 y 11 del Convenio (prohibición de tratos inhumanos o degradantes y derecho de asociación).

3.1. Alegaciones del gobierno francés

El Gobierno admite que, al estar formulada de modo general, la prohibición puede restringir la libertad de manifestar su religión o sus convicciones (art.9 de la Convención). Pero esa restricción persigue objetivos legítimos y necesarios en una sociedad democrática. El primero de esos objetivos es garantizar la seguridad pública (necesidad de identificar a todo individuo con el fin de prevenir los atentados a la seguridad de las personas y de los bienes y de luchar contra el fraude de identidad) y el segundo proteger los derechos y libertades de los demás a través del respeto de las exigencias mínimas de la vida en sociedad (ya que ocultar el rostro en el espacio público tiene como efecto romper la relación social y manifestar una negativa a “vivir en común”), la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres y la consideración del velo como algo deshumanizante y contrario a la dignidad de los seres humanos con independencia de que su uso sea elegido o impuesto.

Por lo que respecta a la necesidad y a la proporcionalidad de la restricción, el Gobierno manifiesta que la ley fue votada casi por unanimidad tanto por el Senado como por la Asamblea nacional, después de un amplio debate democrático en el que se involucró también a la sociedad civil, y subraya que existe una amplia libertad para usar otras prendas con connotaciones religiosas (con el único límite de que no oculten el rostro), así como que las penas establecidas son leves en caso de que no se respete la prohibición.

3.2. Alegaciones de la demandante

Por su parte, la demandante considera que sufre una grave injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por el art.9 de la Convención, ya que la Ley francesa le impide manifestar su fe, vivirla y practicarla en público.

No cree que esa injerencia tenga como objetivo legítimo garantizar “la seguridad pública” porque no se trata de una medida destinada a responder a preocupaciones de seguridad concretas en lugares de alto riesgo como, por ejemplo, los aeropuertos, sino de una prohibición general que se extiende a todo el espacio público.

Por lo que se refiere al objetivo de “respeto de la dignidad de las personas”, considera que la ley parte de un estereotipo revelador de una lógica machista a través del que se presupone que la mujer que utiliza el velo lo hace obligada.

En cuanto al requisito de la “necesidad”, la demandante subraya que una sociedad realmente libre es una sociedad capaz de acoger una gran variedad de convicciones, gustos, actividades, costumbres y comportamientos y que no corresponde a los Estados decidir sobre la validez de las convicciones religiosas.

Por otro lado, aún suponiendo que los objetivos fueran legítimos, éstos podrían conseguirse con medidas menos gravosas que la criminalización de las mujeres (incumpléndose, por tanto, el requisito de “proporcionalidad”).

Asimismo, argumenta que el velo supone para ella un elemento importante de su identidad sociocultural, así como que la protección de la vida privada (art.8) va más allá del círculo familiar íntimo y conlleva igualmente una dimensión social.

También considera que la ley genera una discriminación contraria al art.14 de la Convención, fundada en el sexo, la religión y el origen étnico. Las excepciones que prevé la ley respecto a "fiestas o manifestaciones artísticas o tradicionales" favorecen a la mayoría cristiana, ya que les permite llevar en público prendas que oculten su rostro en el marco de procesiones religiosas, carnavales o fiesta de Papá Noel, mientras que las mujeres musulmanas que deseen llevar el velo integral no podrían hacerlo ni siquiera durante el mes del Ramadán.

3.3. Alegaciones de terceros participantes en el proceso.

Por un lado, el Gobierno belga apoya los argumentos del Gobierno francés, puesto que Bélgica es el otro país del Consejo de Europa que ha impuesto una prohibición similar también en 2011 y subraya que su Tribunal constitucional ha rechazado los recursos de inconstitucionalidad contra la ley porque el uso de tales prendas constituye un obstáculo para los derechos de las mujeres a la igualdad y a la dignidad y pone en peligro las propias condiciones necesarias para la vida en común.

Por otro lado, las organizaciones no gubernamentales Amnistía Internacional, ARTICLE 19, Liberty y Open Society Justice Initiative manifiestan su oposición a la Ley por contravenir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y consideran que el TEDH debe tener en cuenta las observaciones generales nº 22, 27, 28 y 34 del Comité de derechos humanos de Naciones Unidas, así como su jurisprudencia. Por otro lado, consideran que los derechos recogidos en los arts.8, 9, 10 y 14 de la CEDH también se ven afectados. En su opinión, la prohibición no sólo vulnera distintos derechos fundamentales, sino que también vulnera instrumentos internacionales y regionales como el Convenio para la protección de las minorías nacionales. Y advierten de que los razonamientos basados en garantizar el orden público pueden disimular fácilmente elementos de intolerancia hacia otras religiones.

Por su parte, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gand presenta un estudio empírico que lleva a la conclusión de que la suposición de que las mujeres utilizan el velo bajo coacción es errónea. Estima que la prohibición puede tener un efecto contraproducente (al aislar a la mujer en su casa y reforzar los estereotipos negativos y la islamofobia), que es desproporcionada porque los problemas ligados a la seguridad pública pueden solucionarse a través de la obligación puntual de identificarse mostrando el rostro cuando sea necesario y también porque el espacio público es definido de

una forma muy amplia¹⁵. Y, por último, apunta que en la sociedad actual existen numerosas modalidades de comunicación que no requieren precisamente verse las caras.

4. Consideraciones y resolución del Tribunal

El TEDH analiza si existen los objetivos legítimos que esgrime el Gobierno francés respecto a la seguridad pública y el respeto por un círculo mínimo de valores en una sociedad abierta y democrática, que engloba tres valores: el respeto a la igualdad de hombres y mujeres, el respeto a la dignidad de las personas y el respeto de unas exigencias mínimas para la vida en sociedad. Considera que ninguno de esos tres valores se corresponde con los objetivos legítimos enumerados en el segundo párrafo de los arts.8 y 9 de la Convención, aunque, para el Gobierno francés, éstas derivan de la protección de los derechos y libertades de los terceros.

Según el Tribunal, un Estado parte no puede invocar la igualdad de género para prohibir una práctica que es defendida por las propias mujeres que la observan en ejercicio de su libertad y sin estar sometidas a coacción, como ocurre en este caso. Por otro lado, afirma que el respeto a la dignidad humana no justifica la prohibición, puesto que el uso del velo expresa una identidad cultural que contribuye al pluralismo inherente en democracia y que no existen pruebas de que quienes visten estas prendas pretendan atentar contra la dignidad de los demás.

Por lo que respecta al requisito de la necesidad de la prohibición en una sociedad democrática, el TEDH analiza la cuestión desde la perspectiva de la seguridad pública y de la protección de los derechos y libertades de los demás. En el primer caso, considera que el Gobierno francés no ha demostrado que la prohibición sea necesaria y que ese objetivo puede alcanzarse a través de medidas menos invasivas, como por ejemplo la obligación de identificarse (mostrando el rostro) en momentos puntuales o lugares de riesgo o en caso de sospecha de un fraude de identidad. Mientras que en el segundo caso analiza tanto los argumentos en contra de la prohibición por considerarla desproporcionada¹⁶ como los argumentos a favor

¹⁵ La Circular del Primer Ministro de 2 de marzo de 2011, que contiene indicaciones respecto a la aplicación de la Ley 2010-1192, establece que constituyen lugares abiertos al público aquellos en los que el acceso es libre (plazas, jardines y paseos públicos...), así como los lugares en los que el acceso es posible (pago de una entrada de cine o de teatro por ejemplo). También los comercios (café, restaurantes, tiendas), los bancos, las estaciones, los aeropuertos y los diferentes medios de transporte colectivo. En cuanto a los lugares en los que se presta un servicio público, aquí se incluyen el conjunto de instituciones, jurisdicciones y administraciones públicas, así como los organismos encargados de prestar un servicio público. Entre ellos las diversas administraciones y establecimientos públicos del Estado, las administraciones territoriales y sus establecimientos públicos, los ayuntamientos, los tribunales, las prefecturas, los hospitales, las oficinas de correos, los centros de enseñanza (escuelas, colegios, institutos y universidades), los centros de acogida familiar, los centros de salud, los servicios de empleo, los museos y las bibliotecas.

¹⁶ Pequeño número de mujeres que usan estas prendas; efecto negativo sobre las mujeres, ya que éstas pueden quedar más aisladas; amplio número de organizaciones que dentro del ámbito de la protección de los derechos humanos consideran desproporcionada la medida; impacto negativo sobre la comunidad musulmana por el riesgo de fomentar estereotipos e intolerancia; hecho de que la prohibición se

de la prohibición por considerarla no desproporcionada¹⁷, para concluir que el Gobierno francés responde a una práctica que éste considera incompatible, en la sociedad francesa, con las reglas de la comunicación social y, más ampliamente, con la vida en común ("vivre ensemble"). Desde esta perspectiva, el Estado demandado entiende que protege un contexto de interacción entre los individuos, en su opinión esencial para la expresión no sólo del pluralismo, sino también de la tolerancia y de la apertura de espíritu, sin los que no existiría una sociedad democrática.

De acuerdo con estas últimas consideraciones, el TEDH entiende que Francia dispone de un amplio margen de apreciación, que la Ley de 11 de octubre de 2011 es proporcionada de acuerdo con el objetivo perseguido de preservar las condiciones de vida en común como elemento de protección de los derechos y libertades de los demás y que la prohibición es necesaria en una sociedad democrática, no existiendo vulneración de los arts.8, 9, 10 y 14 de la Convención.

Sin embargo, y como señala OLMEDO PALACIOS¹⁸, la decisión del TEDH se basa en un discurso argumentativo débil en un doble sentido: en primer lugar, por cuanto considera justificada y correcta la limitación de un derecho protegido por el Convenio, partiendo de la protección de un valor no expresamente definido en el mismo. Y, en segundo lugar, por el amplio margen de apreciación garantizado al Estado en el caso concreto. En su opinión, ni la "vida en común" constituye una posible limitación de la libertad religiosa expresamente consignada en el art.9.2, ni puede fácilmente deducirse de "los derechos y libertades ajenos". No existe jurisprudencia clara del TEDH sobre lo que deban ser los derechos y libertades ajenos, de modo que éstos han de ser los consagrados en el Convenio o, llegado el caso, en otras normas internacionales o constitucionales. No existe un derecho a (ni una obligación de) socializar u observar un actitud abierta a las relaciones interpersonales en el espacio público, y menos aún el derecho a esperar esta actitud de los demás. Por más que este comportamiento sea deseable desde alguna perspectiva, no puede deducirse de texto positivo alguno su obligatoriedad jurídica. Por el contrario, el derecho a la privacidad sí que protege el derecho a no relacionarse ni comunicarse con otros, y la libertad de expresión el de no compartir e incluso atacar las costumbres de la mayoría y el derecho a actuar (y ser) diferente.

El TEDH protege la decisión de la mayoría de la sociedad de primar sus valores mayoritarios (que supuestamente exigen la posibilidad de interacción visual, *face to face*, de los individuos) sobre el estilo de vida y la vestimenta religiosa de la minoría. Y digo supuestamente porque las relaciones interpersonales actuales cada vez son más anónimas y se canalizan a través de medios telemáticos, mientras que proporcionalmente se reduce la interacción directa de los individuos en el espacio

extienda a todo el espacio público, excepto los lugares de culto; que las sanciones establecidas sean de tipo penal; y consecuencia de que con su decisión el Estado restringe el alcance del pluralismo.

¹⁷ La prohibición no se basa en las connotaciones religiosas del velo integral, sino en la circunstancia de que éste oculta el rostro; la prohibición no afecta a la libertad de vestir en público cualquier otra prenda que, con o sin connotaciones religiosas, no oculte el rostro; levedad de las sanciones establecidas; y falta de consenso europeo en lo que a este tipo de prohibiciones se refiere.

¹⁸ OLMEDA PALACIOS, *op. cit.*, pág.10.

público, pues una parte importante de la población camina por la calle volcada en su smartphone.

5. El voto particular de dos magistradas

Como hemos visto, el Tribunal determina que la prohibición está justificada por la finalidad de la convivencia, ya que el velo integral impide la interacción entre las personas. Sin embargo, algo esencial al derecho a la libertad de expresión es que éste incluye la posibilidad de expresar opiniones que puedan ofender, conmocionar o perturbar a otras personas.

Como afirman las magistradas discrepantes, no existe ningún derecho a no sentirse sorprendido, ofendido, conmocionado o perturbado por diferentes modelos de identidad cultural o religiosa, por mucho que éstos se alejen del estilo de vida tradicional francés y europeo.

Consideran que derechos individuales concretos garantizados por la Convención han sido sacrificados por principios abstractos y que una prohibición general, que afecta al derecho de toda persona a su propia identidad cultural y religiosa, no es necesaria en una sociedad democrática.

La Convención no protege sólo las opiniones bien acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que hieren, chocan o inquietan porque así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto sin los que no puede existir una sociedad democrática.

Por otro lado, difícilmente podemos pretender que todo individuo tenga un derecho a entrar en contacto con otras personas en el espacio público contra su voluntad. Si la comunicación es esencial para la vida en sociedad, el derecho al respeto de la vida privada comprende igualmente el derecho a no comunicarse y a no entrar en contacto con otros en el espacio público, y hasta el derecho a ser un "outsider".

Si ya es difícil determinar cuáles son los derechos protegidos por la medida restrictiva en cuestión, todavía es más difícil sostener que los derechos protegidos prevalecen sobre los derechos violados.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha puesto de manifiesto que el papel de las autoridades no consiste en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo, sino en garantizar la tolerancia. Sin embargo, con la prohibición del velo integral, el legislador francés hace exactamente lo contrario: lejos de intentar garantizar la tolerancia entre una gran mayoría y una pequeña minoría, lo que hace es prohibir aquello que es percibido como un factor de posibles tensiones.

Por otro lado, incluso admitiendo que los derechos de la recurrente a la luz de los arts.8 y 9 de la Convención pudieran ser puestos en la balanza junto con principios abstractos tales como la tolerancia, el pluralismo o el espíritu de apertura, o bien con la idea de "vivre ensemble" o las exigencias mínimas de la vida en sociedad, las magistradas señalan que no podrían suscribir la opinión de la mayoría de que la

prohibición es proporcional al objetivo perseguido cuando el Tribunal tiene la obligación de proteger a las minorías contra cualquier injerencia desproporcionada.

Asimismo, niegan que no exista un consenso europeo sobre este tema, ya que el hecho de que 45 Estados miembros de 47 (una aplastante mayoría) no hayan estimado necesario legislar sobre esta cuestión es un indicador bastante fuerte de la sí existencia de un consenso europeo al respecto. Esta posición encuentra apoyo, además, en otros Tratados internacionales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres.

Además, no parece que la prohibición vaya a tener como efecto liberar a las mujeres supuestamente oprimidas, sino que, por el contrario, puede excluirlas más de la sociedad y agravar su situación. Por todo ello, consideran que la criminalización del uso del velo integral constituye una medida desproporcionada para proteger la idea de "vivre ensemble", un objetivo que difícilmente encaja en la lista restrictiva de los motivos enumerados en la Convención para poder justificar una injerencia en los derechos fundamentales y estiman que sí existe vulneración de los arts.8 y 9 de la Convención.

6. Consideraciones finales

Resulta sorprendente que el TEDH haya otorgado su aprobación a una prohibición general que vulnera el derecho a la libertad de expresión y religión de las mujeres, en contra de la opinión generalizada de los organismos implicados en la defensa de los derechos humanos.

Uno de los argumentos que a menudo se plantea a favor de la prohibición, y que fue rechazado por el Tribunal, es que emancipa a aquellas mujeres que son obligadas a cubrirse el rostro. En realidad, la prohibición no aporta ninguna solución a la mujer que sufra violencia o coacción por parte de su familia o su comunidad (no va a salir a la calle al día siguiente vestida de otra forma) y en la práctica puede suponer que queden encerradas en sus casas y aisladas de la sociedad, al impedirles usar medios de transporte públicos, ingresar en edificios públicos o incluso caminar por la calle. Pero, a pesar de reconocer los posibles efectos negativos que la prohibición puede tener para las mujeres musulmanas a través del confinamiento a sus hogares y la exclusión de los lugares públicos (instituciones educativas incluidas), el TEDH entiende que la medida está justificada.

Sin embargo, no hay que olvidar que si son excluidas de los centros de enseñanza y de los lugares públicos por no romper con sus tradiciones, éstas no podrán formarse, ni desarrollar una vida profesional, ni conseguir una independencia económica y social que les permitiera poder cuestionar su propio entorno cultural y luchar contra la posible discriminación o falta de igualdad de oportunidades que pudieran sufrir en sus respectivas comunidades.

Amnistía Internacional ha apuntado que se trata de una medida innecesaria y desproporcionada porque afecta a todas las mujeres que llevan el velo integral, independientemente de si éstas deciden llevarlo libremente o si se ven

coaccionadas a ello. Y, como señala Human Rights Watch, Francia debería poner fin a la criminalización de mujeres que eligen cubrirse el rostro y proteger a aquellas que son obligadas a hacerlo sin excluirlas del espacio público.

El derecho a la libertad religiosa está recogido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que las personas tienen derecho a decidir si quieren llevar o no indumentaria o símbolos religiosos sin tener que sufrir por ello discriminación, violencia o coacción.

Cuestión distinta es que no se trate de un derecho absoluto y que, por tanto, puedan llevarse a cabo restricciones puntuales por motivos de orden público y limitaciones en ciertos espacios o determinadas circunstancias¹⁹. Por otro lado, las restricciones han de basarse en actos demostrables y no en meras especulaciones o presunciones. La exigencia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad conlleva que se consideren otras medidas que podrían alcanzar de forma menos invasiva el fin perseguido con la restricción.

Se argumenta que se prohíbe este tipo de prendas con el fin de garantizar los derechos de las mujeres, pero precisamente el derecho de libertad religiosa y el derecho de libertad de expresión de las mujeres incluyen poder decidir cómo quieren ir vestidas.

Probablemente, en el trasfondo de este tipo de leyes y sentencias se encuentren el desconocimiento de otras religiones, el rechazo por el Islam ante determinados acontecimientos (a pesar de que las sociedades musulmanas son plurales y diversas) y algunas reacciones contra la inmigración en un contexto económico de fuerte desempleo. El problema es que la prohibición también puede derivar en actitudes más radicales de reafirmación.

En su Informe de 2012 "Elección y prejuicio: discriminación de personas musulmanas en Europa" (págs.123 y 124), Amnistía Internacional plantea si una prohibición es la medida más adecuada para combatir la coacción potencial de las mujeres, o si sería más efectivo adoptar legislación y políticas centradas en combatir todas las formas de violencia contra las mujeres. Los Estados están obligados por el derecho internacional a respetar los derechos humanos. El derecho a la libertad de religión o de creencias tiene un componente positivo (a través, por ejemplo, de la manifestación de determinados símbolos o prendas de vestir), pero también uno negativo: el derecho a no sufrir presiones para llevar o no llevar determinados símbolos o prendas de vestir.

¹⁹ En este sentido, la STC español nº46/2001 establece que el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convertiría en el mayor peligro cierto para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto. Por su parte, la STS de 14 de febrero de 2013 considera que el orden público y la seguridad están garantizados, puesto que todo ciudadano o ciudadana tiene la obligación de identificarse a requerimiento de las autoridades o funcionarios legitimados de acuerdo con la legislación vigente.

La prohibición de Francia y Bélgica interfiere en los derechos de las mujeres a expresar libremente su religión y sus creencias, así como en su derecho a la autonomía personal (del mismo modo que lo hacen las leyes y políticas de otros países que obligan a las mujeres a cubrirse el cabello o el rostro). No creemos que corresponda a los Estados decidir e imponer normas sobre cómo deben vestirse o dejar de vestirse las mujeres.

Los Estados tiene la obligación de salvaguardar la libertad de elección de las mujeres, no de restringirla. Se supone que deben promover el entendimiento entre personas de costumbres, culturas y religiones diferentes y que el respeto de los derechos humanos y el espíritu de tolerancia constituyen valores que deben inspirar a una sociedad que se dice democrática (por lo que resulta sorprendente que se considere que una prenda de vestir pueda constituir un obstáculo real para la armonía social).

Pero más allá de estas consideraciones, no olvidemos que la sentencia utiliza valores indeterminados y no positivados que entran dentro del campo de la opinión y no del derecho. Así que desde el punto de vista jurídico tampoco resulta fácil comprender en qué medida la restricción garantiza los derechos de los demás. ¿Nuestros derechos se ven vulnerados por la forma de vestir de los demás? Qué derechos? ¿Cómo? Si nos encontramos en el parque con una mujer que lleve velo integral, ¿podemos sufrir una vulneración de nuestras posibilidades de interactuar con ella?

La forma en la que deciden vestirse las personas puede constituir una forma de expresión de su identidad y de sus creencias, de modo que el hecho de que la forma de expresarse de una persona moleste a otra no constituye motivo suficiente para prohibir esa forma de expresión (las apreciaciones subjetivas no deberían poder coartar el ejercicio de derechos fundamentales).

Por último, es necesario poner de manifiesto que esta sentencia contrasta con otra del propio TEDH, de 10 de noviembre de 2005, en la que subrayaba que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son elementos que caracterizan una sociedad democrática. Así como que la democracia no puede limitarse a apoyar a la mayoría, sino a establecer un equilibrio que garantice el trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evite cualquier abuso de posición dominante.

De acuerdo con OLMEDO PALACIOS²⁰, en realidad, el debate de fondo consiste en determinar si es posible, jurídicamente, “proteger” a la ciudadanía de sus encuentros presuntamente no deseados en el espacio público con mujeres que visten el velo integral. El choque que ha supuesto en nuestras sociedades la presencia de mujeres que portan en público este tipo de prendas se ha intentado explicar por remisión a que las mismas simbolizan o responden a una ideología incompatible con los valores básicos de la cultura moderna occidental. Parte de la presunción de que dichas mujeres están anuladas personal y socialmente, dominadas por sus esposos y familia, y son renuentes a aceptar el modo de vida occidental y los valores dominantes. Ello despierta en la mente de algunas personas

²⁰ OLMEDO PALACIOS, *op. cit.*, pág.10.

una sensación más o menos cercana de inseguridad al relacionarlas con el terrorismo islamista.

Pero lo cierto es que, disipadas por el propio Tribunal las dudas acerca de la contradicción entre el velo integral y la dignidad de la mujer y su igualdad con el hombre y resuelta también, en sentido negativo, la posible adecuación proporcional entre la prohibición y la seguridad pública, queda poco espacio argumentativo para justificar esta medida. Surge aquí el concepto indeterminado de la "vida en común". Sin embargo, y como señala el voto particular, no existe un derecho a no ser "impactado" o provocado por modelos diferentes de identidad cultural o religiosa, por más que sean distantes del estilo de vida francés y europeo. Más aún, el Convenio protege como expresión de la libertad individual las opiniones que ofenden, impactan o molestan.

Lamentablemente, esos principios abstractos no son otra cosa que la condensación, en forma de pretendidos valores mínimos de convivencia, de la moral de la mayoría, una identificación que, como ya sabemos, puede dar lugar a comportamientos pretendidamente legítimos de intolerancia y xenofobia.