

**Las dos caras del Dr. Jekyll:  
las prohibiciones del velo  
integral a debate**

Por la Dra. Eugenia Relaño

**La Dra. Eugenia Relaño** es experta en derechos humanos, miembro del Legal Working Group del European Group of National Human Rights Institutions (Council of Europe), Profesora habilitada Titular de Derecho Eclesiástico. Formó parte del Panel de Experts del OSCE/ODIHR Advisory Council on Freedom of Religion or Belief (2005-2012).

**Debates Jurídicos** es una plataforma creada por Rights International Spain (RIS) donde se busca dar cabida a opiniones de distintos expertos y profesionales del mundo del derecho sobre temas jurídicos de actualidad en materia de derechos humanos que son de interés para la organización. El contenido de estos textos es de responsabilidad exclusiva de sus autores y no refleja necesariamente la posición ni las políticas de RIS.

**Rights International Spain** (RIS) ([www.rightsinternationalspain.org](http://www.rightsinternationalspain.org)), es una organización no gubernamental, independiente, formada por juristas especializados en Derecho internacional, cuyo fin principal es la defensa de los derechos y las libertades civiles, y ello a través de un uso más efectivo del Derecho internacional de los Derechos humanos y los mecanismos de protección.



Esta obra está publicada bajo una Licencia Creative Commons Atribución-Compartir Igual 4.0 Internacional. Para más información sobre la licencia puede consultar el siguiente link: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

## *Resumen Ejecutivo*

---

En este Debate Jurídico se analiza la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto SAS c. Francia, donde el TEDH consideró que la ley francesa n° 2010-1192 de 11 de octubre de 2010, sobre la ocultación del rostro en los espacios públicos, no entrañaba una violación de los derechos recogidos en los artículos 8, 9, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tras hacer un repaso de la regulación del uso (o prohibición) del velo en los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea, y analizar los argumentos de las partes y del fallo del TEDH en el asunto SAS, la autora lleva a cabo una valoración de las cuestiones jurídicas-políticas sobre la prohibición del velo integral. Concluye, entre otros, que el TEDH se equivocó al afirmar que no existe consenso europeo sobre la prohibición del velo islámico integral y, por lo tanto, el margen de apreciación concedido por parte del TEDH a Francia debía haber sido menor; que las prohibiciones generales del velo integral no resisten el escrutinio de la normativa internacional de derechos humanos; que en el caso de las prohibiciones generales al uso del velo integral existen dificultades para que el orden público justifique una necesidad social imperiosa que conduzca a una restricción de derechos; y, que el argumento del “TEDH” de “*living together*” (vivir juntos) es insuficiente como fundamento jurídico para una prohibición general, además de un camino peligroso hacia la incertidumbre jurídica.

***Rights International Spain***

## Introducción

---

El pasado 6 de febrero la prensa se hacía eco del auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) que anulaba de manera cautelar dos artículos de la Ordenanza de civismo del Ayuntamiento de Reus relativos a la prohibición de vestir burka, niqab o cualquier velo integral en los espacios públicos<sup>1</sup>. La medida fue pionera en España, pues otras anteriores, como la del Ayuntamiento de Lleida, solo imponían el veto en los equipamientos municipales. El auto del TSJC sostuvo que la Ordenanza de civismo de Reus vulneraría el derecho de libertad religiosa puesto que los Ayuntamientos no pueden establecer la limitación al ejercicio del derecho de libertad religiosa “al no existir Ley previa con base a la que pudiera limitarse el ejercicio de tal libertad en lo relativo al uso del atuendo cuestionado”<sup>2</sup>. A esta conclusión se llegó al amparo de lo establecido en la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2013, sobre la prohibición de llevar velo integral en los espacios municipales del Ayuntamiento de Lleida<sup>3</sup>.

En Francia, el mismo día que entró en vigor, el 11 de abril de 2011, la Ley francesa nº 2010-1192 de 11 de octubre de 2010 sobre la prohibición de la ocultación del rostro en los espacios públicos, se presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De manera excepcional se asignó directamente a la Gran Sala, cuyas decisiones no admiten recurso alguno, que resolvió el 1 de julio de 2014. La Sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014, *S.A.S contra Francia*<sup>4</sup>, sintetiza los argumentos jurídicos más relevantes a favor y en contra de este tipo de prohibiciones y sostiene la compatibilidad de la prohibición general de estas prendas en los espacios públicos con el contenido de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

La demandante, ciudadana francesa y musulmana practicante, denunció ante el TEDH la prohibición en Francia del uso del velo integral,

---

<sup>1</sup>La ordenanza de civismo de Reus fue aprobada por el pleno del Ayuntamiento el 18 de julio de 2014 a propuesta de la coalición formada por CiU y PP que gobernaba la localidad. El texto prohibía vestir burka, niqab o cualquier velo integral en los espacios públicos. Debido a la polémica desatada, CiU y PP suprimieron los términos niqab y burka por vestimentas de “cualquier tipo y forma o accesorios que impidan o dificulten la identificación”. La oposición en bloque, PSC y CUP, votaron en contra de la medida.

<sup>2</sup> Auto de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia, recurso 361/2014, de 29 de enero de 2015, Razonamiento Jurídico Segundo.

<sup>3</sup> STS de 14 de febrero de 2013, rec. casación núm. 411/2011, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 7ª.

<sup>4</sup> STEDH, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11, 1 de julio de 2014.

burka y niqab, en los espacios públicos y declaró que llevaba estas prendas en cumplimiento de su fe, su cultura y sus convicciones personales. Asimismo manifestó que ni su marido, ni ningún miembro de su familia, habían ejercido presión sobre ella para que se vistiese de esta forma y aceptaba no llevar el niqab en determinadas circunstancias, cuando por motivos de identificación en aeropuertos, entidades bancarias o controles de seguridad así se lo requiriesen. La prohibición establecida por la ley de 11 de octubre de 2010 la abocaba a adoptar “la personalidad de Jekyll y Hyde”<sup>5</sup>, obligándola a escindir su identidad cultural-social y violando el respeto de su vida privada garantizado en el artículo 8 del CEDH. La interacción con “el otro” en la esfera pública es parte de la vida privada puesto que el artículo 8 va más allá del círculo familiar íntimo, conlleva también una dimensión social<sup>6</sup>. La obligación de quitarse el velo al salir de casa y permitírsele solo cuando está en su domicilio, como si fuese un prisionero, significaría la imposición legal de una doble personalidad. En términos literarios, nos encontramos ante la cara pública del doctor Jekyll, fabricada e impuesta por la ética dominante externa y la cara privada, expresión personal de su conciencia individual que se ve confinada en arresto domiciliario.

La polémica desencadenada por la sentencia del TEDH en los países de nuestro entorno ha estado precedida de intensos debates en los medios de comunicación sobre la conveniencia de la prohibición del velo islámico integral. No es casual que los dos Estados que han optado por suprimir el uso de esta prenda mediante la promulgación de una ley general –Francia y Bélgica- sean los mismos países que decidieron legislar contra los nuevos movimientos religiosos, también llamados “sectas”. Francia publicó una ley cuyo objetivo era “reforzar la prevención y la represión de movimientos sectarios” y Bélgica estableció un organismo administrativo específico para luchar contra las organizaciones sectarias. En ambos países, el mecanismo de reacción ante lo “diverso”, ante la extrañeza que provoca “lo otro desconocido”, consistió en la alternativa securitaria de legislar preventivamente a fin de resguardarse y controlar el “temor a lo extraño”.

La repuesta jurídica al uso de esta prenda va a diferir en función del contexto legislativo, político y social de cada país, si bien en todas partes van a confluír los mismos derechos e intereses en juego: la libertad religiosa, la identidad cultural, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía individual, el derecho a la libre expresión y manifestación, el derecho a la

---

<sup>5</sup> STEDH, *S.A.S v. France*, p. 79: “Thus, being obliged to remove it when she went out and only being able to wear it at home “as if she were a prisoner”, she was forced to adopt a “Jekyll and Hyde personality”.

<sup>6</sup> STEDH, *Von Hannover v. Germany*, Application no 40660/08 and 60641/08, 7 de febrero 2012.

educación, el principio de igualdad y no discriminación, el orden y la seguridad pública<sup>7</sup>.

La reflexión que aquí se expone sobre el *asunto del burka* -como se conoce en los medios de comunicación- se realizará desde el enfoque general de la normativa internacional de los derechos humanos, resaltando que el ejercicio de estos derechos prima sobre las normas restrictivas de carácter preventivo. Una de las tareas del jurista es precisar conceptos y desvelar los argumentos que el derecho utiliza para dar cobertura a “estados de ánimo”, entendidos por tales las sinrazones emocionales (miedo y temor) que justifican, en ocasiones, la actividad legislativa.

## *1. Velo islámico integral y otros símbolos religiosos*

---

El velo islámico integral, denominado *burka* y *niqab*, hace alusión a una manifestación simbólica del vestuario femenino que deja cubierto el rostro y hace irreconocible a la persona. El empleo de esta prenda puede tener una carga simbólica religiosa, cultural o simplemente constituir la manifestación del derecho personal a la propia imagen. En todo caso, las motivaciones individuales para su uso pertenecen a la esfera íntima de las creencias de

cada persona y su valoración queda al margen de todo juicio jurídico. El derecho no debe entrar en las motivaciones que impulsan el ejercicio de un derecho por parte de los ciudadanos, es decir, los poderes públicos deben abstenerse de fiscalizar las conciencias.

*La prohibición del velo integral islámico es una vulneración de muchos derechos, no sólo de la libertad religiosa: expresión, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la identidad cultural y al principio de no discriminación.*

En cuanto símbolo personal religioso, el velo integral islámico es una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa y se cataloga como símbolo dinámico, en oposición a los símbolos estáticos (como los crucifijos en las aulas escolares) y a los símbolos institucionales (escudos, banderas, himnos, lemas). Estos últimos son símbolos de carácter oficial pero, también, existen aquellos institucionales

pertenecientes a comunidades religiosas (como el crucifijo, la estrella de David, el candelabro de siete brazos, la media luna y la estrella, etc.). No tiene ni la misma valoración, ni la misma naturaleza jurídica, la presencia

---

<sup>7</sup> Vid. B. A. Corral, "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28 (2011) pp. 483-520-

física de un símbolo religioso estático e institucional en edificios públicos, lo cual podría interferir con la aconfesionalidad del Estado, que la expresión personal de creencias religiosas mediante símbolos como la *kippah*, el turbante, la *hijab*, las túnicas, los vestidos ceremoniales o los uniformes de ministros de culto. La posición del Estado y del individuo en el uso de símbolos es muy diferente. El Estado queda sometido a los principios establecidos en la estructura jurídico-política del ordenamiento jurídico que impiden que los poderes públicos se adhieran a una creencia religiosa. Y el ejercicio de los derechos individuales está sometido a los límites que el derecho determine como necesarios en una sociedad democrática: la seguridad pública, la protección del orden público o la protección de los derechos o las libertades de los demás<sup>8</sup>.

## 2. La regulación del velo islámico integral en Europa

---

La regulación de los símbolos religiosos en los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea es bastante asimétrica e irregular y la actitud legislativa de cada Estado dependerá de su “propensión” a neutralizar las expresiones religiosas en los espacios públicos. Aunque en todos los países el uso del *burka* y *niqab* ha suscitado controversias jurídicas y políticas, en solo dos se han promulgado leyes prohibitivas de ámbito general en el espacio público: Francia y Bélgica.

**Bélgica** fue el primer país europeo en que una cámara parlamentaria votaba favorablemente una proposición de ley para establecer una prohibición general del uso de vestimentas o atuendos como el *burka* o el *niqab* en los espacios públicos. Con anterioridad a la ley 1 de junio de 2011<sup>9</sup>, la prohibición del velo integral había sido objeto de regulación mediante ordenanzas municipales<sup>10</sup>. En la Sentencia 145/2012, de 6 de

*Sólo Francia y Bélgica han aprobado prohibiciones generales del velo integral en lugares públicos. Otros países han optado por prohibiciones parciales, o no han considerado la prohibición.*

---

<sup>8</sup> Para un análisis de las consecuencias jurídicas del uso de todo tipo de símbolos religiosos en el espacio público desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, vid. M. D. Evans, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Council of Europe, Strasbourg (2008).

<sup>9</sup> Loi du 1er juin visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, <http://www.legirel.cnrs.fr/spip.php?article593&lang=fr>

<sup>10</sup> Vid. J. J. Ruiz Rico, “Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de la constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal

diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional belga rechazó varios recursos presentados contra la prohibición del uso del *burka* y *ma* en lugares públicos, al considerar que no existe violación de la libertad religiosa y que su prohibición es necesaria para proteger el orden público y la seguridad pública. La ley belga es la única que tipifica como ilícito penal la infracción de la prohibición e impone pena de privación de libertad (como pena más grave) a quien incumpla la prohibición.

En **Francia**, la ley núm. 2010-1192 sobre la prohibición de la ocultación del rostro en los espacios públicos entró en vigor una vez quedó validada la constitucionalidad del proyecto de ley por el Consejo Constitucional al considerar que la ley tiene por finalidad regular las prácticas que pueden constituir un peligro público<sup>11</sup>. Por otro lado, el Consejo de Estado, una vez realizado un exhaustivo estudio sobre la posibilidad de legislar sobre la prohibición del burka, se cuestionó la viabilidad jurídica de la prohibición general y sostuvo que no es posible teóricamente prohibir de forma general estas prendas, además de difícil su aplicación práctica<sup>12</sup>.

En otros países se ha optado por introducir prohibiciones parciales, circunscritas a ciertos espacios sometidos a una relación de sujeción especial (tribunales, centros docentes, hospitales). En **Países Bajos**, se presentó un proyecto de ley en el año 2012 relativo a la prohibición de usar cualquier elemento que cubra toda la cara en lugares públicos. Actualmente existen disposiciones sectoriales que obligan a dejar el rostro al descubierto en transportes públicos y algunos ayuntamientos, como el de Maastricht, han prohibido estas prendas por ordenanza municipal. En **Alemania** existen prohibiciones parciales del uso del velo islámico, incluido el integral, en el ámbito educativo, que afectan a ocho de los dieciséis *Länder*<sup>13</sup>. Están justificadas por la tutela de los derechos de los demás o por la protección de bienes constitucionales. Como ejemplo, la sentencia de 11 de diciembre de 2013 del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo consideró el deber de participar en las clases de natación en los centros escolares con independencia de la confesión religiosa de las alumnas. Las estudiantes musulmanas podían utilizar los llamados burkinis que dejan al descubierto la

---

Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2013, pp. 1-56.

<sup>11</sup> Unos días antes de su entrada en vigor, el 31 de marzo de 2011, el Ministerio de Interior estableció tres excepciones a la ley mediante una circular: las procesiones religiosas, las manifestaciones artísticas de carácter tradicional y las manifestaciones en las proximidades de los lugares de culto.

<sup>12</sup> Vid. M.T. Areces Piñol, "La prohibición del velo integral, burka y niqab: el caso francés a propósito del informe del Consejo de Estado", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24 (2010) y A. Motilla, La prohibición del burqa islámico en Europa y España: reflexiones de iure condendo", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII (2012) pp. 171-196.

<sup>13</sup> Vid. B. Aláez Corral, op. cit. p. 493.



cara y las manos. El órgano judicial consideró que el burkini era compatible con la creencias musulmanas.

En **Suiza**, el cantón de Tesino aprobó mediante referéndum la prohibición de llevar la cara cubierta en lugares públicos en 2013. El Consejo Federal de Suiza advirtió que toda restricción al derecho de libertad religiosa debe justificarse por un interés general importante<sup>14</sup>. En **Italia**, algunos municipios han intentado establecer prohibiciones generales, amparándose en el artículo 5 de la Ley 152/1975, de 22 de mayo, de tutela del orden público. A pesar de que estas prohibiciones municipales fueron declaradas ilegales por la Sentencia de 19 de junio de 2008 del Consejo de Estado italiano, el municipio Varallo-Sesia, regido por Liga Norte, prohibió en 2009 el burkini en los lugares públicos del municipio. En ese mismo año, otra ordenanza del municipio de Arezzo prohibió el uso del velo integral islámico en los lugares públicos. También, en el **Reino Unido**, la controversia sobre la prohibición de estas prendas ha estado presente en los medios desde hace varios años<sup>15</sup>. Las prohibiciones existentes son parciales, principalmente, en los ámbitos escolares y laborales. El 15 de febrero de 2007 la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia para Inglaterra y Gales confirmó la legalidad de la prohibición establecida en un escuela que había prohibido a una niña llevar el niqab con el argumento, entre otros, de la dificultad que suponía esta prenda para la integración escolar de la alumna<sup>16</sup>. Asimismo, el 16 de septiembre de 2013, el Juez Peter Murphy del Tribunal Blackfriars Crown resaltó que no existe regulación sobre los límites del ejercicio del derecho de libertad religiosa en los tribunales de justicia y la posible colisión con los derechos derivados de la tutela judicial efectiva (de defensa, a un proceso justo, etc.). En consecuencia, exigió a la demandada remover el niqab en la fase de prueba del procedimiento penal.

En otros Estados europeos no se ha considerado la prohibición. En **Austria**, una orden ministerial de 23 de junio de 2004 autorizó a llevar velo islámico a las alumnas que lo deseen y actualmente es posible usar burkini en centros de baño. En **Dinamarca**, el gobierno danés sostuvo en 2009 que no prohibiría el velo integral en los espacios públicos porque tal medida legislativa contravendría el Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien, en los centros escolares, administraciones públicas y empresas ha empleado recientemente su potestad reglamentaria para limitar estas prendas.

---

<sup>14</sup> Vid. M.T. Areces Piñol, *La prohibición del burka en Europa y en España*, Aranzadi, 2014, p. 156.

<sup>15</sup> En septiembre de 2013 se presentó un proyecto de ley, *Face Covering Prohibition*, a propuesta de los diputados conservadores con la finalidad de criminalizar el velo integral.

<sup>16</sup> R (on the application of X (by her Father and Litigation Friend)) v Headteachers and Governors of Y School, QBD (Silber J) 21/2/2007, [http://www.1cor.com/1315/?form\\_1155.replyids=1071](http://www.1cor.com/1315/?form_1155.replyids=1071)

Por lo que se refiere a **España**, ni la Constitución Española (CE), ni la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (LOLR), ni ninguna otra disposición legal, han previsto una prohibición general sobre velo islámico en los espacios públicos. El uso del velo integral viene amparado por los derechos a la libertad religiosa (artículo 16 CE) y el derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). El ejercicio de esos derechos puede ser objeto de limitación cuando entre en conflicto con los derechos

*En España algunos municipios han intentado aprobar la prohibición del velo integral en lugares públicos, pero el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de que ordenanzas municipales introduzcan tal prohibición.*

fundamentales de los demás, con otros valores constitucionalmente garantizados, o a causa del orden público protegido por la ley (artículo 16.1 CE y Art. 3.1 LOLR). Cualquier limitación al ejercicio del derecho de libertad religiosa debería justificarse en los límites legalmente establecidos. El Tribunal Constitucional (TC) ha sostenido que “la aplicación de los límites no puede ser preventiva salvo que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos”. En todo caso, en la medida que la libertad religiosa y el derecho a la propia imagen, son derechos recogidos en la Sección 1ª, Capítulo 2º, Título I CE, cualquier limitación requeriría una regulación por Ley orgánica .

Durante el año 2010 en varios municipios de Cataluña, entre ellos los de Lleida, Barcelona y Tarragona, se aprobaron ordenanzas para prohibir el uso del velo integral en dependencias municipales o servicios públicos<sup>17</sup>. La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia interpuso recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona contra el acuerdo del Ayuntamiento de Lleida, de 8 de octubre de 2010, por el que aprobó la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, estableciéndose la prohibición de acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público a aquellas personas que portasen un velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidieran la identificación y la comunicación visual de las personas. En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo, sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

---

<sup>17</sup> Para un repaso de las iniciativas parlamentarias, vid. M.T. Areces Piñol, *La prohibición del burka*, op. cit pp. 159-163.

Supremo, de 14 de febrero de 2013, señaló que: (1) no cabía encontrar en la jurisprudencia del TEDH una pauta segura e inequívoca para el tratamiento jurisdiccional del problema de las prohibiciones del velo integral; (2) en el presente caso no se trataba de dar respuesta a la hipotética cuestión sobre la constitucionalidad de una prohibición del velo integral en España semejante a la francesa; (3) la Constitución exige, para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental, la existencia de una ley, y la Ordenanza del Ayuntamiento de Lérida no se atiene a estos preceptos constitucionales (arts. 9.1 y 53.1 CE), arrogándose la potestad de regular lo que la CE reserva a la Ley.

El Tribunal Supremo no se pronunció respecto a si el legislador podría disponer sobre el uso del atuendo religioso y resaltó que ningún Tribunal puede decidir “acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural”<sup>18</sup>. La neutralidad impide al Estado inmiscuirse en debates de carácter estrictamente dogmático o de moral religiosa. En todo caso, desde el punto de vista del artículo 16.1 CE, si se cuestionase el carácter religioso de la vestimenta, no se podría negar su carácter de expresión de una ideología que tiene el mismo tratamiento constitucional que la libertad religiosa. Por último, reitera que el orden público, como único límite constitucionalmente dispuesto para las manifestaciones de la libertad religiosa, no puede emplearse como una cláusula preventiva puesto que estaría en peligro el ejercicio mismo de este derecho.

### *3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: S.A.S. contra Francia*

---

#### 3.1 Antecedentes

El conflicto surgió con la promulgación de la Ley francesa 2010/1192, de 11 de octubre de 2010<sup>19</sup>, por la que se prohibía la ocultación del rostro en el espacio público. La demandante, una mujer de nacionalidad francesa, declaró utilizar -aunque con carácter esporádico- el velo integral como parte

---

<sup>18</sup> STS de 14 de febrero de 2013, rec. casación núm. 411/2011, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 7ª, Fundamento Jurídico Octavo.

<sup>19</sup> LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>

de la manifestación externa de su cultura y su religión musulmana. Alegaba que el uso público de la vestimenta es parte de la tradición cultural de la corriente del Islam que profesa, el Islam Sunni; si bien puntualizó que usaba este tipo de vestimenta con carácter esporádico y de forma libre y espontánea, sin presiones externas de ningún tipo. Al mismo tiempo reconocía que no le suponía ningún problema descubrir el rostro en situaciones en las que se le requería la identificación como en los controles de seguridad, en los aeropuertos o en las entidades bancarias. La demandante solicitó el amparo del TEDH al privársele de la posibilidad de vestir el velo integral, violándose los derechos reconocidos en los artículos 3, 8, 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerados individualmente, así como en relación con el artículo 14.

Con anterioridad a la publicación de la ley de 11 de octubre de 2010, diversos órganos franceses emitieron informes sobre la idoneidad de la prohibición del uso del velo integral islámico en los espacios públicos regulada por dicha ley, de los que se desprenden que la principal justificación de la prohibición reside en que el uso del velo integral desafía y pone en peligro los valores y principios del pacto republicano y supone la negación misma de la identidad, de la dignidad y de la libertad de las mujeres. En este sentido, a favor de la ley, se pronunciaron la Asamblea Nacional (335 a favor, 1 en contra, 3 abstenciones) y la Corte de Casación; en contra del proyecto de ley, se posicionaron la Comisión Nacional Consultiva de Derechos del hombre y el Consejo de Estado. La Comisión Nacional señaló que el principio de laicidad no puede servir de fundamento para prohibir el uso del velo integral, ya que al Estado no le corresponde determinar qué es religioso, y el orden público no puede justificar su prohibición en todos los espacios y en todo momento. Así mismo, la Comisión consideró que con la prohibición se corría el riesgo de estigmatizar a las mujeres musulmanas y privarlas de acceder al espacio público. Por su lado, el Consejo de Estado cuestionó la legalidad de una prohibición general del uso del velo integral en lugares públicos atendiendo a los derechos y libertades garantizados por la Constitución de la República, la ley y el CEDH<sup>20</sup>. Y advirtió que el establecimiento de prohibiciones concretas solo sería viable jurídicamente para salvaguardar el orden público, cuando se encuentre amenazado, o para la identificación necesaria en determinados lugares y para cumplir determinadas medidas (votaciones, actos relativos al estado civil, recogida de niños a la salida de la escuela, oposiciones y

---

<sup>20</sup> Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010. Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral. Section du rapport et des études. Study of possible legal grounds for banning the full veil, [http://www.conseil-etat.fr/content/download/1910/5758/version/1/file/etude\\_voile\\_integral\\_anglais.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/1910/5758/version/1/file/etude_voile_integral_anglais.pdf)

exámenes, servicios hospitalarios, celebración de eventos deportivos o conferencias internacionales).

En la sentencia, la Gran Sala del TEDH hace acopio de los principales documentos internacionales que se han pronunciado, directa o indirectamente, sobre el objeto del litigio. Entre otros, es necesario destacar los siguientes:

**La Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el Islam, el Islamismo y la Islamofobia** por la que se invitaba a las comunidades musulmanas a abandonar cualquier interpretación tradicional del Islam que niegue la igualdad entre los hombres y las mujeres y limite los derechos de las mujeres, tanto en el seno de la familia como también en la vida pública. La discriminación de las mujeres, esté fundada o no en tradiciones religiosas, es contraria a los artículos 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y con el art. 5 de su Protocolo nº 7, así como también de su Protocolo nº 12. La Resolución 1743 también señala que el hecho de llevar el velo y, sobre todo, el velo integral bajo las formas del burka o del niqab es percibido, en multitud de ocasiones, como un símbolo de sumisión de las mujeres a los hombres, limitando el rol de las mujeres en el seno de la sociedad, su vida profesional, obstaculizando sus actividades sociales y económicas. No obstante, la Asamblea consideró que una prohibición general podría tener como efecto contrario el hecho de obligar a las mujeres musulmanas a permanecer en su casa y limitarles el contacto con otras mujeres. Las mujeres musulmanas se verían obligadas a abandonar los centros docentes y los lugares públicos y renunciar al trabajo fuera de su comunidad por no romper con su tradición familiar. Por lo tanto, cualquier restricción legal a la libertad religiosa debe justificarse cuando sea necesario en una sociedad democrática. Una prohibición general al uso del burka y del niqab negaría el derecho a cubrirse a las mujeres que libremente desean hacerlo<sup>21</sup>. En este mismo sentido, en la **Recomendación 1927 (2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa**, el Consejo de Europa

*La demandante, musulmana francesa, alegó que usaba el velo integral por elección propia y como manifestación externa de su cultura y su religión musulmana.*

---

<sup>21</sup> "The possibility of prohibiting the wearing of the burqa and the niqab is being considered by parliaments in several European countries. Article 9 of the Convention includes the right of individuals to choose freely to wear or not to wear religious clothing in private or in public. Legal restrictions to this freedom may be justified where necessary in a democratic society, in particular for security purposes or where public or professional functions of individuals require their religious neutrality or that their face can be seen. However, a general prohibition of wearing the burqa and the niqab would deny women who freely desire to do so their right to cover their face". Resolution 1743 (2010) Islam, Islamism and Islamophobia in Europe, par. 16  
<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1743.htm>

solicita a los Estados miembros no establecer una prohibición general del velo integral u otras vestimentas similares salvo para proteger a las mujeres de coacciones físicas o psicológicas, garantizar el derecho a la libre elección de vestimenta y la igualdad de oportunidades para las mujeres que deseen participar en la vida pública<sup>22</sup>.

También Thomas Hammerberg, anterior **Comisario de los Derechos Humanos del Consejo de Europa**, consideró que dicha prohibición no liberaría a las mujeres oprimidas sino que por el contrario podría agravar su exclusión. Además también dicha prohibición plantea serios problemas de compatibilidad con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8) y de la identidad personal y el derecho a manifestar su religión o su convicción a través del culto, la educación, las prácticas y el cumplimiento de los ritos (art. 9) del CEDH. El Comisario considera que los partidarios de la prohibición general del burka y del niqab no han podido demostrar que estas prendas sean un atentado, de una manera u otra, de la democracia, la seguridad, del orden o la moral pública y lamenta que el debate en Europa sobre las prendas de las mujeres como sumisión de éstas haya sido exclusivamente sobre el carácter musulmán de dichas prendas, lo cual da la impresión que se refiere a una religión en particular<sup>23</sup>.

El **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas** en la **Observación nº 22** relativa al artículo 18 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) - adoptada el 20 de julio de 1993- entre otras cuestiones, recuerda que el cumplimiento de los ritos y las prácticas religiosas o de las convicciones pueden abarcar no solamente ceremonias sino también algunas costumbres como, por ejemplo, el uso de determinadas prendas de vestir. Cualquier restricción al derecho de libertad religiosa debe estar prevista por la ley y no deben ser aplicada de tal forma que viole los derechos garantizados en el artículo 18. El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 debe ser interpretado en su sentido estricto y considera que el concepto de moral pública se deriva de numerosas tradiciones sociales, filosóficas y religiosa. Por lo tanto, las restricciones adoptadas que afecten a la libertad de manifestar la religión o una convicción para proteger la moral deben estar fundadas sobre unos principios que no procedan de una única tradición. Y, en relación a la igualdad de derechos, el Comité afirma en la **Observación nº 28** -adoptada el 29 de marzo de 2000- que los códigos de vestir impuestos a las mujeres

---

<sup>22</sup> Recommendation 1927 (2010) Islam, Islamism and Islamophobia in Europe,

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1927.htm>

<sup>23</sup> Vid. Council of Europe, *Human Rights in Europe: no grounds for complacency*. Viewpoints by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, pp. 39-43.

[http://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/HR-Europe-no-grounds-complacency\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/HR-Europe-no-grounds-complacency_en.pdf)

en lugares públicos pueden constituir una violación de varios derechos garantizados por el Pacto Internacional como, por ejemplo, el art. 26 relativo a la no discriminación; el artículo 7, en el supuesto que un castigo corporal prevea este tipo de códigos; el artículo 9, cuando al no respetar dichos códigos esté castigado con el arresto; el artículo 12, si la libertad de movimiento está subordinada al cumplimiento de dichos códigos; el artículo 17, que establece que nadie podrá ser objeto de interferencias arbitrarias o ilegales en su vida privada; los artículos 18 y 19, cuando las mujeres son sometidas a determinadas prendas de vestir que no se ajustan a su religión o no respetan su derecho de expresión; y, por último, el art. 17 cuando los códigos de vestir son una contradicción con su cultura.

*El Comité de Derechos Humanos de la ONU y varios organismos del Consejo de Europa se han manifestado en contra de las prohibiciones generales del velo integral por vulnerar la libertad religiosa.*

En su condición de terceras partes interesadas, *amicus curiae*, intervienen ante el TEDH el Gobierno belga, las ONGs Amnistía Internacional, ARTÍCULO 19, Liberty y Open Society Justice Initiative, así como el Centro de los Derechos Humanos de la Universidad de Ghent. El **Gobierno belga** se manifiesta a favor de la prohibición señalando que el legislador ha querido defender un modelo de sociedad en el que prevalezca el individuo sobre sus vínculos filosóficos, culturales o religiosos y favorecer la integración de todos y hacer unos ciudadanos con un patrimonio común de valores fundamentales como la democracia, la igualdad entre hombres y mujeres e incluso la separación de la Iglesia y el Estado. **Amnistía Internacional** argumenta que el

derecho de usar unas prendas con connotaciones religiosas está protegido por el PIDCP y exhorta al Tribunal a tener en cuenta las observaciones generales nº 22, 28 y 34 del Comité de los Derechos Humanos. En términos similares se manifiesta **ARTÍCULO 19** indicando que el uso de estas prendas debe situarse en el ámbito de la libertad de expresión, de la libertad de religión, de pensamiento y resalta el contenido de la Observación general nº 34 del Comité relativa a la libertad de opinión y de expresión y añade que, en su informe especial de las Naciones Unidas de 2006, sobre la libertad de religión o convicción se propusieron las líneas directrices para evaluar la necesidad y la proporcionalidad de la restricción del uso de signos o hábitos religiosos. La prohibición puede ser contraproducente ya que puede provocar el efecto de confinar a las mujeres afectadas en sus casas, excluirlas de la vida pública y de marginarlas. Por su lado, la ONG **Liberty** señaló que la ley de 11 de octubre de 2010 tiene como objetivo el uso del burka y las mujeres afectadas se verán obligadas a elegir entre quedarse en su casa o retirarse el velo, lo cual no es muy eficaz para liberar a las mujeres

que supuestamente han sido obligadas y es probable que se avive la islamofobia.

En esta misma línea, **Open Society Justice Initiative** consideró que las leyes francesa y belga aunque sean neutras en su redacción el proceso de su elaboración denotan que sus objetivos son específicamente el niqab y el burka. Un análisis empírico ha demostrado que las mujeres interrogadas manifestaron que no llevaban el burka bajo amenaza, sino que muchas lo habían elegido en contra de la opinión de su familia, que no lo llevaban de forma permanente y que la mayoría mantenían una vida social activa. El estudio reveló que las mujeres afectadas continuaban llevando el velo integral para expresar sus convicciones religiosas y que la prohibición había tenido un impacto importante en sus vidas privadas y familiares<sup>24</sup>. También el **Centro de los Derechos Humanos de la Universidad de Ghent** aportó una investigación empírica en la que demuestra que las leyes francesa y belga que prohíben ocultar el rostro en los espacios públicos han sido adoptadas sobre la suposición errónea de que las mujeres que usan el velo integral, en la mayoría de los casos, lo hacen bajo amenaza<sup>25</sup>. El estudio demuestra que la prohibición tiene como efecto confinar a las mujeres en sus casas, que las aísla y afecta a su vida social y a su autonomía. Además la medida es desproporcionada porque el espacio público está definido de una forma muy amplia y los problemas de seguridad pueden resolverse con normas concretas que obliguen a mostrar el rostro en situaciones determinadas<sup>26</sup>.

### 3.2 Argumentos jurídicos de la parte demandante

La demandante denuncia que la prohibición de esta prenda en los espacios públicos tipificada con una sanción penal supone un trato degradante (art. 3 del CEDH). Si opta por transgredir la norma, se vería abocada no sólo a la imposición de sanciones penales sino también a ser acosada y discriminada. El TEDH considera que los hechos del litigio no están comprendidos en el ámbito del artículo 3 y, por lo tanto, la demanda está mal fundada.

La demandante manifiesta que la prohibición legal de usar una prenda destinada a ocultar la cara en los espacios

*La demandante alegó trato degradante, discriminación y vulneración a las libertades de asociación, de expresión y de manifestar su religión así como a su derecho a la vida privada.*

<sup>24</sup> Vid. Open Society Foundations, Unveiling the Truth: Why 32 Muslim Women Wear the Full-Face Veil in France, 2011 <http://www.opensocietyfoundations.org/reports/unveiling-truth-why-32-muslim-women-wear-full-face-veil-france>

<sup>25</sup> Vid., E. Brems (ed.), *The Experience of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge, CUP, 2014.

<sup>26</sup> STEDH, S.A.S. v. France, pars. 86-105.



públicos vulnera su derecho a la libertad de asociación (art. 11), así como la discriminación del ejercicio de este derecho (art. 14). El TEDH no admite esta parte de la demanda por considerarla manifiestamente mal fundada.

Además, denuncia la violación de su vida privada (art. 8), de su derecho a la libertad de manifestar su religión o sus convicciones (art. 9) y su derecho a la libertad de expresión (art. 10), así como la discriminación en el ejercicio de estos derechos. Sucintamente señala que la ley francesa atenta al derecho a su vida personal por tres razones fundamentales: 1) porque su identidad cultural y social se articula en torno a la libertad para llevar esta prenda; 2) porque la esfera de interacción entre el individuo y su relación con los demás en el espacio público entra en el ámbito de la vida privada; 3) al exponerse a sanciones penales, el uso ha quedado reducido al ámbito meramente privado “como si fuese un prisionero” de forma que se ha visto obligada a desarrollar “una especie Jekyll y Hyde de su personalidad”. A diferencia de los anteriores argumentos, en este caso, el TEDH considera que está bien fundada la demanda en la vulneración de estos artículos y declara su admisibilidad.

La parte actora considera que las restricciones a sus derechos no se han justificado con los objetivos legítimos previstos en los párrafos segundos de los artículos 8 a 10 CEDH. Esto se debe a las siguientes razones: 1) no cabe alegar la persecución de la seguridad pública; 2) circunscribir la protección de los valores en la sociedad democrática a la posibilidad de una comunicación visual permanente no es sino un argumento reduccionista ya que, ni tiene en cuenta la tradición de las minorías, ni contempla la posibilidad de otras formas de comunicación; 3) el argumento de la protección del derecho a la igualdad sexual resulta igualmente simplista en la medida en que desde un punto de vista feminista el uso del velo puede significar también emancipación, autoafirmación y participación en la sociedad; 4) el argumento de la protección del respeto a la dignidad humana no se sustenta porque está basado en estereotipos y en una lógica eminentemente machista; y, 5) no ha quedado probada la “necesidad” de la restricción en una sociedad democrática, más bien una situación contraria al espíritu democrático puesto que, en lugar de integrar a los colectivos minoritarios, este tipo de medida restrictiva envía un mensaje sectario que “desalienta a las mujeres que portan el velo a la socialización”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> STEDH, S.A.S. v. France, par. 80.

### 3.3 Argumentos jurídicos del Gobierno francés

El Gobierno francés sostuvo la legitimidad de la prohibición del uso público del velo integral a fin de conseguir dos objetivos legítimos contemplados por el CEDH: la seguridad pública y la protección de los derechos y libertades de los demás.

El primero de los objetivos es asegurar la seguridad pública. La prohibición responde a la necesidad de identificar a todo individuo con el fin de prevenir las violaciones de la seguridad de las personas, de los bienes y luchar contra el fraude de identidad. El ejecutivo francés defiende la legalidad material de la medida en cuanto persigue la “protección de los derechos y libertades de los demás” y “el respeto por el conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática”. Estos valores se circunscriben a tres: 1. El valor del rostro como requisito mínimo para la interacción humana puesto que el rostro expresa la existencia del individuo como una persona única y refleja la propia humanidad. La ocultación del rostro en los lugares públicos tiene como efecto inmediato la ruptura del lazo social y el rechazo del principio del “vivir juntos”; 2. La protección del principio de igualdad entre hombres y mujeres: las mujeres, al tener que ocultar sus rostros por el mero hecho de su condición sexual, se les niega el derecho a existir como individuos; 3. El respeto a la dignidad humana. Se presume que el uso de este tipo de prendas de vestir borra a las mujeres del espacio público y se desvirtúa un código de comunicación e interacción social como el visual.

*El Estado francés sostuvo la necesidad y la proporcionalidad de la prohibición; al quedar circunscrita a toda ocultación del rostro, no afecta solamente a una religión determinada.*

La parte demandada justifica la necesidad y proporcionalidad de la prohibición en atención a cuatro argumentos: 1. Es una medida fruto del consenso parlamentario, previa consulta a la sociedad civil; 2. La prohibición resulta muy limitada en sus presupuestos ya que queda circunscrita a la ocultación del rostro y afecta a todo el mundo por igual, ya provenga la ocultación del rostro de razones propiamente religiosas o de otra índole. Es decir, la ley no tiene por objeto limitar el derecho de libertad religiosa; 3. El alcance de las sanciones es ciertamente mínimo: el pago de una multa de 150 euros o, en su caso, la realización de un curso de ciudadanía; 4. La Ley cuenta expresamente con el apoyo de la Corte de Casación.

Por lo que se refiere a la violación de los artículos 8, 9 y 10 en conexión con la prohibición de la discriminación (art. 14), el

Gobierno, además de reiterar que era difícilmente compatible el uso del burka o niqab con la “existencia social”, sostiene que no advierte discriminación de ningún tipo porque la medida no pretendía atacar ex profeso a las mujeres musulmanas.

### 3.4. Fundamentos jurídicos del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH afirma que la prohibición de vestir en lugares públicos prendas que oculten el rostro supone una injerencia en el artículo 8 del Convenio. Las elecciones personales, en cuanto a la apariencia deseada de un individuo ya sea en público o en lugares privados, están relacionados con la expresión de su personalidad y entran en la noción de la vida privada. En la medida que la restricción de la capacidad de elección del individuo emana de una autoridad pública, ésta constituye una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del mencionado artículo 8. En cuanto al artículo 9 del Convenio, el TEDH sostiene que la prohibición puede afectar a la vestimenta necesaria para la práctica de la religión<sup>28</sup>. Por lo tanto, el TEDH estima que ha existido una “limitación” o “injerencia” en los derechos de la demandante porque la mujer se enfrenta a una disyuntiva: **cumple con la prohibición legal** y se abstiene de vestir de acuerdo con su religión o se **enfrenta a determinadas sanciones penales** en caso de incumplimiento. Para conocer si está justificada esta injerencia habrá que analizar tres condiciones: 1. Que esté prevista por la ley; 2. Que persiga alguno de los fines legítimos previstos y, 3. Que sea necesaria en una sociedad democrática.

Por lo que se refiere a la primera, el Gobierno ha cumplido con la exigencia puesto que dichas restricciones están amparadas con norma de rango legal. En cuanto a la segunda, la persecución de fines legítimos<sup>29</sup>, el TEDH recuerda que las excepciones contenidas en el art. 9.2 son “exhaustivas” y de interpretación restrictiva. El Tribunal admite, en principio, el argumento del gobierno francés de que la prohibición de ocultamiento del rostro tiene como fin primordial “la necesidad de identificar a los individuos con el fin de evitar un peligro para la seguridad de personas”. No obstante, sostiene que una prohibición absoluta de llevar en el espacio público una prenda destinada a ocultar su cara no puede considerarse proporcionada

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 108.

<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.

más que en un contexto de amenaza general de la seguridad pública y, el gobierno francés, no ha demostrado que la prohibición que establece la ley de 11 de octubre de 2010, se ajusta a este contexto. Por tanto, no resulta probada que la prohibición general sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública.

En cuanto al segundo de los objetivos que alegaba el Estado francés “el respeto a la base mínima de los valores de una sociedad democrática y abierta”, el TEDH considera que dichos valores no están explícitamente enumerados en el segundo párrafo de los artículos 8 y 9, pero podrían entenderse en el ámbito de la “protección de los derechos y las libertades de los otros”. Para el Tribunal, la concreción del Gobierno de este fin legítimo (derechos y libertades de terceros) en el principio de igualdad de hombres y mujeres, no se sostiene porque un Estado miembro no puede alegar la igualdad de sexos para impedir una práctica que las mujeres reivindican en el ejercicio de los derechos consagrados en el Convenio. Por lo que se refiere a la dignidad de la persona, el TEDH entiende que el respeto a la dignidad humana no puede justificar una prohibición general del uso del velo integral en los espacios públicos porque, aunque esta prenda resulte extraña para muchos ciudadanos, es la expresión de la identidad cultural que contribuye al pluralismo inherente a una sociedad democrática.

Además el Tribunal recuerda varios criterios jurisprudenciales que se han venido consolidando en sus decisiones, entre otros: 1. El artículo 9 no protege cualquier manifestación de la religión o de las creencias, ni el derecho a comportarse siempre y en todo lugar de acuerdo a las normas impuestas por una religión; 2. En las sociedades democráticas caben limitaciones a estos derechos para conciliar los intereses de diferentes grupos sociales y asegurar la protección de las creencias de todos; 3. Los Estados carecen de legitimación para valorar la legitimidad de las creencias religiosas de los individuos; 4. Es necesario buscar un equilibrio entre mayoría y minorías porque el fundamento de las sociedades democráticas lo constituye, precisamente, la constante búsqueda de ese difícil equilibrio.

*El TEDH afirmó que la ley francesa persigue un objetivo legítimo: establecer las condiciones necesarias para garantizar la convivencia (“living together”).*

En aplicación de estos criterios, el Tribunal concluye que una prohibición de carácter general como ley francesa sólo resultaría proporcionada en un contexto donde existiera una amenaza general para la seguridad pública, circunstancia que no ha demostrado el Estado francés. No obstante, el Tribunal sostiene que la ley persigue un objetivo legítimo,

como es la protección de los derechos de los demás, que se concreta en establecer las condiciones necesarias para garantizar la convivencia (*living together*) entre los individuos. Para este fin el Estado dispone de un amplio margen de apreciación en el ejercicio de la política legislativa que necesariamente se desarrolla dentro de los valores sociales vigentes en un tiempo y lugar concretos<sup>30</sup>. Además desvincula estas prohibiciones del derecho de libertad religiosa porque no afecta a la libertad de manifestar las propias creencias a través de la vestimenta, ni siquiera a la libertad general de portar cualquier indumentaria tenga o no connotaciones religiosas, sino únicamente a aquella que oculte el rostro por completo<sup>31</sup>.

Frente a la crítica de restricción al pluralismo a la que aludía la demandante, el Tribunal sostiene que el Estado francés protege “una modalidad de interacción entre los individuos, esencial según contempla para la puesta en práctica no sólo del pluralismo, sino también de la tolerancia y del espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática”<sup>32</sup>. A partir de ahí, el TEDH concluye que la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en el espacio público constituye una elección de la sociedad y cuando hay en juego cuestiones de política general “será necesario conceder una importancia particular a la función de quien lleva a cabo la decisión nacional”<sup>33</sup>. En otras palabras, “Francia disponía en el caso de un amplio margen de apreciación”<sup>34</sup>.

En voto particular, discrepando de la mayoría, las juezas Nussberger y Jäderblom sostienen que se han sacrificado los derechos individuales por principios abstractos y que ha habido violación de los artículos 8 y 9 del Convenio. Coinciden con la mayoría que ni la igualdad de sexos, ni la

---

<sup>30</sup> Los argumentos son similares a los que sostuvo el Ayuntamiento de Lérida: a) el uso del velo integral supone una situación de sumisión de la mujer, contraria a la dignidad y a la igualdad de sexos; b) es contraria a las reglas de convivencia y seguridad pública y, c) constituye una barrera contra la integración. En suma, su utilización va en contra de los usos que imperan en la sociedad española.

<sup>31</sup> Sostiene el Tribunal que este caso difiere sustancialmente del caso *Ahmet Arslan y otros contra Turquía* (STEDH de 23.2.2010) en el que se condena al Estado por violar el derecho a la libertad religiosa y de creencias reconocido en el art. 9 CEDH. El supuesto de hecho era el siguiente: varios miembros de un grupo religioso (Aczimendi), vestidos con el atuendo que les es propio según sus creencias son acusados de un delito de terrorismo por concentrarse con un fin religioso ante una mezquita de Ankara y, en consecuencia puestos a disposición judicial. Ya ante el tribunal se les conmina a descubrirse, pues portaban un turbante, advirtiéndoles que, de no hacerlo, incurrirán en desobediencia. Ante la negativa de algunos de los acusados se decide imputarles sendos delitos contemplados tanto en la ley sobre el uso del sombrero como en la que regula el uso de determinadas prendas de vestir, que prohíbe el uso de cierta vestimenta religiosa en lugares públicos, hecho que se desprende de la aplicación de las leyes expresamente represivas del uso del atuendo religioso. A partir de esta premisa se advierte una injerencia en el ejercicio del derecho de libertad religiosa. El TEDH tampoco considera probado en qué medida el mero de portar vestimenta religiosa constituye una amenaza para la seguridad pública (F.J. 50) ni que los acusados ejercieran presión indebida a los transeúntes con el fin de influir en sus convicciones religiosas.

<sup>32</sup> STEDH, S.A.S. v. France, par. 153.

<sup>33</sup> *Ibid.* par. 154.

<sup>34</sup> *Ibid.* par. 155.

dignidad humana justifican una prohibición general de esa naturaleza. Se analiza el concepto de *living together* y concluyen que no existe correspondencia directa de dicho concepto con los derechos y libertades garantizados en el Convenio y “si se pudiera razonablemente considerar que esa noción implica a muchos derechos tales como el respeto a la vida privada (artículo 8) y el de no sufrir discriminación (artículo 14) no aparece menos artificial y difusa”<sup>35</sup>.

*Dos juezas emitieron voto particular afirmando que la prohibición vulnera el derecho a la vida personal y la libertad religiosa.*

Se destaca que la población puede socializarse sin mirarse directamente a la cara y reitera que no existe derecho a no resultar sorprendido o agredido por diferentes modelos de identidad cultural o religiosa, incluso por los que se encuentran en las antípodas del estilo tradicional de vida francés o europeo. Apunta que la jurisprudencia del TEDH ha señalado el deber del Estado de promover una tolerancia mutua entre los grupos opuestos y ha declarado que “la función de las autoridades (...) no consiste en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo sino en vigilar que los grupos que compiten se toleren unos a otros”<sup>36</sup>. Al prohibir el velo integral, según las Juezas, “el legislador francés ha hecho exactamente lo contrario: lejos de garantizar la tolerancia entre una muy amplia mayoría y una pequeña minoría, ha prohibido lo que aparece como un factor de tensiones”<sup>37</sup>.

Por último, las opiniones particulares discrepan del test de proporcionalidad realizado por la mayoría del Gran Sala. Las Juezas sostienen que la prohibición no resulta proporcionada al fin perseguido. El margen de apreciación concedido a un Estado depende de varios factores que han sido malinterpretados en este caso. En primer lugar, sí existe consenso en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa (45 de los 47 no han legislado sobre este asunto), precisamente a favor de no legislar. En segundo lugar, el derecho internacional apunta hacia la inoportunidad de las prohibiciones generales; en tercer lugar, el Tribunal tiene el deber de proteger a las pequeñas minorías frente al impacto desproporcionado de medidas adoptadas por la mayoría<sup>38</sup> y, en cuarto lugar, la penalización del uso del velo integral constituye una medida desproporcionada para un propósito “vivir juntos” que no existe en la lista

---

<sup>35</sup> *Ibid.* voto particular, par. 5.

<sup>36</sup> *Ibid.* par. 14.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.* par. 20.

restrictiva de los motivos enumerados en el Convenio que pueden justificar una injerencia de los derechos fundamentales<sup>39</sup>.

## 4. Valoración de las cuestiones jurídicas-políticas sobre la prohibición del velo integral

### 4.1 ¿Es compatible la prohibición general del uso de velo integral con la normativa internacional de derechos los humanos?

El marco jurídico para valorar este tipo de prohibiciones generales viene determinado por el contenido esencial de la dimensión externa del derecho de libertad ideológica y religiosa, así como por el contenido de otros derechos fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la libertad de expresión y manifestación, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la identidad cultural y al principio de no-discriminación. Los textos internacionales de derechos humanos a tener en cuenta son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Declaración de 1981), el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>40</sup>.

Tomando en consideración los dos últimos textos mencionados, podemos comprobar que tanto el artículo 10 de la Carta, como el artículo 9 del CEDH, garantizan la posibilidad de usar símbolos religiosos en el espacio público, a través de su incorporación en el contenido del derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión como una manifestación externa. No obstante, no se trata de una posibilidad ilimitada. En cuanto manifestación de un derecho, el artículo 9.2 indica los límites al ejercicio del derecho: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad pública, la

---

<sup>39</sup> *Ibid.* pars. 25 y 26.

<sup>40</sup> Vid. A. Ferrari y S. Pastorelli, *The Burqa Affair Across Europe. Between Public and Private Space* Ashgate, 2013; D. Barton, “Is the French Burka Compatible with International Human Rights Law Standards?”, *Essex Human Rights Review*, vol. 9, n. 1 (2012) pp. 1-27, p. 3; E. Brems, “Doing minority justice through procedural fairness: face veil bans in Europe”, *Journal of Muslims in Europe*, vol. 2 (2013) pp. 1-26; B. Aláez Corral, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28 (2011) pp. 483-520

protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. La aplicación de medidas restrictivas al ejercicio de este derecho deberá reunir dos condiciones: (1) la legalidad, es decir, deben estar previstas por la Ley; (2) la proporcionalidad: estas limitaciones deben constituir medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud y la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás.

La valoración de estos límites ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia del TEDH<sup>41</sup>. Entre las decisiones del TEDH relativas a la libertad religiosa del artículo 9 CEDH y el uso del pañuelo o velo islámico, destacan la STEDH de 15 de febrero de 2001 (*Dahlab contra Suiza*<sup>42</sup>), la STEDH de 29 de junio de 2004 (*Leyla Sahin contra Turquía*<sup>43</sup>) y las STEDH de 4 de diciembre de 2008 (*Kervanci contra Francia*<sup>44</sup> y *Dogru contra Francia*<sup>45</sup>), todas ellas relativas a la prohibición del uso del velo islámico no integral en el contexto escolar. Además, es preciso añadir: la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1978 (X contra el Reino Unido), relativa a la prohibición de uso del turbante Sikh por los motociclistas; la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1993 (*Karaduman contra Turquía*<sup>46</sup>), y la STEDH de 11 de enero de 2005 (*Phull contra Francia*<sup>47</sup>), relativas respectivamente a la obligatoriedad de identificarse con la cabeza descubierta para el acceso a determinados servicios administrativos o a la obligatoriedad de descubrir la cabeza en los controles de seguridad aeroportuarios. En la STEDH de 23 de febrero de 2010, *Ahmet Arslan y otros contra Turquía*<sup>48</sup>, el Tribunal Europeo consideró que la restricción a la utilización en público, por parte de los varones de un grupo islámico, de una túnica, un turbante y un bastón, si bien iban con el rostro descubierto, no había sido adecuada a derecho. No se apreció que hubiera una amenaza al orden público o una “presión” a los demás por portar ese “tipo de vestimenta”.

*EI TEDH  
sostuvo  
erróneamente  
que no existía  
consenso  
europeo sobre la  
materia. El  
margen de  
apreciación  
concedido a  
Francia debió ser  
menor*

---

<sup>41</sup> Entre otros: C. Evans, *Freedom of Religion under the ECHR*, Oxford University Press (2001), J. Martínez-Torrón, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *RGDEyDC*, núm. 2 (2003) y J. Murdoch, *Protecting Right of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg (2012).

<sup>42</sup> *Dahlab contra Suiza*, Sentencia de 15 de febrero de 2001 (Application no. 42393/98).

<sup>43</sup> *Leyla Sahin contra Turquía*, Sentencia de 10 de noviembre de 2005 (Application no. 44774/98).

<sup>44</sup> *Kervanci contra Francia*, Sentencia de 4 de diciembre de 2008 (Application no. 31645/04).

<sup>45</sup> *Dogru contra Francia*, Sentencia de 4 de diciembre de 2008 (Application no. 27058/05 ).

<sup>46</sup> *Karaduman contra Turquía*, 16278/90, decisión de la Comisión del 3 mayo 1993, DR 74.

<sup>47</sup> *Phull contra Francia*, Sentencia de 11 de enero de 2005 (Application no. 35753/03).

<sup>48</sup> *Ahmet Arslan y otros contra Turquía*, Sentencia de 23 de febrero de 2010 (Application no 41135/98).



En general, la jurisprudencia del TEDH considera que la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 ampara el uso del velo islámico en espacios públicos, siempre que sea la efectiva expresión de las creencias de la mujer. Y el Estado podrá prohibir su uso, siempre que lo haga por Ley, y demuestre que es una medida necesaria en una sociedad democrática en los términos del artículo 9. 2. En ningún caso, el margen de apreciación concedido a los Estados abarca la valoración de la legitimidad de las creencias religiosas o de su forma de manifestación. Además es necesario tomar en cuenta que ante la falta de un consenso común en una materia determinada entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el TEDH suele reconocer a las autoridades de cada Estado un considerable margen de apreciación para estimar la necesidad de ciertas medidas restrictivas a las libertades. Las autoridades nacionales, por su proximidad a las respectivas sociedades, son las que se hallan mejor situadas para valorar la necesidad de las medidas adoptadas a la luz de la protección del interés público. En *S.A.S contra Francia*, el Tribunal sostuvo erróneamente que no existía consenso europeo sobre la prohibición del velo islámico integral y validó el margen de apreciación del Estado francés a favor de la prohibición general. Sin embargo, sí existe consenso: el de no legislar prohibiendo el uso de estas prendas. Por lo tanto, el margen de apreciación concedido a Francia debía haber sido menor.

Por otro lado, es preciso también apuntar que, en el ámbito europeo de la Unión, la cobertura jurídica que recibe el **principio de no discriminación e igualdad de trato** es relevante a los efectos de la discriminación indirecta que sufren las mujeres musulmanas que portan el velo, al ser objeto de una prohibición realizada por una ley general aparentemente neutral que no afecta, de igual modo, a las mujeres pertenecientes a otras comunidades religiosas<sup>49</sup>. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) define la igualdad como uno de los valores centrales en los que se fundamenta la Unión<sup>50</sup>, en el marco de una sociedad caracterizada por el pluralismo y la no discriminación, y el artículo 19 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que el Consejo de la Unión Europea, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Además, la Carta de Derechos Fundamentales, que

---

<sup>49</sup> Amnistía Internacional, Elección y Prejuicio. Discriminación de personas musulmanas en Europa (2012), disponible en: <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/discriminacion-personas-musulmanas-manifestar-fe-2012-04-24>

<sup>50</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

posee el mismo rango que los Tratados de la Unión Europea y sobre el Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe en su artículo 21 toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

En este sentido, la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos (2000) relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres señala expresamente:

*Las musulmanas que portan el velo pueden ser víctimas de una discriminación indirecta: es una prohibición aparentemente neutra que sólo afecta a las mujeres de una determinada religión.*

“13. Los Estados Partes deberán proporcionar información sobre las normas específicas que impongan a la mujer una forma de vestir en público. El Comité destaca que esas normas pueden entrañar una infracción de diversas disposiciones del Pacto, como el artículo 26, relativo a la no discriminación; el artículo 7 si se imponen castigos corporales por el incumplimiento de esa norma; el artículo 9 si el incumplimiento está sancionado con la privación de la libertad; el artículo 12 si la libertad de desplazamiento es objeto de una restricción de esa índole; el artículo 17, que garantiza a todos el derecho a una vida privada sin injerencias arbitrarias o ilegales; los artículos 18 y 19 si se obliga a

la mujer a vestir en forma que no corresponda a su religión o a su libertad de expresión y, por último, el artículo 27 si la vestimenta exigida está en contradicción con la cultura a la que la mujer diga pertenecer”<sup>51</sup>.

Por lo que se refiere al derecho de libertad religiosa en el ámbito de Naciones Unidas, la antigua Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir, reconoció (Informe del año 2006) la complejidad de la cuestión de los límites al derecho de libertad religiosa cuando se trata de exhibir símbolos religiosos<sup>52</sup>. Por este motivo elaboró una

---

<sup>51</sup> Human Rights Committee, General Comment No 28, Equality of rights between men and women (Article 3) CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 March 2000, para 13.

<sup>52</sup> “52. Cabe invocar la libertad de religión o de creencias en tanto que libertad positiva de los particulares que desean portar o exhibir un símbolo religioso o la libertad negativa de los que no desean verse confrontados por ello ni coaccionados a hacerlo. Otro derecho humano en pugna puede ser el derecho igual de varones y mujeres al disfrute de todos los derechos civiles y políticos, así como el principio de que tienen derecho a protección de la discriminación de todo tipo, en razón de la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, el patrimonio, el nacimiento u otra condición. Los alumnos expulsados por llevar símbolos religiosos conforme a su religión o creencias pueden invocar el derecho de todos a la educación. Además, también pueden entrar en juego los derechos de los padres o tutores a organizar la vida familiar de conformidad con su religión o creencias y la formación moral que creen que debe darse

serie de criterios generales a fin de evaluar -desde la perspectiva de las normas de derechos humanos- las restricciones y prohibiciones al uso personal de símbolos religiosos. Existen los *indicadores agravantes* que “apuntan a los actos legislativos y administrativos que suelen ser incompatibles con la normativa internacional de derechos humanos” y los *indicadores neutrales* que “por sí solos no apuntan a la contravención de esta normativa internacional”. Entre los *indicadores agravantes*, entre otros, se encuentran: (1) Las limitaciones que equivalen a la anulación de la libertad de la persona, hombre o mujer, de manifestar su religión o creencias; (2) Cuando el propósito de la restricción resulta en discriminación abierta, o diferenciación disimulada, según la religión o creencias de que se trate; (3) Cuando la limitación a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral se basa en principios derivados exclusivamente de una sola tradición; y (4) Cuando, en la práctica, los organismos del Estado aplican una restricción impuesta de manera discriminatoria o con fines discriminatorios, por ejemplo, aplicada arbitrariamente a determinadas comunidades o grupos, como las mujeres. A la luz de estos indicadores, las prohibiciones generales del velo integral no resistirían el escrutinio de la normativa internacional de derechos humanos.

Por último, como cita expresamente el TEDH en *S.A.S. contra Francia*, las Resoluciones 1743 (2010) y 1927 (2010), adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 23 de junio de 2010, sobre *Islam, islamismo e islamofobia*, invitan a los Estados parte a no adoptar prohibiciones generales del velo islámico integral o de otros atuendos religiosos, puesto que las considera contrarias a la libertad religiosa garantizada por el artículo 9 del CEDH, cuando su uso sea el resultado de la libre decisión de la mujer.

#### 4.2 ¿Es conciliable la prohibición del velo integral con la laicidad estatal?

La laicidad no es un derecho de la persona sino un principio del Estado relativo al tipo de relación institucional entre el Estado y las confesiones religiosas. La laicidad supone ante todo la no confusión entre las funciones

---

al niño (véase el párrafo 1 del artículo 5 de la Declaración). Por otra parte, el Estado puede querer invocar la "neutralidad confesional del sistema escolar" y el deseo de "mantener la armonía religiosa en las escuelas" (véase el Tribunal Federal de Suiza en la causa Dahlab). Según el voto particular de un miembro del Comité de Derechos Humanos, la Sra. Ruth Wedgwood, en el caso Hudoyberganova, "se puede permitir a un Estado restringir aquellas vestimentas que obstaculicen directamente la eficacia pedagógica". Además, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia en el caso Sahin aludía a la necesidad de "mantener el orden público y la paz civil y el verdadero pluralismo religioso, que es fundamental para la supervivencia de la democracia". <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/religion/annual.htm>

estatales y las religiosas y la incompetencia del Estado para pronunciarse sobre lo religioso en cuanto tal.

La laicidad tiene otras denominaciones como neutralidad, aconfesionalidad, separación, Estado secular. Con independencia del término que se adopte, hay acuerdo en considerar que la laicidad hace referencia a un modelo de separación entre el Estado y las confesiones religiosas. Además ciertas Constituciones, como la española, contempla la laicidad desde la perspectiva de una neutralidad positiva, lo cual lleva consigo la intervención de los poderes públicos mediante actividades positivas para hacer posible el efectivo ejercicio de la libertad a todos por igual.

En el debate sobre la prohibición del uso del velo en general se ha acudido con frecuencia al término laicidad para sostener dicha prohibición. En cuando se trata de un término francés, la *laïcité* comprende unas particularidades concretas al contexto galo consistentes en vincular la *laïcité* a los valores republicanos franceses. Cuando se prohibieron los símbolos religiosos en las escuelas francesas se esgrimió que su uso violaba la naturaleza laica de las instituciones públicas escolares. En el caso del empleo del velo integral en los espacios públicos, el Consejo de Estado francés sostuvo que el principio de *laïcité* no puede justificar una prohibición general abstracta que limite los derechos implicados en el uso del velo islámico integral.

El principio de laicidad se podría incluir entre los elementos que conforman el orden público y ello impediría la exhibición de determinados símbolos religiosos que por su carga institucional, tanto identificativa como distintiva, incitara a la confusión entre el Estado y las confesiones, conculcando así la separación y neutralidad. No obstante, en el caso de símbolos religiosos personales, en tanto ejercicio de la serie de derechos antes mencionada, solo puede limitarse con aquellos elementos que el derecho determine en el ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, se debería constatar si se ha lesionado o no el derecho de libertad religiosa mediante un análisis riguroso y jurídico del contenido esencial del derecho y de sus límites, prescindiéndose de limitaciones generales, preventivas y apriorísticas.

*La laicidad no es un derecho de la persona sino un principio del Estado sobre su relación con las confesiones religiosas.*

### 4.3. ¿Es necesaria la prohibición para mantener el orden público, la igualdad de género y la dignidad humana de las mujeres?

El argumento de la seguridad pública se sustenta en la sospecha que la ocultación del rostro interfiere en la prevención y la lucha contra el delito. En los debates parlamentarios de las leyes francesa y belga era incluso recurrente aludir al riesgo que suponía el velo integral para la seguridad porque podrían esconderse armas bajo el velo. La identificación de Islam, violencia y el uso de esta prenda se daba como un hecho evidente<sup>53</sup>.

Es obvio que la protección del orden y de la seguridad pública puede llevar consigo interferencias en el ejercicio de los derechos humanos. El Informe del Consejo de Estado francés advertía de la necesidad de prohibiciones parciales relacionadas en determinados contextos donde la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas pudieran peligrar (controles de pasajeros, aeropuertos) y consideraba que una prohibición genérica basada en el orden público no podría jurídicamente sostenerse si se refiere al conjunto del espacio público<sup>54</sup>. Mucho menos si se justifica en el miedo o en el temor. Como señaló la Jueza Tulkens en *Leyla Sahin contra Turquía*: “Sólo los hechos y las razones indiscutibles, cuya legitimidad esté fuera de toda duda -nunca meras preocupaciones o miedos-, pueden justificar una necesidad social imperiosa que interfiera y limite los derechos garantizados en el Convenio. La jurisprudencia del Tribunal ha sostenido que las simples meras afirmaciones no bastan, deben ser sostenidas con ejemplos concretos”<sup>55</sup>.

El deber de las autoridades es el de adoptar las medidas que garanticen el pacífico ejercicio de un derecho, sin que se pueda esgrimir una posible, o incluso probable, perturbación del orden público como justificación para limitar ese derecho. El Estado debe asumir la carga de probar que un concreto interés público debe prevalecer sobre un derecho con razones convincentes e incontestables<sup>56</sup>.

Puesto que, en el caso de las prohibiciones generales al uso del velo integral, existen dificultades para que el orden público material justifique una necesidad social imperiosa que conduzca a una restricción de los derechos

---

<sup>53</sup> National Assembly, “Information Report on the fact-finding mission on the practice of wearing the full veil on national territory”, 2010, p. 178.

<sup>54</sup> Vid. Council of State, Study for banning the full veil, op. cit. pp. 33-34.

<sup>55</sup> STDH, *Leyla Sahin*, cit. Dissenting opinion of Judge Tulkens, par. 5.

<sup>56</sup> El Tribunal Europeo en el caso *Barankevich contra Rusia* (2007) señaló que “en lugar de considerar medidas que podrían haber permitido el desarrollo pacífico de la reunión religiosa organizada por el recurrente, las autoridades impusieron su prohibición (...) recurriendo a la medida más radical, negando al recurrente la posibilidad de ejercer sus derechos...”.

involucrados en este tipo de prohibiciones, los tribunales belgas, el gobierno francés y el alto Tribunal europeo han encontrado una justificación en el llamado “orden público inmaterial”, compuesto por las condiciones necesarias para garantizar la convivencia “*living together*”<sup>57</sup>.

*El argumento del TEDH de “living together” resulta insuficiente como fundamento jurídico de una prohibición general y un camino peligroso hacia la incertidumbre jurídica.*

El “vivir juntos” aparece como una base mínima de exigencias recíprocas y de garantías fundamentales de la vida en sociedad que implica la necesidad de una interacción a rostro descubierto. Desde este punto de vista, la ocultación del rostro dificulta la cohesión social posibilitada por la interacción entre los individuos de una sociedad. En consecuencia, esconder completamente el rostro resultaría contrario al principio de “vivir en comunidad” y a la necesaria socialización de todos los ciudadanos<sup>58</sup>.

Ahora bien, ¿es ineludible para la socialización la posibilidad de entablar una comunicación visual? ¿Impide el velo absolutamente la capacidad de comunicación? A la vista del mundo de comunicación internauta en el que vivimos, estas preguntas se dan por contestadas.

¿Supone la socialización un argumento de suficiente entidad para establecer una medida de prohibición general de ocultamiento del rostro cuando ello se debe al ejercicio de las libertades individuales de expresión, religión, a la intimidad y a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad?

No existe ninguna referencia a la vida en comunidad, a la socialización, o a la interacción o comunicatividad entre las posibles limitaciones a los derechos fundamentales del Convenio Europeo. Ni existe una categoría similar o equivalente a la de exigencias mínimas de la vida en común en las constituciones democráticas europeas, ni tampoco tiene base en ninguna norma o tratado internacional. Por lo tanto, nos encontramos con una serie de valores y principios (vivir juntos mirándose al rostro) estimados

---

<sup>57</sup> Esta justificación, basada en los principios y valores de “vivir juntos”, fue rechazada por el Consejo de Estado francés al pronunciarse sobre la admisibilidad de un “orden público inmaterial”.

<sup>58</sup> De especial interés resulta los debates parlamentarios en Bélgica con motivo de la ley 1 de junio de 2011. Los autores de la proposición de ley justificaban la necesidad de la prohibición citando la doctrina filosófica de Emmanuel Levinas, para quién a través del rostro es cómo se manifiesta nuestra humanidad. La extensa justificación sobre la necesidad de mostrar el rostro como esencia del funcionamiento de la sociedad democrática, casi relega la justificación de los otros dos fines (seguridad e igualdad entre sexos) a un segundo plano. Vid. J. J. Ruiz Rico, op. cit. p. 15. Vid. C. Patton, “Defacing Levinas: vision, veiling and the ethics of Republican citizenship in France”, *Social Identities*, 2014, pp. 1-13

como necesarios en una sociedad democrática para la convivencia social, que son parte de un supuesto “orden público inmaterial” que se sitúa en un plano supranormativo y metapositivo capaz de restringir el ejercicio de los derechos fundamentales. Tomando en cuenta el principio de interpretación restrictiva que rige cualquier limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, de acuerdo con los parámetros internacionales y constitucionales, podemos concluir que este argumento resultaría insuficiente como fundamento jurídico de una prohibición general, además de un camino peligroso hacia la incertidumbre jurídica.

*Este tipo de medidas son contraproducentes para la igualdad de género. La gran mayoría llevan velo por elección propia. Se confina a las mujeres con velo en sus hogares en vez de “liberarlas”.*

En cuanto a los argumentos de **la dignidad humana e igualdad de género**, ambos fueron analizados tanto por los órganos legislativos francés y belga como por el TEDH. Esta última instancia sostuvo que un Estado miembro no puede alegar la igualdad de sexos para impedir una práctica que las propias mujeres reivindican en el ejercicio de los derechos consagrados en el Convenio. Los estudios empíricos disponibles, como pusieron de manifiesto la Universidad de Ghent y la Open Society, mostraron que la gran mayoría de mujeres con velo deciden llevarlo como consecuencia de una elección personal y autónoma<sup>59</sup> y grupos importantes de feministas han reivindicado su uso como una forma de emancipación<sup>60</sup>. Como indicó el antiguo

Comisario de Derechos Humanos, Thomas Hammarberg, la Belgian Human Rights League y Human Rights Watch “la prohibición del velo, en lugar de ayudar a las mujeres que son obligadas a llevarlo, limitará su capacidad para buscar asesoramiento y ayuda. El primer efecto de esta medida va a ser confinar a las mujeres con velo en sus hogares en vez de liberarlas”<sup>61</sup>. Este

---

<sup>59</sup> Vid. E. Brems (ed.) *The Experience of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge, CUP, 2014 y E. Brems, “Face veil Bans in the European Court of Human Rights: The importance of empirical findings”, *Journal of Law and Policy*, vol. 22, 2013-2013, pp. 517-551

<sup>60</sup> Existe ingente literatura sobre la posición a favor y en contra del uso de velo integral como desde la perspectiva feministas. Los más relevantes: B. O'Neill y otras, “Freedom of religion, women's agency and banning the face veil: the role of feminista beliefs in zapping women's opinion”, *Ethnic and Racial Studies*, 2014 pp. 1.16; A. Vakulenko, *Islamic Veiling in Legal Discourse*, Routledge, 2012, especialmente Gender equality, pp. 80-111; E. Yahyaoui Krivenko, “The Islamic Veil and its Discontents: How Do They undermine Gender Equility? *Religion and Human Rights*, 7, (2012), 11-29;

<sup>61</sup> Human Rights Watch, “Belgium: Muslim Veil Ban Would Violate Rights. Parliament Should Reject Bill for Nationwide Restrictions”, 21 April 2010 ([www.hrw.org](http://www.hrw.org)); Thomas Hammarberg, “Rulings anywhere that women must wear the burqa should be condemned - but banning such dresses here would be wrong”, ([www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int)); Human Rights League (Ligue des droits de l'homme), “Interdiction du port du voile intégral: une mauvaise solution à un vrai problème”, 28 April 2010, (<http://liguedh.be>).

tipo de iniciativas legislativas son contraproducentes para la igualdad de género<sup>62</sup>.

Por otro lado, ha sido bastante común en los debates en los medios y en sede parlamentaria incidir en un **paternalismo abusivo** que ha buscado proteger a la mujer de su propia autoafirmación, libre e individual, sobre lo que es digno para sí misma<sup>63</sup>. También en escritos académicos puede encontrarse el argumento de que este tipo de leyes tienen la finalidad de liberar a las mujeres del apartheid basado en género (*apartheid sexual*) en el que se encuentran, sin que esas voces utilicen este argumento para el caso de las congregaciones religiosas femeninas<sup>64</sup>. Esta doble moral también se aprecia cuando se condena el uso del velo integral porque significa la cosificación de la mujer, al desposeerla de su singularidad, y no aplican esta misma lógica para abogar por la prohibición de la cosificación de la mujer en la pornografía o en el modelaje.

Por lo que se refiere a la pretensión de construir la **dignidad humana**, como un límite al uso del velo islámico integral, supone una deriva totalitaria muy peligrosa, además de una ilegítima intromisión del Estado en el contenido de la dignidad humana, acto personalísimo e intransferible de toda persona. Desde el punto de vista jurídico, no se puede utilizar la dignidad humana para proteger a los individuos contra el ejercicio de sus propios derechos y libertades fundamentales<sup>65</sup>.

Los gobiernos francés y belga estimaron que llevar dicha indumentaria vulneraba la dignidad de estas personas. En este caso, la dignidad humana no estaría adoptando el papel de límite a los límites de los derechos, sino que se está utilizando en sentido contrario, es decir, como verdadero límite a un derecho, con la particularidad de que la restricción no afecta al derecho de otro, sino al derecho propio. La dignidad en la teoría de los derechos fundamentales está destinada a proteger contra una intromisión ilegítima proveniente de otro sujeto, pero no contra el comportamiento de uno mismo.

*Se ha incidido en un paternalismo abusivo del Estado. No se puede utilizar la dignidad humana para proteger a los individuos contra el ejercicio de sus propios derechos.*

---

<sup>62</sup> Vid. E. Horward, "Banning Islamic Veils-Is Gender Equality a Valid Argument?", *International Journal of Discrimination and the Law*, 13.3 (2012), pp. 147-165, pp. 160.

<sup>63</sup> Vid. N. Gal-Or, "Is the Law Empowering or Patronizing Women? The Dilemma in the French Burqa Decision as the Tip of the Secular Law Iceberg?", *Religion and Human Rights*, 6 (2011) pp. 315-333-

<sup>64</sup> Esta postura se observa en los trabajos sobre el velo integral de M. T. Areces Piñol, véanse: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos valida la ley francesa que prohíbe el Burka en los espacios públicos", RGDCDEE, núm. 37, (2015), pp. 1-59, p. 37.

<sup>65</sup> En términos semejantes se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2013 en su Fundamento Jurídico 10. Igualmente el Consejo de Estado francés, en su informe de 25 de marzo de 2010.



La lógica del argumento de la dignidad humana en ambas leyes prohibitivas conduce a una conclusión alarmante para cualquier democracia. La dignidad de la persona no se correspondería ya con la autodeterminación del individuo, titular de derechos y obligaciones, sino que estamos ante un nuevo concepto de dignidad al dictado de las éticas públicas mayoritarias que adoptaría una función limitadora de derechos. El contenido de lo que es la “dignidad” se desarrollaría al amparo de un concepto tan metajurídico y poroso como el de la “moral pública”. En nombre de esta **nueva dignidad externalizada** en manos de las mayorías sociales se justificarían las restricciones al desarrollo de la libertad individual, quedando la libertad personal subordinada a una “dignidad pública”, que se convierte así en un instrumento de opresión. Sería el llamado *il rovescio del diritto*, el revés del derecho, título de una de las obras de maestro civilista Galgano.

## ***5. Conclusión: las prohibiciones son innecesarias, desproporcionadas y discriminatorias***

---

Los argumentos esgrimidos para la prohibición del velo integral en los espacios públicos carecen de consistencia jurídica y adolecen de un sesgo ramplón, superficial y apologético. Esta carencia de argumentario legal ha sido substituida por explicaciones de tipo emotivo, reforzadas y amplificadas por los medios de comunicación. El objetivo del derecho es eliminar la incertidumbre jurídica y detectar cómo se produce el uso discrecional en la aplicación del derecho, concretamente, la limitación del ejercicio de derechos. La viabilidad jurídica y práctica de una prohibición general del velo integral en los espacios públicos queda en entredicho por innecesaria, puesto que existen ya prohibiciones concretas, parciales y suficientes, para garantizar el respeto mínimo de la seguridad y el orden público.

Es necesario reiterar que no basta la indignación o los sentimientos de ofuscación y de rechazo a ciertas prácticas para limitar los derechos fundamentales. Como ha puntualizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se puede restringir la libertad de expresión al dictado del sentimiento popular, en tal caso, la más mínima perturbación serviría entonces para hacer impracticable la libertad de expresión y de manifestación. Uno de los elementos fundamentales en la teoría de los derechos humanos es el juicio de proporcionalidad y cualquier “necesidad

social imperiosa” limitadora de un derecho no puede consistir en un concepto jurídico indeterminado como es el “*living together*”.

En *S.A.S contra Francia*, el TEDH ha incurrido en un **activismo judicial insano** porque ha llevado al extremo de justificar una prohibición general en unas exigencias de la convivencia social que, por más que pueda venir respaldado por un interés social mayoritario, es un concepto de difícil articulación. Por definición, el orden limitativo de los derechos ha de ser proporcionado a las circunstancias de tiempo o de lugar, por lo que la generalización de la misma supone no imponer una restricción circunstancial, sino **una verdadera, pura y simple prohibición** del ejercicio de varias libertades en sus manifestación externa. Lamentablemente el TEDH se ha desmarcado de lo asentado en su jurisprudencia. En *Eweida y otros c. Reino Unido*, afirmó que el deseo de manifestar las propias creencias es un derecho fundamental porque una sociedad democrática saludable **necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad**, pero también por el valor para un individuo que ha hecho de la religión un eje central de su vida, y tiene el derecho de comunicar esa creencia a otros<sup>66</sup>.

Como señaló Thomas Hammarberg, el antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa: “Resulta lamentable que, en varios países europeos, el debate público se haya centrado casi exclusivamente en el carácter musulmán de la vestimenta, dando la impresión de que se tiene puesta la mira en una religión específica. Se han utilizado algunos argumentos claramente islamofóbicos, y eso no ha ayudado a tender puentes ni a favorecer el diálogo”. El interés social mayoritario no sólo obliga a sus mujeres a un trastorno esquizoide confinándolas en casa, como si fueran Mister Hyde, sino que exhibe un concepto de “convivencia social” personalizado en la “ética pública” de un doctor Jekyll que esconde tantas contradicciones como miedos.

El impacto de estas prohibiciones ha sido desproporcionado para un grupo determinado, las mujeres musulmanas, en flagrante violación del principio de no discriminación por motivos de conciencia, de religión y de género. No ha quedado demostrado que las prohibiciones hayan sido medidas necesarias y proporcionadas para la salvaguarda de la seguridad pública. Al contrario, esta legislación prohibitiva ha puesto de manifiesto hasta dónde puede el derecho doblegarse a la cultura del miedo y revestir a las presunciones, especulaciones y estereotipos de ropajes de apariencia jurídica, muy peligrosos para una democracia saludable y plural.

---

<sup>66</sup> STEDH, *Eweida and Others v. the United Kingdom*, application num. 48420/10, 36516/10, 51671/10 et al., de 15 de enero de 2013.