

LA PROHIBICIÓN DEL BURQA ISLÁMICO EN EUROPA Y EN ESPAÑA: REFLEXIONES “DE IURE CONDENDO”

Agustín Motilla
Universidad Carlos III de Madrid

Abstract: Last years the Islamic *burqa* affaire has became one of the most controversial issues in European Law. A large percentage of European citizens consider it a symbol of Islamic fundamentalism and women discrimination. Therefore some European States have banned the *burqa* –or they are in the process of doing so– in public spaces as an item of clothing against European values. This paper analyzes European Law on that issue. It also focuses on Spanish Law, where some Council has prohibited the use of the *burqa* in public buildings. Is it a legitimate measure in democratic and pluralistic societies? The paper tries to answer this question taking into account the resolutions of international organizations of human rights and the case-law of the European Court of Human Rights.

Keywords: *burqa*, European Law, Islamism, human rights, limitations.

Resumen: En los últimos años la cuestión del uso del burqa islámico se ha convertido en un asunto polémico. Para muchos simboliza la lucha contra una prenda de la mujer que representa el fundamentalismo islámico y el estado de sometimiento de ésta en la religión musulmana. El problema se vive intensamente en Europa, donde, movidos por la defensa de los valores democráticos e igualitarios, varios Estados han prohibido –o están en camino de hacerlo– el uso de esta prenda en los lugares públicos. El trabajo expone el estado de la cuestión en los Derechos europeos y español. En este último varios ayuntamientos también han vetado el uso del *burqa* en sus instalaciones. A continuación, y en la parte central del escrito, se reflexiona sobre la legitimidad y oportunidad política de la medida, en el ámbito de los sistemas democrático-pluralistas y teniendo singularmente en cuenta las resoluciones de las organizaciones internacionales para la defensa de los derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: *burqa*, Derecho europeo, islamismo, derechos humanos, límites.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La cuestión del burqa en el Derecho europeo: el precedente del caso francés.- 3. La reacción de los organismos europeos para la protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa.- 4. El asunto del burqa islámico en España.- 4.1. Génesis del problema: las prohibiciones municipales.- 4.2. La posición del Gobierno español.- 4.3. La propuesta del Senado.- 4.4. La reacción de las comunidades islámicas.- 5. Algunas reflexiones en torno a la ilegalización del uso del burqa.- 5.1. Burqa, derechos fundamentales y valores constitucionales.- 5.2. Acerca de la conveniencia política y de la necesidad social de una ley específica anti-burqa.- 6. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Nuevamente el uso de una prenda de significación religiosa o cultural por parte de las mujeres musulmanas se ha convertido en centro de polémica en los medios de comunicación y en la sociedad, así como objeto de iniciativas legislativas de diferente especie y momento de tramitación. La prohibición del *burqa* y del *niqab* en Europa, al igual que el debate suscitado por el pañuelo islámico, se sitúa en el centro de las discusiones en torno a las políticas a adoptar en torno a la integración de las minorías culturales o religiosas y, en especial, respecto al reto que plantea a Europa la asimilación de un número creciente de musulmanes.

Una vez más ha sido Francia el país que ha tomado la delantera en la prohibición del burqa. En el año 2009 el Presidente de la República anunció que el Gobierno impulsaría una ley que prohibiera lo que denominó el “velo integral”. Al igual que en la cuestión del *foulard islamique*, que propició la Ley de marzo de 2004 de prohibición de símbolos religiosos en la escuela pública, y como en otros momentos en la historia del pensamiento político o filosófico –la Revolución de 1789 o las manifestaciones de mayo de 1968, por poner dos ejemplos notorios–, Francia es el epicentro de unos acontecimientos que, como ondas sísmicas, se han trasladado a otros países europeos que cuentan con un apreciable número de comunidades islámicas: Holanda, Bélgica, Italia ... y también España. En esos países el debate sobre la prohibición de símbolos islámicos como el *hijab* o el *burqa* y, en general, sobre los

modos y cauces para la integración de los musulmanes, lógicamente trufado por el miedo a los movimientos integristas y al terrorismo islámico, ocupa, como hemos dicho, primeras planas de los periódicos y espacios centrales en los informativos de la radio y la televisión.

El presente estudio se centrará primeramente, en consecuencia, en los precedentes de leyes prohibitivas del *burqa* o del *niqab*, promulgadas o en fase de aprobación, existentes en el Derecho europeo para, después, analizar el estado de la cuestión en España. Se comprobará cómo gran parte de la polémica social que ha suscitado el *burqa* es mera traslación dentro de nuestras fronteras de las discusiones y soluciones aportadas por el Derecho extranjero; conclusión que lógicamente se extrae si tenemos en cuenta la escasísima presencia de las prendas objeto de la polémica en nuestro país. Cerrará el trabajo una reflexión en torno a la prohibición del *burqa* y del *niqab* a la luz de los valores de nuestro ordenamiento constitucional y, en especial, de los derechos y libertades consagrados, así como de la conveniencia política de la adopción de una ley que vete de manera general tales prendas.

2. LA CUESTIÓN DEL BURQA EN EL DERECHO EUROPEO: EL PRECEDENTE DEL CASO FRANCÉS

Como se ha tenido ocasión de mencionar, Francia ha sido el primer país europeo que ha prohibido el *burqa* y el *niqab* en todos los espacios públicos. Detrás del veto al “velo integral” subyacen tanto razones derivadas de su sistema constitucional, como la afirmación del principio de laicidad del Estado¹ proclamado por la Constitución de la V República, como razones políticas: ante el empuje y los éxitos electorales del Frente Nacional, que centra su acción política en las críticas a las medidas inmigratorias del Gobierno, el partido del Presidente Sarkozy intentó recuperar una parte de su electorado anunciando la próxima promulgación de una ley anti-*burqa*.

En realidad, la anunciada ley no es más que un nuevo ejemplo de la política francesa dirigida a restringir, e incluso criminalizar, lo que consideran que son manifestaciones del islamismo radical, incompatibles con los valores republicanos. Baste recordar que, como ya se expuso, en el 2004 la Ley de 15 de marzo prohibió la utilización de símbolos religiosos en la escuela pública francesa –medida dirigida a acabar con el polémico pañuelo islámico–. Y en el 2008 el Consejo de Estado francés confirmó la denegación de la nacionali-

¹ Otro Estado que acoge tal principio como criterio vertebrador de la actividad de los poderes públicos frente al fenómeno religioso, Turquía, prohíbe, por Leyes de 1925 y 1934, la utilización de vestimentas de significación religiosa en todos los lugares públicos abiertos, como calles y plazas, fuera de ceremonias religiosas.

dad francesa a una mujer de origen marroquí que utilizaba voluntariamente el *burqa*. En su Decisión de 27 de junio de ese año el alto Tribunal afirmó que llevar dicha prenda de vestir es una manifestación de la práctica radical de una religión, contraria a los valores que vertebran la República y, en especial, a la igualdad de sexos. A pesar de que la demandante demostró un conocimiento aceptable de la lengua y de la tradición del país, el mero uso del *burqa* es prueba suficiente de la falta de integración de la mujer en la sociedad francesa².

Tras el Dictamen de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional francesa de 23 de junio de 2009, que dio luz verde al proyecto de Ley remitido por el Gobierno, el Primer Ministro lo envió al Consejo de Estado. Esta institución, en el ejercicio de sus atribuciones consultivas, emitió un Informe, aprobado por el Pleno en su sesión de 25 de marzo de 2010³. En él, y en línea de principio, se recomienda no decretar una prohibición general del *burqa* en todos los espacios públicos, puesto que no hay razones jurídicas que lo justifiquen⁴ y ello puede constituir un supuesto de discriminación por razón de las convicciones religiosas contrario tanto a las normas de Derecho interno como comunitario. Sí cabe el veto a estas prendas en determinados lugares, siempre y cuando fuera obligado llevar la cara descubierta por razones de seguridad. En todo caso, el Consejo advierte al Gobierno que, si por fin decidiera presentar a la Asamblea la prohibición general del *burqa* en todos los espacios públicos, sólo estaría justificada la sanción a la mujer por motivos de orden público si debe obligársele a descubrir el rostro, sanción que también ha de extenderse a quien obligue o incite a la mujer a utilizar prendas como el *burqa*.

El proyecto de Ley presentado a la Asamblea de prohibición de la ocultación de la cara en los lugares públicos, en realidad dirigido a acabar con el *burqa* y el *niqab* islámico, considera en su exposición de motivos estas prendas contrarias a los valores de la República francesa –en especial la igualdad de sexo y la dignidad de la persona– y al orden público general. De ahí que se extienda el veto a todas las vías públicas y lugares abiertos, incluidos, naturalmente, los edificios de uso público. La violación de la Ley lleva consigo una sanción administrativa para la mujer: el pago de una multa de 150 € o la realización de un cursillo sobre ciudadanía. La levedad con que se penaliza el

² Vid. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés en la página de Internet <<http://www.legi-france.gouv.fr/WAspad/rechercheSimpleJade.jsp>>.

³ Una exposición extensa de su contenido, vid., ARECES PIÑOL M. T., *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”, 24 (2010) [justel.com].

⁴ El Consejo considera que ni la laicidad –que sólo obliga a los poderes públicos y no a los individuos–, ni la dignidad humana, ni la seguridad pública –ámbito donde hasta el momento el “velo integral” no ha planteado problemas– justifican una prohibición general y en todos los espacios públicos.

incumplimiento de la mujer, considerada la víctima de la desigualdad de género que propicia el Islam radical, contrasta con la dureza con la que se reprimen las acciones de aquellos que obliguen o inciten a llevar el *burqa*; tal proceder constituye un nuevo delito, incorporado al Código Penal, que lleva aparejada la pena de 1 año de prisión y una multa de 30.000 a 60.000 €. La Asamblea Nacional aprobó la Ley el 13 de julio del 2010 por una amplia mayoría⁵. Tras su convalidación en el Senado el 11 de octubre y una *vacatio legis* de seis meses, entró en vigor el 11 de abril de 2011. Respecto a la aplicación de la Ley, la Circular de 31 de marzo de 2011 del Ministerio del Interior estableció tres excepciones a la prohibición de ocultar la cara en los lugares públicos: las procesiones religiosas, las manifestaciones artísticas de carácter tradicional y, en las proximidades de los lugares de culto, en los momentos previos y posteriores a la celebración de los ritos religiosos.

Siguiendo las huellas de Francia, otros países europeos han promovido leyes en parecidos términos.

Bélgica es el próximo Estado en el que se espera que de forma inminente –siempre que el país supere su prolongada crisis política e institucional– promulgue una ley anti-*burqa* similar a la francesa. El 1 de abril de 2010 el Gobierno envió al Parlamento un proyecto de Ley que prohíbe las prendas que oculten, total o parcialmente, el rostro en los espacios públicos. Según su texto, razones de seguridad y el respeto a los valores democráticos justifican la prohibición general de tapar la cara en calles, parques, escuelas y otros edificios públicos. Se excepcionan a los motoristas y a los bomberos. El incumplimiento del mandato legal conlleva una sanción sólo para la mujer que, en su caso, portase el *burqa* o el *niqab* –no a quien la obligue o incite–: una multa de 15 a 25 € o una prisión de 1 a 7 días. El proyecto fue aprobado el 29 de abril de 2010 por el Parlamento, también con una abrumadora mayoría⁶ y está pendiente de convalidación por el Senado; en realidad, y como ya dijimos, el retraso de la puesta en vigor de la Ley se debe a la inestabilidad política de Bélgica y a la previsible disolución de las Cámaras. En todo caso, la utilización del *burqa* o del *niqab* por parte de las mujeres musulmanas ya se ha prohibido en varios colegios e institutos de enseñanza belgas y, a nivel local y a través de las potestades municipales para determinar los reglamentos de policía, en varios ayuntamientos, como el de Bruselas.

En Holanda, ya a finales de 2005 el Parlamento aprobó una resolución por la que se instaba al Gobierno a prohibir con carácter general el *burqa* en

⁵ Votaron a favor 335 diputados, y sólo contó con un voto en contra.

⁶ El impulso de la Ley anti-*burqa* era uno de los pocos asuntos en que coinciden los cinco partidos que conforman la coalición electoral. No es extraño, pues, que el proyecto se aprobara con 129 votos a favor, 1 en contra y 2 abstenciones.

los lugares públicos. El ejecutivo, en cumplimiento del mandato del legislativo, constituyó un grupo de trabajo, el cual informó a favor de dicha prohibición pero formulada de manera neutra, esto es, sin mencionar prendas concretas. El ascenso del partido de la derecha xenófoba de Wenders, de quien depende la coalición que forma el Gobierno, impulsó el proyecto de Ley presentado el 16 de septiembre de 2011 en el Parlamento. Por el mismo, y en igual sentido que en Francia y Bélgica, se sanciona con multas de 380 € a quienes se cubran el rostro en espacios públicos: espacios abiertos, edificios de uso ciudadano, centros de enseñanza u hospitales, transportes públicos, etc. Las razones que se esgrimen en su favor son que impiden el reconocimiento de la persona y, en clara alusión a las prendas islámicas, que suponen una discriminación de la mujer. El texto de la Ley está pendiente de aprobación en el Parlamento y en el Senado.

Italia es otro país europeo en el que se tiene noticia de que se ha iniciado un proceso para la aprobación de una Ley prohibitiva del *burqa* y del *niqab* en los lugares públicos. A pesar de que la nación ya contaba con una norma general de 1975 que penalizaba a quienes portaran máscaras o prendas con las que se tapen el rostro en lugares públicos, el partido entonces en el Gobierno, el Polo de la Libertad, y la Liga Norte, decidieron impulsar un proyecto de Ley que prohibiera el uso del *burqa*. En éste, a diferencia de los textos de otros países, se menciona la prenda llevada por motivos religiosos objeto de polémica: se prohíbe “el *burqa* y otras indumentarias étnicas que hagan no identificables a las personas” en los espacios públicos en general. Tal proceder constituye un delito castigado con penas de prisión de hasta 1 año de cárcel para la mujer y a quien obligue a llevar la indumentaria, el cual, además, deberá abonar una multa de hasta 30.000 €. El proyecto de Ley fue aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados el 4 de agosto de 2011 y se encuentra pendiente de discusión en el Pleno de la Cámara.

3. LA REACCIÓN DE LOS ORGANISMOS EUROPEOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CONSEJO DE EUROPA

Aprobada la Ley francesa de 2010, algunos altos funcionarios del Consejo de Europa expusieron a la prensa sus críticas a la norma, razonadas desde las perspectivas del sistema de derechos y libertades que acoge el Consejo. Así, el Comisario para los Derechos Humanos recuerda que la libertad para la elección de vestimentas de significación religiosa o cultural está amparada por el art. 8 del Convenio europeo, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar. Su prohibición supone una invasión de la autonomía

de las personas, proyectada en el espacio común a través del tipo de vestido que se elige. Además, puede ser identificada, con razón, como la persecución a una determinada religión. Hecho subrayado por la falta de necesidad de la medida, ya que la presencia de estas prendas es insignificante entre la población inmigrante europea: por ejemplo, apenas unas 2.000 mujeres llevan en Francia el *burqa* o el *niqab*, de una población de 65 millones de habitantes⁷.

En todo caso, el Consejo de Europa adoptó una postura oficial, indudablemente más matizada, en los puntos 15 y 17 de la Resolución, aprobada por la Asamblea Parlamentaria el 23 de junio de 2010, “Islam, Islamismo e Islamofobia”⁸. En ella se hace un llamamiento a las comunidades islámicas a abandonar las interpretaciones del Islam que suponen una discriminación de las mujeres o la denegación de sus derechos fundamentales; no puede justificarse en razón del relativismo cultural o religioso la violación de la integridad de la mujer. Desde esta perspectiva se considera que el “velo integral”, a través del *burqa* o del *niqab*, “se percibe a veces como un símbolo de subyugación de la mujer al hombre, restringiendo su papel en la sociedad, limitando su vida profesional e impidiendo sus actividades sociales y económicas”. La Asamblea afirma que esta tradición, motivada más en razones culturales o sociales que religiosas, “puede constituir una amenaza a la dignidad y a la libertad de la mujer”. Y todo acto que la obligue a llevarlo debe ser considerado un crimen penado por la ley. En todo caso, la prohibición de tales prendas debe tener en cuenta que el art. 9 del Convenio europeo protege el derecho individual a elegir libremente llevar, o no llevar, vestimentas religiosas en privado o en público. Las restricciones legales de este derecho deben justificarse en medidas necesarias en una sociedad democrática, en particular en aquellas exigidas por razones de seguridad o cuando la función profesional del sujeto requiera su neutralidad religiosa, o que la cara se pueda ver. De ahí que la Asamblea, en los números 16 y 17 de la Resolución, encuentra ciertas objeciones a las prohibiciones generales del *burqa* o del *niqab*: deniega la libertad de cubrirse el rostro a aquellas mujeres que libremente lo descan, y tiene el efecto adverso de generar una presión comunitaria y familiar para que la mujer se quede en casa, obligándola a abandonar el trabajo, la escuela o los sitios públicos con tal de no romper con la tradición familiar. La Asamblea insta a los Estados a que ayuden a la integración social de las mujeres, que les informen de sus derechos y cómo ejercerlos, y a formar parte de la vida pública y laboral en igualdad de condiciones que los hombres; objetivos que han de llevarse a cabo singularmente a través de la educación de las jóvenes de religión islámica.

⁷ Vid., El País Digital (elpais.com), 9 de marzo de 2010.

⁸ Resolución 1743 (2010).

4. EL ASUNTO DEL *BURQA* ISLÁMICO EN ESPAÑA

4.1. GÉNESIS DEL PROBLEMA: LAS PROHIBICIONES MUNICIPALES

La gran mayoría de la inmigración musulmana en España –cerca del 90 %– procede del norte de África, singularmente de Marruecos. Las poblaciones que provienen de áreas geográficas donde los usos culturales imponen a la mujer el *burqa* –principalmente en Afganistán– o el *niqab* –los países del Golfo Pérsico– son minoritarias. De lo cual se deduce que el uso de tales prendas sea extraordinariamente infrecuente; mi experiencia personal es que en una población como Madrid, con más de cuatro millones de habitantes, jamás he visto en las calles a una mujer portando tales vestimentas. En algunos casos, muy infrecuentes, sí han podido verse *burqa* o *niqab* en zonas de Cataluña. En esta Región española se concentran unos 250.000 musulmanes, principalmente en las poblaciones limítrofes a las grandes ciudades.

Fueron dos grandes municipios donde por primera vez se adoptó el acuerdo de prohibir el *burqa* y el *niqab* en ciertos espacios públicos.

En el Ayuntamiento de Lérida⁹, y con los votos a favor de los tres partidos con mayor representación –el Partido Socialista, Convergencia y Unión y el Partido Popular– y la oposición de la izquierda nacionalista –Izquierda Republicana– y de ámbito estatal –Izquierda Unida–, el 29 de mayo de 2010

⁹ *El Mundo*, 29 de mayo de 2010. Se analizan las competencias de los ayuntamientos para regular esta materia, incidiendo singularmente en el caso del municipio de Lérida, en el punto IV del trabajo de ARECES PIÑOL M. T., *¿El velo integral, burqa y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 26 (2011) [iustel.com]. El TSJ de Cataluña, en su Sentencia 489/2011, de 7 de junio (puede consultarse en Westlaw.es), resuelve la solicitud de la “Asociación Watani por la Libertad y la Justicia” de declarar la nulidad de la resolución del Ayuntamiento de Lérida de modificación de la ordenanza municipal de civismo y convivencia, sustanciada a través del trámite del recurso especial de protección de los derechos fundamentales. Motiva la demanda en la falta de competencia del Ayuntamiento de regular materias de derechos fundamentales, y la vulneración de los artículos 16 (derecho de libertad religiosa), 14 (no discriminación por motivos religiosos) y 23 (derecho a la participación en los asuntos públicos) de la Constitución Española. El Tribunal, en su fallo, desestima las alegaciones de la Asociación demandante. Considera que las corporaciones locales sí pueden establecer reglamentos, sin previa habilitación legal, si a través de las ordenanzas que aprueben no vulneran la legislación vigente; en materia de derechos fundamentales, las ordenanzas pueden incidir en su ejercicio en materias accesorias a ellos, relacionadas con la convivencia y la vida colectiva en el término municipal. En cuanto a la prohibición concreta del *burqa* o del *niqab*, o de otra vestimenta con la que se oculte el rostro de la persona en los establecimientos públicos, considera que se justifica atendiendo a las competencias municipales a establecer dichas normas de convivencia, teniendo en cuenta que las prendas señaladas producen perturbación de la tranquilidad ciudadana y van en contra de la seguridad pública. El uso del *burqa*, concluye el Tribunal, es difícilmente conciliable con los principios y valores de nuestra sociedad y, en especial, con la efectiva igualdad entre hombre y mujer.

se adoptó el acuerdo de modificar el Reglamento de acceso a los equipamientos municipales a fin de prohibir lo que se denomina “velo integral” en los edificios públicos. La justificación que se da a la medida prohibitiva es triple: supone la situación de sumisión de la mujer que viola su dignidad y la igualdad entre los sexos, es contraria a las reglas de convivencia y de seguridad pública, y significa una barrera contra la integración. En esencia, el *burqa* y el *niqab* representan usos culturales contrarios a los que imperan en una sociedad como la española.

Apenas unas semanas después, el Ayuntamiento de Barcelona¹⁰, en decisión adoptada el 14 de junio y apoyada por las mismas formaciones políticas que en Lérida, se decreta la prohibición del *burqa* y el *niqab* en los establecimientos públicos, junto con el uso de otros objetos –pasamontañas, cascos, etc.– que impidan la identificación de las personas. Con ello el Consistorio pretende evitar que la medida tenga una connotación xenófoba, generalizándola a otras indumentarias que justifiquen la prohibición en motivos de seguridad pública.

Otros Ayuntamientos han seguido los pasos de Lérida y Barcelona. Por ejemplo, en Tarragona capital, Mollet del Vallés y Santa Coloma de Gramanet (Provincia de Barcelona), Cunit (Tarragona), Balaguer y El Vendrell (Lérida)¹¹ y Coín (Málaga)¹². Aunque en los debates previos a la adopción del veto al *burqa* o al *niqab* se reconoció el escaso uso de los mismos: en Coín, por ejemplo, jamás se ha visto una prenda de esas características; en Barcelona, ninguna persona con esa indumentaria ha pretendido acceder a establecimientos públicos; o en Lérida los concejales admiten que su presencia en la ciudad es extremadamente minoritaria. En otros municipios, como Gerona, la moción de vetar el *burqa* o el *niqab* fue rechazada por la mayoría de la representación municipal.

4.2. LA POSICIÓN DEL GOBIERNO ESPAÑOL

La posición del entonces Gobierno de la nación ha ido cambiando en función de los rápidos acontecimientos que tenían lugar en el ámbito municipal. En un primer momento altos cargos del Gobierno se declaran partidarios de no regular la cuestión de la prohibición del *burqa* o del *niqab* por ley. Así se expresaron la Secretaria de Inmigración del Ministerio del Interior y el Ministro de Justicia. Postura a la que se suma la Vicepresidenta del Gobierno, aduciendo que es pronto para emanar una regulación de tales características, y

¹⁰ Diario *ABC*, 15 de junio de 2010.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *ABC*, 29 de junio de 2010.

la Ministra de Igualdad, que considera que no existe tal problema en España, debido al minoritario uso de esas prendas¹³.

Meses después, y cuando la sucesión de ayuntamientos que prohíben el *burqa* y el *niqab* crece de manera exponencial, alguno de cuyos alcaldes pertenecen al mismo partido que el del Gobierno, el Partido Socialista, la opinión del Ministro de Justicia cambia. Si a la altura de abril de 2010 declara a la prensa que esa cuestión no se incluirá en la futura Ley de libertad religiosa que prepara el Gobierno, dos meses después, en junio del mismo año, hace público que el ejecutivo limitará por ley el uso del *burqa* y del *niqab* en los espacios públicos; anuncia que en la Ley de libertad religiosa se regulará la utilización de prendas que exterioricen los sentimientos religiosos y prohibirá el *burqa* y el *niqab* por ser incompatibles con la dignidad humana e ir contra la seguridad pública, la cual requiere la identificación de los ciudadanos. Propósito que, de momento, no se materializa puesto que, más tarde, el Gobierno anuncia desistir de su voluntad de enviar a las Cortes Generales el proyecto de Ley de libertad religiosa; la prioridad de adoptar las medidas necesarias para resolver la profunda crisis económica del país, la fuerte polémica que suscitaría un tema sensible para la sociedad española, como es de la laicidad del Estado, y los escasos apoyos del Gobierno para sacar adelante una Ley que por su naturaleza de orgánica requiere la aprobación por mayoría cualificada en el Congreso y en el Senado, sin duda fueron motivos que pesaron en la decisión del Gobierno de postergar la Ley a la siguiente legislatura.

No obstante, el Partido Popular, principal partido de la oposición, viendo que las indecisiones del Gobierno en cuanto al *burqa* y al *niqab*, y que las divisiones respecto a la cuestión en el seno del Partido Socialista pueden hacer de este tema un asunto incómodo para el ejecutivo, decide adelantarse y llevar la prohibición de las prendas al Parlamento.

4.3. LA PROPUESTA DEL SENADO

Efectivamente, el Grupo Popular en el Senado presentó a comienzos de junio de 2010 una proposición no de ley por la que “insta al Gobierno a realizar las reformas necesarias para prohibir el uso en los espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, las vestimentas o accesorios en el atuendo que cubran totalmente el rostro”¹⁴. Es decir, se pide la prohibición del *burqa* y del *niqab* sin mencionar dichas prendas y, además, y a diferencia de los decretos municipales, en todos los espacios públicos —que no tengan, naturalmente, una finalidad religiosa—. Tras su discu-

¹³ Vid., *ABC*, 20 de abril y 23 de junio, de 2010.

¹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. Serie I. Número 484. 21 de junio de 2010.

sión en el pleno del Senado celebrado el día 23 de junio de 2010, la moción fue aprobada con el apoyo del Grupo de Senadores de Convergencia y Unión; los resultados de la votación reflejan la división de la Cámara: de 260 votos emitidos, 131 fueron a favor de la propuesta del Grupo Popular y 129 en contra¹⁵.

La razón principal en la que los autores de la propuesta justifican la iniciativa es la necesidad de que el Estado adopte una regulación general que encauce y sirva de límite a las distintas medidas, por definición plurales y variables, que se adoptan en el ámbito municipal. En cuanto se refiere al fondo de la prohibición del *burqa* y del *niqab* en los espacios públicos, se justifica en tres diferentes motivos. La violación de los derechos fundamentales de las mujeres que tienen que vivir en una “cárcel de tela”, invisibles para los demás; estas prendas suponen, en definitiva, una vulneración de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo consagrada en nuestra Constitución. En segundo lugar, por razones de seguridad pública: la Ley 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana obliga a todas las personas a ser claramente identificables. Y, por último, dificulta la integración, al separar a esas personas, que se hacen no visibles a los ojos de los demás, del resto de la sociedad. El hecho de la escasísima presencia de estas prendas en las calles de nuestro país no impide, para los grupos que apoyaron la moción, la conveniencia de la regulación de carácter general, por cuanto existe un evidente debate social respecto a este tema y, alegan, basta que se diera un solo caso, como éste, de vulneración de los derechos fundamentales para que el Gobierno deba actuar.

Se propone, como medio para llevar a cabo la prohibición del *burqa* y del *niqab*, que el Gobierno introduzca el veto en el futuro Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Pero se rechaza que se haga en la Ley de libertad religiosa: se teme que se aproveche para suprimir también los símbolos cristianos en los edificios públicos, lo cual, para la derecha en el Senado, deben preservarse por ser tradicionales en el país.

Los Grupos socialista, comunista y de la minoría vasca presentaron una moción alternativa que, en contra de las medidas prohibitivas, ponía el acento en la educación y el diálogo con las mujeres. Se pedía impulsar la integración social y la convivencia en libertad e igualdad de los musulmanes, fomentando la educación en los valores constitucionales y promoviendo “acciones de sensibilización y formación colectivas para garantizar el respeto a la dignidad de la mujer”, así como utilizando “las facultades que otorga el ordenamiento

¹⁵ Vid., la discusión de la moción y el resultado de la votación, *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. IX Legislatura. Sesión del Pleno celebrada el 23 de junio de 2010*. N.º 85, págs. 4537-4553.

jurídico para dar respuesta adecuada al velo integral”. Rechazan la moción del Partido Popular por lo que consideran obedece a mero oportunismo político y a mimetismo con lo acaecido en algunos Estados europeos, cuando la realidad española no hace necesario una regulación específica. Bastaría la aplicación, en ciertos lugares, de la Ley de seguridad ciudadana. Además, alegan, la prohibición perjudicaría a la mujer, víctima de la discriminación, obligándola a su encierro perpetuo en casa. Es verdad que tanto el *burqa* como el *niqab* son expresión de una cultura machista; pero su lucha ha de encauzarse a través del diálogo y la educación de los colectivos musulmanes, y no castigando a la mujer.

Finalmente, la proposición del Senado de prohibición del *burqa* y del *niqab* fue rechazada en julio de 2010 por el Congreso de los Diputados.

3.4. LA REACCIÓN DE LAS COMUNIDADES ISLÁMICAS

La representación del Islam en España –o, al menos, de una mayoría de él– la ostentan las Federaciones firmantes del Acuerdo de 1992. No obstante, existen comunidades relevantes que no están integradas en las Federaciones y, por consiguiente, no forman parte de la CIE. Cataluña es una de las regiones de España con mayor número de inmigrantes musulmanes; en ella se han creado vínculos y estructuras al margen de las Federaciones nacionales. El llamado “*Consell Islàmic de Catalunya*” engloba la mayor parte de las comunidades que operan allí, y desarrolla una especial relación con el Gobierno de la Generalidad, uno de cuyos frutos ha sido el Acuerdo firmado entre ambas partes el 5 de junio de 2002.

A los medios de comunicación españoles han trascendido dos diferentes posturas frente al debate social y político del *burqa* y del *niqab*.

Riay Tatary, Presidente de la UCIDE –una de las dos Federaciones que componen la CIE– en declaraciones efectuadas en junio del 2010¹⁶ se mostraba en contra de la prohibición de estas prendas de significación cultural y religiosa. Afirmaba que no atentan a la dignidad de la mujer, y que es ella quien libremente debe decidir su utilización, decisión que en una sociedad democrática y pluralista ha de respetarse.

La posición del Consejo Islámico de Cataluña se separa de la postura conformista, y más tradicional, de la UCIDE¹⁷. Subraya, en primer lugar, que ni el uso del *burqa* ni del *niqab* descansa en una obligación impuesta por la

¹⁶ ABC, 16 de junio de 2010.

¹⁷ Esta información fue suministrada por la Senadora Hernández Gutiérrez, del Grupo Socialista en el Senado. Vid., *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. IX Legislatura. Sesión del Pleno celebrada el 23 de junio de 2010*. N.º 85, pág. 4550.

religión; obedece, más bien, a tradiciones y prácticas culturales de determinadas zonas geográficas y minoritarias dentro del Islam. Sentado esto, aboga por evitar su uso en espacios públicos, por razones de identificación personal, pero no a través de drásticas prohibiciones sino del diálogo y la pedagogía de los valores en los que se asienta la sociedad española. En todo caso, critica el uso partidista que se hace de la polémica en torno a estas prendas, apenas presentes en la calle, e insiste en la necesidad de que los poderes públicos atiendan a los problemas reales de las comunidades islámicas y que repercuten en el desenvolvimiento social de estas.

5. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA ILEGALIZACIÓN DEL USO DEL BURQA

Líneas atrás han quedado desgranados los motivos por los que los legisladores nacionales han decidido impulsar proyectos de ley de prohibición de estas prendas presentes en la tradición islámica en los espacios públicos: la consideración del *burqa* o del *niqab* como manifestación externa de la discriminación a la que se somete a la mujer musulmana y su situación de inferioridad en la sociedad patriarcal, dominante en muchos Estados islámicos; la defensa de su dignidad como ser humano y la proscripción de los tratos humillantes o degradantes; la seguridad pública, que exige la identificación de las personas por sus rasgos faciales ... Argumentos de orden jurídico que apelan a los derechos fundamentales y a valores y principios de las sociedades democráticas, a los que se suman otros de conveniencia o utilidad –que denominaremos políticos–, como el que postula el veto al *burqa* o al *niqab* por dificultar la integración social de la mujer. Creemos que un mínimo rigor científico impulsa a tratar separadamente los argumentos de naturaleza jurídica o política en contra de las vestimentas islámicas de las que tratamos.

5.1. BURQA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALORES CONSTITUCIONALES

En los Estados democrático-pluralistas europeos es importante, como hemos dicho, la fuerza con la que los principios secularistas o laicistas se afirman en el papel de inspiradores del ordenamiento jurídico. Pero ese axioma constitucional en las relaciones Iglesia-Estado debe comprender, o incluso subordinarse, al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en conflicto, cuya salvaguarda es una obligación que deriva no sólo de las constituciones nacionales sino también de los tratados y convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos que han ratificado los Estados. Pues bien, el asunto de las vestimentas islámicas supone asimismo desde esta perspectiva, la tutela de los derechos y libertades fundamenta-

les, un interesante ejemplo de la pluralidad de los derechos implicados, que deben equilibrarse y ponderarse recíprocamente. Baste señalar algunos de ellos. Para las mujeres musulmanas el uso del *burqa* o del *niqab* es una manifestación de su derecho de libertad religiosa o cultural; si fueran menores de edad son los padres o tutores legales los que pueden considerar esta prenda como un elemento necesario en el derecho a la formación religiosa o moral de sus hijos. También podría invocarse, desde la perspectiva de la mujer portadora de tales atuendos, el derecho a la vida privada que conlleva decidir cómo vestir y, dada las condiciones sociológicas del Islam europeo, el derecho de las minorías a la expresión religiosa y a la salvaguarda de su identidad cultural.

En realidad, la cuestión de las vestimentas religiosas o culturales, y los límites que pueden aplicarse a ellas en las sociedades pluralistas, es un banco de prueba que cuestiona principios básicos del Estado: el significado de la laicidad, la acción integradora de las minorías y la determinación de los valores comunes en las democracias pluralistas, la aceptación de las culturas diversas ... Supone, en definitiva, un peculiar caleidoscopio de la realidad de la sociedad multicultural, a tenor de los sujetos implicados y de los derechos y libertades en conflicto. Se es consciente que los factores casuísticos hacen difícil inducir principios generales. En todo caso, en las próximas líneas se ensayará una reflexión sobre la admisión del *burqa* o del *niqab* desde la perspectiva de la teoría de los derechos humanos, atendiendo a las convenciones y a la praxis internacional, y a las singularidades del ordenamiento español¹⁸.

En línea de principio, el uso voluntario del *burqa* o del *niqab* por parte de la mujer musulmana podría considerarse una manifestación de su libertad religiosa o cultural —dependiendo de sus motivaciones—. Considero que en ambos casos supone el ejercicio de un derecho fundamental. Respecto a la primera motivación, si lo llevara por causas religiosas, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en sus Observaciones al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró que “la observancia y práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como... el uso de prendas de vestir o tocados distintivos”¹⁹. Las motivaciones culturales quedarían amparadas por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁸ Las conclusiones a las que se llega en este epígrafe difieren en lo sustancial de las expuestas en otro artículo anterior de mi autoría, “*The Burqa Affaire in Spain: Legal Perspectives*”, que será publicado en el volumen colectivo, dirigido por Alessandro Ferrari, “*The Burqa affaire Across Europe: Between Private and Public*”. Ello no obedece a meras veleidades intelectuales, sino al deseo de aproximar mi reflexión a los documentos que posteriormente pude consultar del Consejo de Europa; en especial con la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1743 (2010), y con los recientes pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo.

¹⁹ Observación General nº 22.4.

Suponiendo, por tanto, el ejercicio de un derecho fundamental, ¿cabe limitarlo por cuestiones de orden público?

En la cuestión de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales conviene recordar el dogma del liberalismo clásico de que la libertad no tiene más limitación que la protección de los derechos de los demás. Ni una actitud paternalista del Estado, ni nuestras peculiares concepciones sobre la verdad, el bien o el mal, justifican, de por sí, una intromisión en el ámbito de la libre determinación de la persona. Hace siglos John Stuart Mill lo expresó con meridiana claridad: “Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más adecuado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar o persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente”²⁰. Lo cual modernamente ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a sentar la doctrina de que, en una sociedad democrática, deben admitirse todas las opiniones, sean éstas halagüeñas, indiferentes o inofensivas, pero también las que perturben, choquen o inquieten, y las disconformes con el orden establecido, siempre que los medios empleados sean compatibles con los principios democráticos —es decir, que mantengan las reglas del Estado de Derecho y no vulneren los derechos humanos—, y no sean violentos²¹.

Los argumentos que defienden la prohibición total del *burqa* y del *niqab* en los espacios públicos justifican, en sustancia, la medida en función de la aplicación *ad casum* de dos distintos límites, generalmente contemplados en los convenios internacionales y los ordenamientos nacionales.

En primer lugar, las manifestaciones del derecho a la libertad ideológica y religiosa encuentran un límite en la *seguridad pública*. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, menciona, como uno de los elementos constitutivos del orden público, el de la seguridad. Este límite se justifica en la protección que compete a las fuerzas de seguridad del Estado de los bienes de las personas y de su integridad física y moral. La seguridad pública es una de las circunstancias que, asimismo, limita el derecho a la libertad de

²⁰ STUART MILL J., *Sobre la libertad* (prólogo de I. Berlin y traducción de P. de Azcárate), 8ª reimpression, Alianza Editorial, Madrid 1992, pág. 65. Prieto Sanchis cita el párrafo, en apoyo de las mismas conclusiones, en su artículo *La tolerancia y sus límites*, en “Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel” (coord. V. Zapatero), Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares 2002, pág. 620.

²¹ Así, por ejemplo, en la Sentencia, de 31 de julio de 2001, Partido de la Prosperidad contra Turquía.

pensamiento, de conciencia y de religión consagrado en el Convenio Europeo (art. 9.2); el Tribunal, en su Sentencia *Suku Phull* contra *Francia*, de 11 de enero de 2005, justificó en la seguridad la obligación de un ciudadano de religión *shij* de quitarse el turbante en un control aeroportuario.

El legislador español interpreta, razonablemente, que la lucha contra la delincuencia lleva implícito que en los espacios públicos las personas puedan ser identificadas. Es verdad que no existe precepto alguno en la legislación nacional que prohíba, con carácter general, el llevar el rostro tapado. No obstante, la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, obliga la acreditación de la identidad de las personas bien en la expedición del Documento Nacional de Identidad (art. 9), bien cuando así lo exijan los cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones (art. 20).

En todo caso, consideramos que la adopción de medidas –en el ámbito local, regional o nacional– que impidan indumentarias que oculten el rostro de las personas en espacios comunes sólo se justifica si existen necesidades de orden público y la prohibición se demuestra proporcionada a la restricción de un derecho fundamental. Esta interpretación, que obliga a examinar caso por caso y excluiría, por excesivas, las normas de prohibición general del *burqa* o del *niqab* en los espacios públicos, se aviene mejor con lo que entendemos es una correcta hermenéutica de la Ley de protección de la seguridad ciudadana, y con el principio de la mínima restricción de los derechos fundamentales. Lo cual permitiría en determinados edificios de uso público en que razones de seguridad exijan la identificación facial de las personas –aeropuertos y estaciones de tren o autobús, dependencias administrativas, concentraciones multitudinarias en estadios u otros lugares abiertos...– vetar el uso de estas vestimentas islámicas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inclina por esta consideración en la aplicación del límite de la seguridad respecto a los vestidos de significación religiosa –o cultural– en las vías públicas. En su Decisión *Ahmet Arslan y otros* contra *Turquía*, de 23 de febrero de 2010, se plantea el caso de unos varones pertenecientes a un grupo religioso islámico que se reunieron en las proximidades de una mezquita de Ankara, donde pensaban asistir a un acto religioso, vestidos con un turbante y una túnica de color negro, y llevando un bastón en la mano –emulando al profeta Mahoma–. Por unos incidentes acaecidos en el mismo lugar y no provocados por ellos, fueron arrestados por la policía y acusados de contravenir las leyes turcas que prohíben la utilización de vestimentas de significación religiosa en lugares públicos como plazas y calles. Los demandantes recurren la condena de los tribunales alegando la violación de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El

Tribunal constata que existió una ingerencia en tal derecho, prevista por la ley y legítima. En este último aspecto la Corte considera que la importancia de la laicidad en Turquía²² y la necesidad de asegurar la defensa del orden público y los derechos de los demás, justifican la existencia de la normativa. En el supuesto el Tribunal no aprecia, sin embargo, que pueda justificarse la sanción por necesidades de la sociedad democrática. Los condenados son simples ciudadanos, luego al no ostentar una función pública no se someten a la obligación de discreción en la expresión pública de sus convicciones religiosas. Y no queda demostrado por parte del Gobierno turco que la manifestación de las creencias religiosas de los demandantes constituyera un riesgo o una amenaza contra el orden público, o supusieran una presión proselitista a otros viandantes. Simplemente se reunieron para participar de una ceremonia religiosa en la mezquita. Luego la necesidad de la restricción de un derecho no queda establecida, por lo cual la condena que sufrieron viola el derecho de los demandantes a la libertad de manifestar su religión, consagrado en el art. 9 del Convenio europeo.

Particular interés nos merece la distinción que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre lugares públicos abiertos y establecimientos públicos. El órgano jurisdiccional subraya que fueron sancionados en lugares abiertos, como plazas y vías, donde se ha de respetar, en principio, la manifestación libre de las creencias de las personas; no en establecimientos públicos, en los que es lícito limitar los símbolos religiosos por respeto a la neutralidad –y en este punto recuerda la jurisprudencia del Tribunal que considera legítima la prohibición de los símbolos religiosos en la escuela, donde la neutralidad puede prevalecer frente al derecho a la libre manifestación de las convicciones–²³. Distinción que apoya la tesis que se defiende de considerar que las leyes generales de prohibición del *burqa* o del *niqab* en todos los espacios públicos plantean dudas en cuanto al respeto del derecho a las manifestaciones religiosas o culturales; un planteamiento conforme a la salvaguarda de

²² Creemos que, con razón, el Juez Sajó discrepa en este punto de la mayoría, al considerar que el principio de laicidad vincula al Estado y, por ende, a los servidores públicos, pero no al resto de los ciudadanos; de ahí que concluya que la laicidad no es argumento legítimo para la prohibición de las vestimentas religiosas en las vías públicas.

²³ En el punto 49º de la Sentencia se afirma: « La Cour rappelle ensuite son constat selon lequel les requérants ont été sanctionnés pour la tenue vestimentaire qu'ils portaient dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. Il ne s'agit donc pas de la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, dans lesquels le respect de la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion. Il s'ensuit que la jurisprudence de la Cour mettant l'accent sur l'importance particulière du rôle du décideur national quant à l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement public (voir, entre autres, *Leyla Şahin*, précité, n° 109) ne trouve pas à s'appliquer dans la présente affaire ».

los derechos humanos, desde la perspectiva del límite de la seguridad, requiere el análisis de los supuestos, caso por caso, en que por razones de mantenimiento del orden público –o por necesidades pedagógicas o de comunicación, como en el caso de los colegios– se exige a los ciudadanos llevar el rostro destapado. Desde esta perspectiva, consideramos que la seguridad en ciertos edificios o instalaciones públicos sí podrían justificar las medidas prohibitivas.

En segundo lugar, determinados autores han justificado la prohibición absoluta del uso del *burqa* o del *niqab* en espacios públicos por la aplicación del límite de la moral, elemento del orden público que restringe, a tenor del art. 3.1 de la Ley de libertad religiosa, el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa, en consideración al trato humillante y degradante de la mujer –contrario, por tanto, a su dignidad– que socialmente tiene²⁴.

El art. 10.1 de la Constitución Española proclama la dignidad de la persona, de la que derivan unos derechos inviolables inherentes a ella, como fundamento del orden político y de la paz social. Es cierto que la dignidad, en sí considerada, no constituye en el ordenamiento español un derecho fundamental, sino, más bien, es la causa de éstos²⁵; la dignidad de la persona humana, “concebida como un sujeto de Derecho, es decir, como un miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre, y no como mero objeto”²⁶, se expresa a través de los derechos fundamentales, cauces que le dan efectividad. Lo cual no excluye la posibilidad, presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, de que el valor de la dignidad humana sea utilizado como límite al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional. En términos generales, la Sentencia 120/1990 afirma: “un *minimum* invulnerable de todo estatuto jurídico debe asegurarse, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se dispongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

El límite de la moral pública, considerado como el bien jurídico que tutela las sensibilidades morales mayoritarias en ciertos ámbitos sociales con el fin de que determinados comportamientos públicos no socaven este mínimo ético que se estima de obligatoria observancia²⁷, puede justificar que determinados

²⁴ Vid., en general, este planteamiento en PRIETO ÁLVAREZ T., *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo y símbolos*, Civitas-Thomson, Cizur Menor 2010, págs. 143 ss.

²⁵ Así se afirma en el Auto del Tribunal Constitucional 149/1999, que rechaza que, por tal concepto, se admita el recurso de amparo ante el mismo Tribunal. Sobre la jurisprudencia de esta instancia jurisdiccional en torno a la relevancia de la dignidad en el ordenamiento español, vid., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid 2003, págs. 91 ss.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000.

²⁷ Cfr., PRIETO ÁLVAREZ T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límites al ejercicio de libertades públicas*, Civitas-Thomson, Cizur Menor 2005, pág. 147.

actos contrarios a la dignidad humana sean intolerables en un espacio social, al ser percibidos por la sensibilidad moral media como una degradación de la persona. En este ámbito pudiera encontrarse la utilización del *burqa* o del *niqab*, en cuanto socialmente es apreciado como un trato humillante de la mujer, que dificulta su relación social y hace peligrar su integridad. El derecho, religioso o cultural, a llevarlo podría prohibirse, en razón del límite de la moral pública, si se dan las siguientes condiciones: que no existan otros fundamentos jurídicos para vetarlo –la seguridad, o la violación de otros derechos–, el carácter público del acto, y la general admisión social de que tal comportamiento es perjudicial por cuanto manifiesta una situación de degradación de la persona y, de ahí, una vulneración de su dignidad²⁸.

El problema que plantea esta construcción es, a mi juicio, cómo compatibilizarla con la libertad y la autonomía de la persona que voluntariamente –siempre se parte del supuesto de que constituye un acto nacido de la libérrima decisión de la mujer– quiere llevar estas vestimentas, por motivos religiosos o culturales. Al fin y al cabo la libertad es un valor que se propugna como superior en el ordenamiento (art. 1.1 de la Constitución española) y el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 del mismo texto). Por otro lado, sin que se aprecien en el caso del *burqa* o del *niqab* perjuicios o violaciones a los derechos de los demás, ¿no estaríamos cayendo en actitudes paternalistas, o a la imposición del criterio de las mayorías, lo que nos parece justo y acertado dentro de nuestras componentes culturales, contra lo que nos prevenía Stuart Mill en su estudio sobre la libertad? ¿No debe prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad, elemento constitutivo del ser y del existir, cuando no se cause daño a un tercero?

²⁸ *Ibidem*, págs. 135 ss. En cuanto al uso del *burqa*, vid., PRIETO ÁLVAREZ T., *Libertad religiosa...* cit., págs. 143 ss. Desde esta perspectiva y para esta línea doctrinal, la consideración del *burqa* y del *niqab* desde el punto de vista del fundamento y de los límites a la libertad religiosa o cultural lleva a conclusiones distintas respecto del problema del pañuelo islámico en su modalidad de *hiyab*; en este último supuesto, y siempre partiendo de la libre decisión de la mujer de portarlo y en condiciones generales, el derecho a manifestar la propia religión o creencias no cabe limitarlo ni en razones de seguridad ni en la dignidad ínsita de la persona. Esta parece ser también la postura que adopta el Comité de Derechos Humanos de la ONU. En su Dictamen de 18 de enero de 2005 [vid., “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, nº 7 (2005) (justel.com)] censura la prohibición de la prenda por parte de una estudiante en una universidad de Uzbekistán. El Estado uzbeko debía haber garantizado la libertad religiosa de la estudiante, puesto que ésta comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de las personas. Pero, a continuación, subraya que esta libertad no es absoluta y puede quedar sometida a limitaciones necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades de los demás. Y, a este respecto, puntualiza el Comité, las partes deberían haber aclarado qué clase exacta de prenda la estudiante vestía. De lo que se trasluce que para el Comité determinadas prendas sí pueden ser prohibidas o restringidas en función de los conceptos inherentes al orden público (vid., en este sentido, PRIETO ÁLVAREZ T., *Libertad religiosa...* cit., pág. 146).

Es cierto que en determinados Derechos europeos, como el francés, se ha hecho primar la salvaguarda de la dignidad y de la integridad personal sobre acciones voluntariamente realizadas por las personas. Así, el Consejo de Estado francés, en su Decisión de 27 de octubre de 1995, justificó la prohibición de los espectáculos de “lanzamientos de enanos”, también consentidos por las víctimas, por ser vejatorios y atentar a la dignidad humana²⁹.

Por el contrario, el Consejo de Europa parece inclinarse hacia la prevalencia del derecho a la libre determinación de la mujer y el respeto a su decisión voluntaria de llevar el *burqa* o el *niqab*. En la Resolución de la Asamblea Parlamentaria “Islam, Islamismo e Islamofobia”, de 23 de junio de 2010, expuesta líneas atrás, a pesar de considerar dichas prendas como una posible amenaza a la dignidad de la mujer e instar a los Estados a castigar todo acto que obligue a portarlas, pone el acento en el derecho que ampara el art. 9 de la Convención europea a elegir libremente llevar o no llevar vestidos religiosos en privado o en público. “Las restricciones legales a esta libertad deben justificarse cuando existan necesidades en las sociedades democráticas, en particular por razones de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de individuos requieren su neutralidad ideológica o que su cara pueda ser vista”. Y concluye afirmando: “Una prohibición general a llevar el *burqa* o el *niqab* podría significar la denegación a las mujeres que libremente desean portarlo su derecho a cubrir la cara” (punto 16^o)³⁰.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ido progresivamente inclinando a dar mayor peso al principio de la autonomía personal, garantizado en el art. 8 de la Convención, frente a otros valores afirmados de manera absoluta como la dignidad y la integridad de la persona. Se comprueba en el análisis de la evolución doctrinal respecto a los casos de prácticas sadomasoquistas consentidas. Si en un primer momento el Tribunal se inclinó en el sentido de confirmar la legitimidad de las medidas prohibitivas adoptadas por algunos de los Estados, como el Reino Unido³¹, en el caso *K.A y A.D. contra Bélgica*, de 15 de febrero de 2005, los razonamientos jurídicos del órgano jurisdiccional conducen a la prevalencia del dere-

²⁹ El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Dictamen de 26 de julio de 2002, respaldó la medida de los tribunales franceses de prohibir tales espectáculos considerando que son contrarios a los objetivos del Pacto Internacional. Vid., sobre el particular, PRIETO ÁLVAREZ T., *Libertad religiosa...*cit., pág. 144, nota 295.

³⁰ “... 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”. (Subrayado propio).

³¹ Por ejemplo en la Sentencia *Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido*, de 19 de febrero de 1997.

cho a mantener una relación personal y a disponer del propio cuerpo, como libertad salvaguardada por el derecho a la vida privada y familiar del art. 8. En el supuesto de hecho, los demandantes, que frecuentaban un club sadomasoquista, son condenados por un delito de lesiones y daños a personas que voluntariamente se sometían a prácticas calificadas de extraordinaria violencia: golpes, derramamiento de cera ardiendo, uso de grilletes, simulacros de ahogamiento ... El Tribunal confirma que la sanción penal supone una injerencia en la vida privada de la persona, prevista por la ley puesto que se encuentra contenida en el Código Penal belga, y que persigue un fin legítimo, como es la salud personal. El problema se plantea en torno a si la condena penal es necesaria en el ámbito de una sociedad democrática.

El art. 8 de la Convención Europea garantiza el derecho al desarrollo personal, aspecto de la autonomía privada que representa, para el Tribunal, un principio importante en la interpretación de las garantías que conlleva dicho precepto³². El derecho a mantener una relación personal y a disponer del propio cuerpo pertenece al ámbito de la privacidad, que debe ser decidida en el ámbito de la libre autonomía del individuo. De lo cual se deriva que el Derecho penal no puede, en línea de principio, intervenir en el dominio de las prácticas consentidas libremente, si no existe una razón particularmente grave, dentro de los elementos que limitan el derecho a la privacidad contenidos en el párrafo 2º del art. 8³³. En el caso planteado, la injerencia no parece desproporcionada al Tribunal, ya que no quedó clara la concurrencia de la voluntad de la víctima de las prácticas sadomasoquistas, en una escalada de violencia no controlada fruto de la cual se podrían haber derivado lesiones graves.

Puede inducirse de la *ratio iuris* de la Sentencia que la posición nuclear que ocupa la autonomía de la voluntad en el marco del sistema de derechos y libertades de la Convención europea, proyectada en el ámbito privado pero también en el público, no debe ceder de manera general e indiferenciada frente a ideas generales o valores de la mayoría –como ser un atentado contra la dignidad o la igualdad de sexos–. Principio que ha de aplicarse al supuesto del *burqa* o del *niqab* si es llevado voluntariamente por la mujer. Sólo cuando, examinando caso por caso, portar el *burqa* o el *niqab* pueda dificultar grave-

³² « L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], arrêt du 11 juillet 2002, Recueil 2002-VI, § 90) ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (*Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, Recueil 2002-III, § 61) ... »

³³ “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

mente la convivencia o la seguridad ciudadana en el espacio público, podría ser legítima su prohibición.

5.2. ACERCA DE LA CONVENIENCIA POLÍTICA Y DE LA NECESIDAD SOCIAL DE UNA LEY ESPECÍFICA ANTI-BURQA

Como es notorio, el debate sobre la presencia de los musulmanes en Europa se ha polarizado en aspectos que representan la visualización de éstos en las ciudades del Continente, lo cual es interpretado por ciertos sectores sociales como el avance de una ideología intransigente, basada en la religión, que amenaza los valores y principios de la sociedad democrática e igualitaria que tan costosamente hemos conquistado.

Respecto al tema objeto de análisis, el centrar el problema en la indumentaria de la mujer —el pañuelo islámico o *hiyab*, u otras vestimentas más exigentes, como el *burqa* o el *niqab*—, el discutir sobre la licitud de la exhibición pública de un trozo de tela más o menos extenso³⁴, puede interpretarse como el deseo de desviar, o soslayar intencionadamente, la verdadera raíz de las dificultades que sufren las mujeres musulmanas: paro, falta de recursos económicos, discriminación laboral, marginación social... o, desde el prisma de los valores occidentales, sumisión al padre o al marido, violencia sexual, discriminación en el seno de la familia, falta de libertad en la toma de las decisiones...

Tal vez la importancia de las vestimentas religiosas —o de otros elementos en los que el Islam se visualiza en las ciudades: los minaretes, las tiendas *halal*, etc.—, pueden explicarse considerándolos como símbolos. La cultura humana se ha desarrollado alrededor de ellos. La escritura, las matemáticas, el conocimiento en general no subsistiría si no se admitieran unos símbolos convencionales. La propia religión, como expresión cultural, está llena de ellos. Aunque en las ciencias sociales, a diferencia de lo que acaece en las ciencias físicas o matemáticas, no existe un significado unívoco, comúnmente aceptado, del símbolo: depende del prisma, de las coordenadas ideológicas, en las que se sitúe el sujeto. Eso ha sucedido con el tema del pañuelo islámico y, ahora, con la polémica sobre el *burqa* y el *niqab*. Para la mujer musulmana portadora de él representa un signo de modestia, el ocultamiento en el espacio público, por obligación religiosa o cultural; o, en los casos en que a este elemento se le atribuye una dimensión política, de seña de identidad, de

³⁴ Esta expresión referida al pañuelo islámico es utilizada por H. WERDMÖLDER, *Headscarves at Public Schools. The issue of open neutrality reconsidered*, en "Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?" (M.L.P. Loenen-J.E. Goldschmidt ed.), Intersentia, Antwerpen-Oxford 2007, pág. 156.

expresión visual de la sociedad y de la cultura a la que se pertenece. Para ciertos sectores sociales en Europa, el aumento de niñas y mujeres veladas, parcial o integralmente, supone la emergencia de un peligro, la afirmación de una comunidad y de una religión que poco tienen que ver con los valores de la cultura occidental. El pañuelo, u otras prendas más exigentes como el *chador*, el *niqab* o el *burqa*, se identifican con el auge de los movimientos fundamentalistas en el seno del Islam y son la manifestación palmaria de la discriminación de la mujer musulmana, de su relegación pública y de su sometimiento al poder del varón³⁵. Por eso su erradicación, pedida por los movimientos feministas incluso ignorando la voluntad de la propia mujer musulmana, es un acto de emancipación, aunque sea formal, de la mujer respecto de la sujeción irracional de una religión que las reprime.

Creo que ello pone de relieve cómo una mera prenda o un modo de vestir se sobredimensiona en el debate social hasta convertirse en centro de disputa y de conflicto. El problema de las vestimentas utilizadas por motivos religiosos o culturales se convierte en un elemento clave en la polémica que suscitan las fórmulas de integración de los musulmanes en los países europeos, en un microcosmos donde se reflejan las múltiples tensiones y contradicciones de la sociedad multicultural³⁶. Baste recordar cómo en los últimos tiempos el asunto del pañuelo o del *burqa* ha estado presente en los foros sociales y políticos donde se ha tratado uno de los temas más candentes en la agenda de la Unión Europea y de los Estados que forman parte de ella: los requisitos y condiciones que han de cumplir los inmigrantes para la obtención de la residencia o de la ciudadanía. Sea a través del sistema de examen previo, o de un contrato de integración u otras fórmulas diferentes, existe la común convicción de que al inmigrante que procede de culturas distintas de la europea debe exigírsele la asunción de los valores esenciales de nuestra sociedad. Ya vimos cómo portar

³⁵ La lucha contra la discriminación sexual por motivos religiosos es también una de las preocupaciones de los organismos europeos para la promoción de los derechos humanos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución n° 1464, de 4 de octubre de 2005, sobre "Mujeres y religión en Europa", expresamente se refiere a la necesidad de que los Estados miembros adopten medidas contra violaciones graves de los derechos de la mujer que, sin lugar a dudas –aunque no se mencione en la Resolución– están presentes en ciertas interpretaciones rigoristas del Islam o en costumbres de pueblos que profesan la fe musulmana, como son la mutilación genital, los llamados "crímenes de honor" y el matrimonio forzado (punto 7.1.2). Pero, además, menciona otras formas de intolerancia y discriminación derivadas de la concepción patriarcal de la sociedad que tienen como fundamento la religión, y que relegan a la mujer al papel exclusivo de madre y esposa; por lo cual, añade la Resolución, se recomienda a los Estados miembros rechazar el reconocimiento de los Derechos de familia y los códigos sobre el estatuto personal basados en principios religiosos que violen los derechos de la mujer, de manera que no sean aplicados en el territorio nacional" (punto 7.1.3).

³⁶ Vid. esta expresión en McGOLDRICK D., *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2006, pág. 33.

el *burqa* era interpretado en el Derecho francés como un elemento que demuestra *per se* la falta de integración de la mujer en la sociedad; decisión que, sin duda, sería la misma en muchos Estados de la Unión Europea.

Una vez nos hemos aproximado a las diferentes posturas que subyacen en el debate europeo en torno a las indumentarias religiosas o culturales de la mujer musulmana, estamos en condiciones de entender los motivos políticos que impulsan a las leyes prohibitivas del *burqa*, así como de valorar la conveniencia de su promulgación. A nadie se le oculta que la normativa a la que aludimos está impulsada por partidos de derecha de tinte xenófobo, de creciente presencia en los parlamentos nacionales, cuyas opiniones islamofóbicas son aireadas por ciertos medios de comunicación. Es cierto que una ley general acabaría con las soluciones, plurales y variables, acogidas por cada ayuntamiento. Considero muy dudoso que las corporaciones municipales puedan regular aspectos que, como éste, afectan a los derechos fundamentales de las personas. Además, ello nos sumiría en un auténtico caos normativo, con serio detrimento de la seguridad jurídica. Pero también, a mi modo de ver, la perspectiva de la prudencia política desaconseja la puesta en vigor de leyes generales prohibitivas del *burqa* en los Estados. Y esto por las razones que se enumeran a continuación.

En primer lugar, por la ausencia de sustrato social que justifique la legislación especial. En Francia las fuentes apuntan a que tan sólo unas dos mil mujeres musulmanas llevan el *burqa*. En Holanda y Bélgica se habla de no más de dos centenares. Y, como ya se dijo, en España son extremadamente raros los casos de mujeres con *burqa* o con *niqab*. Discrepo del argumento, esgrimido por los defensores de la moción de veto defendida en el Senado, que un caso justifica la regulación. La práctica inexistencia de la conducta social hace inútil a la norma, si no queremos caer en una legislación fantasmagórica, vacía en su aplicación.

En segundo, y en el mismo sentido en el que se pronunciara la Resolución 1743, de 23 de junio de 2010, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la prohibición general pudiera tener el efecto adverso de generar más presión familiar o comunitaria sobre la mujer para que permanezca en casa. No cabe duda que su exclusión social se intensificará si la mujer musulmana abandona las instituciones educativas o su trabajo, y se mantiene fuera de los lugares públicos para, así, no romper con su tradición familiar³⁷.

³⁷ 17. "In addition, a general prohibition might have the adverse effect of generating family and community pressure on Muslim women to stay at home and confine themselves to contacts with other women. Muslim women could be further excluded if they were to leave educational institutions, stay away from public places and abandon work outside their communities, in order not to break with their family tradition ... "

En tercer lugar, dicha regulación se entendería, con razón, como una norma contra los musulmanes –igual que lo son la Ley francesa de prohibición de símbolos religiosos en la escuela, o la enmienda a la Constitución de Suiza prohibiendo los minaretes en las ciudades–. Los musulmanes incrementarán su sentimiento de ser tratados de manera diferente e injusta, lo cual provocará el reforzamiento de la identidad islámica; un efecto directo de ello podría ser el incremento de su exclusión social.

Y, por último, creo que el debate sobre el *burqa*, prenda, insistimos, minoritaria dentro del Islam y unida a determinadas etnias y nacionalidades, se ha utilizado políticamente, y así ha sido difundido por los medios de comunicación occidentales, para encontrar un nuevo ejemplo de la intolerancia, el fanatismo, la discriminación de la mujer del Islam en su conjunto, propugnador de doctrinas en las que, explícita o implícitamente, se postula la violencia por razón de sexo, o de la religión u otra condición política o social de la persona. La criminalización de una religión por sus prácticas salvajes, entre las que está la imposición del *burqa* o del *niqab* a la mujer, es un efecto que late detrás de las posturas prohibicionistas.

Es tal vez conveniente recordar en estas líneas finales, y a este respecto, la postura de los órganos de la Unión Europea. El Consejo Europeo se ha referido en múltiples ocasiones a la inexistencia de vinculación entre el Islam y los movimientos que emplean medios violentos por razones religiosas en Europa³⁸. Esta actitud encuentra su fundamento en la política de las instituciones europeas de represión de aquellas conductas que inciten al odio por motivos, entre otros, de la religión que profesen las personas³⁹ y, en especial, contra dos manifestaciones de dicho odio extendidas en Europa: el antisemitismo y la “islamofobia”, las cuales suponen formas de racismo y de discriminación

³⁸ Así, por ejemplo, ante la pregunta de un eurodiputado sobre los lazos que se dan entre Islam y terrorismo, que achaca a la creciente inmigración de musulmanes a Europa [Pregunta escrita E-3329/04 al Consejo de la Unión Europea de Frank Vanhecke, de 22.12.2004 (7716/05 PE-QUE 262)], la respuesta del Consejo, basándose en declaraciones tanto de la propia Unión Europea como de otros organismos internacionales, como el Consejo de Europa o la OSCE, aconseja no establecer una relación entre terrorismo y extremismo de cualquier religión o cultura. “Aunque puede darse el caso de que actos específicos de terrorismo sean a menudo perpetrados por individuos que profesan ideologías extremistas de uno u otro tipo, ello no implica que todo terrorismo esté vinculado al terrorismo islámico”. La necesidad de rechazar toda asimilación entre los actos violentos con el mundo árabe y musulmán se enmarca además en la necesidad, afirmada por las instituciones europeas, de que la lucha contra el terrorismo “no socave la democracia y los derechos humanos, y respete la tolerancia, el diálogo entre las religiones, la cultura y la plena participación en la sociedad”.

³⁹ A la erradicación de tales conductas se hace referencia en la Opinión del Comité de las regiones de 3 de julio de 2003, sobre la aplicación de la Directiva del Consejo 89/552/CE en materia de televisión sin fronteras (punto 1.19), y en la Opinión del Comité económico y social europeo de 14 de septiembre de 2006, sobre la reforma de la Directiva 89/552/CE en torno a las actividades de difusión televisiva (punto 2.5.1).

que conducen a la exclusión de personas y de grupos⁴⁰. Respecto a este último supuesto de odio por causas religiosas, el Parlamento Europeo, en su Resolución, de 8 de junio de 2005, “Sobre la protección de las minorías y la política antidiscriminatoria en una Europa ampliada”⁴¹, se muestra “preocupado por el aumento de la aceptación pública de afirmaciones ... islamofóbicas ... [expresadas por] importantes políticos y miembros del gobierno” (punto 2), haciendo un llamamiento a los Estados de la Unión Europea a “condenar todos los actos, expresiones y comportamientos ... anti-musulmanes” (punto 21). El Comité Económico y Social Europeo, por su parte, recuerda que uno de los cauces de lucha contra el terrorismo y la radicalización ha de ser “prevenir la exclusión...y la demonización de individuos o de grupos a causa de su... religión”⁴².

6. CONSIDERACIONES FINALES

Al plantearnos la pregunta sobre cuáles deben ser –a la luz de los valores y principios del ordenamiento jurídico español, la defensa de los derechos de la mujer musulmana y los medios más adecuados para su integración social–, la actitud del legislador y de, en general, los poderes públicos, en torno al tratamiento del *burqa* y del *niqab* en los espacios públicos, la respuesta en la legislación extranjera y entre la doctrina no ofrece una solución unívoca. En todo caso, y en términos generales, considero más apropiada una aplicación razonable de las leyes generales que garantizan la seguridad en los espacios públicos, dejando a los criterios de ponderación de los jueces la resolución de los problemas que plantea el equilibrio entre los derechos fundamentales y los bienes y valores esenciales en nuestro ordenamiento. Esto es, juzgando caso por caso los supuestos que se planteen por el uso de estas prendas culturales propias de ciertos ámbitos del mundo islámico. Ir más allá, mediante prohibiciones generales del uso voluntario de estas prendas, no respetaría suficientemente la autonomía de la mujer que libremente decide llevar el *burqa* o el *niqab*, y podría tener el efecto perjudicial para esta mujer de encerrarla en su hogar, obligándola a cortar con los medios externos que pudieran facilitar su integración social.

⁴⁰ En este sentido se han pronunciado el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo. Vid, entre otras, Opiniones del Comité de las Regiones de 11 de marzo de 1999, “Sobre el plan de acción europeo contra el racismo”, punto 2.1.1; y de 11 de octubre de 2007, “Sobre la igualdad de oportunidades y el deporte”, punto 29; y Opinión del Comité Económico y Social Europeo de 19 de junio de 2006, “Sobre la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, sobre el programa de lucha contra la violencia para el periodo de 2007 a 2013”, punto 3.2.4.

⁴¹ *Official Journal of the European Union*, de 25.5.2006, págs. 405-415. (Doc. 2005/2008 INI).

⁴² Punto 4.1.2.6. de la Opinión del Comité Económico y Social Europeo, de 22 de abril de 2008, “Sobre la prevención del terrorismo y de la violencia de grupos radicales”.