

ARTÍCULOS E INFORMES

**AMPLIANDO EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO
COMO LÍMITE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TEDH NÚM.
43835/2011, ECHR 2014, de 1 DE JULIO DE 2014.**

(S.A.S. v. Francia)

Fernando Américo

Director del Instituto de Ciencias de las Religiones
UCM

Resumen: El 1 de julio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvía el recurso de una ciudadana francesa contra la ley de 11 de octubre de 2010 que prohíbe el uso de prendas que no permiten la identificación de la persona por ocultar o disimular el rostro. Y, en consecuencia, el llamado velo islámico integral (burka y niqab). La decisión del Tribunal, sancionando la legitimidad de la prohibición es ciertamente polémica, toda vez que fundamenta su argumentación en el hecho de que lo que preserva la ley es garantizar las exigencias mínimas del “vivre ensemble” o “living together” por lo que no supone una violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales. Dicha concepción supone de hecho el reconocimiento del llamado “orden público inmaterial”, lo que amplía el concepto tradicional de orden público. En el presente trabajo se analiza la fundamentación de la Sentencia y se realiza un análisis crítico de la misma, poniendo de manifiesto la incidencia negativa que tal concepción podría provocar en la defensa y preservación del pluralismo, así como el peligro de ampliar las posibilidades de restricción de los derechos y libertades fundamentales.

Abstract: On 1 July 2014 the European Court of Human Rights adopted a Judgment that solved the application lodged by a female French citizen against the French Law of 11 October 2010 introducing a ban on wearing any garment or accessory that had the effect of hiding the face in such a way as to preclude the identification of the character. And, as a consequence, the so-called full-face Islamic veil (burka and niqab). The Judgment of the Court, ratifying the lawfulness of the ban, is certainly very controversial, since it based its argument on the fact that what preserves the Law is the protection of the minimum requirements of life in society, of “vivre ensemble” or “living together”, and thereby it does not involve a violation of the rights recognized by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such conception implies the de facto acknowledgement of the so-called “non-material public order”, what extends the traditional concept of public order. In the present work we are intended to analyze the fundamentals of the Judgment, as well as to make a critical review of the latter, highlighting the negative impact that such

conception could cause in the defence and the protection of pluralism, as well as the risk of increasing the possibilities of restricting the fundamental rights and freedoms.

Palabras clave: Derechos fundamentales, libertad religiosa, velo islámico, orden público, pluralismo

Keywords: Fundamental rights, freedom of religion, Islamic veil, public order, pluralism

Sumario: 1. Introducción. 2. Resumen ejecutivo de la Sentencia. 3. Consideraciones previas. 4. La seguridad pública como justificación de la prohibición. 5. La protección de los derechos y libertades de los demás. 5.1. La igualdad entre hombres y mujeres. 5.2. La dignidad humana. 5.3. El respeto a las exigencias mínimas de la vida en sociedad.

1. Introducción.

El uso del llamado velo islámico ha sido objeto de un amplio debate político y social en Europa los últimos años. Fruto de ese debate han sido las diferentes respuestas legislativas que se han ido produciendo en el seno de los Estados europeos. Respuestas que han variado atendiendo tanto al tipo de velo que se usaba, cuanto al ámbito en el que se permitía o prohibía su uso. Asimismo se plantearon propuestas sobre la prohibición del llamado velo integral (esencialmente el burka y el niqab) en ámbitos municipales, federales o autonómicos y estatales.¹

¹ Una panorámica de las diferentes respuestas legislativas en los países europeos puede verse en: B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”. En I. GUTIERREZ, A. PRESNO (eds.) *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*. Comarcas, Granada, 2012. PP 121-162; F. AMÉRIGO, D. PELAYO, *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*. Documento de trabajo 179/2013. Fundación Alternativas. Madrid 2013, pp. 18-34; MT. ARECES “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa? En *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 26 (2011); V. CAMARERO SUÁREZ, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*. Tirant lo Blanc, Valencia; S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa.” *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 24 (2010); I. FERNÁNDEZ ARIAS, “Los símbolos religiosos en Europa. El uso del velo islámico”. En *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia*. Núm. 207 (2012) pp. 10-13; Y. GÓMEZ SANCHEZ, “El pañuelo islámico: La respuesta europea”. En

Dos Estados europeos, Francia y Bélgica, han aprobado leyes que prohíben la ocultación del rostro en los espacios públicos.² Dichas leyes, no exentas de polémica doctrinal, fueron sometidas a un control de constitucionalidad en sus respectivos Estados. El Consejo de Estado francés, adoptó un informe, por su Asamblea General Plenaria, el 25 de marzo de 2010, en el que se ponía de manifiesto que sería muy frágil, desde el punto de vista jurídico una prohibición general del uso del velo integral o de toda disimulación de la cara en el espacio público.³ Finalmente el Consejo Constitucional, en una parquísima resolución, dictaminó la constitucionalidad del proyecto de Ley.⁴

Por su parte, la Cour constitutionnelle Belga resolvió favorablemente la constitucionalidad de la ley ante un recurso de anulación presentado por varias mujeres, en el *arrêt* 145/2012 de 6 de diciembre.⁵

Tanto en el informe del Consejo de Estado francés, como en la Sentencia de la Corte Constitucional Belga planea la posible

Anuario de Derecho eclesiástico del Estado. Vol. XVIII (2012) pp. 143-169; A. MOTILLA (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*. Marcial Pons, Madrid, 2009. FJ. ZAMORA, "Europa entre las corrientes de la multiculturalidad: Incidencia del velo islámico en el Reino Unido" en *Papeles el tiempo de los derechos*. Núm. 14 (2011).

² En concreto, Francia a través de la Ley 2010-1192, de 11 de octubre, que establece en su artículo 1 que "*Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage*". Bélgica a través de la *Loi visant a interdire le port de tent retement cachant totalment ou de manière principale le visage*, de 1 de junio de 2011.

³ El texto integro del informe traducido al español por ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ, puede verse en *Videtur Quod. Anuario del pensamiento crítico*, N° 1, 2009, pp. 78-118

⁴ Puede accederse a esta Decisión del Conseil Constitutionnel en su web: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html>

⁵ Un amplio comentario a la decisión de la Corte Constitucional belga puede verse en, JJ. RUÍZ RUÍZ, "Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: Entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012 de 6 de diciembre de 2012.)", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 33 (2013)

colisión de los textos legales con el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (CEDH) que reconoce la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el temor a una resolución desfavorable del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ciertamente existe en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una amplia jurisprudencia relativa al uso de símbolos religiosos y varias Sentencias en las que se aborda el uso del velo y otras vestimentas religiosas.⁶

Pero hasta ahora, todos los casos planteados ante el Tribunal Europeo relativos al uso del velo islámico se habían referido a prohibiciones parciales del velo, a prohibiciones de velos no integrales, y a prohibiciones en razón del espacio o el contexto en el que se portaba⁷

Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal europeo no tenía referentes específicos para una prohibición general del velo integral, siendo, quizás, el referente más directo el caso Arslan contra Turquía. En el que el tribunal consideró que el hecho de encontrarse en la vía pública un grupo de personas vestidas de

⁶ Entre los múltiples trabajos que han abordado la cuestión en España podemos citar: B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit.; f. AMÉRIGO, D. PELAYO, *El uso de símbolos...* Ob. Cit.; MT. ARECES, “La prohibición del velo integral, burka y niqab: El caso francés a propósito del informe del Consejo de Estado” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 24(2010); Id. “¿El velo integral, burka y niqab,... Ob. Cit. ; V. CAMARERO SUÁREZ, *El velo integral...* Ob. Cit.; S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Nuevos desarrollos... Ob. Cit.; Id. “La inclusión de los otros: La simbología religiosa en el espacio público” en I. GUTIERREZ, MA. PRESNO (eds.) *La inclusión de...* Ob. Cit. Pp. 99-120; Y. GÓMEZ SANCHEZ, “El pañuelo... Ob. Cit.; J. MARTÍNEZ TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo” En *Derecho y Religión*. N° 4 (2009) pp. 87-109; A. MOTILLA, (Coord.) *El pañuelo islámico...* Ob. Cit.; S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Behind the islamic full veil and headscarf in the framework of the Council of Europe” En *Revue Européenne du Droit Social*. Vol. XVI, Issue 13, (2012) pp. 112-134.

⁷ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales...” Ob. Cit. Pp. 126

una forma concreta, en el caso que nos ocupa con un turbante, un “salvar” y una túnica negra, no constituye una amenaza para la seguridad pública, ni una violación del derecho de los demás. Si bien la Sentencia declaró la ilegalidad de la actuación del Estado turco al prohibir un tipo de vestimenta religiosa en el espacio público fundamentada en el principio de laicidad.⁸ Pero, como señala Aláez, puede servirnos de criterio orientador acerca de lo que el TEDH considera amenazador para la seguridad pública y qué no.⁹

Lo que se conoce bien, sin embargo, son las condiciones que fija la Corte europea para establecer limitaciones legítimas a los derechos reconocidos en el artículo 9 del Convenio europeo que, como señala Areces, son tres:

1º. Verificar que las limitaciones de los derechos garantizados en el artículo 9 están previstas por la Ley.

2º Examinar que existe un objetivo legítimo que justifique dicha limitación: el orden público, así como, la protección de los derechos y libertades de otras personas pueden constituir objetivos legítimos.

3ª Apreciar si la limitación es necesaria en una sociedad democrática.¹⁰ (Lo que podríamos denominar como juicio de proporcionalidad).

Un procedimiento bien conocido en nuestro ordenamiento. En este sentido, conviene recordar que a tenor del texto constitucional español, el derecho de libertad de conciencia (ideológica, religiosa y de culto) no tiene “*más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley*” (artículo 16.1 CE). Y, por su parte el artículo 3.1 de la LOLR establece que: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al*

⁸ *Ahmed Arslan and Others v Turkey n° 41135/98, TEDH 2010.*

⁹ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales...” Ob. Cit. Pp. 159

¹⁰ MT. ARECES, “¿El velo integral, burka y niqab,... Ob. Cit. Pp. 24

ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.”

Asimismo conviene tener en cuenta que dada la redacción del artículo 53.1, la Constitución ha querido que la Ley y solo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental.¹¹

Por tanto, las limitaciones deben cumplir dos condiciones:

1ª. Deben hacerse por Ley.

2ª. Deben ser necesarias para proteger y defender:

a) La protección de los derechos y libertades de los demás.

b) La salvaguardia de la seguridad, la salud y la moralidad públicas.

Esos elementos constitutivos del orden público: protección del derecho de los demás, y salvaguardia de la seguridad, salud y moralidad públicas, habrán de interpretarse en el ámbito de una sociedad democrática.¹²

Esta era la perspectiva a la que se enfrentó el TEDH cuando hubo de abordar la legitimidad de la Ley francesa de 11 de octubre de 2010, por la que se prohibía el uso de vestimentas que no permitieran la adecuada identificación de la persona por ocultar su rostro.

El objetivo del presente trabajo es analizar la resolución del TEDH de 1 de julio de 2014, que finalmente sancionó la legalidad de la Ley francesa y su acuerdo a lo establecido en el Convenio Europeo, entendiendo que el objetivo de la norma era preservar la necesidad de respetar unas exigencias mínimas de vida en común, un conjunto mínimo de valores en una sociedad

¹¹ SSTC 57/1994; 18/1999 y 292/2000.

¹² F. AMÉRIGO, “El uso del velo islámico en el Derecho español” En *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*. Nº 13 (2013). Pp. 15

democrática, que se concretan en lo que denomina “vivir en conjunto”, vivir en común.

Realizaremos un resumen ejecutivo de la Sentencia, para después de realizar algunas consideraciones previas, ir analizando críticamente los diferentes argumentos expuestos por el Tribunal, que se centraron esencialmente en dos cuestiones: 1º. La posibilidad de legitimar la prohibición invocando la seguridad pública. 2º La posibilidad de legitimar la prohibición fundamentada en la finalidad de la protección de los derechos y libertades de los demás y concretamente en tres valores específicos: a) la igualdad de género, b) la dignidad humana, y c) el respeto por las exigencias mínimas de la vida en sociedad.

Al hilo del análisis de cada uno de estos elementos y, muy especialmente, respecto de las exigencias mínimas de la vida en sociedad, tendremos en cuenta lo expuesto por las dos magistradas que redactaron un voto particular discrepante de la opinión mayoritaria.

2. Resumen ejecutivo de la Sentencia¹³.

El caso es consecuencia del recurso planteado por una ciudadana francesa, nacida en 1990, contra La Ley de la República francesa 2010-1192, de 11 de octubre que prohíbe el uso de prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro. La mujer de origen paquistaní, se declara musulmana y afirma vestir ocasionalmente el velo integral como manifestación de su fe religiosa. Usa el velo integral cuando desea encontrarse en paz consigo misma o en fechas especiales para su religión, como el Ramadán. Sostiene que lo hace libremente, sin presión de su esposo, ni de ningún otro miembro de su familia. Manifiesta, además, que no lleva el velo integral en determinadas circunstancias, como cuando acude al médico o cuando desea

¹³ Para la elaboración de este resumen seguimos el esquema y, lógicamente la traducción, realizados por M. OLMEDO PALACIOS, “La sentencia del TEDH en el asunto *S.A.S. c. Francia* (GC). Nº 43835/2011, TEDH 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos” en *Diario La Ley*, núm. 8363 de 28 de julio de 2014.

socializar en público o quedar con amigos. Relata, también, que no tiene problemas en descubrirse y mostrar su rostro en determinadas circunstancias, si se lo solicitaban, como en bancos o aeropuertos.

La demandante, que desea mantener su anonimato, alega que la Ley no le permite vestir el velo integral en público, lo que a su juicio entraña una violación de los artículos 3, 8, 9, 10 y 11 del Convenio Europeo, considerados de forma individual y en relación con el artículo 14.¹⁴

El Tribunal, en su examen de antecedentes, relata las circunstancias de la aprobación de la Ley, analizando los informes que se realizaron en su elaboración (especialmente el del Consejo de Estado y el del Consejo Constitucional) y los reglamentos dictados para su aplicación.¹⁵ Considerando también, opiniones de diferentes órganos internacionales sobre la prohibición del velo integral¹⁶ y la regulación o a ausencia de la misma en los diferentes países europeos firmantes del Convenio.¹⁷

Rechaza el Tribunal tres cuestiones preliminares, plantadas por el Estado francés, relativas a la condición de víctima de la demandante, la falta de agotamiento previo de los recursos internos y el abuso de derecho en el que habría incurrido al presentar su demanda.¹⁸

El Tribunal declara la admisibilidad de las violaciones alegadas por la demandante de su derecho a la privacidad (artículo 8 CEDH), su libertad de expresar su religión o creencias (artículo 9 CEDH) y su libertad de expresión (artículo 10 CEDH), junto con una eventual discriminación en el ejercicio de estos derechos (artículo 14 CEDH) e inadmite, por considerarlas manifiestamente infundadas, las presuntas violaciones de los

¹⁴ *S.A.S. v Francia*, nº 43835/2011, TEDH (10-14)

¹⁵ *Ibidem* (15-34)

¹⁶ *Ibidem* (34-39)

¹⁷ *Ibidem* (53-68)

¹⁸ *Ibidem*.

artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 11 (derecho de asociación).¹⁹

Respecto de las alegaciones de las partes. La demandante afirma haber sufrido una seria injerencia en los derechos mencionados tras la aprobación de la Ley francesa, pues ésta le impide manifestar su fe en público al prohibir el velo integral. Reconoce que la prohibición está correctamente establecida por norma con rango de ley, pero niega que persiga alguna de los objetivos legítimos reconocidos en el art. 9.2, ya sean estos a) la seguridad pública, o b) las exigencias mínimas de vida en sociedad, y niega igualmente, c) que sea necesaria en una sociedad democrática. Estos argumentos los reproduce posteriormente al alegar que su derecho a la privacidad, garantizado por el art. 8 del Convenio, queda afectado en tres planos: en primer lugar, porque llevar el velo integral constituye una parte importante de su identidad social y cultural; segundo, porque la protección de la vida privada se extiende más allá del círculo privado familiar para incluir una dimensión social y, por último, porque vestir el velo integral la expone a sufrir sanciones penales y hostilidad social²⁰. Por último, la demandante argumenta que la prohibición genera una discriminación basada en razones de sexo, religión y origen étnico incompatibles con el art. 14, sobre todo si se tiene en cuenta las excepciones legales que introduce, permitiendo ocultar el rostro en público en el contexto de festividades o eventos artísticos o tradicionales. La demandante ve en estas excepciones un trato diferenciado para la mayoría cristiana en eventos como procesiones religiosas o carnaval.

El Gobierno francés, por su parte, alegó que la prohibición establecida en la Ley discutida perseguía objetivos legítimos a la luz del convenio y era necesaria, en una sociedad democrática, para conseguirlos. Aun admitiendo que puede suponer una limitación del derecho previsto en el art. 9, señala que la prohibición persigue garantizar la seguridad pública, concretada

¹⁹ *Ibidem.* (69-75)

²⁰ *Ibidem.* (79)

en la necesidad de identificación individual para evitar riesgos para la seguridad de personas y propiedades, y de combatir el fraude. También pretende proteger los derechos y las libertades de los demás, asegurando el respeto al elenco mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática, en una triple dimensión: por cuanto la ocultación del rostro en público supone romper el contrato social y rechazar el principio de vida en común (*living together* o *vivre ensemble*); porque la prohibición se dirige a proteger la igualdad entre hombres y mujeres; y porque pretende conseguir el necesario respeto a la dignidad humana, incompatible con una ocultación total del rostro en los lugares públicos, ya sea ésta elegida o impuesta.

Además, entiende que la prohibición guarda una relación de proporcionalidad, garantizada por la votación casi unánime en el Parlamento francés, después de un amplio debate democrático en el que se involucró la sociedad civil, y seguidos por el parecer favorable del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación. Destaca la amplia libertad para vestir otras prendas con connotaciones religiosas, siempre que no oculten el rostro, y la levedad de las penas previstas para quienes contravengan la prohibición. También subraya que sería poco eficaz prohibir el vestido de estas prendas sólo en los casos de mujeres obligadas a llevarlas, por la dificultad de probar la imposición y los difusos contornos de la figura de la coacción. Alega que la jurisprudencia del Tribunal garantiza un amplio margen de apreciación a los Estados cuando se trata de establecer el necesario equilibrio entre intereses públicos y privados y entre éstos y otros derechos garantizados por el Convenio.²¹

En el proceso intervinieron como terceros el Gobierno belga, varias ONG y la Universidad de Gante. El primero reiteró los argumentos proporcionados por el francés. Bélgica es el único país del Consejo de Europa que ha establecido una prohibición semejante a la de la ley francesa, también en el año 2011. Destacan entre sus argumentos que el Tribunal

²¹ *Ibidem* (83).

constitucional belga había rechazado las dudas de constitucionalidad que se habían planteado contra la misma.²²

La ONG Amnistía Internacional parte de la consideración de que el derecho a vestir prendas con connotaciones religiosas está protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e invita al Tribunal a tener en cuenta los Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos de la ONU núms. 22, 27, 28 y 34, así como su jurisprudencia. Considera que prohibiciones como la examinada pueden impedir el ejercicio de los derechos al trabajo, a la educación y a la igualdad ante la ley, y pueden contribuir a generar actos de acoso y violencia.²³ La ONG Article 19²⁴, en parecidos términos, entiende que la vestimenta de prendas o símbolos religiosos está amparada en la libertad de expresión y en la libertad de religión y pensamiento y recalca las líneas directrices marcadas por el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la libertad de religión y creencias de 2006²⁵. Este informe recomienda a los Estados que, para valorar la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la vestimenta de prendas o símbolos religiosos, debe ponderarse si las mismas son apropiadas teniendo en cuenta el interés legítimo que persiguen, si son las menos restrictivas, si se han analizado todos los intereses en juego, si son susceptibles de promover intolerancia religiosa y si evitan la estigmatización de cualquier comunidad religiosa en particular. Por último, recuerda que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado recientemente que los Estados no deberían imponer prohibiciones generales de vestir el velo integral en público.²⁶

La Universidad de Gante presentó los resultados de un estudio empírico, realizado por su Human Rights Centre²⁷, según el cual la presunción de que las mujeres que visten el velo

²² *Ibidem* (86-88)

²³ *Ibidem* (89-91)

²⁴ *Ibidem* (92-94)

²⁵ Cfr. www.ohchr.org/Documents/Issues/FridomReligion/Pages/Annual.aspx

²⁶ Cfr. *Resolución 1743(2010)* y *Recomendación 1927 (2010)*, las dos de 23 de junio.

²⁷ Cfr. www.ugent.be/re/publiekrecht/en/services/human-rights

integral lo hacen bajo alguna forma de coacción es errónea. El estudio mostraba a su juicio cómo la prohibición del velo integral no servía en realidad a su propósito declarado, aumentando el aislamiento y marginación de las mujeres afectadas, incrementando los casos de agresión contra ellas, y reforzando los estereotipos negativos y la islamofobia.²⁸

El Tribunal describe la libertad de pensamiento, conciencia y religión, tal y como la consagra el art. 9, como uno de los pilares de la sociedad democrática, valor fundamental para la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también para los ateos, agnósticos, escépticos e indolentes. Comprende el derecho a practicar o no una religión, a mudarla, y a manifestarla individual y colectivamente, en público y en privado. Sus manifestaciones pueden realizarse de cualquier forma y, en particular y como dice el Convenio, concretadas en el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia²⁹

Continúa el Tribunal indicando que no todo acto motivado o inspirado por la religión está protegido por el Convenio y que en una sociedad democrática puede ser necesario establecer limitaciones, por más que el Estado tenga la obligación de observar una posición de neutralidad e imparcialidad en su tarea de gestor del ejercicio de las diferentes religiones, creencias y fes que conviven en su ámbito territorial. Esta obligación de neutralidad es incompatible con una valoración por parte del Estado de la legitimidad de las creencias de sus ciudadanos o de la forma en que se expresan.³⁰ El Tribunal recoge seguidamente uno de los principios básicos de su jurisprudencia en la materia, la obligación de neutralidad e imparcialidad en la gestión de la convivencia de las distintas creencias exige del Estado que fortalezca la tolerancia mutua entre los grupos en conflicto,

²⁸ *S.A.S. v Francia...* Cit. (95-98)

²⁹ *Ibidem* (124-125)

³⁰ *Ibidem* (125-126)

erradicando la causa de la tensión pero sin para ello reducir o suprimir el pluralismo.³¹

La sociedad democrática que defiende el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se caracteriza por su pluralismo, tolerancia y apertura de espíritu, en la que debe asegurarse la búsqueda continua del equilibrio que garantice el trato correcto de las minorías.³² (§ 128).

A partir de aquí el Tribunal entra en el fondo del asunto y aplica las reglas a las que hacíamos referencia: 1) Que las limitaciones se hayan previsto mediante Ley, 2) Que existe un objetivo legítimo que justifica la limitación; y 3) Que esas limitaciones son necesarias en el seno de una sociedad democrática.

Los puntos 2 y 3 serán el objeto de este comentario, por lo que nos detendremos más detalladamente en ellos. El primero de los requisitos, el de la legalidad, resulta evidente. No es discutido por la demandante y se cumple al tratarse de una ley francesa la que establece la prohibición. La práctica unanimidad de las votaciones llevadas a cabo para aprobarla en la Asamblea Nacional y el Senado³³ y el amplio debate social que se sustanció paralelamente a la iniciativa legislativa, son hechos que esgrime el Gobierno francés en sus alegaciones para justificar la necesidad de la norma y el amplio margen que, a su juicio, debe garantizar el Tribunal en la resolución del conflicto social planteado, de acuerdo con su jurisprudencia.³⁴

Como ya advertimos, el Tribunal sancionó la que las limitaciones establecidas por la Ley francesa no suponían una violación de los derechos reconocidos en el Convenio. Contra la opinión mayoritaria de Tribunal las magistradas Angelika

³¹ *Ibidem* (127)

³² *Ibidem* (128)

³³ *Ibidem* (27) Un amplio comentario sobre los trabajos parlamentarios de la Asamblea francesa puede verse en V. CAMARERO SUÁREZ, *El velo integral...* Ob. Cit. Chelini-Pont/Ferniche “L’interdiction du voile integral en France, enjeux sociaux et constitutionnels” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 24 (2010) pp. 7-12

³⁴ *S.A.S. v Francia...* Cit. (83)

Nussberger y Helena Jäderblom, redactaron un voto particular discrepante, del que daremos cuenta al hilo de los comentarios sobre el fondo de la sentencia.

3. Consideraciones previas.

Antes de entrar en la justificación de las prohibiciones de la Ley y de analizar su necesidad o no en el seno de una sociedad democrática, entendemos necesario detenernos en una serie de consideraciones que, a nuestro juicio, son relevantes en el caso que nos ocupa. En concreto, nos referiremos a tres cuestiones: si el uso del velo islámico es un símbolo de carácter religioso y, en consecuencia, se sitúa bajo la protección del artículo 9 del Convenio. En segundo lugar, si existe o no un consenso entre los países europeos acerca de su regulación, y, por último, haremos mención al margen de discrecionalidad de los Estados, reconocido por el TEDH, en la aplicación e interpretación de las normas del CEDH.

1. El carácter de símbolo religioso o no de velo integral.

La cuestión se ha planteado abiertamente en la doctrina.³⁵ Y, así, para alguna autora no parece que pueda afirmarse sin más, que el velo integral islámico en sus diversas formas, sea un símbolo religioso islámico y, por lo tanto, utilizar el argumento de que es una manifestación de la libertad religiosa, desde nuestro punto de vista, no puede ser considerado como tal y, tampoco, puede entenderse que su prohibición pueda vulnerar el ejercicio legítimo del derecho fundamental de libertad religiosa de quienes lo llevan, porque el burka nada tiene que ver con la cuestión

³⁵ Cfr. B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 147 y ss. M. ALENDA SALINAS, “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico.” en *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 9 (2005) pp. 2 y ss. MT. ARECES, “¿El velo integral, burka y niqab,... Ob. Cit. Pp. 26 y ss. V. CAMARERO SUÁREZ, *El velo integral...* Ob. Cit. PP. 7 y ss.

religiosa y, por lo tanto, debe insertarse en un contexto distinto del ámbito de la libertad religiosa.³⁶

En contra de esta posición se manifiesta Aláez para quien la polémica acerca de si el velo islámico es un símbolo religioso o cultural se ha de resolver en principio a favor de su carácter religioso, puesto que sea cual sea la concepción –subjetiva u objetiva- que se mantenga de símbolo religioso, lo cierto es que muchas de las mujeres que lo portan, así como la propia sociedad occidental que se ve confrontada con ellas, lo asocian como práctica religiosa islámica, algunas de cuyas corrientes deducen su uso de los versículos 24:31 y 33:59 del Corán.³⁷

Coincidimos con el planteamiento de Aláez. Según el Diccionario de la Real Academia un símbolo es *un elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc.* Bajo esa definición es evidente, que el velo islámico constituiría un símbolo de pertenencia al Islam. Y ello, tanto desde una perspectiva subjetiva e interna, la mujer que lo porta lo hace con el fin de mostrar su identificación con una determinada religión, cuanto desde una perspectiva objetiva y externa, porque existe la convención de entender que la mujer que lo usa pertenece al Islam.³⁸

Resulta curioso, en todo caso, calificar como no religiosa una prenda que adjetivamos como *islámica* o incidir para resaltar su carácter no religioso en el hecho de que no exista una obligación expresa fijada en el texto sagrado de los musulmanes, como si llevar una cruz o una medalla de la Virgen del Perpetuo

³⁶ MT. ARECES, “¿El velo integral, burka y niqab,... Ob. Cit. Pp. 28

³⁷ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 148. En el mismo sentido, Alenda Salinas, M. “La presencia de símbolos religiosos... Ob. Cit. Pp. 2.

³⁸ F. AMERIGO “El uso del velo... Ob Cit. Pp. 9. Sobre el concepto subjetivo y objetivo de la definición de símbolo religioso, puede verse, B. ALÁEZ CORRAL, “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar.” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67 (2003) pp. 97-100, M. MELÉNDEZ-VALDÉS, “Reflexiones jurídicas entorno a los símbolos religiosos” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 24 (2010) pp. 6

Socorro fuera una imposición evangélica o un mandato contenido en el Código de Derecho canónico.

Conviene recordar, al referimos a esta cuestión, lo recogido en el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2013 que declaró nulos determinados preceptos de las ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Lleida, y que reza lo que sigue:

“Aunque no sea estrictamente necesario, no está de más observar para reforzar el planteamiento de la sentencia recurrida, que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, 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.

Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse *“sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso”*.

En primer lugar, continua el Supremo, dada la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión, no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa (...)

Y en segundo lugar, porque desde el punto de vista del art. 16 CE, la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.”³⁹

³⁹ STS 693/2013 de 14 de febrero de 2013.

Esta parece ser la posición del TEDH en la sentencia que comentamos. Así, al analizar en primer lugar y de manera conjunta las alegaciones sobre violación de los artículos 8 y 9 CEDH, en cuanto protegen el derecho al respeto de la vida privada y la libertad de manifestar la propia religión o creencias; comienza afirmando que la prohibición de vestir en lugares públicos prendas que oculten el rostro supone una injerencia en el primero, que protege las opciones personales sobre la propia apariencia como expresión de la propia personalidad, y plantea dudas en relación con la segunda, pues la demandante y otros sostienen que afecta a vestimenta requerida por la práctica de su religión.⁴⁰ Para el Tribunal, la afirmación anterior no varía por el hecho de que se trate de vestimentas empleadas de forma minoritaria ni porque se discuta su obligatoriedad dentro de la misma religión islámica.

Además de ello, conviene recordar que existe una doctrina que entiende, al igual que lo ha hecho el Tribunal al admitir el recurso por violación del artículo 8 del CEDH, que el uso de velo islámico está amparado por otros derechos como el derecho a la propia imagen y a la identidad personal⁴¹ o por el derecho al respeto de la identidad cultural de la persona.⁴²

2. La existencia o no de consenso.

Uno de los elementos que restringe el margen de apreciación otorgado a los Estado para la aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en el Convenio es la existencia o no de un consenso entre los países firmantes sobre la forma de regular o aplicar una cuestión concreta. Elemento que se refleja por la mayoría de la sentencia de forma negativa. Entendiendo que no existe consenso, entre los países europeos, a la hora de establecer la regulación del uso del velo integral en

⁴⁰ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (107-108)

⁴¹ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II Conciencia, identidad personal y solidaridad*. 4ª Ed. Civitas, Navarra, pp. 43

⁴² A. CASTRO JOVER, "Inmigración, pluralismo religioso y cultural y educación. En *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*. Nº 2 (2002), pp. 111

los espacios públicos. En concreto se afirma: La Corte observa, contrariamente a lo que afirma uno de los terceros –párrafo 105 supra- que no existe un consenso europeo en contra de la prohibición. Ciertamente, desde un punto de vista normativo, Francia se encuentra en una posición minoritaria, pues con excepción de Bélgica, ningún otro Estado miembro del Consejo de Europa ha optado hasta el momento por una regulación semejante. Debe, sin embargo, tenerse presente que el uso del velo integral en los espacios públicos es o ha sido objeto de debate en varios países europeos. En algunos se optó por no establecer una prohibición general, en otros, la cuestión se sigue considerando –párrafo 40 supra. A esto hay que añadir, presumiblemente, que, la información según la cual no se plantea la regulación del velo integral en los espacios públicos en algunos Estados miembros, no es actual. Por tanto, parece que no existe un consenso europeo sobre el asunto, ya sea a favor o en contra de establecer una prohibición general del uso del velo integral en los espacios públicos.⁴³ Lo que justifica el amplio margen de apreciación concedido a Francia.

Cuando menos, estamos ante una visión muy particular del significado del consenso, pues ya no basta para obtenerlo acudir a la regulación vigente establecida por los diferentes países europeos, sino que habrá de tenerse en cuenta, también, los debates parlamentarios, la existencia o inexistencia de proposiciones o proyectos legislativos e incluso la previsión de que estos lleguen a producirse. Lo que, a nuestro juicio, convierte la posible existencia del consenso en un imposible categórico.

Esta posición es criticada en el voto particular de la siguiente forma: En tercer lugar es difícil entender que la mayoría no esté dispuesta a admitir la existencia de un consenso europeo sobre la cuestión de la prohibición del velo integral. En la jurisprudencia de la Corte, tres factores se tienen en cuenta para determinar la existencia de un consenso

⁴³ *Ibidem* (157)

européico: Los Tratados Internacionales de derechos; el Derecho comparado; y los textos internacionales no vinculantes.⁴⁴ El hecho de que 45 de los 47 estados miembros –abrumadora mayoría- no se hayan visto en la necesidad de legislar en este ámbito es un indicador muy fuerte de la existencia de un consenso europeo.⁴⁵ Aunque en algunos Estados haya debate sobre la necesidad de una reforma, mientras en otros la práctica de usar el velo integral es inexistente, el *status quo* en este tema es claro. Por otra parte, como ha quedado suficientemente claro, diferentes organismos europeos y universales que trabajan en el campo de los derechos humanos, así como diversas organizaciones no gubernamentales, han mostrado su fuerte oposición a cualquier forma de prohibición general del velo integral. Este enfoque es apoyado por otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Además, aún cuando el Comité de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre la prohibición general del uso del velo en los lugares públicos, resolvió, por ejemplo, que el despido de una Universidad de una estudiante por usar el hiyab era contrario al artículo 18. 2 del Pacto. El Comité entendió que el código de vestimenta impuesto a las mujeres puede constituir una violación de varios derechos.⁴⁶

Nos parecen argumentos de suficiente peso para que la Corte hubiera apreciado la existencia de un consenso europeo y hubiera aplicado un control estricto sobre el asunto, reduciendo notablemente el margen de apreciación otorgado al Estado francés.

3. El margen de discrecionalidad de los Estado en la aplicación e interpretación de las normas del CEDH.

⁴⁴ *Marckx v Bélgica*, 13 de junio de 1979, &41 , serie A núm. 31.

⁴⁵ *Bayatian v Armenia* (GC) nº 23459/03 (103, 108) TEDH, 2011; *A, B y C v Irlanda* nº 25579/05 (235) TEDH 2010.

⁴⁶ *Voto particular de las magistradas Nuuberger y Jäderblom a la Sentencia S.A.S. v Francia* (19)

La sentencia es concluyente en esta materia, así centrándose en el margen de manobra que debe respetarse al Estado en su tarea de dirección política, como agente mejor situado para evaluar las necesidades y condiciones locales, sin perjuicio del control del propio Tribunal. Este margen debe ser en palabras del Tribunal amplio, considerable, en un ámbito como el de la expresión de símbolos religiosos en el ámbito público, a la vista de que el enfoque nacional de la cuestión difiere mucho según los países. El Tribunal cita expresamente el caso *Leyla Sahin*⁴⁷ y otros para exponer que en Europa no existe consenso acerca del diferente significado e impacto de la expresión pública de las religiones y creencias, y justificar así el amplio margen de discrecionalidad que debe garantizar a los Estados.⁴⁸

La doctrina del margen de apreciación busca lograr un equilibrio entre la protección internacional de los derechos humanos y el respeto a las peculiaridades propias del derecho nacional. El margen de apreciación se traduce en una relativización del concepto de *necesidad en una sociedad democrática*, permitiendo cierta libertad a las autoridades nacionales al momento de su interpretación. Se produce así un reenvío a la discrecionalidad de la autoridad nacional en la apreciación de la situación de necesidad.⁴⁹

La doctrina tradicional del Tribunal garantiza efectivamente un margen de apreciación a los Estados para valorar la necesidad de injerencias en la libertad religiosa y otros derechos fundamentales, margen sujeto a la apreciación del propio TEDH. Ahora bien, en dicha doctrina se habla de un “cierto margen de

⁴⁷ *Leyla Sahin v Turquía* (GC) n° 44774/98 TEDH 2005

⁴⁸ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (130) . Como señala OLMEDO PALACIOS, la pretendida falta de consenso a nivel europeo sobre la cuestión es uno de los argumentos que empleó el Tribunal para justificar la concesión de un mayor margen de apreciación a los Estados en la Sentencia de la Gran sala en el caso *Lautsi v Italia* (GC) n° 30814/06 TEDH 2011 (68), M. OLMEDO PALACIOS, “La sentencia del TEDH... Ob. Cit. Cita 29

⁴⁹ F. ARLETTAZ, “Las sentencias *Lautsi* en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *REDUR* 10 de diciembre de 2012, pp. 31

apreciación”, del “margen apropiado” o incluso del “limitado margen”. En el presente caso, el Tribunal garantiza un “amplio margen de apreciación”, calificativo que ya se empleaba en la segunda sentencia *Lautsi*.⁵⁰ Es decir, tenía razón Arlettaz cuando sostiene que la segunda sentencia *Lautsi* ampliaba notablemente el alcance del margen de discrecionalidad a favor de la aplicación particular de los Estados.⁵¹ De ahí no es de extrañar que se haya calificado a esta doctrina como el principio de subsidiaridad, de nuevo cocinado a la alsaciana.⁵²

Por ello no es extraño que se afirme que con *S.A.S.* el Tribunal vuelve a una doctrina poco beligerante con las imposiciones de la mayoría sobre la minoría, continúa una línea de ampliación de los márgenes de discrecionalidad del Estado, y dificulta la inclusión de la diferencia religiosa minoritaria en el espacio público.⁵³

Es sorprendente la posición del Tribunal en este caso, si tenemos en cuenta el antecedente de la sentencia *Amhet Arslan y otros v. Turquía*.⁵⁴ Como se ha escrito el amplio margen de apreciación que el TEDH ha concedido a los Estados miembros para prohibir el uso de símbolos religiosos ha estado en todo momento circunscrito a la concepción de la laicidad en establecimientos públicos como los centros de enseñanza o educativos, así como los establecimientos públicos en general, pero el control de convencionalidad deviene más estricto cuando la prohibición de usar vestimentas religiosas afecta a lugares o espacios de acceso público o la misma vía pública. Al menos es lo que se desprende de la sentencia *Amhet Arslan y otros v. Turquía*, en la que el Tribunal de Estrasburgo advertía que la prohibición de vestimentas religiosas en espacios públicos

⁵⁰ M. OLMEDO PALACIOS, “La sentencia del TEDH... Ob. Cit. Pp. 9

⁵¹ F. ARLETTAZ, “Las sentencias *Lautsi* en el contexto... Ob. Cit. 35-43

⁵² F. REY MARTÍNEZ, “El problema constitucional del *hijab*” en M. REVENGA SÁNCHEZ, G. RUÍZ-RICO, J.J. RUÍZ RUÍZ (dirs.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 68.

⁵³ M. OLMEDO PALACIOS, “La sentencia del TEDH... Ob. Cit. Pp. 9

⁵⁴ *Ahmed Arslan and Others v Turkey*... Cit.

abiertos a todos, como las vías o plazas públicas, no es aplicable la reglamentación del uso de símbolos religiosos en establecimientos públicos, en los que el respeto de la neutralidad respecto de las creencias puede primar sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar la religión. (...) Esta decisión en *Arslan y otros v. Turquía*, deja fuera del margen de apreciación de los Estados la posibilidad de prohibir vestimentas religiosas en la vía pública, reconocía por tanto el derecho a un grupo de varones en Turquía a transitar por la vía pública llevando el atuendo característico del grupo religioso al que pertenecen (*Aczimendi tarikati*) acarreado su prohibición general una vulneración del artículo 9.2 del CEDH.⁵⁵

La argumentación del Tribunal para apartarse de la doctrina fijada en este caso, aún reconociendo que es el que más semejanzas guarda con el analizado, estableciendo como elemento diferenciador sustancial que, a diferencia de en *Ahmed Arslam*, el presente caso recoge una prohibición de vestir prendas que ocultan el rostro,⁵⁶ y, por tanto, no prendas exclusivamente religiosas se mueve a nuestro juicio entre la hipocresía y la contradicción palmaria. Mucho más si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley francesa, en la que se establecen las excepciones a la prohibición de ocultar el rostro y que reza: “la prenda venga prescrita o autorizada por disposiciones legales o reglamentarias, está justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o se enmarque en el ámbito de actividades deportivas, festividades o manifestaciones artísticas o tradicionales” enumeración que tiene un carácter exhaustivo.⁵⁷

Salvo el supuesto de llevar un pasamontañas en pleno verano y a 40 grados de temperatura, son muy pocos los casos, fuera del velo integral, que podrían ser sancionados. No, sin razón alguna, la demandante ve en estas excepciones un trato

⁵⁵ JJ RUÍZ RUÍZ, “Leyes de prohibición del velo... Ob. Cit. Pp. 42

⁵⁶ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (138)

⁵⁷ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 132.

diferenciado para la mayoría cristiana en eventos como procesiones religiosas o carnaval.

4. La seguridad pública como justificación de la prohibición.

Por lo que se refiere a la seguridad pública, defendida también por el Gobierno belga, el Gobierno francés la concreta en sus alegaciones en la necesidad de identificación de los individuos para prevenir posibles amenazas para la seguridad de las personas y de la propiedad y para combatir fraudes. El Tribunal, aunque acepta esta finalidad como válida, duda ya en este momento de su discurso de la importancia que le pueda haber dado el legislador francés, teniendo sobre todo en cuenta el dictamen del Consejo de Estado.

El Tribunal establece que una prohibición total de vestir en lugares públicos prendas que oculten el rostro, atendida la afectación de los derechos en juego, sólo puede ser considerada proporcional al fin perseguido en un contexto de amenaza general a la seguridad pública. En este sentido, el Gobierno francés no ha acreditado la existencia de este contexto, por lo que la medida no puede considerarse necesaria para la salvaguarda de la seguridad en una sociedad democrática, en el sentido de los arts. 8 y 9 del Convenio. En particular, el Tribunal advierte que el objetivo alegado por el Gobierno pudo alcanzarse con medidas menos invasivas, como la mera obligación de descubrirse e identificarse en momentos o lugares de riesgo concreto o sospecha de fraude.⁵⁸

En efecto, el Consejo de Estado francés en su “Informe relativo a la posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral” manifiesta que el ocultamiento de la cara constituye un riesgo potencial para la seguridad en la medida en que hace más difícil la prevención de ataques al orden público y la represión inmediata de los actos que lo perturben, sobre todo en los casos de flagrante delito. No obstante, la garantía del orden público, incluida la seguridad pública que forma parte de él, no puede justificar cualquier restricción de los derechos y libertades

⁵⁸ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (139)

constitucional e infraconstitucionalmente garantizados (...) estas conductas, hasta el momento, no han causado alteraciones ciertas o particularmente agudas a la seguridad pública, si se exceptúan a los autores de delitos tales como robo a mano armada, cuya cara solo se cubre puntualmente. De esta manera, y aunque no sea una cuestión a descuidar, el enmascaramiento de la cara no representa hoy un problema comprobado. Una prohibición general descansaría pues en una lógica artificialmente preventiva, que como tal, jamás ha sido admitida por la jurisprudencia. (...) El Consejo de Estado considera, por consiguiente, que, si bien la seguridad pública puede constituir uno de los fundamentos de una medida prohibitiva, no puede por el contrario, justificar una medida que abarque todo el espacio público.⁵⁹

El razonamiento del Tribunal, al igual que el del Consejo de Estado nos parecen, como a la práctica totalidad de la doctrina⁶⁰, correcto. Afortunadamente el tribunal no se ha dejado llevar por el incremento de la preocupación que ha generado la inmigración de musulmanes en la mayor parte de los países europeos, entre ellos el nuestro.⁶¹

No se puede decir lo mismo de la Corte Constitucional belga, que afirmó que no hace falta que un comportamiento adquiera una magnitud tal, susceptible de poner en riesgo el orden social o la seguridad, para que el legislador esté autorizado a intervenir. Según la Corte Constitucional, no se puede reprochar al legislador anticipar tal riesgo reprimiendo comportamientos, cuando él mismo ha establecido que una generalización de éstos entrañaría un riesgo real. Se concede, por tanto, máxima deferencia al legislador atendiendo a que una supuesta

⁵⁹ Consejo de Estado francés. *Informe relativo a la posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral*, traducción de Guillén López, E. Ob. Cit. Pp. 108-111.

⁶⁰ Cfr. A modo de ejemplo, B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 157 y ss. MT. ARECES, “La prohibición del velo integral... Ob. Cit. Pp. 23 y ss.

⁶¹ Cfr. JA RODRÍGUEZ GARCIA, *La inmigración islámica en España. Su problemática jurídica*. Dilex, Madrid, 2007, Pp. 133 y ss.

generalización del velo integral aumentaría los riesgos para la seguridad.⁶² No resulta demasiado difícil pensar en las consecuencias de esta doctrina, cuando menos nos acerca peligrosamente a un Estado policial, más propio de ordenamientos autoritarios o directamente dictatoriales, que de ordenamientos democráticos respetuosos de los derechos y libertades fundamentales.

En definitiva, parece completamente desproporcionado e injustificable establecer una prohibición general del uso de velo en el espacio público. Otra cosa es establecer limitaciones parciales ligadas a determinados espacios o circunstancias, que sí podrían estar justificadas,⁶³ como reconoce el propio Consejo de Estado francés y como propugnó el Partido socialista francés que, inicialmente, se inclinó por el establecimiento de una ley que prohibiera el uso del velo integral en determinados espacios públicos.

5. La protección de los derechos y libertades de los demás.

Respecto de la protección de los derechos y libertades de los demás, concretada en el «respeto por el elenco mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática», el Tribunal repasa los tres valores protegidos según el Gobierno francés: a) la igualdad entre hombres y mujeres; ib) la dignidad humana, y c) el respeto por las exigencias mínimas de vida en sociedad. Sigamos pues el esquema propuesto en la sentencia.

5.1. La igualdad entre hombres y mujeres.

El Tribunal declara que la igualdad de género sigue siendo un reto fundamental para los Estados miembros y puede justificar injerencias en ciertos derechos y libertades convencionales. Ahora bien, un Estado parte no puede invocar la igualdad de

⁶² JJ RUÍZ RUÍZ, “Leyes de prohibición del velo... Ob. Cit. Pp. 14

⁶³ Cfr. B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 157 y ss. MT ARECES “La prohibición del velo integral... Ob. Cit. Pp. 23 y ss. F. AMERIGO, D. PELAYO. *El uso de símbolos...* Ob. Cit. Pp. 44 y ss.

género para prohibir una práctica que es defendida por las propias mujeres que la observan, en ejercicio de su libertad y sin estar sometidas a coacción, como ocurre en el caso de la demandante. En otras palabras, el objetivo legítimo de proteger los derechos de los demás se refiere a los derechos de los terceros, distintos de la persona cuya libertad o derecho se limita.⁶⁴ En su apoyo cita el dictamen del Consejo de Estado francés, que había afirmado que la igualdad de género no es aplicable al ejercicio individual de las propias libertades.⁶⁵

Esta concepción he sido acogida por nuestra doctrina, así se ha afirmado que si es o no indigno para las mujeres musulmanas llevar el velo, es a ellas a quien primero compete valorar en el ejercicio de sus libertades fundamentales, y no a la mayoría social con su valoración cultural paternalista, salvo que se pudiese demostrar objetivamente una relación de causa efecto entre dicho mensaje machista e indigno para la mujer y un concreto empeoramiento de las condiciones de ejercicio de sus derechos fundamentales por parte del colectivo de mujeres musulmanas, al que contribuirían las mujeres portadoras del velo integral. Y este es un argumento muy poderoso en contra de la pretensión del Estado de prohibir con carácter general el velo integral islámico en los espacios públicos por su carácter indigno para quienes lo portan, o para el grupo al que pertenecen. Vivimos en una democracia de individuos y de los grupos en los que se integra, no en una democracia de grupos que se sirven de los individuos para lograr sus fines grupales. No en vano, tanto el art. 9.2 CE, como el art. 10.1 CE, se refieren a la «...libertad e igualdad de los *individuos y de los grupos* en los que se integra... » y a la «dignidad de *la persona*» (la cursiva es nuestra), anteponiendo a ésta en singular sobre el colectivo, al que se protege también para proteger a la persona individual.⁶⁶

⁶⁴ S.A.S. v. Francia... Cit. (119)

⁶⁵ *Ibidem* (22)

⁶⁶ Cfr. B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 157. En el mismo sentido F. REY MARTÍNEZ, “El problema constitucional... Ob. Cit. Pp. 73 y ss.

También encuentra apoyo esta posición en la jurisprudencia española, así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013, afirma en su Fundamento Jurídico Décimo que: la sentencia, en vez de justificar, como la titulación del epígrafe sugiere, la necesidad de la imposición de la medida, lo que hace es expresar lo que, en su criterio, es la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con *«uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad»*, haciendo al respecto unas contundentes afirmaciones, que, en suma, consisten en la incompatibilidad del uso del *«burka o similar portado exclusivamente por mujeres»*, con la *«efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no»*.

En primer lugar, por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no.

Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir.

Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a

ella de la inmunidad de coacción a que se refiere al STC 154/2000⁶⁷

Otro sector doctrinal, mantiene que el velo islámico es una prenda discriminatoria para la mujer, símbolo de la sumisión de ésta al varón, que supone una verdadera prisión para las mujeres, con independencia de que su uso sea o no voluntario.⁶⁸ Posición que rechaza Aláez al afirmar que se podrá decir, claro está, que la mujer musulmana que porta el velo integral está privada de auténtica autonomía de voluntad para decidir libremente debido a sus condicionantes religioso-culturales y familiares. Pero, aun aceptando que esto pudiera ser así en una mayoría de los casos, se estaría ante otro problema, el de la violencia o desigualdad de género en la familia y/o en la sociedad, que no solo afecta, por cierto, a las mujeres musulmanas sino también —aunque en menor medida— a otras mujeres occidentales, sobre todo desde la perspectiva de la resistencia de muchos padres a tolerar la libre formación de las conciencias de las personas que se encuentran bajo su influencia o cuidado (en especial los hijos) y a ignorar la progresiva capacidad constitucional de éstas para ejercer sus derechos fundamentales por sí mismas a medida que aumenta su grado de madurez.⁶⁹

Por otra parte, señala el Tribunal Supremo, en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su

⁶⁷ STS 693/2013... Cit.

⁶⁸ E. CARMONA CUENCA, “El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género” En M. REVENGA SÁNCHEZ, G. RUÍZ-RICO, JJ. RUÍZ RUÍZ (dirs.) *Los símbolos religiosos...* Ob. Cit. Pp. 160. En igual sentido: M. HOLGADO GONZÁLEZ, “Alcance y límites del derecho a la simbología religiosa” En M. REVENGA SÁNCHEZ, G. RUÍZ-RICO, JJ. RUÍZ RUÍZ (dirs.) *Los símbolos religiosos...* Ob. Cit. Pp. 271-277; M. MACÍAS JARA, “El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres” en M. REVENGA SÁNCHEZ, G. RUÍZ-RICO, JJ. RUÍZ RUÍZ (dirs.) *Los símbolos religiosos...* Ob. Cit. Pp. 133- 155.

⁶⁹ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 157-158

entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios. Las consideraciones precedentes conducen en definitiva al rechazo de la argumentación contenida en el apartado c del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia.⁷⁰

Hemos afirmado en otro lugar que el argumento de la discriminación por razón de género es el más serio y polémico y, quizás, el único con el suficiente peso para justificar una prohibición general del velo integral.⁷¹ No podemos sin embargo sumarnos a la tesis expuesta por el Gobierno francés. Otra cosa hubiera sido entender el orden público, como señala Solozabal, como el núcleo de principios sociales y jurídicos del sistema constitucional, tendentes a garantizar sobre todo la autonomía del individuo y su igualdad, impidiendo su discriminación por razón de sexo.⁷² O incluir la igualdad de género como un bien comprendido dentro de la moral pública. Con ello se produce un avance importante, según Ruíz Ruíz, en la definición de la igualdad objetiva como componente del orden público.⁷³ Lo que tendría consecuencias que irían mucho más allá del uso del velo. Porque como se ha puesto de manifiesto en la cultura social dominante también existen multitud de pautas de conducta machista, asumidas voluntariamente por las mujeres occidentales, fruto de una cultura tradicional machista transmitida de padres/madres a hijos/hijas e imbricadas en la sociedad, que van desde la representación visual del cuerpo femenino predominantemente como un objeto sexual, hasta el rol de la

⁷⁰ STS 693/2013... Cit.

⁷¹ F. AMERIGO, "El uso del velo... Ob. Cit. Pp. 19

⁷² JJ SOLOZABAL, "Límites de los derechos fundamentales" En M. ARAGÓN REYES (dir.) y C. AGUDO RENEDO, (coord.) *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III, Civitas, Navarra, 2011, pp. 32.

⁷³ JJ. RUÍZ RUÍZ, "Leyes de prohibición del velo... Ob. Cit. Pp. 22

maternidad en la realización personal de la mujer. Para evitar cualquiera de estas desigualdades de género, contrarias a la dignidad de la mujer, el Estado dispone de otros instrumentos más eficaces que la limitación arbitraria e ilegítima de los derechos fundamentales de la mujer, como, por ejemplo, la supervisión y garantía de que padres o esposos respetan — también en el interior de las relaciones familiares— la libertad de conciencia de sus hijas o esposas, y no las adoctrinan en sus propias convicciones religiosas o morales, aunque sean instrumentos más impopulares que afectan a casi todos los grupos sociales y reflejan las deficiencias ético-democráticas que casi todos aún padecemos en nuestra vida cotidiana.⁷⁴

Nadie ha utilizado estos argumentos en la sentencia que comentamos, por lo que solo apuntamos la idea por entender que sobrepasa el objeto del presente trabajo.

5.2. La dignidad humana.

Con la misma contundencia, el Tribunal establece que el respeto de la dignidad humana no puede justificar una prohibición general del velo integral en lugares públicos. El Tribunal se muestra consciente de la extrañeza e incluso impacto que puede causar en muchos observadores, pero entiende que se trata de la expresión de una identidad cultural que contribuye al pluralismo inherente en democracia y que no hay prueba de que quienes visten dichas prendas pretendan atentar contra la dignidad ajena. Por lo que se refiere a la propia, llama la atención sobre la diferente apreciación de la virtud y la decencia cuando se trata de examinar el vestido o desnudez de las personas.⁷⁵

La dignidad en la teoría de los derechos fundamentales está sujeta a los condicionantes que se derivan de la concepción liberal de los derechos, por esencia no finalista y respetuosa con la orientación que su titular quiera proporcionarles. De ahí se sigue que la única protección imaginable que puede dispensar la

⁷⁴ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 158.

⁷⁵ S.A.S. v. Francia... Cit. (120)

divinidad como valor o principio, sea la destinada a proteger una inmisión ilegítima proveniente de otro sujeto, pero no contra el comportamiento de uno mismo.⁷⁶

La interpretación de que habría un incumplimiento de un deber para con la propia dignidad sería contraria al Convenio Europeo y a la doctrina sentada por el TEDH sobre la dignidad como posible límite a comportamientos voluntarios o consentidos.⁷⁷ No cabe, por tanto, imponer, más allá de los señalados por el artículo 8.2 del Convenio⁷⁸, injerencias o límites a la propia autonomía, o al libre desarrollo personal del individuo, cuando el sujeto haya consentido libremente, y ello aun cuando, con su comportamiento, a juicio de la sociedad tal individuo menoscabe su dignidad.⁷⁹

Asumir la posibilidad de atentar contra la propia dignidad nos situaría en el ámbito del llamado paternalismo jurídico.⁸⁰ Podemos diferenciar entre un paternalismo jurídico blando, aquél que se ejerce sobre aquellos sujetos en los que se reconoce algún defecto en la posibilidad de obrar autónomamente por algún tipo

⁷⁶ JJ. RUÍZ RUÍZ, “Leyes de prohibición del velo... Ob. Cit. Pp. 31.

⁷⁷ *Ibidem*. Pp. 27

⁷⁸ Según el artículo 8.2 “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino tanto en cuanto 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 la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás

⁷⁹ Cfr. *Christine Goowin v Reino Unido*, (GC) nº 28957/95, TEDH, 2002. y *Pretty v Reino Unido*, nº 2346/2000, TEDH, 2002

⁸⁰ Sobre el paternalismo jurídico ver, entre otros, M. ATIENZA, “Discutamos sobre paternalismo” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988), pp. 203-214; V. CAMPS, “Paternalismo y bien común” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988), pp. 195-202; ID. “Sigamos discutiendo” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988), pp. 223-226; G. DWORKIN, “Paternalism: Some Second Thoughts” en R. SARTORIUS, *Paternalism*. University of Minnesota Press Minneapolis, 1981, pp. 105-112; E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988) pp. 155-174; Id. “Sigamos discutiendo sobre paternalismo” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988) pp. 215-222.

de afectación de la voluntad (por ejemplo un menor) y, el paternalismo jurídico fuerte o duro, que implica la injerencia en las conductas de sujetos en los que no se vislumbra este defecto⁸¹ y cuya justificación es más problemática.

Uno de los derechos que puede brindar amparo frente a posibles injerencias paternalistas es el derecho de libertad religiosa (que incluye, entre otros aspectos, la posibilidad de elegir libremente las propias creencias religiosas y llevar su vida de acuerdo con ellas).⁸² A ello hay que sumar que un Estado que adopta una posición imparcial frente a la religión y respeta la libertad religiosa de los individuos no puede limitar la libertad religiosa de estos individuos por el hecho de considerar que sus creencias llevan a una incorrecta valoración ponderación de los bienes en juego.⁸³ En consecuencia el Estado no podría afirmar que las creencias del individuo son erradas e impedir decisiones sobre la base de estas creencias, porque estaría violando su imparcialidad y la libertad religiosa del individuo.⁸⁴

En conclusión, como ha señalado el Consejo de Estado francés la apreciación de lo que conlleva o no lesión a la dignidad humana es, al menos potencialmente, subjetiva, como lo atestigua el hecho de que el uso del velo integral es “voluntario” en la mayoría de los casos. En ese sentido parece difícil poder fundar un régimen prohibitivo amparándose en un principio susceptible de ser interpretado de una forma tan variable y, marcada en la práctica, por una inevitable subjetividad que depende esencialmente de circunstancias temporales y espaciales, como puede apreciarse en las percepciones divergentes con las que se

⁸¹ F. ARLETTAZ, “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas” en *Ius et Praxis*, vol 19 n° 1 (2013) Universidad de Talca, Chile, pp. 229.

⁸² *Ibidem*. 233

⁸³ *Ibidem*. 236

⁸⁴ *Ibidem*. 242

presenta la imagen pública del cuerpo femenino, en muchas ocasiones desnudo, en nuestra sociedad.⁸⁵

5.3. El respeto a las exigencias mínimas de la vida en sociedad.

El Tribunal se muestra dispuesto a aceptar que, bajo ciertas condiciones, el objetivo convencionalmente legítimo de la protección de los derechos y libertades ajenos puede abarcar el «respeto de los requisitos mínimos de vida en sociedad», descrito por la Exposición de Motivos de la Ley en cuestión como «vida en común»⁸⁶.

El Tribunal admite la argumentación proporcionada por el Gobierno francés, según la cual el rostro juega un papel importante en la interacción social. Acepta que los individuos presentes en lugares abiertos a todos puede que no deseen ver prácticas o actitudes que (...) básicamente ponen en duda la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas, lo cual, por obra de un consenso establecido, constituye un elemento indispensable de la vida en común dentro de la sociedad en cuestión. El Tribunal puede así aceptar que la barrera levantada contra los demás por un velo que oculte el rostro es percibida por el Estado demandado como una actitud que conculca el derecho de los otros a desenvolverse en un espacio de socialización que haga la vida en común más fácil.⁸⁷

El Tribunal reconoce la flexibilidad de la noción de «vida en común», por lo que se propone examinar con mayor detenimiento el último de los requisitos, a saber, la necesidad de la medida en una sociedad democrática

Por lo que se refiere a la protección de los derechos y libertades de los demás, el Tribunal comienza reiterando la conclusión a la que ya había llegado antes, según la cual la prohibición impugnada puede considerarse justificada en

⁸⁵ Consejo de Estado francés. *Informe relativo a la posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral*, traducción de Guillén López, E. Ob Cit. Pp. 97

⁸⁶ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (25)

⁸⁷ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (122)

abstracto para garantizar las condiciones de «vida en común» A continuación, relaciona los argumentos a favor y en contra de la proporcionalidad o justificación de la prohibición en el caso concreto. Así, como argumentos en contra de la prohibición y a favor de considerarla desproporcionada: a) el pequeño número de mujeres afectadas; b) el considerable impacto negativo de la prohibición en estas mujeres, que puede ser percibida como amenaza a su identidad y conllevar su aislamiento; c) el considerable número de sujetos nacionales e internacionales que, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, consideran desproporcionada esta prohibición; d) el impacto negativo de la prohibición y el debate paralelo sobre la comunidad musulmana, incluido un posible elemento islamófobo en dicho debate y el riesgo de consolidar estereotipos y fomentar expresiones de intolerancia; e) la afectación a todo el espacio público, excepto los lugares de culto; f) el establecimiento de sanciones de tipo penal ante el incumplimiento de la prohibición, y g) la consecuencia innegable de que el Estado, con su decisión, ha restringido hasta cierto punto el alcance del pluralismo.

Como argumentos a favor de la prohibición y en contra de considerarla desproporcionada: a) el hecho de que la prohibición no está basada expresamente en las connotaciones religiosas de las prendas prohibidas sino en el hecho de que ocultan el rostro; b) la no afectación a la libertad de vestir en público cualquier otra prenda o vestimenta que, con o sin connotaciones religiosas, no oculten el rostro; c) la levedad de las sanciones previstas, las más leves posibles (multa de 150 euros máximo, junto con o alternativamente con el seguimiento de un curso de ciudadanía), y d) la falta de consenso europeo contra la prohibición.

En último término, el Tribunal afirma que la decisión acerca de si debe prohibirse o no este tipo de prendas pertenece a la sociedad que elige. Este último argumento es el considerado definitivo y lleva al Tribunal, por mayoría de los magistrados de su Gran Sala, a considerar que la prohibición no viola las disposiciones del Convenio. Entiende que, con ella, el Gobierno respondía a una práctica que el Estado considera incompatible, en

la sociedad francesa, con las reglas básicas de la comunicación social y, en general, con las exigencias de vida en común. En este contexto, el Estado demandado persigue proteger un principio de interacción entre los individuos, que se contempla como esencial para la expresión no sólo del pluralismo, sino también de la tolerancia y apertura de espíritu, sin los cuales no existiría una sociedad democrática⁸⁸.

Visto lo cual, el Tribunal concluye estableciendo que Francia tenía un amplio margen de apreciación en el caso de referencia, y que la prohibición impuesta por la Ley de 11 de octubre de 2010 se considera proporcionada al objetivo perseguido de preservación de las condiciones de vida en común, como elemento de la protección de los derechos y libertades ajenos. Tras esta declaración, entiende que por los mismos motivos carece de objeto la pretendida violación del art. 10 (libertad de expresión) y que cualquier posible sospecha de violación del art. 14 queda descartada por la razonabilidad y objetividad que justifican la prohibición examinada.

Analicemos algunas de las consecuencias de la decisión adoptada por el Tribunal.

Lo primero que llama la atención es la ampliación del concepto del orden público al entender la necesidad de proteger la vida en común o las exigencias mínimas de la vida en sociedad, como componente del respeto a los derechos y libertades de los demás. Se introduce un nuevo concepto “vivre ensemble” como nueva categoría limitadora de los derechos fundamentales. Un concepto, en palabras de las magistradas disidentes, artificial y vago, del que la mayoría del Tribunal ha sido incapaz de demostrar, concretamente, cuáles son los derechos y libertades de los demás, en virtud de los dispuesto en los artículos 8 y 9 CEDH, afectados por el principio abstracto de “vivir juntos” o “requisitos mínimos de la vida en sociedad”.⁸⁹ Se produce de esta manera una interpretación extensiva y no restrictiva del orden público, contraviniendo el que era un principio básico en esta

⁸⁸ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (153)

⁸⁹ *Voto particular de las magistradas Nuuberger y Jäderblom...* Cit. (9-10)

materia: “La máxima libertad posible con la mínima restricción necesaria”. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos.⁹⁰ Más aún, es preciso tener en cuenta que la libertad ideológica (o religiosa)⁹¹ indisolublemente unida al pluralismo político que como valor esencial de nuestro ordenamiento propugna la Constitución exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica (o religiosa) y del derecho a expresarla (oralmente, por escrito o con actitudes y conductas) sin el cual carecería aquélla de toda efectividad.⁹²

De otro lado, además, la supremacía del texto constitucional escrito, que proclama el artículo 9.1 de la Constitución española⁹³, la inexistencia de un haz de valores supra-positivos sustraídos a la reforma constitucional⁹⁴, y sobre todo, la profusión y detalle con los que nuestra Constitución recoge tanto los derechos fundamentales garantizados como sus límites y concretas técnicas de garantía, hacen incompatible con nuestro sistema constitucional apelar a la protección de un orden público inmaterial, como en Francia, para fundamentar la general prohibición del velo integral islámico en el espacio público, al menos si tal orden público inmaterial se refiere a “un conjunto de exigencias mínimas de la vida en sociedad” distintas de las justificadas como límites constitucionales de los derechos implicados en el uso del velo islámico.⁹⁵

⁹⁰ *STC 159/1986*, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 6º

⁹¹ El paréntesis es nuestro.

⁹² *STC 20/1990* de, 15 de febrero, Fundamento jurídico 5

⁹³ *STC 1/2004*, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º

⁹⁴ *STC 48/2003*, de 12 de marzo, Fundamento Jurídico 7º y *STC 103/2008*, de 11 de septiembre, Fundamento Jurídico 4º

⁹⁵ B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 155

Como ha señalado Ruíz Ruíz, no parece, en efecto, que la prohibición de vestir una indumentaria pueda conceptuarse como limitación si sus efectos son generales, sin posibilidad, por tanto, para el sujeto de llevar a cabo a conducta prohibida en ningún caso, lo que comporta una exclusión de la expectativa de conducta en el espacio público, que no obstante *prima facie* debería estar protegida por el derecho. Se viene a operar de esta manera una exclusión del contenido de derecho fundamental del uso de determinadas vestimentas, y no lo que propiamente cabría considerar una limitación proporcional. A través por tanto de una delimitación se aplica un límite intrínseco al derecho, deducible de las exigencias de la convivencia en sociedad, que se antojan de difícil articulación, puesto que dichas exigencias no alcanzan la consideración de bien constitucionalmente protegido que proporcione una base autónoma para legitimar una prohibición.⁹⁶

Con esta sentencia el TEDH altera lo que hasta ahora era un elenco cerrado: seguridad, salud y moralidad públicas y respeto a los derechos y libertades de los demás, para convertirlo de manera injustificada, a nuestro juicio, en un elenco abierto que olvida la concepción de los derechos fundamentales como límites frente al poder, al dotar a éste de un margen de maniobra interpretativa que le permite introducir limitaciones en el ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos.

No está de más poner de relieve, ya desde este momento, la contradicción en que incurre el Tribunal cuando, en el párrafo 113, califica los fines que justifican posibles limitaciones de los derechos convencionales como *numerus clausus* de interpretación restrictiva para, a continuación, aceptar como fin válido un valor, la «vida en común», que ni está expresamente recogido en los arts. 8 y 9 (ni en ningún otro), ni alcanza la categoría de derecho fundamental, y del que reconoce expresamente su flexibilidad.⁹⁷

Como ha puesto de manifiesto Olmedo Palacios, no puedo compartir este discurso del TEDH: ni la “vida en común” es una posible limitación de la libertad religiosa expresamente

⁹⁶ JJ. RUÍZ RUÍZ, “Leyes de prohibición del velo... Ob. Cit. Pp. 46

⁹⁷ M. OLMEDO PALACIOS, “La sentencia del TEDH... Ob. Cit. Pp. 6

consignada en el artículo 9.2, ni puede fácilmente deducirse de “los derechos y libertades ajenos”, particularmente en un contexto previamente definido como de interpretación restrictiva. A mi juicio, el Tribunal efectúa un salto en el vacío cuando deduce de la categoría mencionada la necesidad de proteger la “vida en común” o el respeto de las exigencias de la vida en sociedad. Esta deducción supone, si no una dislocación interpretativa, como mínimo una interpretación extensiva de los “derechos y libertades de los demás”.⁹⁸

En segundo lugar, coincidimos con lo expresado en el voto particular, cuando se afirma que es difícil argumentar que cualquier persona tiene derecho a ponerse en contacto con otras en el espacio público contra la voluntad de estas. Si la comunicación es esencial para la vida en sociedad, el derecho al respeto a la vida privada incluye, también, el derecho a no revelar y no entrar en contacto con los demás en el espacio público – en definitiva el derecho a ser un “outsider”.⁹⁹ Entender lo contrario, significaría calificar como antijurídicas determinadas conductas, como ser arisco, grosero o simplemente antipático, elegir una vida de retiro y contemplación, convertirse en eremita, etc. y, consecuentemente, sancionar, penal o administrativamente, tales conductas.

Por otra parte, sin negar la trascendencia de la cara en las relaciones humanas, parece exagerado afirmar que, sin la visualización de la misma, es imposible alcanzar una comunicación o interrelación. Como se señala en el voto particular, hay ejemplos en la cultura europea, como el uso de cascos integrales para el esquí o el motociclismo, o como el uso de disfraces durante el carnaval, que no parece que alteren los requisitos mínimos de vida en sociedad. Las personas socializan sin necesariamente mirarse a los ojos.¹⁰⁰

⁹⁸ *Ibidem*. Pp. 8

⁹⁹ *Voto particular de las magistradas Nuuberger y Jäderblom...* Cit. (8)

¹⁰⁰ *Ibidem* (9)

En tercer lugar, sorprende que, después de que el Tribunal recoja uno de los principios básicos de su jurisprudencia en la materia: la obligación de neutralidad e imparcialidad en la gestión de la convivencia de las distintas creencias exige del Estado que fortalezca la tolerancia mutua entre los grupos en conflicto, erradicando la causa de la tensión pero sin para ello reducir o suprimir el pluralismo,¹⁰¹ y afirme que la sociedad democrática que defiende el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se caracteriza por su pluralismo, tolerancia y apertura de espíritu, en la que debe asegurarse la búsqueda continua del equilibrio que garantice el trato correcto de las minorías,¹⁰² concluya admitiendo la prohibición establecida en la ley francesa.

Como se señala en el voto particular El Tribunal se refiere al pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura como pilares de una sociedad democrática y señala que la aceptación o rechazo del uso de una vestimenta de inspiración religiosa por una minoría en los espacios públicos, es una elección de la sociedad (párrafo 153 de la sentencia), que no afecta al mantenimiento de dichos valores. De forma que esos valores pueden interpretarse como una justificación de la prohibición total del uso del velo, o, por el contrario, como la aceptación del código de vestimenta religiosa y la adopción de un enfoque integracionista. El TEDH ha planteado claramente el deber de Estado para promover la tolerancia mutua entre grupos opuestos y ha declarado que “el papel de las autoridades (...) no es eliminar la causa de tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos que compiten se toleren entre sí (*Serif v Grecia*, nº 38178/97, (53) TEDH 1999). A prohibir el velo integral, el legislador francés hace lo contrario: lejos de intentar garantizar la tolerancia entre la gran mayoría y una minoría, prohibió lo que se ve como fuente de tensión.¹⁰³

Esta tesis, la que admite nuestro Tribunal Supremo, para quien: Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental

¹⁰¹ *S.A.S. v. Francia...* Cit. (127)

¹⁰² *Ibidem.* (128)

¹⁰³ *Voto particular de las magistradas Nuuberger y Jäderblom...* Cit. (13-14)

afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida.

Al respecto la sentencia del TEDH de la Gran Sala, de 10 de noviembre de 2005, citada en otro lugar, se manifiesta de modo inequívoco en sus párrafos 106, 107 y 108, sobre el papel del Estado para «*conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas creencias (106)*».

Los párrafos 107 y 108 dicen:

«107. El Tribunal ha acentuado con frecuencia el papel del Estado como organizador neutral o imparcial del ejercicio de las distintas religiones, credos y creencias, y afirma que este papel contribuye a garantizar el orden público, la paz, y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática... y considera que la obligación del Estado es asegurar la tolerancia que los grupos que compiten entre sí (Partido Comunista de Turquía y otros C.V. Turkey, sentencia de 30 de enero de 1998, Informe 1998 §8 y §57). Por tanto, el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos de oposición se toleren mutuamente» (Serif contra Grecia, nº 38179/97 §53 TEDH 1999-IX). » . «108. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática. A pesar de que en ocasiones subordina los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se limita a apoyar a la mayoría, sino a establecer un equilibrio que debe lograrse para garantizar el trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evita cualquier abuso de posición dominante (véase, mutatis mutandis, Young, James y Webster v. Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981, Serie A nº 44

p. 25 §63 y *Chassaous et al Francias* [GC., n.ºs. 2.088/94, 28331/95 y 28443/95 §112, TEDH 1999- III]». ¹⁰⁴

Como ha señalado Aláez, constitucionalmente no se puede afirmar que los poderes públicos estén habilitados para fijar límites a las conductas fundamentales de los ciudadanos en aras de la paz social, con tal de que sean generales y aplicables a todo el mundo sin distinción. Cuando se trata de la limitación de derechos fundamentales, las Constituciones democráticas, en particular la española, no son equidistantes respecto del conflicto entre mayoría y minoría, sino que se interponen directamente a favor de la minoría que ejerce sus derechos en el espacio público, limitando la capacidad de actuación de poder público y sometiendo su poder para limitar/delimitar esos derechos a estrictas exigencias formales y materiales. ¹⁰⁵

En cuarto lugar, sorprende la ponderación que realiza el Tribunal al establecer los argumentos a favor y en contra de la prohibición del uso del velo integral en el espacio público. y que recordamos brevemente:

En contra: a) el pequeño número de mujeres afectadas; b) el considerable impacto negativo de la prohibición en estas mujeres, que puede ser percibida como amenaza a su identidad y conllevar su aislamiento; c) el considerable número de sujetos nacionales e internacionales que, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, consideran desproporcionada esta prohibición; d) el impacto negativo de la prohibición y el debate paralelo sobre la comunidad musulmana, incluido un posible elemento islamófobo en dicho debate y el riesgo de consolidar estereotipos y fomentar expresiones de intolerancia; e) la afectación a todo el espacio público, excepto los lugares de culto; f) el establecimiento de sanciones de tipo penal ante el incumplimiento de la prohibición,

¹⁰⁴ STS 693/2013... Cit. Fundamento Jurídico 10º

¹⁰⁵ B. ALÁEZ CORRAL, "Reflexiones jurídico constitucionales... Ob. Cit. Pp. 149. En el mismo sentido ver D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia I Conciencia, tolerancia y laicidad*. 4ª Ed. Civitas, Navarra, 2011, pp. 340-345, Id. *Derecho de la libertad de conciencia II...* Ob. Cit. pp. 703-749

y g) la consecuencia innegable de que el Estado, con su decisión, ha restringido hasta cierto punto el alcance del pluralismo.

A favor: a) el hecho de que la prohibición no está basada expresamente en las connotaciones religiosas de las prendas prohibidas sino en el hecho de que ocultan el rostro; b) la no afectación a la libertad de vestir en público cualquier otra prenda o vestimenta que, con o sin connotaciones religiosas, no oculten el rostro; c) la levedad de las sanciones previstas, las más leves posibles (multa de 150 euros máximo, junto con o alternativamente con el seguimiento de un curso de ciudadanía), y d) la falta de consenso europeo contra la prohibición.

Respecto de estas últimas, digamos lo siguiente: el argumento a) es hipócrita, como ya hemos explicado, el b) cae por su propio peso; el c) es relativo, la Ley belga considera el uso del velo integral como un ilícito penal y establece penas privativas de libertad de 1 a 7 días,¹⁰⁶ lo que no desconoce el Tribunal si atendemos al punto f) de los argumentos en contra. Y, por último, el d) es, cuando menos artificioso.

En conclusión, la posición fijada por la mayoría de Tribunal en la sentencia responde, a nuestro juicio, a la elaboración de un artificio, que responde a la siguiente construcción lógica: Establezcamos un concepto de consenso como imposible categórico. Puesto que no hay consenso, ni lo puede haber, convirtamos el margen de apreciación estatal en un “amplio” margen de apreciación. Obtenido éste, busquemos un argumento para ratificar a adecuación de la Ley al CEDH. Utilicemos el “vivre ensemble”, porque siendo conscientes de que es endeble, lo es menos que el resto de los argumentos. En consecuencia, legitimamos la prohibición de la Ley francesa.

¹⁰⁶ Cfr. B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico constitucionales...”, Ob. Cit. pp. 128.