

LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL BURKA EN LUGARES PÚBLICOS. EL
ASUNTO S.A.S. CONTRA FRANCIA, SENTENCIA DEL TEDH DE 1 DE
JULIO DE 2014, REC. 43835/2011

THE BAN OF THE USE OF BURKA IN PUBLIC PLACES. JUDGMENT OF
THE ECHR OF JULY 1, 2014, REC. 43835/2011

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 445-452.

Fecha entrega: 22/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ROSA M^a. RAMÍREZ NAVALÓN
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia
rosa.m.ramirez@uv.es

RESUMEN: El TEDH falla a favor de Francia al considerar que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos no vulnera ninguno de los derechos reconocidos por el Convenio. En esta contribución se expone el caso, se analizan los argumentos alegados por las partes y la conclusión adoptada por el Tribunal, para concluir con una valoración de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

PALABRAS CLAVE: velo integral, burka, *niqab*, libertad religiosa, derecho a la intimidad, igualdad de sexos, orden público, seguridad pública, protección de los derechos y libertades de los demás.

ABSTRACT: The TEDH ruled in favour of France by holding that the ban of wearing burka in public places does not violate any of the rights recognized by the convention. The case in this contribution is exposed, the arguments alleged by both sides are analysed as well as the court's conclusion, and finally, the juridical foundations of the case in the judgment are assessed.

KEY WORDS: burka, niqab, religious freedom, right to privacy, gender equality, public order, public security, protection of the rights and freedoms of others.

1. Planteamiento. El tema de la simbología religiosa y su utilización como modo de manifestar las propias creencias ha generado gran controversia social. Hoy asistimos a un escenario caracterizado por la globalización y los flujos migratorios. Este hecho ha originado que confluyan en un mismo espacio culturas y creencias diversas. Hoy hablamos de multiculturalidad para referirnos precisamente a este fenómeno, no exento de problemas. El uso de determinadas vestimentas, en función de las creencias y culturas, es precisamente uno de los temas conflictivos que ha generado varios pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El primer caso ante la jurisdicción de Estrasburgo sobre el uso de prendas se remonta al año 1978 y se refería al turbante que los varones pertenecientes a la religión sij deben usar (X c. Reino Unido, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 799277, 12 de julio 1978, en: *Decisions Reports* 14, 234).

La sentencia que analizamos se inserta en este contexto y tiene por objeto uno de los símbolos, en el ámbito de la vestimenta, que más controversia ha originado: el velo integral. Esta prenda se conoce con el nombre de burka o *niqab*, dependiendo de la forma que adopte (el burka es un hábito que cubre totalmente el cuerpo e incluye un tejido de malla a la altura del rostro, y que el *niqab* es un velo que cubre el rostro a excepción de los ojos).

El velo integral ha sido objeto de prohibición en determinados ámbitos, especialmente el escolar, hecho por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) había tenido que pronunciarse en varias ocasiones (Dahlab c. Suiza, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 42393/98, 15 de febrero 2001; Leyla Sahin c. Turquía, sent. de 10 de noviembre de 2005, entre otras).

La particularidad del caso que nos ocupa respecto de los anteriores enjuiciados por el alto Tribunal se encuentra en que en esta ocasión la prohibición del uso del velo integral no se limita a un espacio determinado, sino que se refiere en general a los espacios públicos. Se enjuicia si la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, mediante la que se prohíbe el uso de prendas de vestir que oculten el rostro en lugares públicos, vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El TEDH, constituido en Gran Sala, ha fallado a favor de la ley francesa, distanciándose así del criterio sostenido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (resolución 1743 (2010) sobre el islam, el islamismo y la islamofobia en Europa).

2. El objeto de estudio: la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre de 2010. La prohibición de la ley francesa se refiere de manera genérica a las prendas que se usen con intención de ocultar el rostro, aunque fue elaborada con la finalidad de erradicar de la sociedad francesa el uso del burka y del *niqab*. Prueba de ello son los estudios que precedieron a la ley y la Exposición de Motivos de la misma, en donde se

especifica claramente que los valores de la República francesa se ven cuestionados por el uso de estas prendas.

Según la Exposición de Motivos se considera que la utilización de este símbolo religioso mediante el que se oculta el rostro es contraria a las exigencias fundamentales de la convivencia en la sociedad francesa, a los valores republicanos de libertad, igualdad y fraternidad y no cumple con el requisito mínimo de civismo necesario para la relación social.

La ley, vigente desde el 11 de abril de 2011, establece la prohibición de portar una prenda con la intención de ocultar el rostro en los espacios públicos. A los efectos de dicha ley, se entienden por espacio público las vías públicas así como los lugares abiertos al público o que ofrecen un servicio público, es decir, cualquier lugar que no sea un domicilio particular o un lugar de culto. Se exceptúan los casos en los que la prenda está prescrita o autorizada por las disposiciones legislativas o reglamentarias, si está justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o si se inscribe en el marco de prácticas deportivas, fiestas o manifestaciones artísticas o tradicionales.

3. La demanda, cuestiones previas y fijación del objeto de la controversia. Contra la citada norma, una ciudadana francesa musulmana practicante, interpuso recurso ante el TEDH solicitando que no se diera publicidad a su nombre. En la demanda expone que usa el burka o el *niqab*, que nadie le obliga a ello y que lo hace de acuerdo con su fe, su cultura y a sus convicciones personales. Por ello, entiende que la prohibición de llevar un velo en espacios públicos con el fin de ocultar el rostro, establecida en la ley francesa le priva de la posibilidad de usar un velo integral, por lo que considera que existe una violación de los artículos 3, 8, 9, 10, y 11 del Convenio, tomados solos o en relación con el artículo 14 del Convenio.

El gobierno francés, antes de entrar a defender su postura, plantea varias excepciones previas: cuestiona la condición de víctima de la demandante, alega la falta de agotamiento de las vías de recursos internos y el abuso del derecho al recurso individual al estimar que la demandante actúa como un testaferrero y que la demanda es parte de la *actio popularis*. Las tres excepciones preliminares son rechazadas por el Tribunal.

El Tribunal también declara inadmisibile la demanda en lo concerniente a la vulneración de los arts. 3 y 11 del Convenio. El caso se centra, por lo tanto, en el análisis de la vulneración de los arts. 8, 9 y 10 del Convenio, solos o en relación con el art. 14. Es decir, si la prohibición establecida por la ley francesa vulnera el derecho a la vida privada, la libertad religiosa y la libertad de expresión, derechos que no puede ser objeto de más restricciones que las previstas por la ley y que constituyen medidas necesarias para salvaguardar la seguridad, la salud, el orden y la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

4. Las alegaciones de las partes. La demandante sostiene que la prohibición establecida en la ley vulneraría el derecho de las mujeres musulmanas a manifestar su fe y a vivirla en público. Señala que esta injerencia del Estado no cumple el criterio de la necesidad que deben suponer las restricciones al ejercicio de los derechos individuales amparados por el Convenio. Y, en lo referente al juicio de proporcionalidad de los intereses contrapuestos, considera que los derechos de las mujeres con velo se verían más gravemente lesionados frente al interés del público o de la sociedad francesa que desaprueba el uso del velo.

Por su parte, el Gobierno francés argumenta que, aunque la prohibición establecida en la ley impugnada limita el derecho a manifestar las propias creencias, persigue objetivos legítimos en una sociedad democrática y que la prohibición es necesaria para alcanzarlos. En primer lugar, responde a la necesidad de identificar a cualquier persona para evitar los atentados a la seguridad y para luchar contra el fraude de identidad. Además, con la prohibición se trataría de garantizar el respeto a los valores de la sociedad democrática, en concreto a los valores de la igualdad entre sexos, la dignidad de las personas y el respeto de los requisitos mínimos de una vida en sociedad.

5. Fundamentación y fallo del Tribunal. El Tribunal considera que el uso de las prendas de vestir, así como de peinados u otros símbolos religiosos o culturales están amparados por el derecho a la vida privada y por el derecho a manifestar las propias creencias (art. 8 y 9 del Convenio).

Recuerda que las restricciones que se realicen al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas deben reunir dos requisitos: que se lleven a cabo mediante ley (reserva de ley) -cuestión que garantiza la ley francesa impugnada-, y que el objeto de la restricción constituyan una medida necesaria para la protección del orden, la seguridad, la salud, la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás. Es decir, el Tribunal debe analizar si los motivos alegados por el Gobierno francés se encuentran dentro de los enumerados por la norma y si la restricción es necesaria en una sociedad democrática.

Tras la valoración de los objetivos alegados por el gobierno francés para legitimar la restricción, el Tribunal sólo admite uno: garantizar las exigencias mínimas de la vida en sociedad, y relaciona dicho motivo con el objetivo legítimo que constituye la “protección de los derechos y libertades de los demás”.

Rechaza que la limitación al uso del velo integral pueda basarse en la protección de la seguridad pública pues considera que no existe amenaza general y que el objetivo se hubiera conseguido con la obligación de mostrar el rostro y de identificarse cuando se prevea algún peligro.

También rechaza que la restricción se justifique sobre la base de la defensa de la igualdad o la dignidad humana. El Tribunal argumenta que el uso de estas prendas es defendido por las mujeres, como la demandante, en el ejercicio de su libertad y, por otra parte, destaca que contribuye al pluralismo y es expresión de la identidad cultural.

Tras valorar los objetivos alegados por el gobierno francés para justificar la restricción el Tribunal debe analizar si la misma es proporcionada en relación al fin perseguido. Para ello parte de una premisa: para Francia la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en los espacios públicos es una opción social. Esta opción trata de defender una forma de interacción entre los individuos que constituya expresión del pluralismo inherente a la sociedad democrática.

En estos casos, el Tribunal considera que debe mostrar cierta reserva en el ejercicio de su control de convencionalidad. Recuerda que, cuando están en juego cuestiones de política general, procede conceder una especial importancia al papel de los poderes decisorios nacionales. En consecuencia, concluye que el Estado francés disponía, en este caso, de un alto margen de apreciación y que la prohibición “puede pasar por proporcional al objetivo perseguido”, es decir la preservación de las condiciones de la convivencia. El fallo, por lo tanto, es favorable al Gobierno francés al considerar el Tribunal que no ha existido violación del Convenio.

6. Conclusiones críticas. La legitimidad de la prohibición del burka en los espacios públicos ha sido avalada así por el Tribunal de Estrasburgo. Esta sentencia constituye un precedente para que otros países europeos lleven a cabo también dicha prohibición. Hasta la fecha sólo Francia y Bélgica han legislado al respecto; en España hubo un intento que no prosperó por ser una iniciativa municipal (sent. TS de 14 de febrero de 2013). Se trata por lo tanto, de un tema abierto, como lo demuestran las propuestas existentes también en otros países como Italia, Suiza y Países Bajos.

Por nuestra parte, pese a estar de acuerdo con el fallo alcanzado por el Tribunal, consideramos que la sentencia del TEDH que comentamos supone un peligroso precedente en la jurisprudencia europea relativa a los límites que pueden establecerse a los derechos y libertades públicas reconocidos por el Convenio.

En efecto, el Tribunal parte del hecho de que las decisiones en cuanto a la apariencia que uno desea mostrar en los espacios públicos y privado son la expresión de la personalidad de cada uno y de la vida privada, así como de la libertad religiosa (arts. 8 y 9). Las limitaciones a estos derechos deben estar prescritas por la ley e inspiradas en alguno de los objetivos establecidos en la normativa. La enumeración de esos objetivos está prevista en los citados artículos del Convenio. Esta enumeración es exhaustiva y debe ser interpretada de forma restrictiva ya que se trata de limitaciones en el ejercicio de un derecho fundamental.

De las razones alegadas por el Gobierno francés para justificar la restricción de estos derechos individuales, el Tribunal sólo considera uno: la necesidad de cumplir con los requisitos mínimos de la vida en la sociedad, requisitos mínimos de civismo necesario para la relación social. Y sobre este objetivo, al que incluye dentro de “la protección de los derechos y libertades de los demás”, es en el que se basa para considerar la restricción legítima. Es decir, se considera que vestir el burka supone una violación del derecho de la sociedad francesa a vivir en un espacio de socialización y convivencia.

No creo que “los requisitos mínimos de la vida en sociedad” sea una posible limitación de la libertad religiosa expresamente prevista en el art. 9, 2 del Convenio, ni que pueda deducirse de la protección de “los derechos y libertades de los demás”. El Tribunal se basa en un concepto ambiguo e indeterminado. Con esta argumentación el Tribunal está haciendo lo que previamente recordaba que no debía hacerse: interpretar en sentido extensivo o amplio las posibles limitaciones al ejercicio de los derechos individuales.

De esta forma el Tribunal está dando cabida como eventuales límites de los derechos consagrados en el Convenio a valores no contemplados en el mismo y que, además, son de difícil concreción, como señalan las dos magistradas disidentes, en su voto particular. Las consecuencias de realizar una interpretación extensiva de los límites que pueden establecerse a las libertades individuales supone quebrantar esas mismas libertades, fruto de una histórica lucha.

Existían otras vías argumentativas a favor de la legitimidad de la ley francesa que el Tribunal ha descartado y que, bajo mi punto de vista, serían más acertadas ya que no forzarían la interpretación de la norma, creando ese peligroso precedente al que nos referíamos.

En efecto, el primer motivo alegado por el gobierno francés fue la seguridad pública (previsto tanto en el art. 8 del Convenio, como en el art. 9). La prohibición del uso de prendas que oculten el rostro en lugares públicos está evidentemente ligada a la seguridad y el Tribunal la rechaza con la simpleza argumentativa de recurrir a la obligación de enseñar el rostro en caso de riesgo. Considero, no obstante, que la seguridad pública se defiende y protege también con la previsión y prohibición de ciertos actos potencialmente peligrosos. En ocasiones la solicitud de mostrar el rostro para identificarse, por parte de la autoridad, no es suficiente para evitar determinados peligros, sobre todo en la situación de alerta en la que nos encontramos actualmente ante las amenazas del denominado “Estado islámico”. En este sentido, recientemente, en España, el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, ha elevado a la vicepresidenta del Gobierno un informe sobre la peligrosidad de la utilización del burka en Melilla y en Ceuta, tras haberse detectado el uso fraudulento de estas prendas por hombres para ocultar su identidad. Parece así que serios motivos de seguridad pública avalarían esta decisión.

Pensamos que la prohibición de la ley francesa estaría más claramente justificada sobre la base del orden público que sobre la protección de los derechos y libertades de los demás. El necesario cumplimiento de los requisitos mínimos de la vida en sociedad, motivo alegado por el Gobierno francés para justificar la restricción y avalado por el Tribunal, está más ligado al orden público. Téngase en cuenta que el concepto de orden público se deduce tanto de los derechos y libertades individuales, como del conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento determinado. Alegar el orden público evitaría realizar una interpretación extensiva de los límites a la libertad de manifestar las propias creencias y los riesgos que conlleva.

En cuanto al juicio de proporcionalidad acerca de la medida adoptada en relación a su necesidad para alcanzar el fin, la sentencia menciona “el amplio margen de apreciación” que tienen los Estados para valorar las injerencias en el derecho de libertad religiosa u otros derechos fundamentales. Se reafirma así la línea de ampliación de los márgenes de discrecionalidad del Estado, abierta con el caso *Lautsi* y otros contra Italia (sent. TEDH n° 30814/06, de 18 de marzo de 2011). Creemos que esta apertura en la interpretación del margen de apreciación no deja de ser motivo de preocupación por la indeterminación jurídica que produce y la discrecionalidad que ofrece a los Estados.

En este caso, sin embargo, compartimos la valoración del Tribunal cuando considera que existen razones de peso para que los Estados, en uso de ese margen de apreciación, puedan adoptar medidas similares a las del gobierno francés, con el objetivo de preservar los principios y valores básicos sobre los que se sustenta el Estado democrático.

Bajo nuestra perspectiva, el uso del burka o del *niqab*, aunque sea una decisión personal, constituye una degradación de la mujer ya que la despersonaliza y le priva de su identidad, le impide relacionarse con la sociedad en condiciones de igualdad, la aparta y la condena al ostracismo social. En determinados países el uso de esta prenda está impuesto de forma obligatoria a las mujeres, a las que se relega y se les priva de los derechos fundamentales. Por otra parte, cada vez es más evidente que el uso del burka o del *niqab*, trasciende de lo privado y que se ha convertido en signo de identidad de Estados intolerantes en donde se vulneran sistemáticamente los derechos humanos, especialmente de las mujeres, de tal forma que admitirlo supondría aceptar la exclusión social, voluntariamente aceptada o no, de las mujeres que lo portan. Por ello resulta comprensible que su uso haya originado una importante polémica en la sociedad europea y, que, otros países tras la estela de Francia y Bélgica encuentren razones para prohibir, de manera generalizada, este símbolo religioso en los espacios públicos.