

Título: El uso del velo integral islámico. Burka o nicab. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2017 (octubre), 17/10/2017, 3

Cita: TR LALEY AR/DOC/2356/2017

Sumario: I. Introducción.— II. El caso Fouzia Dakir.— III. La jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa anterior al año 2014.— IV. La resolución de la Corte de Derechos Humanos de Europa en el caso "S. A. S.".— V. Conclusión.

#### I. Introducción

En la realidad, salvo los motociclistas, los buzos, los astronautas y algunos profesionales del arte de curar, sólo las mujeres circulan totalmente cubiertas. Y la diferencia entre ellos estriba en que los primeros lo hacen ocasionalmente y las segundas siempre que salgan del ámbito doméstico tienen que cubrirse totalmente. El rostro y el cuerpo, tanto en invierno como en verano, tanto en la calle como en cualquier lugar público (1).

Estas vestimentas son el símbolo más evidente de la violencia de género contra las personas del sexo femenino, a quienes se obliga a circular por la vida totalmente cubiertas para no tentar a nadie con su cuerpo, sin importar si a las portadoras les gusta o no les gusta utilizar estas cárceles de tela para poder realizar las tareas imprescindibles fuera de su hogar, sin consideración a la incomodidad que causan ni a la privación de visibilidad que provocan.

La cuestión estriba en determinar si un Estado puede prohibir que las mujeres circulen en los espacios públicos con la cara completamente cubierta o si, por el contrario, en aras del respeto a la autonomía de la libertad y a la libertad religiosa, todo Estado debe tolerar que las personas de sexo femenino oculten totalmente su rostro y cuerpo y se relacionan en forma desigual con sus congéneres (2).

Este interrogante se suscita a partir de que ciertas mujeres pertenecientes a grupos ortodoxos musulmanes son obligadas a circular en espacios públicos absolutamente cubiertas con un burka o con un nicab y que otras alegan la libertad religiosa y el respeto al multiculturalismo para poder hacerlo.

Normalmente el uso de esta vestimenta es impuesta por los hombres a las mujeres como una cuestión de dominación cultural y constituye una de las tantas formas de violencia a las que las personas de sexo femenino son sometidas.

La prohibición de un uso coaccionado del velo islámico (integral no) no es constitucionalmente problemática, puesto que la ilicitud de la coacción, unida al mandato positivo de protección de la libertad individual que pesa sobre los poderes públicos y a las reglas de las convenciones de "Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer" (CEDAW) y a la convención de Belem Do Para justifican plenamente las sanciones penales y administrativas que se impongan a quienes obliguen a una mujer (mayor o menor de edad) a llevar velo islámico integral (3).

Lo que resulta constitucionalmente problemático es la prohibición del uso libre del velo integral islámico por parte de la mujer como expresión del ejercicio de sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la libertad religiosa, sea ésta mayor o menor de edad.

Muchos Estados occidentales se han planteado si pueden prohibir la utilización del burka o el nicab en los espacios públicos, con el fin de combatir en sus países esta forma de agresión a las mujeres, de ayudar a la relación de los unos y los otros y de contribuir a la seguridad. De ellos son muy pocos los que han dictado leyes que impidieran a las mujeres circular por las áreas públicas con el rostro completamente cubierto. Concretamente solo conocemos tres legislaciones: la de Bélgica, la francesa y la de un Cantón Suizo, a las que debemos agregar una ordenanza comunal española que fue declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Español.

Estas leyes son ampliamente criticadas porque se señala que ellas no protegen a las mujeres sino, al contrario, las encierran y aíslan más de lo que se encuentran, ya que sin el velo que las cubre se les obstaculizará totalmente la asistencia a los lugares públicos, incluso a los imprescindibles como los hospitales y las escuelas.

Dicho en otros términos, para un sector del pensamiento hay que tolerar la violencia del burka para impedir la violencia que sufrirán quienes no usen burka.

Evidentemente este razonamiento es falso ya que la violencia no puede, ni debe ser tolerada aunque aparezca bajo la modalidad de un vestido, de un pañuelo, de un velo o de una túnica.

Por otra parte, queremos aclarar que cuando nos referimos al espacio público estamos haciendo referencia tanto las vías públicas como los edificios públicos, como puede ser un aeropuerto o una estación de trenes,

donde por otra parte el ocultamiento del rostro facilita los atentados violentos y extremistas de grupos radicalizados.

En el plano jurídico en defensa del uso del velo islámico integral se sostiene que hay mujeres que usan burka por decisión personal libremente tomada y que su utilización no constituye un acto de violencia impuesta sino una forma de ejercer la religión, que no puede ser limitada sobre la base de derechos fundamentales reconocidos en los pactos de derechos humanos, como lo son los derechos a ejercer la religión y a la intimidad.

Creemos que aun en esos casos la prohibición es legítima porque el ocultamiento integral del rostro vulnera la seguridad, restringe la prevención, limita la identidad, atenta contra la pluralidad e impide una plena comunicación entre seres humanos, ya que la circulación en los espacios públicos evitando la identificación va en contra de la seguridad y de la prevención y no permite el desarrollo conjunto de las personas.

La cuestión ha vuelto a cobrar importancia a partir de dos casos dictados por la Corte de Estrasburgo.

## II. El caso Fouzia Dakir <sup>(4)</sup>

La solicitante, Fouzia Dakir, es una ciudadana belga nacida en 1977 y residente en Dison (Bélgica). En junio de 2008, la comuna de Dison, Pepinster, Verviers adoptó un reglamento municipal que prohibía llevar una prenda que ocultara el rostro de la gente en todo momento y en cualquier lugar público.

En agosto de 2008, la Sra. Fouzia Dakir manifiesta que profesa la fe musulmana y que desea llevar nicab —velo que le cubre el rostro excepto los ojos— y como la reglamentación municipal le prohíbe portarlo en lugares públicos, presenta un recurso de anulación del reglamento en cuestión ante el Consejo de estado.

Fouzia Dakir sostiene, entre otras cosas, que la prohibición interfería en sus derechos garantizados por los arts. 8º, 9º, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. También manifiesta que la interferencia no perseguía un propósito legítimo en la medida en que el principio de laicidad no es un principio constitucional y que el velo no podría prohibirse en general.

Bélgica rechazó el recurso y la peticionante llevó la cuestión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo, por unanimidad, que no había habido violación de los arts. 9º (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 8º (derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos. El art. 14 (prohibición de la discriminación), en combinación con los arts. 8º y 9º de la Convención. Violación del art. 6º § 1 (derecho de acceso a un tribunal).

El Tribunal señala que los reglamentos aprobados en junio de 2008 por tres municipalidades de Bélgica (Pepinster, Dison y Verviers) relativos a la prohibición de usar un vestido que oculte los rostros de la gente en su espacio público no son violatorios de los derechos humanos, y que por lo tanto pueden ser considerados legítimos.

La Corte encuentra que la prohibición de circular con el rostro cubierto se encuentra justificada por las condiciones de la "convivencia" como parte de la "protección de los derechos" y libertades de los demás. Por lo tanto considera que la restricción en cuestión puede aceptarse "en una sociedad democrática" y que, como lo sostuvo en el precedente anterior dictado en el precedente "S. A. S. c. France [GC]", nro. 43835/11, CEDH 2014, la cuestión de la aceptación o no del uso del velo completo en el espacio público belga es una opción social.

La Corte entiende que gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado están en principio en mejor posición que el juez internacional para evaluar el contexto y las necesidades locales.

Cuando están en juego cuestiones de política general, en la que razonablemente pueden existir diferencias profundas en un Estado democrático, hay que dar especial importancia al papel de las decisiones nacionales.

En tal sentido el Tribunal de Estrasburgo afirma que debería, en principio, reconocer el Estado un amplio margen de apreciación para decidir si y hasta qué punto una restricción en el derecho a manifestar su religión o creencia es "necesaria". En este caso, el estado belga ha oído, mediante la adopción de las disposiciones en cuestión, que responden a una práctica que considera incompatible en la sociedad belga, con métodos de comunicación social y en general con el establecimiento de relaciones esenciales para la vida en sociedad.

La Corte afirma que proteger una modalidad de interacción entre los individuos es clave para el funcionamiento de una sociedad democrática. En esta perspectiva, similar a la situación que se presentó en Francia (c. S.A.S. de Francia), acepta que la cuestión de la aceptación o no del velo completo en el espacio público belga es una opción social. Por otra parte, si bien es cierto que el alcance de la prohibición es amplia ya que se refiere a todos los lugares accesibles al público, la normativa impugnada no afecta la libertad de usar cualquier vestido o ropa —con o sin connotación religiosa— en el espacio público que no oculte la cara.

### III. La jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa anterior al año 2014 [\(5\)](#)

Para entender la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa con respecto al velo islámico, hay que establecer la diferencia entre sus distintas modalidades, según oculte o no el rostro de la mujer. Al respecto nos encontramos, por un lado, con el simple pañuelo [\(6\)](#) que constituye un símbolo religioso y, por otro, con velos integrales que ocultan el rostro, cuyo uso puede comprometer la seguridad y el orden público.

Tanto el uso del pañuelo como la utilización del velo integral han recibido prohibiciones, que han sido cuestionadas por su contrariedad con el derecho a la intimidad y a la libertad religiosa.

Las prohibiciones de utilización del pañuelo no han sido iguales a las interdicciones del uso del velo integral. En el primer caso se ha tratado de limitaciones en lugares determinados, como por ejemplo en escuelas, y en el segundo de prohibiciones absolutas en lugares públicos.

El fundamento de una y otra limitación tampoco ha sido el mismo, ya que en el caso del pañuelo su prohibición se basa en la laicidad, mientras que las interdicciones al burka tienen su razón de ser en motivos de seguridad, de prevención, de orden público y de contrariedad con valores democráticos y republicanos.

Hasta el año 2014 la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había pronunciado solo en relación con el pañuelo en distintas sentencias que se refieren a problemas suscitados en ámbitos concretos, en general de enseñanza, y no a casos de prohibiciones generalizadas.

Pueden citarse las sentencias de los casos "Dahlab c. Suiza" (nro. 42393/1998) [\(7\)](#) [\(8\)](#); "Leyla Sahin c. Turquía" del 29/06/2004 y la dictada sobre el mismo caso por la Gran Sala del 10/11/2005; "Kose y otros c. Turquía", 2006, "Dogru y Kervanci c. Francia" del 04/12/2008 [\(9\)](#) y "Ahmet Arslam y otros c. Turquía" del 23/02/2010 (aunque ésta referida a hombres).

El caso de "Leyla Sahin c. Turquía" trataba de una joven de nacionalidad turca nacida en 1973 que vivió en Viena hasta 1999, año en el cual dejó Austria para continuar sus estudios en la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul, Turquía.

Leyla pertenecía a una familia tradicional que practicaba el Islam y acostumbraba a llevar el velo islámico para cumplir con un precepto religioso.

El 23/02/1998, cuando la joven cursaba el quinto año de la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul, el rector emitió una circular que establecía que las alumnas con el velo islámico podrían ser admitidas en los cursos o pasantías, o en el trabajo.

En marzo de 1998, a Leyla se le negó la posibilidad de rendir pruebas escritas porque llevaba el velo islámico. Posteriormente, se le negó por la misma razón su registro o admisión a varios cursos, así como acceso a escritos en un material de análisis.

Leyla cuestionó la convencionalidad de la disposición y la cuestión llegó a la Corte de Derechos Humanos. Tanto la sentencia de Cámara dictada el 29/06/2004 como la sentencia de la Gran Sala del 10 de noviembre del 2005 resolvieron que la disposición del rector que prohibía el uso del pañuelo no era contraria a la Convención.

Al igual que la Cámara, la Gran Sala partió del supuesto de que la circular en cuestión, que impuso restricciones de lugar y forma en el derecho a llevar el velo islámico en las universidades, constituye una injerencia en el derecho de la demandante a manifestar su religión. Pero ambos Tribunales consideraron que la injerencia impugnada persigue principalmente los objetivos legítimos de protección de los derechos y libertades de los demás y de la protección del orden público, basada, en particular, en los principios de laicidad y de igualdad.

En ambas resoluciones se acepta que el secularismo es garante de los valores democráticos y es el punto de encuentro de la libertad y la igualdad.

En el fallo de la Gran Sala se resalta que el principio de laicidad impide que el Estado manifieste una preferencia por una religión o creencia; y que es necesario para proteger a la persona, no sólo contra la interferencia arbitraria del Estado, sino de la presión externa de los movimientos extremistas.

El Tribunal, al examinar la cuestión del velo islámico en el contexto turco, consideró que tenía que tener en cuenta el impacto que el uso de estos símbolos que se presentan o se perciben como obligatorios para ciertos sectores del Islam puede tener en las personas que optaron por no llevarlo. Como ya se ha señalado, las cuestiones en juego incluyen la protección de los "derechos y libertades de los demás" y el "mantenimiento del orden público" en un país en el que la mayoría de la población, mientras profesa un fuerte apego a los derechos de mujeres y un estilo de vida secular, se adhirieron a la fe islámica.

Al resolver, el Tribunal no perdió de vista el hecho de que había movimientos políticos extremistas en

Turquía que trataban de imponer a la sociedad en su conjunto sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad fundada en preceptos religiosos.

En este contexto, considero que la prohibición de usar el pañuelo en los establecimientos educativos no era contrario a las pautas emanadas de las convenciones de derechos humanos porque tiene como fundamento el respeto a la laicidad que es fundamental para que se desarrolle el pluralismo y es la base del respeto de los derechos de los demás.

#### IV. La resolución de la Corte de Derechos Humanos de Europa en el caso "S. A. S."

En el caso "S. A. S. c. Francia", la Corte de Derechos Humanos de Europa señaló que la prohibición absoluta de usar el velo integral en espacios públicos era una limitación al derecho a la vida privada y a practicar una religión, pero conforme a su jurisprudencia anterior manifestó que estos derechos admitían limitaciones cuando estaba en juego el orden público y el derecho de los demás, y juzgó que en el caso en Francia el ocultamiento del rostro violaba el derecho de los demás en tanto impedía la comunicación de los unos con los otros, según las bases sobre las que se había construido la sociedad democrática francesa.

El Alto Tribunal de Estrasburgo puso de relieve que el número de mujeres involucradas es bajo, ya que según el informe de la Asamblea Nacional Francesa "Sobre la práctica de llevar el velo en el territorio nacional", aproximadamente 1900 mujeres llevaban el velo islámico en Francia a finales del año 2009, y que como esta cifra es pequeña en relación con los sesenta y cinco millones de habitantes de Francia y el número de musulmanes que viven allí, puede parecer desproporcionado que para responder a esa situación se dicte una prohibición general, pero la Corte entiende que es una meta a la cual las autoridades han concedido mucha importancia, porque vulnera los principios esenciales sobre los que se estructura la República Francesa. Esto se advierte en el memorando explicativo que acompaña el proyecto de ley, que indica que "si existe un problema sistemático frente a los encubrimientos, es porque resulta simplemente contrario a los requisitos básicos de la 'vida juntos' 'en la sociedad francesa' y que 'el ocultamiento sistemático de la cara en espacio público es contrario a los ideales de fraternidad' y 'al requisito mínimo de civilidad necesaria para la relación social'".

El Tribunal de Estrasburgo acepta que es legítimo y convencionalmente aceptable que un estado dé gran importancia a la interacción entre los individuos y que estime que esta interacción no se puede producir libremente con el rostro cubierto.

La Corte señala que el Estado demandado restringe de alguna manera el campo del pluralismo con la medida adoptada, pero que ella puede ser admitida como válida porque el uso del velo integral es una práctica considerada incompatible, en la sociedad francesa, con los términos de la comunicación social y, más ampliamente, de "vivir juntos".

Desde esta perspectiva la Corte entiende que la actitud del Estado belga es conforme con la Convención de Derechos Humanos de Europa en tanto pretende proteger una modalidad de interacción entre individuos, imprescindible para la expresión no sólo de pluralismo, sino también de la tolerancia y amplitud de miras, sin la cual no es posible ninguna sociedad democrática.

En consecuencia, el Tribunal considera que la prohibición impugnada puede considerarse justificada en la medida en que pretende asegurar las condiciones para el vivre ensemble.

#### V. Conclusión

La decisión de la Corte de Derechos Humanos de Europa de considerar conforme con el Tratado de Derechos Humanos de Europa la prohibición del uso del velo islámico integral respeta los valores fundamentales sobre los que se cimientan las sociedades democráticas y, como señalaba Vargas Llosa, el razonamiento de que debe tolerarse el burka como una forma de proteger la libertad es un "razonamiento aberrante y demagógico que debe ser denunciado con energía, como lo que es: un gravísimo peligro para el futuro de la libertad".

El supuesto del velo islámico integral es la punta del iceberg de un problema legal, político y sociológico muy complejo que ha sido resuelto con equidad por la Corte de Derechos Humanos de Europa.

La prohibición de circular completamente cubiertos con un velo que impide toda demostración de la identidad es legítima porque el ocultamiento integral del rostro vulnera la seguridad, restringe la prevención, limita la identidad, atenta contra la pluralidad e impide una plena comunicación entre seres humanos.

El razonamiento de que hay que tolerar la violencia del burka para impedir la violencia a que sufrirán quienes no usen burka es inaceptable, ya que la violencia no puede, ni debe ser tolerada aunque aparezca bajo la modalidad de un vestido, de un pañuelo, de un velo o de una túnica.

(1) La cuestión ha suscitado un gran debate doctrinario; ver entre otros: MEDINA, Graciela, "Vestimentas que

violan los derechos humanos de las mujeres. Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa", LA LEY 01/09/2014, 1 - LA LEY 2014-E, 734; ALÁEZ CORRAL, Benito, "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral", en Europa UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nro. 28, 2011, ps. 483-520 Dialnet; BRIONES MARTÍNEZ, Irene M., "Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia" (especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia Anuario de Derechos Humanos), Nueva Época, vol. 10. 2009 (17-82); MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", [www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07\\_10\\_41\\_980.pdf](http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf); KOUSSENS, David - BERNATCHEZ, Stéphane — ROBERT, Marie-Pierre, "Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux", Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société, 2013, vol. 29, nro. 1, ps. 77-92. Doi: 10.1017/cls.2013.49 29 Can. J.L. & Soc. 77 2014 29 Content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>). Para un análisis de la controversia sobre el burka en el orden público europeo ver McCREA, Ronan, "The Ban on the Face Veil and European Law", Human Rights Law Review, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30699.pdf>; PEI, Sally, "Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights", Yale Law Journal, 122, 2013, 1089.

(2) El tema ha sido tratado por la Sentencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa en "Affaire Dakir c. Belgique (Requête nro. 4619/12), Estrasburgo, 11/07/2017, "Affaire S. A. S. c. France" (Requête nro. 43835/11) dictado en Estrasburgo, julio 2014.

(3) ALÁEZ CORRAL, Benito, "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/viewFile/6969/6667>, consultado el 30 de julio del 2017.

(4) Sentencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa en "Affaire Dakir c. Belgique" (Requête nro. 4619/12), Estrasburgo, 11/07/2017.

(5) MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", [http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07\\_10\\_41\\_980.pdf](http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf).

(6) Hay que distinguir el chador del pañuelo. Un chador es una prenda de calle femenina típicamente iraní, consistente en una simple pieza de tela semicircular abierta por delante que se coloca sobre la cabeza, cubriendo todo el cuerpo salvo la cara. Al Amira: se trata de un velo de dos piezas; una a modo de gorro que se ajusta a la cabeza, y la otra una especie de bufanda a modo de tubo que se ajusta al cuello y cubre también parte de la cabeza. Puede ser de algodón, poliéster o licra. Shayla: es un pañuelo rectangular que se puede llevar de distintas maneras, aunque una de las más comunes es cubriendo la cabeza y por encima del cuello. Es el tipo de velo que más se ve en España.

(7) "Dahlab c. Suiza", decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nro. 42393/98, 15 de febrero de 2001. Ver un comentario al respecto en RODRIGO LARA, María Belén, "Minoría de edad y libertad de conciencia", Madrid, 2005; y su tesis doctoral "La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad", <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514>, ps. 358-359, donde trata el tema de la exhibición de símbolos religiosos en las escuelas. Ver además, en relación con la cuestión del crucifijo en Italia, la resolución del Consejo de Estado italiano de 1988 (Consiglio di stato, Sez. II, Parere 27 aprile 1988 n. 63/1988), Resolución de la Avvocatura dello Stato de Bolonia, de 16/07/2002, Circular del Ministerio de Instrucción Pública (circolare ministeriale 09/06/1988 nro. 157, Prot. nro. 13039/571/GL) que reproduce el contenido del dictamen del Consejo.

(8) "Köse y otros 93 demandantes c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nro. 26625/02", 24 de enero de 2006.

(9) "Dogru c. Francia", y "Kervanci c. Francia", ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha. Las demandantes eran, en concreto, dos estudiantes musulmanas, de doce años en el momento de los hechos, que desde principios de 1999 comenzaron a asistir a clase con su cabeza cubierta con un pañuelo, por motivos religiosos. El profesor de educación física, aduciendo razones de higiene y seguridad, no les permitió seguir la clase de deporte con la cabeza cubierta. Las alumnas insistieron y finalmente fueron expulsadas y el Tribunal de Derechos Humanos convalidó la decisión. 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. Un comentario a esas sentencias puede verse en CHELINI-PONT, B. — GIRARD, D., "Le voile musulman et la conception française de l'État laïc", en RGDCDEE 19 (2009), ps. 1-11.