

El «valor de la convivencia» como argumento fuerte
y débil para la prohibición del velo integral
en la jurisprudencia europea¹

*The «Value of Living Together»
as Thick and Thin Argument for the Integral Veil Ban
in the European Case Law*

Por ENCARNACIÓN LA SPINA
Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe
Universidad de Deusto

RESUMEN

Tradicionalmente, la jurisprudencia estrasburguesa ha siempre intentado justificar la prohibición del velo islámico de acuerdo a argumentos más concretos que abstractos. Sin embargo, a raíz de la última decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición general del velo integral en Francia, el valor de la convivencia alcanza una amplia y preferente dimensión panaeuropea. Esta propuesta plantea una reflexión crítica sobre las «líneas de fuerza» del argumento de la convivencia en la jurisprudencia nacional y supranacional. Básicamente porque no solo

¹ Investigador postdoctoral del programa de contratos de formación postdoctoral de Ministerio de Economía y Competitividad, referencia FPDI-2013-16413. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Diversidad y Convivencia. Los derechos humanos como guía de acción*, DER 2015-65840-R (MINECO/FEDER). Y también ha sido realizado en el marco del programa Fernand Braudel-IFER (International Fellowships for Experienced Researchers) y la Comisión europea (Programme Action Marie Curie_COFUND-7ème PCRD) LabexMed, CERIC– UMR 7318 reference 10-LABX-0090.

es un concepto jurídico indeterminado que crea incertidumbre jurídica sino que también eleva el margen de apreciación de los Estados sin suficiente base probatoria.

Palabras claves: *Convivencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, margen de apreciación, argumentos, Francia y Bélgica*

ABSTRACT

Traditionally, Strasbourg case law has always tried to justify the islamic veil ban according to more concrete reasons than abstract legal basis. However, due to the decision of the last Grand Chamber of the European Court of Human Rights about general prohibition of integral veil in France, the value of living together reaches a broad and priority pan-European dimension. This proposal raises critical remarks on the «lines of force» of living together's argument in national and supranational case law. Basically, because it is not just a vague legal concept that creates legal uncertainty but also increases the margin of state discretion without sufficient evidenciary basis.

Key words: *Living together, European Court of Human Rights, margin of discretion, arguments, France and Belgium*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. ALGO MÁS QUE CUESTIONES TERMINOLÓGICAS: CONVIVENCIA, COEXISTENCIA Y TOLERANCIA.—II. EL ALCANCE PROPULSIVO DEL OBJETIVO LEGÍTIMO DEL «VIVRE ENSEMBLE» EN FRANCIA Y BÉLGICA.—III. LA JURISPRUDENCIA ESTRASBURGUESA SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL: MARGEN DE APRECIACIÓN Y/O (DE)GRADACIÓN DE ARGUMENTOS.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: INTRODUCTION.—I. MORE THAN TERMINOLOGICAL QUESTIONS: LIVING TOGETHER, COEXISTENCE AND TOLERANCE.—II. THE PROPULSIVE SCOPE OF THE LEGITIMATE AIM OF «VIVRE ENSEMBLE» IN FRANCE AND BELGIUM.—III. STRASBOURG'S CASE LAW ON INTEGRAL VEIL BAN: DISCRETION AND /OR (DE)GRADATION OF ARGUMENTS.—IV. CONCLUDING REMARKS.—V. BIBLIOGRAPHY.

INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia europea se han presentado numerosas ocasiones para iniciar, posponer e incluso retomar el debate sobre el alcance y las implicaciones jurídicas que conlleva la prohibición del velo islá-

mico en los distintos Estados europeos². Los motivos esgrimidos a favor de la prohibición han tenido diferente índole pues han oscilado entre los más concretos, relacionados con el orden público material, como la seguridad pública, el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos, o la tutela de los derechos fundamentales de los demás, y en particular el derecho a la educación. Sin perjuicio también de otros de lo más abstracto, relacionados con el llamado «orden público inmaterial» que incluye la convivencia o el riesgo de generar un conflicto con los fundamentos del orden democrático-liberal occidental, entre los que están la dignidad de la mujer y la igualdad de género, la neutralidad religiosa del Estado, la necesidad de evitar la formación de sociedades paralelas o la presión social a las que conduciría el multiculturalismo, etc. Entre todos los posibles *leit motiv* que justifican una intervención normativa precisamente son estos últimos aquellos que han trascendido de forma más clara en la decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³ al no considerar la ley 2010-1192 del 11 de octubre de 2010⁴ contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A raíz de esta decisión mediáticamente esperada como si se tratara de causar un golpe de efecto⁵, lejos de apelar a motivos de reproche jurídico concreto se ha reproducido sin más el argumento del irrefutable valor del «vivre ensemble» o en su versión inglesa «living

² Recientemente, a nivel europeo junto a las dos únicas leyes de prohibición general del velo islámico de Bélgica y Francia, en Holanda se ha presentado un proyecto de ley por parte del Gobierno de Rutte que contiene la posibilidad de imponer multas de hasta 405 euros si se portan prendas que cubran el rostro, además de que las autoridades policiales podrán pedir a quienes lleven esas vestimentas que se las quiten para proceder a su identificación.

³ STEDH de 1 de julio de 2014, (GC) *SAS v France* Application no 43835/11.

⁴ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JORF n°0237 du 12 octobre 2010 page 18344 texte n° 1). Art. 1 «Nadie puede, en el espacio público, llevar ropa destinada a ocultar su rostro» y art. 2 «A los efectos del art. 1, el espacio público se compone de las vías públicas y lugares destinados al servicio del gobierno público. II. La prohibición establecida en el art. 1 no se aplicará si se requiere o permite la ley o los reglamentos de la conducta, si se justifica por razones de salud o razones profesionales o si son parte de las actividades deportivas, celebraciones o eventos artísticos o tradicionales. El art. 3 «La ignorancia de la prohibición establecida en el art. 1, se castiga con una multa por los delitos de segunda clase [150 euros como máximo]. La obligación de cumplir el curso de ciudadanía mencionada en el art. 131-16 del Código Penal se podrá imponer al mismo tiempo o en lugar de la multa.» También mencionar del Código Penal francés el art. 225-4-10 «El hecho de que alguien imponga una o más personas para ocultar sus rostros por amenazas, violencia, coacción, abuso de poder o abuso de poder, debido a su sexo, se castiga con un año de prisión y € 30.000 multa. Cuando el hecho se cometa contra un menor de edad, la pena se elevará a dos años de prisión y una multa de € 60.000. ».

⁵ Sobre el trasfondo más político que jurídico *vid.* YUSUF, H., «S. A. S. v. France. Supporting «Living Together» or Forced Assimilation», *International Human Rights Law Review*, vol.3, 2014, pp.277-302. GALEMBERT, C., «Forcer le droit à parler contre le burqa: Une judiciaire politics à la française?», *Revue française de science politique*, vol. 64, n.4, 2014, pp. 647-668.

together». Esto es el valor de la convivencia como apuntada en la jurisprudencia constitucional belga y francesa pero con dos aportaciones: un matiz y una amplia dimensión pan europea. Si bien en la fundamentación jurídica ha habido una cuidada selección y descarte de los posibles fines legítimos que se podían alegar a favor de la prohibición del velo islámico, la irrupción preferente del valor de la convivencia como argumento de peso guarda la apariencia de un fuego fatuo⁶ tal y como se tratará de analizar en este trabajo.

Para ello, en un primer lugar se realizará una aproximación conceptual sobre los tres llamados conceptos-valor objeto de protección: convivencia, coexistencia, tolerancia y seguidamente se analizará el alcance relativo de tales valores como argumentos gruesos para justificar la proporcionalidad de las medidas tendentes a la prohibición del velo integral en Europa⁷. Y, asimismo se plantearán dudas razonables sobre las líneas de fuerza que presentan los mismos tanto en las sedes jurisprudenciales belga y francesa como en la jurisprudencia estrasburguesa. Aunque se incidirá precisamente en esta última que ha movilizadado la opinión pública por medio de una «falsa necesidad» de prohibir del velo integral que es, en la mayoría de las discusiones, meramente teórica a falta de un número congruo de mujeres portadoras de velos integrales que hayan presentado realmente problemas de identificación o conflictividad social.

I. ALGO MÁS QUE UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: CONVIVENCIA, COEXISTENCIA Y TOLERANCIA

La interesada apelación a la convivencia como un bien jurídico a proteger en Europa plantea una cuestión terminológica básica. Como punto de partida parece fundamental discernir que se entiende por este valor y qué proyección se quiere dar en unas sociedades llamadas a ser multiculturales. La combinación de ambos vectores: significación y proyección marca la consistencia de los contornos y de los distintos tipos de razones (razones no necesariamente concluyentes o definitivas) que afectan a la permisibilidad o no de determinadas conductas en aras de la convivencia.

Si como resultado de tal combinación se identifica la convivencia con una *relación intrínsecamente armoniosa* todo se reduce a promover la existencia de una tendenciosa idealización de la armonía, dado que la convivencia implica conflicto y es también conflicto en su con-

⁶ En la literatura, es habitual la referencia al fuego fatuo que tiene a menudo un significado metafórico, describiendo cualquier esperanza o meta que guía a alguien pero que es imposible de alcanzar, o algo que uno encuentra siniestro y desconcertante.

⁷ WALZER, M.. *Thick and Thin Moral Argument at Home and Abroad*, Indiana, University of Notre Dame Press Notre Dame, 1994, p. 3.

notación positiva y negativa. No en vano en las sociedades contemporáneas la diversidad de puntos de vista o individuos es a la vez el resultado y la causa de la complejidad social. Tanto las tendencias a la integración como las tendencias hacia el conflicto van entrelazándose de forma continua, alcanzando en la sociedad contemporánea cotas desconocidas de complejidad. Una complejidad que desde el ámbito jurídico no debe reducirse como si no existiera aunque de hecho exista⁸. Básicamente por dos razones. Primero las sociedades complejas representan una multiplicidad de perspectivas no siempre coherentes entre sí, más bien casi nunca y segundo esas sociedades son jerarquizadas en base a ciertas relaciones de poder dentro de un marco de posibles intervenciones dirigidas a condicionar el campo de acciones actuales o eventuales, presentes o futuras de los sujetos. Por lo tanto, en la búsqueda de la armonía existe una lucha por el predominio de unos determinados puntos de vista sobre otros, de acuerdo con las relaciones de poder que logran imponerse frente a ciertas concepciones sobre todo del grupo porque son difundidos como «más válidos» y «más importantes» que otros considerados anómicos o ejemplos de «conductas desviadas»⁹.

Además si bien en el mundo anglosajón, «convivencia» suele traducirse por *co-existence*, este no es estrictamente un término sinónimo ya que describe una opción deliberada de «living together»¹⁰. Si lo que se salvaguarda es tanto la convivencia como la coexistencia ambas no dejan de ser matizables por cuanto la primera en función de quién la interpela puede conllevar por lo general un sentido más positivo, hasta cuando se percibe por alguna de las partes que «hay una mal convivencia» pues se está mostrando que se desea lo contrario y se debe romper dicha irreversibilidad aprendiendo «una forma al uso» de convivir. Precisamente, aquí la coexistencia entraña una ligera connotación de resignación a la hora de aceptar al otro con el que se convive no por necesidad, sino porque no hay más remedio. De este modo, el «vivre ensemble» puede llegar a compartir dos características en común con la tolerancia en su acepción tradicional: por un lado, es algo deseable y, por el otro, implica – en algún grado – una percepción más positiva porque promueve algo obviamente teniendo en cuenta la mayoría o el mayor número de miembros de la sociedad al no reconocer el sujeto tolerado como un igual. Se trata meramente de

⁸ RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos. Intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, 32, 2015, pp. 79-105, p. 92-93.

⁹ DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, Madrid, Akal, 1982. Por ejemplo, la anomia, en su opinión, es un indicador del bajo nivel de integración social y se produce como consecuencia de la falta de reglas morales y jurídicas que lleva aparejada la debilidad de las instituciones económicas y sociales.

¹⁰ Una expresión que ha inspirado el Informe «Living Together: Combining diversity and freedom in 21st-century», Grupo de Personas Eminentes del Consejo de Europa, Mayo de 2011. URL= <http://human-rights-convention.org/2011/05/11/living->

permitir en su sentido débil; más bien, aguantar, soportar el uso de ciertas prendas, imprimiendo un inequívoco aroma de paternalismo¹¹.

Asimismo, tanto la tolerancia en su dimensión de virtud privada como en su proyección de principio del espacio público (jurídico-político) hace difícil discernir el falsamente innovador reto de la convivencia bajo la envoltura del «vivre ensemble» pues está muy lejos de hacer frente a la relación engañosa entre tolerancia e intolerancia respecto a la diversidad. Una falacia reestructurada que encuentra su manifestación más clara en aquellas medidas y argumentos tendentes a la implacable prevención del conflicto y a la negación del reconocimiento de la autonomía del otro sin posibilidad de crear espacios de negociación o resolución en caso de conflictos o tensiones.

II. EL ALCANCE PROPULSIVO DEL OBJETIVO LEGÍTIMO DEL «VIVRE ENSEMBLE» EN FRANCIA Y BÉLGICA

En la búsqueda de objetivos legítimos y necesarios para justificar la restricción *ex lege* del velo integral en una sociedad democrática, tanto las alegaciones de los Gobiernos francés como belga recogen de forma divergente pero análoga correspondencias entre el marco normativo de la prohibición y el examen de la constitucionalidad propuesto por sus respectivos tribunales. El primero de esos objetivos es garantizar la seguridad pública (necesidad de identificar a todo individuo con el fin de prevenir los atentados a la seguridad de las personas y de los bienes y de luchar contra el fraude de identidad) y el segundo proteger los derechos y libertades de los demás a través del respeto de las exigencias mínimas de la vida en sociedad (ya que ocultar el rostro en el espacio público tiene como efecto romper la relación social y manifestar una negativa a «vivir en común»). Todo ello, sin perjuicio de la igualdad entre hombres y mujeres junto a la consideración del velo como algo deshumanizante y contrario a la dignidad humana con independencia de que su uso sea elegido o impuesto.

Por tanto, la *repetitio* de la fórmula no diluye incluso en ambas jurisdicciones nacionales la existencia de dudas razonables para basar en ella una respuesta sólida al problema de referencia. De hecho, tras la exposición argumental de ambos tribunales sobre sendas leyes de

¹¹ MANCINI, S., «Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: the Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism», *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 411-428. Sin embargo, como advierte dicha autora con excepciones muy limitadas, sociedades liberales no consideran artículos de vestir, excepto los islámicos, una cuestión a regular judicial o legalmente (...) es probable que se perciba como la negativa de la mujer a participar según los protocolos «normales» (occidentales) de interacción con los miembros del sexo opuesto y, por tanto, como una violación de las nociones de las jerarquías de género establecidos dentro de la estructura social occidental.

prohibición y atendiendo a sus particularidades¹² son mayores las precisiones que se hacen para descartar los objetivos legítimos de la prohibición del uso, léase seguridad o salud pública, y hay menos voluntad de someter al mismo examen el argumento de la convivencia.

1. Las superficiales líneas de fuerza del Tribunal Constitucional francés

Propiamente, la dimensión inmaterial del orden público que tiene su exponente más claro en el «vivre ensemble» no ha sido explícitamente acuñada por la Corte Constitucional francesa, aunque ello no significa, que no haya sido esgrimida nunca por la jurisprudencia y por cierta doctrina francesa¹³. No en vano el Alto Tribunal francés ha llevado a cabo un control de proporcionalidad en cierto modo superficial a favor de la constitucionalidad de la ley ciñéndose a «apreciar» que de hecho la ley sí concilia los diferentes principios constitucionales y «no es manifiestamente desproporcionada» teniendo en cuenta la naturaleza de la sanción que acarrea. Al efecto desiste de apoyar su razonamiento en una concepción objetiva de la dignidad pasando a admitir sin considerar las advertencias del *Conseil d'État* que simplemente es suficiente una interpretación novedosa capaz de integrar tanto el tradicional orden público material como el entendimiento amplio del orden público inmaterial¹⁴. Por tanto, la aportación del Tribunal Constitucional tiene como objetivo dotar de una amplia sig-

¹² Son apreciables como diferencias entre el marco normativo de la ley belga y la ley francesa que esta última formula de forma general la prohibición de la ocultación del rostro en el espacio público y por lo tanto no dirigida explícitamente al velo islámico (niqab y burqa). Frente a la legislación belga, el inciso 2 del art. 2 de la Ley francesa da una especie de definición de «espacios públicos accesibles». Además, el art. 3 establece la obligación de seguir un curso de ciudadanía en lugar de o en combinación con la multa. Sin embargo, la diferencia más importante con la ley belga es que establece un delito por las personas (esposos, tíos, hermanos, etc.) que obligan a una mujer a llevar un velo que cubre la cara y castiga este delito con sanciones.

¹³ Vid. Exposé des motifs du projet de loi n.º 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public «manifestation communautariste d'un rejet de valeurs de la République (...) porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social». Entre otras citas a filósofos como Elisabeth Badinter «une automutilation sociale», «la rupture du pacte social» «une fin de non recevoir à tout échange humain» o Emmanuel Lévinas «le visage et l'expression de l'humanité». Vid. La visión crítica de CHAMPEIL-DESPLATS, V., «Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public», *Revista de Derecho del Estado*, n.29, 2012, pp.51-72, p. 70-71.

¹⁴ Conseil constitutionnel français, decisión n.º 2010-613 DC 7 octubre 2010, «la prohibición de cubrirse el rostro en el espacio público no puede causar daño indebido al art. 10 de la Declaración de 1789, que restringe el ejercicio de la libertad religiosa en los lugares de culto abiertos al público». Vid. sobre una visión crítica de no ser un «pouvoir contre-majoritaire» FATIN-ROUGE STÉFANINI MARTHE *et al.*, «Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011», *Revue française de droit constitutionnel*, 3, n.º 87, 2011, pp. 547-559, p. 551.

nificación a aquello que puede ser catalogado como orden público inmaterial, a sabiendas que su intangibilidad permite una mayor apertura cognoscitiva sobre un concepto ya de por sí excesivamente vago. Esto es, aquello que puede ser abarcable dentro del orden público inmaterial solo puede ser limitado por el agente emisor/receptor de esa acción cognoscitiva y no viceversa.

Para ello, resulta inevitable o ineludible la asociación del orden público inmaterial con la llamada «base mínima de exigencias recíprocas para la vida en sociedad» que también se presta a fáciles confusiones con el orden moral, por muchos deslindes trazados frente la misma. Así pues como apunta Areces si bien es cierto, que esta noción no ha tenido una consagración jurídica, tampoco se puede decir que carece de todo efecto, en la medida que ella tiene rango constitucional formando parte de la expresión «Moralité publique»¹⁵. Esta concepción del orden público inmaterial como base de las exigencias fundamentales está fuertemente anclada en la tradición jurídica francesa y en el bloque constitucional correspondiendo en cualquier caso al legislador definir los límites de las normas sin las cuales la vida social se presume imposible. Desde esta perspectiva paternalista o moralista, se considera que el hecho de ocultar la cara en público de manera permanente es manifiestamente contrario a la base mínima de las exigencias recíprocas necesarias para la vida en común, es decir, al orden público inmaterial que se incardina en el «interés general» o el «interés público» de dicha sociedad que no sería otro que el de la mayoría. Ahora bien, los indicativos que denotan la manifiesta contrariedad de llevar cubierto el rostro con el cumplimiento de las mínimas exigencias sociales así planteados son absolutos a diferencia de lo que ocurre con los rebatidos motivos de seguridad y salud pública donde es necesaria la existencia de un grave peligro para ser objetivamente razonada la medida prohibitiva¹⁶.

Por tanto, la manifiesta contrariedad a una comunidad de valores prestablecidos deviene un elemento suficiente de alteración de unas bases mínimas exigibles por lo que no consiente modulaciones o apreciaciones posibles sobre la intensidad o gravedad dañina de dicha medida. Eso sí, causar daño no es razón suficiente, sino solo necesi-

¹⁵ Entre otros puntos de conexión quizás forzada a este conjunto de reglas comunes sería la llamada «Société» en el sentido de art. 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 1789, que establece: «La loi n'a le droit de defendre que les actions nuisibles à la Société»; en 1848, se le dió el nombre de «Fraternité», noción que figura todavía en la actualidad en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958, tanto en su preámbulo, como en art. 72-3. ARECES PIÑOL, T. «El tribunal europeo de Derechos Humanos valida la ley francesa que prohíbe el burka en los espacios públicos», *Revista General de Derecho canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-59.

¹⁶ En Alemania, por ejemplo en esta línea el First Senate of the Federal Constitutional Court Order of 27 January 2015 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 indica que no debe ser un daño abstracto sino constituir un daño específico que altere la paz en la escuela o ponga en duda la neutralidad el estado.

ria, porque no siempre que se causa un daño a otro tenemos una razón concluyente para interferir en la libertad del sujeto. Algo que ocurre de forma análoga con otras prácticas consideradas dañinas que generan rechazo¹⁷ o son una «amenaza» para el *status quo* de la sociedad.

2. Las matizables líneas de fuerza del Tribunal constitucional belga

De igual modo, en Bélgica¹⁸, el otro país parte del Consejo de Europa que ha impuesto una prohibición similar respecto a la prohibición del velo¹⁹ también su Alto Tribunal en 2011 rechazó los recursos de inconstitucionalidad subrayando que el uso de tales prendas sí constituye un obstáculo para los derechos de las mujeres a la igualdad y a la dignidad pero especialmente en su fundamentación hace una especial reiteración del peligro que esta conlleva en el desenvolvimiento de las condiciones necesarias para la vida en común. Respecto a la dignidad no la identifica con la autodeterminación moral de la persona en base a la cual la misma entra en su esfera de libertad disponer sobre su imagen sino como un componente más del orden público que limita el ejercicio de los demás derechos por medio de la «la valoración de un proyecto de vida digno»²⁰. Ahora bien, a diferencia de su homólogo francés sí se pueden extraer mayores aseveraciones sobre el valor del «vivre ensemble» en la Sentencia del Tribunal Constitucio-

¹⁷ JOPPKE, C., TORPEY, J.: *Legal integration of Islam. A transatlantic comparison*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2013, p. 31.

¹⁸ *Loi visant à interdire le porte de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage* de 1 de junio de 2011 (Moniteur Belge num. 2011000424), en su art. 2 establece una nueva penalización, un delito penal, a través de la adición de un nuevo artículo en el Código Penal. Contrariamente a las ordenanzas municipales locales que establecieron una sanción administrativa, la nueva ley es, por tanto exigible a través de una sanción penal. El primer inciso del art. 563bis del Código Penal castiga a las personas que muestran en los espacios públicos accesibles con una cara totalmente o parcialmente cubierto u oculto que son irreconocibles y no identificable. Por lo tanto, se impone una sanción pecuniaria de 15 hasta 25 euros y además de la pena prisión de un día hasta siete días, o una de estas penas exclusivamente. El segundo inciso fija una excepción para dos categorías de personas. La primera categoría es la de las personas irreconocibles que aparecen en los espacios públicos accesibles con una cara totalmente o parcialmente cubierta o escondida de acuerdo con las normas laborales. Y la segunda categoría son las personas que aparecen en los espacios públicos accesibles con una cara totalmente o parcialmente oculta con el permiso de una ordenanza de la policía a causa de las festividades.

¹⁹ La Cámara de representantes del Parlamento belga aprobó el 29 de abril de 2010 un proyecto de Ley prohibitivo del uso del velo integral en espacios públicos. Sin embargo, la disolución de las Cámaras en mayo de 2010 hizo que el proyecto quedase pendiente de aprobación por el Senado. Tras la celebración de las elecciones, ambas cámaras lo retomaron y lo aprobaron con un texto casi idéntico el 1 de junio de 2011, entrando en vigor el 13 de julio con su publicación oficial en Le Moniteur Belge.

²⁰ Conseil d'Etat, arrêt n.º 85699, de 29 de febrero de 2000.

nal belga de 6 de diciembre de 2012²¹ que se pone abiertamente en relación con el deber de sociabilidad inherente a los sujetos de derecho en una sociedad democrática. Al efecto, cabe destacar cómo el interés radica casi exclusivamente en elevar la individualización de las personas por el rostro a la categoría de valores y principios necesarios para la convivencia social o como parte de un mandato que se dirige a los poderes públicos para salvaguardar la capacidad de los individuos para relacionarse de forma autónoma.

Bajo esta lógica, el grado de convivencia de una sociedad dada está directamente vinculada a la capacidad de individualización de las personas que forman parte de la sociedad o a la disposición a convivir y la solidaridad²². Así se sostiene que la correlación entre individualización y convivencia social puede decaer en caso de generalización de las características individuales de las personas pues como hilo conductor invisible la autonomía también se truncaría y ésta debe ceder ante la heteronomía social. No es tanto un temor a la globalización que impregna las relaciones de poder y convivencia en las sociedades actuales sino más bien el temor a la extensión de una determinada «marca» cultural que resta capacidad o autonomía al individuo por lo que transmite o se entiende que transmite.

Precisamente, aquí se deriva la falsa dicotomía entre intereses colectivos e individuales en el libre desarrollo de la personalidad²³, si bien la interdicción de ciertas prácticas con la finalidad de evitar la afectación de determinados derechos individuales no debe conllevar la prohibición generalizada de todas las restricciones internas, ni mucho menos reducir las protecciones externas que una política multicultural pluralista defiende. La voluntad de llevar el velo objeto de controversia según los extremos del caso no solo es atribuible a su condición de individuo libre sino también en su condición de miembro de un grupo con el que se representa o le une vínculos espirituales o simbólicos. De acuerdo a ello, no necesariamente debe verse reducida su capacidad de autonomía ni pertenencia ciudadana si decide no llevarlo o viceversa. Un símbolo polisémico o signo identificativo compartido por varios miembros de un grupo no puede por sí mismo

²¹ Cour constitutionnel belge, arrêt n.º 145/2012, 6 décembre 2012.

²² RUIZ RUIZ, J. J., «El debate en torno a la prohibición general del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALAEZ DEL CORRAL, B.; RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243, esp. p. 202 como justificación legítima de la prohibición es la moral pública, el marco delimitado por el mínimo ético de una determinada conciencia social donde se pretende garantizar el desenvolvimiento de la interacción individual.

²³ MARSHAL, J., «S. A. S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities», *Human Rights Law Review*, 0, 2015, pp. 1-13, esp. p. 4 y 9 «This conclusion effectively bulldozes a right to personal identity unless that identity is acceptable and permissible in the eyes of the majority. Yet, the concept of the rights and freedoms of others is given no analysis».

anular la capacidad de individualización y por ende de autonomía de los sujetos si no hay la voluntad o acción por parte del sujeto en ese sentido y también la misma acción o voluntad por parte de la sociedad de acogida. De hecho, sería más bien la capacidad de desarrollo y/o capacidad de elección como recuerda Amartya Sen²⁴ aquella que definiría la persona como sujeto de derechos y no tanto la elección o renunciaciones implícitas a llevar una determinada prenda o conducta social. En definitiva, desde la interacción social como premisa comunicativa se promueven más bien unas supuestas relaciones de incompatibilidad con el propósito de elevar la convivencia a «valor fundamental o intangible de una sociedad democrática», incluso confiriéndole naturaleza de «derecho natural de la democracia».

Sobre estas bases construidas más en asunciones y menos en argumentaciones, el modelo belga al igual que el francés confiere al «vivre ensemble» un gran relieve o innecesaria preponderancia –si así se comparte– dentro de los fundamentos del sistema democrático dado que se abstiene de especificar en qué forma las exigencias de la vida en comunidad estarían comprendidas en segundo rango con la defensa del orden o la protección de los derechos y libertades de los demás, algo que el Tribunal Europeo sí trataría con dudoso éxito de motivar.

III. LA JURISPRUDENCIA ESTRASBURGUESA SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL: MARGEN DE APRECIACIÓN Y/O (DE)GRADACIÓN DE ARGUMENTOS

Si bien tal y como se ha tratado de advertir hasta hora, la noción de *vivre ensemble* ha tenido ya un recorrido nacional de cierto relieve pues basta recordar el papel del Estado francés y belga al respecto, no se puede decir lo mismo en la jurisprudencia estrasburguesa que siempre que ha habido ocasión hasta la sentencia del 1 de julio de 2014 ha tratado de rehuir por medio del margen de apreciación esta resolución de conflictos religiosos o culturales. Especialmente si se recuerda que no sería la primera vez en la que ante un conflicto religioso o cultural con incidencia en el orden moral mayoritario de un Estado, el efecto balsámico del *laissez faire* de cada Estado no ha sido capaz de evitar tensiones irreconciliables²⁵ o agravios comparativos entre otras partes implicadas. Es con esta sentencia donde se puede advertir realmente un cambio de estrategia –aunque puede ser un «false friendly»– en la fundamentación de los derechos protegidos si se reconsideran en clave retrospectiva algunos de los extremos de su evolución jurisprudencial en las últimas décadas.

²⁴ SEN, A., *Desarrollo y Libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.

²⁵ Por ejemplo, basta recordar el caso *Lautsi and others v. Italy* sentencia TEDH de 18 de marzo de 2011 (Application no. 30814/06).

Desde finales de los años ochenta coincidiendo con la legislación francesa sobre la prohibición de símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas de secundaria, el debate sobre el uso del velo no integral había girado principalmente entorno al principio de laicidad y los límites del derecho de libertad religiosa. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no era de amplio alcance como bien apunta Aláez por varias razones. Primero, eran prohibiciones de velos no integrales, (chador, el Hijab) que dejan el rostro visible no permitiendo la extrapolación de los razonamientos jurídicos a la prohibición del velo integral por tratarse de prohibiciones parciales y circunscritas a contextos específicos, como el escolar, el de los controles de identidad, la protección de la salud, etc.. Y, por último las prohibiciones del uso del velo islámico examinadas por el Tribunal de Estrasburgo se venían refiriendo mayoritariamente a contextos en los que las mujeres que llevan el velo o el pañuelo se encontraban en una relación de sujeción especial, bien por desempeñar una función educativa o bien por encontrarse en el centro escolar en una relación educativa²⁶.

Por consiguiente, en Estrasburgo antes y después del caso *SAS c. Francia* ya existía una amplia discusión sobre el alcance real o culturalmente necesario de las respectivas restricciones fundadas en motivos presuntos de seguridad, laicidad, salud pública o respeto al orden público. No en vano en la mayoría de las ocasiones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷ había tenido que perfilar la interpretación del contenido de la libertad religiosa, se había mostrado extremadamente casuístico a la hora de elaborar su fundamentación salvo en contadas ocasiones²⁸. Esto es así que en el caso con

²⁶ ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 483-520, esp. p. 488 señala la neutralidad/laicidad de la educación pública (STEDH de 15 febrero de 2001 *Dahlab v. Switzerland*, (application 42393/98 F. J.1.º), la satisfacción del derecho a la educación (SSTEDH de 4 diciembre de 2008 *Kervanci v. France* (application n. 31645/04) y *Dogru v. France* (application no. 27058/05)) la protección de la seguridad pública ante la amenaza del terrorismo (STEDH de 11 de enero de 2005 *Phull v. France* (application 35753/03)), la protección de la salud TEDH *Ebrahimian c. France* (application 64846/11) 26 de noviembre de 2015. etc.

²⁷ Ya se había pronunciado sobre prohibiciones de uso de símbolos religiosos en las escuelas públicas, impuestas al personal docente (STEDH de 15 de febrero de 2001 *Dahlab v. Switzerland* [Dec], appl. 42393/98; STEDH de 24 de enero de 2006 *Kurtulmu v. Turkey* [Dec], appl. 65500/01) en su mayoría a los alumnos y estudiantes entre otras (STEDH de 11 de octubre de 2005 *Leyla Sahin v. Turquía* [GC], appl. 44774/98); STEDH de 24 de enero de 2006 *Köse and others v. Turkey* [Dec], appl. 26625/02; STEDH de 12 de abril de 2008 *Kervanci v. France*, appl. 31645/04; STEDH de 30 de junio de 2009 *Aktas v. France* [Dec], appl. 43563/08; STEDH de 30 de junio de 2009 *Ranjit Singh v. France* [Dec], appl. 26625/02); y sobre la obligación de aparecer con la cabeza descubierta en las fotos de identidad para su uso en documentos oficiales (STEDH de 6 de noviembre de 2007 *Mann Singh v. France* [Dec], appl. 24479/07).

²⁸ El Tribunal también había examinado dos demandas en las que los individuos se quejaban de las restricciones impuestas por sus empleadores sobre el uso de una

mayores paralelismos llegaría incluso a mantenerse *inter partes* en la singular sentencia del 23 de febrero del 2010 con el caso *Arslan and others v. Turkey*. La Corte en tal ocasión había considerado la aplicación de una pena por el uso de ciertas prendas con connotación religiosa en las cercanías de una mezquita como una violación de la libertad religiosa siempre y cuando su único fin legítimo fuera «la voluntad de hacer respetar los principios laicos y democráticos invocados por Turquía»²⁹. Sin duda, al igual que la convivencia, el respeto de los principios laicos y democráticos constituye un valor positivo o políticamente correcto al que nadie salvo los perjudicados por la medida, generalmente una minoría, se puede oponer si obstaculiza su libertad religiosa.

Sin embargo, como corolario de esta miscelánea de casos, bien en la fundamentación de los votos disidentes o de las partes, no tardaría en tomar fuerza un posible argumento a favor de una prohibición más amplia: la igualdad sexual, la dignidad y la opresión de las mujeres. Es sobre este punto como sostiene Morondo desde una crítica feminista³⁰ donde ni la doctrina ni la jurisprudencia han sabido dar pasos decisivos en dicha dirección puesto que antes y después de la decisión del velo integral se encuentran polarizados o en un punto de no retorno.

Por una parte, se sostiene que si el velo integral es una práctica patriarcal que afecta al principio de igualdad, entonces tiene que estar prohibido mientras que por otra parte según la doctrina y los organismos internacionales³¹ si la prohibición general afecta a una práctica

cruz colgada al cuello (STEDH de 15 de enero de 2013 *Eweida and others v. United Kingdom*, (applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10) encontrando violación a la libertad de religión en una de ellas, parr. 94 porque «una saludable sociedad democrática necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad, pero también por el valor para un individuo que ha hecho de la religión un eje central de su vida, de poder comunicar esa creencia a otros».

²⁹ EDWARDS, S. S. M., «No Burqas We're French! The Wide Margin of Appreciation and the ECtHR Burqa Ruling», *Denning Law Journal*, vol. 26, 2014, pp. 246-260. BURGOURGE-LARSEN, L., «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme» (janvier-julliet) *AJDA*, n. 31, 2014, pp. 1763-1773. *Vid.* otros casos ante la corte sobre manifestación de símbolos religiosos o manifestaciones de intolerancia: Cour EDH, 2^o Sect. 24 juillet 2012, *Fáber c. Hongrie*, Req. n^o 497/09, Cour EDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie (Requête no 41135/98)* Cour. EDH, 8 octobre 2008, *Vajnai c. Hongrie*, (Requête no 33629/06).

³⁰ MORONDO, D., «El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 30, 2014, pp. 291-307, esp. p. 303-304 sobre la los límites a la posibilidad de renunciaciones individuales al principio de igualdad «otra cosa diferente sería pretender que el Estado asuma u otorgue reconocimiento político o jurídico a estas «renunciaciones» personales mías o de los miembros de un grupo al que pertenezco; no podemos pensar que un reconocimiento como ese por parte del Estado no alteraría el significado del principio de igualdad».

³¹ La opinión de la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos «sobre el uso del velo integral» 21 de enero 2010; Resolución 1743 (2010) y la Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, islamismo e islamofobia en Europa del 23 de junio 2010; *Observación general del Comité*

religiosa voluntariamente realizada, entonces hay que negar que afecte al principio de igualdad sexual, para que reciba protección como ejercicio de un derecho fundamental. De este modo, la proyección dada deviene algo meramente superficial siendo uno más de los argumentos que albergan limitaciones como los tradicionales motivos de seguridad y orden público que sí podían ser cuestionados. Aquí, la apelación a la igualdad sexual se mueve por el interés de dar cuantitativamente un sumatorio de argumentos a favor de la prohibición pero menos por el interés de buscar argumentos de calidad para justificar la prohibición. Esta errónea selección de argumentos ha hecho decaer toda credibilidad en la voluntad de imprimir mayor reflexión a la interseccionalidad o transversalidad de la discriminación por género en casos de coacción real de sus portadoras. Esto es, en términos de examen de las debidas garantías exigibles para el disfrute pleno de todas las niñas y mujeres, de todas las culturas y religiones, de sus derechos a la educación, al trabajo, a participar y de ser representado.

Como acertadamente señala Morondo un posible argumento grueso como la igualdad sexual se ve descartado de partida sin mayores disquisiciones para proteger en última instancia la autonomía personal de las portadoras de los velos integrales cuya afectación *a priori* parece incompatible con el principio de igualdad. Así aunque en apariencia puede percibirse un claro cambio de estrategia al menos a nivel del lenguaje bajo una envoltura *political correct* no es suficiente por sí mismo para descatalogar aquellos argumentos débiles como es el valor de la convivencia que adquieren mayor fuerza si cabe porque convierten la renuncia o las limitaciones voluntarias al ejercicio de ciertos derechos derivados de la igualdad bien en una voluntaria disidencia o bien en una manifiesta conducta asocial, conflictiva e intolerante con el resto de la sociedad.

«Vivre ensemble» como argumento débil a favor de la prohibición del velo integral.

Una parte importante de la decisión del Tribunal supranacional en el caso *SAS c. Francia*, a diferencia del Alto Tribunal belga radica en la concepción paternalista y colectiva de los derechos fundamentales³². La misma se centra en descartar uno de los objetivos por los cuales se aprobó la ley como es el mantenimiento de la seguridad pública, tranquilidad, salubridad y moralidad ciudadana. Esto

de Derechos Humanos n.º 22 sobre el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), adoptada el 20 de julio de 1993 y por último Observación general N.º 28 sobre el artículo 3 (igualdad de derechos de hombres y mujeres), adoptadas 29 de marzo 2000:

³² DELGRANE, X., EL ERHOUMI, M., «Pour vivre ensemble, vivons dévisagés: le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belges et français», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, N. 99, 2014, pp.639-667, pp. 642-649.

es, hace en primer lugar una gradación de objetivos legítimos que pueden esgrimirse a favor de la prohibición del velo integral para a continuación por medio del único de ellos considerado «salvable», la convivencia, secundar una apresurada degradación de posibles argumentos.

El denominador común entre el mantenimiento de la seguridad pública, tranquilidad, salubridad y moralidad ciudadana implica que todos ellos en mayor o menor medida están subordinados a mayores concreciones espacio-temporales. De ahí, que las manifestaciones exteriores de la libertad religiosa, ejercidas en espacios públicos, solo requieren ciertas limitaciones o contenciones si resultan imprescindibles para hacerlas compatibles con los derechos de aquéllos que nos rodean: es decir, que su ejercicio no menoscabe los componentes del orden público, ya citados. En definitiva, un entendimiento de la cláusula de orden público material coherente con el principio general de libertad o derecho a ser un *outsider* por parte de las portadoras del velo integral obliga a considerar que, como regla general la prohibición, solo cabe cuando se ha acreditado realmente la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud o la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática».

Por tanto, las molestias, sensibilidades o incomodidades personales, todos ellos exponentes de un dictado del sentimiento popular sin indicios de peligrosidad no pueden limitar la libertad religiosa o derecho de llevar una prenda que no deje visible el rostro sin vulnerar el principio constitucional de proporcionalidad o contravenir una necesidad social imperativa para una sociedad democrática.

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto al fin perseguido de «hacer más fácil la convivencia» por medio de la prohibición, del que es factible deducir como sostiene Camarero que el Tribunal ha llevado a cabo «como mínimo una interpretación extensiva de los derechos y libertades de los demás dado que no se puede hablar de una dislocación argumentativa como tal»³³. El punto de inflexión en la decisión del Tribunal de Estrasburgo queda marcado por la elevación del derecho de los demás a límite preventivo de determinadas conductas en el espacio público, incluso si comprime el ejercicio de ciertos derechos. No se hace un examen exhaustivo ni se concretan cuales son los derechos y libertades en juego, aquí la explicitud de la justificación como elemento imprescindible para la licitud convencional de las injerencias en la libertad de manifestación de las creencias religiosas, es

³³ Una visión crítica de este argumento en CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT, F. J., «La sentencia del TEDH en el caso S. A. S. c. Francia: un análisis crítico», *Revista General de Derecho Canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-38. OLMEDO PALACIOS, M., *La sentencia del TEDH en el asunto S. A. S. c. Francia (G. C)*, núm.43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos, recogido en <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/03sep14sentencia.pdf>

innecesaria porque esa referencia a los demás se reduce más bien a «de los más»³⁴. La convivencia así entendida viene a regular los derechos de los demás no como límite intrínseco de derechos convencionales, sino como un fin en sí mismo o su globalidad, pues el bien jurídico protegido es la convivencia (incluso) forzada como necesidad primaria y esencial³⁵.

Así se proyecta en abstracto una cláusula preventiva a modo de tratamiento de choque frente a eventuales riesgos o posibles daños de desconocido alcance o envergadura que en su expresión máxima o abstracta son ciertamente infinitos o ínfimos³⁶, máxime si en tal caso la convivencia se convierte en el mayor peligro u obstáculo para el ejercicio del derecho de libertad de los «outsiders». Por así decirlo, el engarce de los derechos y libertades de los demás excluye necesariamente los otros que no forman parte del todo ante la necesidad de responder como sea a la generalización de un posible «pánico moral»³⁷.

Una interpretación que se ha hecho a costa de las que libremente asumen el uso del velo y de lo que se ha defendido como la existencia de un derecho individual a la libertad de vivir al margen de la sociedad. Es decir, al derecho a constituirse, según afirma el voto disidente³⁸, en *outsider*; un derecho cuya aceptación pone de relieve un alto y muy deseable grado de madurez en una sociedad democrática. Para ello, la decisión del Tribunal de Estrasburgo se basa en un discurso argumentativo débil en un doble sentido: en primer lugar, por cuanto considera justificada y correcta la limitación de un derecho protegido por el Convenio, partiendo de la protección de un valor no expresamente definido en el mismo aunque «latente». Y, en segundo lugar, lo hace auspiciando un amplio margen de apreciación garantizando al Estado una posible limitación de la libertad religiosa expresamente no consignada en el art. 9.2, ni fácilmente deducible de «los derechos y libertades ajenos».

³⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU para el seguimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su Comunicación CCPR/C/82/D/931/2000 (Raihon Hudoyberganova contra Uzbekistan) de 18 de enero de 2005.

³⁵ SOLANES CORELLA, Á., «Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2015, pp. 62-91, p. 65.

³⁶ Un ejemplo de ello, es la ficción recreada en la publicación del libro Michel Houellebecq *Soumission* en enero 2015, que pese a las lecturas proféticas o apocalípticas que se quieran hacer de su obra no deja de ser una ficción literaria.

³⁷ Entre otros, NUSSBAUM, M. C., *The new religious intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2012, p. 86 y ss. BURCHARDT, M., MICHALOWSKI, I., *After integration. Islam, conviviality and contentious politics in Europe*, Wiesbaden, Springer Vs, 2015, p. 25 y ss. SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla, 2012.

³⁸ STEDH de 1 de julio de 2014 (GC) SAS v France Application no 43835/11, pp. 63-69.

De ahí que aunque como con acierto sostienen las juezas disidentes, no existe un derecho (ni una obligación de) socializar u observar un actitud abierta a las relaciones interpersonales en el espacio público, para tal propósito se exige erróneamente la llamada *convivialité*³⁹, que no es equivalente a convivencia y menos aún al derecho a esperar esta actitud de los demás. Y ello incluso si este comportamiento sea deseable desde alguna perspectiva, no puede deducirse de texto positivo alguno su obligatoriedad jurídica como ya se apuntaba en las advertencias del Consejo de Estado francés.

En cualquier caso, pese al equívoco conceptual, no hay espacio para la discusión sobre cómo la convivencia forzada sí pone en riesgo el derecho a la privacidad de cada individuo que convencionalmente protege el derecho a no relacionarse ni comunicarse con otros, y la libertad de expresión el de no compartir e incluso atacar las costumbres de la mayoría y el derecho a actuar (y ser) diferente. No en vano, el Tribunal simplemente ampara la decisión de la mayoría de la sociedad de primar sus valores cualitativamente y cuantitativamente de mayor relieve (que supuestamente exigen la posibilidad de interacción visual, *face to face*, de los individuos) sobre el estilo de vida y la vestimenta religiosa de la minoría o de aquellos que disientan sin coacciones. A tal efecto, toma prestado del informe realizado por el Consejo de Estado francés⁴⁰, la dimensión inmaterial del orden público que engloba el «vivre ensemble» entendido como una base mínima de exigencias recíprocas y de garantías esenciales del contrato social. Estas implican en la República francesa desde el momento que una persona está en un lugar público, en sentido amplio, que no puede negar «estéticamente» su pertenencia a la sociedad, ocultando su cara a los otros así como que debe impedirse por ser incompatible con la sociedad francesa o más bien con las formas de comunicación o interacción social de la mayoría o tradicionales en dicha sociedad. Una especie de prohibición de alterar o modificar de forma sustancial el «skyline» léase la panorámica estética de una sociedad dada visto desde fuera y no desde dentro de la misma.

Desde esta perspectiva, el Estado francés entiende que protege una –añadiría única– forma valiosa de interacción entre los individuos volviendo así sorprendentemente la expresión del pluralismo así como también de la tolerancia y del espíritu de apertura de las posibles por-

³⁹ ILLICH, I., *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973, p. 13 se presenta como un modo de ser, un modo de relación con los otros «l'ensemble des rapports entre les personnes et leur environnement d'autre part» ou «la capacité d'une société à favoriser la tolérance et les échanges réciproques des personnes et des groupes qui la composent». Sobre la convivencia *vid.* TOURAINE, A., ¿Podemos vivir juntos? Iguales y diferentes, Madrid, PPC Editorial, 2004.

⁴⁰ Conseil d'Etat de France «Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, rapport adopté par l'Assemblée générale, le 25 mars 2010. Existe también una traducción al español de Enrique Guillén López en *Videtur Quod: Anuario del pensamiento crítico*, N.º 1, 2009, pp. 78-118.

tadoras del velo. Sin embargo, la cuestionable opción pluralista que defiende el Gobierno difícilmente se ajusta con lo que propiamente entraría en los postulados de las políticas de reconocimiento pluralista pues raramente puede ser considerada como propiamente intercultural, cuando existen limitaciones significativas. Ni mucho menos ese frenesí selectivo puede ser la huella de un pluralismo limitado, que apele a la existencia de limitaciones significativas derivadas de la protección superior de un «cuerpo mínimo de valores compartidos» o del denominado «patriotismo constitucional»⁴¹. Máxime si como ocurre en este caso la primera de estas tesis no puede dar más de sí que un limitado margen de tolerancia extremadamente resbaladizo hacia ciertas prácticas estigmatizadas no permite construir la convivencia social desde esos «valores compartidos». Mientras la segunda puede ver cercenadas también las posibilidades de construir una sociedad auténticamente intercultural o con espacios de interacción si no hay voluntad de crear espacios de diálogo para los otros.

Así pues, parece que la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en el espacio público constituye la elección de un tipo de sociedad léase moral o ideal aunque más bien insisto lo es de una forma de «convivialité» y, por lo tanto, es inevitable conceder una importancia particular al «patrón de casa» que toma las decisiones en el ámbito nacional con la ayuda de un amplio margen de apreciación al efecto con independencia de existencia de daño tangible a otros entendido como la acción que tiene como consecuencia invadir los derechos de los otros⁴².

No obstante ello, para las juezas disidentes hay otra inconsistencia en lo tocante a la interpretación de estos valores: la aceptación de un código de vestir religioso bajo un enfoque integrador o asimilacionista. Esto es siguiendo los postulados de políticas multiculturales no pluralistas al uso que se basan en el principio de no reconocimiento basado en la hegemonía de la identidad nacional mayoritaria –étnica, constitucional, etc⁴³. Los mecanismos negacionistas de la pluralidad abarcan desde demandas de sumisión o de asimilación buscando la represión de la diferencia o la incorporación de los desiguales al grupo culturalmente dominante, hasta argumentos burdos –cuando los hay– basados en el respeto del orden público o la legitimidad derivada de la necesidad de asegurar la cohesión social o incluso, a veces, muy sibilínicamente, la promoción de la igualdad y el respeto de los derechos individuales. Desde y con diferentes espesores se enhebran formas de intervención represivas o asimilacionistas informadas por los principios y la cultura del grupo dominante, tendentes a anular de modo

⁴¹ HABERMAS, J., «Patriotismo constitucional», *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 120.

⁴² MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

⁴³ TAYLOR, CH., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Ed. e intrd., A. Gutmann). Princeton, Princeton Univ. Press, 1994.

coercitivo o a través de políticas de integración, respectivamente, las diferencias culturales y a erradicar las prácticas tradicionales de los grupos minoritarios o no hegemónicos.

Por tanto, según el voto disidente, este es el motivo por el que la demandante considera que el legislador francés limita el campo del pluralismo en la medida que la prohibición impide a determinadas mujeres expresar su personalidad o expresarse libremente⁴⁴ en sus convicciones llevando el velo integral en público. Desde este punto de vista, esta prohibición total podría ser interpretada como un signo de un pluralismo selectivo y de tolerancia limitada presuponiendo que es algo que todos los integrantes de la sociedad francesa han decidido «sacrificar» de acuerdo con las normas dominantes y convencionales. Ahora bien, si bien tal decisión estatal puede tener respaldo en la legitimación del poder como aceptación del sistema (jurídico-político) por parte de sus miembros, que ven en sus normas y reglas pautas adecuadas de comportamiento. Sin embargo, esta no es sinónima de su posible legitimidad entendida como las razones o valores que justifican tanto la autoridad o la capacidad del poder para dictar normas y exigir obediencia, como los criterios que justifican la aceptación voluntaria de un orden jurídico por parte de sus destinatarios.

El Tribunal claramente ha evocado sin perjuicio de amplias matizaciones, los riesgos que imprime el deber del Estado de promover una tolerancia mutua entre grupos diferentes olvidando que «el papel de las autoridades no consiste en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo –léase *a fortiori* apoyando la sumisión– sino velar para que estos grupos concurrentes o coexistentes se toleren –convivan– los unos a los otros». Hay razones para entender que prohibiendo el velo integral, el legislador francés ha hecho exactamente lo contrario y el Tribunal europeo lo ha zanjado por temor a posibles efectos colaterales. No en vano lejos de intentar garantizar la convivencia o la controvertida tolerancia entre la gran mayoría y una pequeña minoría, ha prohibido –por ser más sencillo a corto plazo pero no a largo– aquello que es visto *a priori* como un factor de tensión, aunque quizás potencialmente ni empíricamente lo sea⁴⁵.

⁴⁴ En la teoría de la lucha por el reconocimiento de Honneth, la formación de nuestra identidad depende del desarrollo de la autoconfianza, la autoestima y el amor propio. Estos son adquiridos y mantenidos intersubjetivamente, a través de la obtención del reconocimiento por otros a quienes también se reconoce. HONNETH, A., *La sociedad del desprecio*, Madrid, Trotta, 2011.

⁴⁵ Si bien no son muchos los estudios empíricos que se han realizado entre otros el citado en la propia sentencia del Tribunal de Estrasburgo BREMS, E., JANSSENS, Y., LECOYER, K., OUALD CHAIB, S. AND VANDERSTEEN, V., *Wearing the Face Veil in Belgium; Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Research Report, 2012, disponible en: www.ugent.be/re/publicrecht/en/research/human-rights/faceveil.pdf. Esta autora concluye por ejemplo que son más bien «los otros» quienes no quieren interactuar con ellas, la interacción social no puede ser unidireccional por regla general.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De todas las posibles acepciones del vocablo convivencia en todas ellas se presume un sincronismo de acuerdos comunes, en donde múltiples perspectivas son puestas en juego como aporte a los valores del grupo o colectivo que convive (o que busca la convivencia). Aunque se entiende la noción de convivencia bien como un ideal social que es valorado y deseado, un deber ser y un ser, algo normativo y algo fáctico o bien como una realidad social que de hecho tiene existencia en algunos momentos históricos y presentes en determinados lugares y contextos (familiares, locales, etc). No puede dejar de ser entendida como una noción relacional procesual, cambiante y dinámica en base a la cual en caso de no poder proyectar una buena relación queda reducida la armonía a una mera coexistencia estática. Esto es a la situación existente o a la coincidencia en el tiempo y en el espacio de grupos o colectividades diversas, de ahí que pese el «buenismo» del fin perseguido cuando se apuesta presuntamente por la convivencia se hace más bien por el «vivre ensemble» –aunque se añada «sotto voce»– mejor «séparément».

Por tanto, si se trata de recoger unas notas conclusivas sobre las inconsistentes líneas de fuerza del argumento «vivre ensemble», es posible afirmar que sin duda al final pudo más preservar todo margen de apreciación sobre la interpretación de conceptos relativos al orden público o a la moral pública y en menor modo una vez más probar a superar la debilidad argumentativa de algunos reproches jurídicos al uso que se siguen reproduciendo.

En primer lugar, la convivencia es un concepto jurídicamente indeterminado que no recibe sanción directa como derecho fundamental en ningún artículo del Convenio, ni en ningún texto semejante pese a las pseudometafísicas asociaciones de los tribunales belga y francés con las propias exigencias mínimas o fundamentos democráticos. Desde el punto de vista axiológico es un valor ambiguo y difuso no positivado, que sin dificultad se identifica de forma automática con el estilo de vida o la moral de la mayoría en relación a aquellos conflictos con un fuerte componente cultural (en este caso el de tradición religiosa cristiana). Además no deja de ser un valor relacional o voluntario, cuya plena idealización implica en su beneficio el sacrificio de la libertad religiosa, el derecho a la vida privada o el derecho a llevar las prendas que se quiera de una minoría o terceros disidentes con la prohibición.

Si bien se presenta como un nuevo derecho o nuevo valor no hay una novedad conceptual sino la mera reconstrucción aparentemente renovada de la tolerancia como apéndice del ya infinito orden público. La prohibición de lo no tolerado se persigue porque es un factor de posibles tensiones pese al gran disenso europeo sobre la necesidad de legislar sobre la cuestión y también proteger con excesiva

benevolencia principios abstractos acuñados desde la realidad de algunos Estados europeos con mayor bagaje migratorio⁴⁶. Sobre este punto, la dimensión panaeuropea aportada por el Tribunal Europeo refuerza las dudas razonables sobre la supuesta exportabilidad de una noción que no solo no es definida en propiedad por el propio Gobierno francés o belga que son los defensores acérrimos de esta medida sino que tienen como fin defender un modelo de sociedad querido incluso, llegado al extremo por medio de la imposición del mismo. Por ello, llegados a este punto cabe plantearse si difícilmente una convivencia forzada sigue siendo armoniosa o conforme a los principios materiales del Estado de Derecho que abogan por preservar a toda costa sociedades no veladas. Máxime si con ella no es posible controlar cualquier abuso de posición dominante, pues la armonía así entendida en la democracia solo se limita a apoyar a la mayoría y deja de perseguir como ideal el trato justo a la persona perteneciente a la minoría.

En segundo lugar, en esta lógica, la irrupción del valor de la convivencia en la construcción argumentativa del Tribunal de Estrasburgo como jurisdicción supranacional adquiere bajo mi punto de vista tintes de argumento fatuo (en su acepción de necio o poco inteligente) y aparentemente inocuo. Se niega que se adopta desde la imposición o asimilación reconduciéndola al interés común porque no se quiere contravenir las pautas mínimas prefijadas de convivencia que instaura el ordenamiento jurídico de la sociedad de acogida. En esta disyuntiva, hay más interés por encajar la afirmación de principios o valores abstractos que por apreciar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas con incidencia directa en un marco de convivencia armoniosa. Para ello innecesariamente se ha acentuado el rol de decisión nacional que le corresponde al Estado sobre la prohibición del velo y la elección de un modelo de sociedad determinado transformando así un argumento débil como la convivencia en un argumento grueso e irrefutable. Queda así demostrado que no hay argumentos débiles o de peso más allá del amplio paraguas del margen de apreciación si se trata de cuestiones que afectan al modelo de sociedad que se persigue como ideal.

En otro orden de cosas, por último es oportuno volver a cuestionar la verdadera voluntad de cumplir con la función pacificadora, de garantía del orden y la tranquilidad que promueve el fin legítimo esgrimido. Realmente, «vivre ensemble» es el fin en sí mismo de la prohibición del mismo modo que el legislador es consciente que la existencia de conflictos y de comportamientos derivados no es del todo eliminable. Ello no deja de ser un ideal en neta contradicción con lo que se pretende alcanzar en diferentes grados. Por ello, se

⁴⁶ Sobre una perspectiva comparada *vid.* ALAEZ DEL CORRAL, B., RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243.

trata de reflexionar si el Derecho así como la justificación de la necesidad del mismo desempeña «una función integradora irénica, portadora de paz o por el contrario desempeña una función polemógena». Es decir fomenta los conflictos en lugar de calmarlos, atenúa las desigualdades sociales o más bien consagra y refuerza la estratificación existente, absorbe o rechaza los conceptos y valores de sistemas normativos colaterales es decir convive con estos sistemas o los combate⁴⁷.

Asímismo, respecto a la función integradora social si bien es una cuestión pacífica a nivel doctrinal que el derecho puede contribuir más si cabe a hacer menos frecuentes los conflictos sociales⁴⁸, si las medidas sancionatorias son abiertamente preferentes no es posible atribuirle la voluntad de promocionar un punto de encuentro o convivencia. Al contrario, la intervención del derecho se aleja de resolver el conflicto y restituir el equilibrio inicial pues el férreo sistema jurídico implementado no consigue pese a su ejemplar contundencia lo que la regulación normativa trata de evitar: la no convivencia o lo que es más deficitario en sociedades multiculturales su integración social en clave de igualdad en derechos⁴⁹.

De este modo, queda excluida o descartada cualquier capacidad de resolución del conflicto así como la adhesión a valores comunes y «buenos» comportamientos considerados deseables para el conjunto social. La activación de mecanismos alternativos de consenso e integración ni tan siquiera son considerados en caso de fracaso porque la prohibición es sinónimo de éxito incluso ante la existencia de daños colaterales que podrían derivarse. Lo que queda bastante claro es que la noción de convivencia implica la necesidad de sucumbir una minoría a las preferencias de la mayoría poniendo en peligro toda esperanza de una sociedad verdaderamente liberal. Ni los derechos de los demás pueden estar omnipresentes en todo espacio público bajo el apéndice del «vivre ensemble», justificando así la prohibición general del uso del velo islámico integral, pues eso equivaldría a que fuesen derechos absolutos. Ni ningún derecho o renuncias a derechos son ilimitadas en un Estado de Derecho, sino que todos se ven afectadas recíprocamente. Si realmente se persevera en que haya seguridad y una buena convivencia el cumplimiento de las leyes y regulaciones (acuerdos) sería una forma legítima en términos de legitimidad, pero debido a que «los demás» (para esta perspectiva) tienden a moverse por sus intereses más que por razones, la ape-

⁴⁷ FERRARI, V., *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2006, pp. 45-48.

⁴⁸ DE LUCAS, J., «Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración», en VVAA, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, 2011, pp. 11-92.

⁴⁹ SOLANES, CORELLA, A., «Human rights and Conflicts in European Multicultural societies», *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 70-100.

lada interacción social no dejará de ser más que una estrategia de las posibles: esto es, para el otro, rival, contraparte o enemigo cultural todo vale si no se alteran las relaciones de poder o jerarquías sociales dadas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 483-520.
- ALAEZ DEL CORRAL, B., RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243.
- ARECES PIÑOL, T., «El Tribunal europeo de Derechos Humanos valida la ley francesa que prohíbe el burka en los espacios públicos», *Revista General de Derecho canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-59.
- BREMS, E., «Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings», *Journal of Law and Policy*, 22, 2014, pp. 517-551.
- «Equality problems in multicultural human rights claims: the example of the Belgian “burqa ban”» in VAN DEN BRINK, M. BURRI, S. AND GOLDSCHMIDT, J., *Equality and Human Rights: Nothing But Trouble?*, Utrecht, University of Utrecht, Netherlands Human Rights Institute, SIM special 38, 2015, pp. 67-85.
- BREMS, E., JANSSENS, Y., LECOYER, K., OUALD CHAIB, S. AND VANDERSTEEN, V., *Wearing the Face Veil in Belgium; Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Research Report, 2012, disponible en: www.ugent.be/re/publiekrecht/en/research/human-rights/faceveil.pdf.
- BURCHARDT, M., MICHALOWSKI, I., *After integration. Islam, conviviality and contentious politics in Europe*, Wiesbaden, Springer Vs, 2015.
- BURGOURGE-LARSEN, L., «Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme» (janvier-julliet) *AJDA*, n. 31, 2014, pp. 1763-1773.
- CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT, F. J., «La sentencia del TEDH en el caso S. A. S. c. Francia: un análisis crítico», *Revista General de Derecho Canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-38.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., «Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l’espace public», *Revista de Derecho del Estado*, n. 29, 2012, pp. 51-72.
- DELGRANE, X., EL ERHOUMI, M., «Pour vivre ensemble, vivons dévisagées: le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belges et français», *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, N. 99, 2014, pp. 639-667.
- DE LUCAS, J., «Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración», en VVAA, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo xxi*, Bilbao, Eurobask, 2012, pp. 11-92.

- DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, Madrid, Akal, 1982.
- EDWARDS, S. S. M., «No Burqas We're French! The Wide Margin of Appreciation and the ECHR Burqa Ruling», *Denning Law Journal*, vol. 26, 2014, pp. 246-260.
- FATIN-ROUGE STÉFANINI MARTHE *et al.*,; «Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011», *Revue française de droit constitutionnel*, 3, n. 87, 2011, pp. 547-559.
- FERRARI, V., *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2006.
- GALEMBERT, C., «Forcer le droit à parler contre le burqa: Une judicial politics à la française?», *Revue française de science politique*, vol. 64, n. 4, 2014, pp. 647-668
- GUILLEN LÓPEZ, E., «Informe del Consejo de Estado francés relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral», *Videtur Quod: anuario del pensamiento crítico*, n. 1, 2009, pp. 78-118.
- HABERMAS, J., «Patriotismo constitucional». *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HONNETH, A., *La sociedad del desprecio*, Madrid, Trotta, 2011.
- JOPPKE, C., TORPEY, J., *Legal integration of Islam. A transatlantic comparison*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2013.
- MANCINI, S., «Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: the Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism», *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 411-428.
- MARSHAL, J., «S. A. S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities», *Human Rights Law Review*, 0, 2015, pp. 1-13.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- MORONDO, D., «El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 30, 2014, pp. 291-307.
- NUSSBAUM, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 149-194.
- *The new religious intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2012.
- OLMEDO PALACIOS, M., *La sentencia del TEDH en el asunto S. A. S. c. Francia (G. C), núm.43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos*, recogido en <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/03sep14sentencia.pdf>
- RUIZ RUIZ, J. J., «El debate en torno a la prohibición general del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALAEZ DEL CORRAL, B., RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243.
- RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos. Intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, 32, 2015, pp. 79-105, p. 92-93.
- SEN, A., *Desarrollo y Libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SOLANES, CORELLA, A., «Human rights and Conflicts in European Multicultural societies», *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 70-100.
- «Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2015, pp. 62-91.

- SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla, 2012.
- TAYLOR, CH., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Ed. e intrd., A. Gutmann). Princeton. NJ: Princeton Univ. Press, 1994.
- TOURAINE, A., *¿Podemos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Madrid, PPC Editorial, 2004.
- YUSUF, H., «S. A. S. v. France. Supporting «Living Together» or Forced Assimilation», *International Human Rights Law Review*, vol.3, 2014, pp. 277-302.
- WALZER, M. *Thick and Thin Moral Argument at Home and Abroad*, Indiana, University of Notre Dame Press Notre Dame, 1994.

Fecha de recepción: 31/03/2015.Fecha de aceptación: 31/10/2015.