

EL DERECHO A IR TAPADO HASTA LA CARA Y EL IR DESNUDO

THE RIGHT TO GO COVERED UNTIL THE FACE AND THE NAKED GO

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ *

RESUMEN: El presente trabajo analiza el debate sobre el uso de los espacios públicos: ¿Andar por la calle desnudo o con la cara tapada? A partir del análisis de sentencias, el autor invoca derechos y libertades reconocidos en los tratados y leyes fundamentales que justifican las posiciones: desde ayuntamientos y otros órganos de gobierno se discutieron y adoptaron diferentes medidas, acudiendo incluso a los órganos superiores de control a nivel nacional y supranacional. En definitiva, lo que se plantea es si en un espacio público se puede ir con unos determinados vestidos o ir sin ninguno. Unos y otros extremos y sus limitaciones se plantean en términos análogos.

PALABRAS CLAVE: uso de prendas de vestir; discriminación por razones religiosas; burkini; sociedad democrática; libertades públicas y derechos.

ABSTRACT: This paper analyzes the debate on the use of public spaces: To walk on the street naked or with the face covered? By the analysis of sentences, the author invokes rights and freedoms recognized in the fundamental treaties and laws that justify the positions: from municipalities and other levels of government, different measures were discussed and adopted, including by the supervisory bodies at national and supranational level. In short, what is considered is whether in a public space you can go with certain dresses or go without any. Both extremes and their limitations arise in similar terms.

KEYWORDS: Use of clothing; Discrimination for religious reasons; Burkini; Democratic society; Public freedoms and rights. * Profesor en la Universidad Complutense de Madrid. Contacto: < info@jpabogados.com >. Fecha de recepción: 6 de febrero de 2017. Fecha de aprobación: 17 de abril de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 268, Mayo-Agosto 2017

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ocultar el cuerpo*. A) *El uso de prendas de vestir que ocultan el cuerpo*. B) *El derecho supuestamente vulnerado*. C) *Las limitaciones de su utilización*. D) *El “burkini”*. E) *La verdadera cuestión de fondo*. F) *La discriminación por razones religiosas*. III. *El Nudismo*. A) *De ir tapado hasta la cabeza a ir desnudo*. B) *Derechos supuestamente vulnerados*. C) *La STEDH de 28 de octubre de 2014*. IV. *Conclusión*. *El desnudo masculino*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre el uso de los espacios públicos. ¿Andar por la calle desnudo o con la cara tapada? fue el título de la intervención de Lorenzo Martín-Retortillo el curso 2015-2016 en la Academia de Jurisprudencia. Aunque el trabajo estaba dedicado al tema general del uso de los espacios públicos, se concretaba en las dos preguntas que se hacen y más concretamente en el comentario de cuatro sentencias: dos del Tribunal Supremo (en lo sucesivo TS) y dos del Tribunal de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH).

Y terminaba así su intervención: “las cuatro sentencias han proporcionado sin duda material muy valioso para la reflexión, a la par que evidencian la actualidad de los problemas contemplados del mismo modo que muestran la presencia de hábitos o aspiraciones similares en unos y otros países.”

Por el interés de las cuestiones que planteaba, decidí insistir sobre el tema, al que dediqué mi intervención del presente curso (2016-2017) en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Al recibir la invitación de mi buen amigo Jorge Fernández Ruiz para colaborar en esta Revista, que tantas veces he utilizado a lo largo de mi vida, he creído oportuno ofrecer un resumen de estas cuestiones tan de actualidad en Europa.

Desde el trabajo de Lorenzo Martín Retortillo se produjeron unos acaecimientos que irrumpieron en nuestra realidad, como la conmemoración del 60 aniversario del “bikini”, considerado nada

menos que uno de los hechos más trascendentes en la liberación de la mujer, mientras empezaban a aparecer en las playas los “burkinis”. Asimismo, el TEDH dictó dos sentencias el 14 de marzo de 2017, decidiendo dos cuestiones prejudiciales, planteadas una por el Tribunal de casación de Francia y otra por el de Bélgica sobre la prohibición a trabajadoras de empresas privadas de llevar un pañuelo islámico.

Los mismos derechos y libertades reconocidos en los tratados y leyes fundamentales se invocan para justificar las posiciones más extremas y sus limitaciones. Desde Ayuntamientos y órganos más altos de gobierno se discutieron y adoptaron medidas más o menos exigentes y se acudió a los órganos superiores de control a nivel nacional (como el Consejo de Estado francés) y supranacionales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

En definitiva, lo que se plantea es si en un espacio público se puede ir con unos determinados vestidos o ir sin ninguno. Unos y otros extremos y sus limitaciones se plantean en términos análogos. No obstante, aunque las diferencias no sean muchas, creo preferible tratarlos separadamente.

II. OCULTAR EL CUERPO

A) EL USO DE PRENDAS DE VESTIR QUE OCULTAN EL CUERPO

Son muchas las prendas cuyo uso obstaculiza la visión del rostro. En España, una Ordenanza municipal sobre Civismo y Convivencia de Lérida de 8 de octubre de 2010 se refiere a las siguientes “velo integral, pasamontañas, casco integral” y, en general, a “otras vestimentas o accesorios que impiden o dificultan la identificación y la comunicación visual de las personas” para limitar o prohibir su uso en espacios o lugares destinados al uso o servicio público. Ordenanza que dio lugar al recurso de casación que resolvió la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013/2613).

Las sentencias que comento están motivadas por normativa que prohibía llevar prendas que ocultaban el rostro en general: la del TS de 14 de febrero de 2013 la norma de unas Ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Lérida; la del TEDH de 1 de julio de 2014 la norma de una Ley francesa, la de 11 de octubre de 2010. Pero, aunque las dos normativas regulan prohibiciones de usar en público cualquier tipo de prenda, las dos sentencias se refieren al uso de velos integrales (burka, niqab). Las del TEDH de 14 de marzo de 2017 (asuntos C-157/15 y C-188/15), al uso de “pañuelo islámico”.

B) EL DERECHO SUPUESTAMENTE VULNERADO

Precisamente por ser éstas las prendas afectadas por la prohibición, el principal de los derechos cuya protección se demanda es el derecho a la libertad religiosa, que garantiza el art. 16 de la Constitución Española (en lo sucesivo CE) y el 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo CEDH), derecho que no podría invocarse si la vestimenta prohibida fuese un pasamontañas o un casco integral, que son dos de los ejemplos que citan las Ordenanzas de Lérida. Pero también se invoca la lesión del derecho a la igualdad ante la Ley, que reconoce el art. 14, CE y el art. 20, CEDH, por considerar que ha existido discriminación por razón de religión, que se garantiza especialmente en la Directiva 2000/78, que establece el marco general para luchar contra la discriminación por motivos de “religión o convicciones”.

Pero ¿puede considerarse que realmente el derecho a la libertad religiosa comprende la libertad de vestir una de las prendas cuyo uso se prohíbe o que la prohibición constituye discriminación por razón de religión?

a) Para la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2013 es incuestionable que el uso del velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa regulada en el art. 16.1, CE y en la LO 7/1980 de 5 de julio. En su fundamento de Derecho octavo, dice: “utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

manos de Estrasburgo el uso del velo integral, puede considerarse que en parte es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción»; y que «sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, si que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter».

Y más tarde, añade:

Aunque no sea estrictamente necesario, no está de más observar para reforzar el planteamiento de la sentencia recurrida, que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural.

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

En primer lugar, porque, dada la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión, no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa. En tal sentido se expresa la reciente sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013 (TEDH 2013, 12), del caso Eweida y otros contra el Reino Unido.

Y en segundo lugar, porque desde el punto de vista del art.

16.1 CE, la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.

Lorenzo Martín-Retortillo estima que la sentencia del TS de 14 de febrero de 2013, sobre la Ordenanza de Lérida referente a la ocultación de la cara, es demasiado rigurosa: la Ordenanza de Lérida –dice– no entra a regular la libertad religiosa, no la cercena en absoluto. Nada impide manifestar ostensiblemente la propia

religión, como hacen tantas mujeres musulmanas con tal variedad de prendas, a modo, por ejemplo, de variantes de toca, sin necesidad de tener que ocultar la cara. Se trataría de limitar muy coyunturalmente algunas muy concretas modalidades del amplio abanico del ejercicio de la libertad religiosa, a la vista del mayor peso que merece la defensa de la convivencia cívica y del significado que se otorga a la protección de los derechos de los terceros.

Creo, por el contrario, que aunque las mujeres musulmanas tengan una multitud de prendas para manifestar la religión, el velo integral es una de ellas. Es, por tanto, una manifestación de libertad religiosa. Otra cosa es si se trata de una “interdicción” o “injerencia” lícita con arreglo al ordenamiento jurídico.

C) LAS LIMITACIONES DE SU UTILIZACIÓN

El artículo 16.1, CE, garantiza la libertad religiosa “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. De aquí que la Sentencia del TS en el fundamento de Derecho noveno, “partiendo de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa (...)” establezca que “debemos adentrarnos en el examen de cuáles sean las exigencias de la Constitución para poder limitar el ejercicio de tal derecho, acudiendo para ello a la doctrina del TC, como intérprete supremo de la Constitución”.

Y, en cumplimiento del art. 10.1, CE sus normas habrán de interpretarse de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales. Por lo que habrá que tener en cuenta el art. 9.2 de CEDH al determinar las restricciones que puedan imponerse a este derecho: “las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Como dice la STEDH de

1 de julio de 2014 (S.A.S. contra Francia), la restricción debe ser “prescrita por la ley”, inspirada en uno o más objetivos legítimos establecidos y “necesaria”, “en una sociedad democrática”, para alcanzar estos objetivos.

Exigencia de norma legal

La Constitución ha querido que la Ley y solo la Ley pueda fijar los límites de un derecho fundamental –y, por supuesto, las normas de superior rango–. Así lo ha reiterado la jurisprudencia del TC, en aplicación del art. 53, CE. Y, siempre respetando el contenido esencial del derecho. No será necesario que la Ley sea “orgánica”.

La sentencia del TS que estoy comentando resuelve un recurso interpuesto contra una Ordenanza municipal, la Ordenanza del Ayuntamiento de Lérida de Civismo y Convivencia, por la que se prohíbe acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso público a las personas que porten velo integral u otras prendas que impidan la identificación o comunicación visual, y los Reglamentos municipales que desarrollan su precepto.

La Sentencia de 14 de febrero de 2013, establece:

La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F. 2).

La esencialidad de la ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso, resulta así en nuestro marco constitucional inequívoca según esa sentencia.

Aunque la inexistencia de Ley sería suficiente para fundamentar el fallo, la sentencia examina los demás requisitos exigidos para la limitación del derecho.

Restricciones necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o, de la moral, pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Al determinar el art. 9 del CEDH las medidas que pueden adoptarse para limitar los derechos fundamentales exige que sean “necesarias en una sociedad democrática”, a que se refiere también la sentencia que comento. Y, con más detalle, la del TEDH de 1 de julio de 2014, con la cita de otras, dice:

Pluralismo, tolerancia y espíritu abierto caracterizan una “sociedad democrática”. A pesar de que a veces sea necesario subordinar los intereses del individuo a los del grupo, la democracia no supone la supremacía constante de la opinión de una mayoría, sino que exige un equilibrio que garantice a los individuos minoritarios un tratamiento justo y que evite todo abuso de una posición dominante. El pluralismo y la democracia, asimismo, deben basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso que implica necesariamente concesiones diversas por parte de los individuos que se justifican al objeto de la salvaguarda y la promoción de los ideales y los valores de una sociedad democrática.

Si los «derechos y libertades de los demás» figuran entre aquellos garantizados por el Convenio y sus Protocolos, es necesario admitir que la necesidad de protegerlos pueda llevar a los Estados a limitar otros derechos y libertades igualmente consagrados en el Convenio: precisamente es esta constante búsqueda del equilibrio entre los derechos fundamentales de cada uno lo que constituye el fundamento de una “sociedad democrática”.

Dados los objetivos legitimadores de la restricción de la libertad religiosa consistente en la prohibición de llevar velo integral no parece tener sentido la protección de la moral pública, salvo que se interprete la moral –como se interpreta al comentar el Código civil–, como la “conducta exigible y exigida en la normal

convivencia de las personas estimadas honestas”. En este sentido, la STEDH que comento dice que el Tribunal considera que, bajo ciertas condiciones, lo que el Gobierno francés califica de respeto por las exigencias mínimas de la vida en sociedad, la “convivencia puede relacionarse con el objetivo legítimo que constituye la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Pero es, sin duda, la seguridad pública el principal motivo legitimador. Pues como dice la STEDH, «el Tribunal señala en primer lugar que la tesis de la demandante y de algunos de los intervinientes según la cual la prohibición planteada por los artículos 1 a 3 de la ley de 11 de octubre de 2010 estaría basada en la suposición errónea de que las mujeres afectadas usarían el velo integral bajo amenaza, no es relevante. De hecho, se deduce claramente de la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de ley (ap. 25) que esta prohibición no tiene como principal objetivo proteger a las mujeres contra una práctica que les sería impuesta o que resultaría perjudicial.

Precisado esto, el Tribunal debe verificar si la injerencia en litigio es “necesaria”, “en una sociedad democrática” para la seguridad/sûreté pública (en el sentido de los artículos 8 y 9 del Convenio), o para la “protección de los derechos y libertades de los demás”.

Con respecto a la seguridad o la seguridad pública en el sentido de los artículos 8 y 9, el Tribunal comprende que un Estado considera esencial poder identificar a las personas para evitar los atentados a la seguridad de las personas y los bienes y para luchar contra el fraude de identidad». Pero “teniendo en cuenta su impacto sobre los derechos de las mujeres que desean usar el velo integral por motivos religiosos, una prohibición absoluta para usar en los espacios públicos una vestimenta destinada a ocultar su rostro solo puede pasar por proporcional en presencia de un contexto que suponga una amenaza general contra la seguridad pública, lo que se lograría por una simple obligación de mostrar su rostro y de identificarse cuando se presenta un riesgo para la seguridad de las personas y bienes o cuando circunstancias especiales llevan a sospechar un fraude de identidad”.

En consecuencia, el Tribunal estima que la prohibición en causa puede ser considerada como justificada en su principio, únicamente por el motivo que busca garantizar las condiciones de la «convivencia».

D) EL “BURKINI”

En el pasado verano se extendió en las playas el uso del que se ha llamado “burkini”, que viene a ser como un “burka” adaptado para bañarse con la ropa suficiente para no infringir las normas de la religión islámica.

Fabricado con la misma tela que los bañadores de un único color, cubre todo el cuerpo, de la cabeza a los pies, solo queda visible una parte ínfima (una capucha cubre la cabeza), las manos y los pies (el pantalón lleva una especie de estribo para evitar que se vea la pierna más arriba del tobillo). Y no ofrece duda que la parte superior debe ser lo suficientemente amplia para que no puedan apreciarse las curvas del cuerpo femenino.

Dadas estas circunstancias, parecía que la fórmula iba a satisfacer a todos. Pero no fue así. Por el contrario, suscitó las más diversas reacciones por parte de unos y otros.

En algunas personas islámicas, el fundamentalismo llegó a imponer la delimitación de orificios que solo podrían utilizarse.

Pero lo que parecía imposible es que en países de cultura análoga y hasta parecía que de la misma moral se produjeran reacciones distintas. Parece que tenía razón el TEDH cuando decía en una de las sentencias que no existía una moral europea. Aunque es cierto que lo que domina es la libertad para la mujer de vestir como quiera, de elegir, sin admitir imposición alguna, existen países en los que se llegó a prohibir el “burkini”, precisamente en defensa de la libertad de la mujer, por suponer que cuando lo usaba era por sometimiento a los musulmanes fundamentalistas, sin tener en cuenta que había mujeres musulmanas fieles a sus creencias que

vestirían con plena libertad –y hasta con orgullo– una prenda que, en definitiva, es una muestra de religiosidad exagerada.

En Francia, ante la prohibición del “burkini” a nivel municipal se fueron multiplicando las órdenes de los Alcaldes imponiendo sanciones de cuantía considerable a las que vestían el burkini, llegándose a dividir al gobierno francés. La “Liga de los derechos del hombre” interpuso recursos contra algunas de las decisiones de prohibición. El Consejo de Estado (“arrêt de 26 de agosto de 2016”) suspendió la prohibición adoptada por uno de los Alcaldes, por estimar que la prohibición constituía un atentado grave y manifiestamente ilegal contra las libertades básicas, como son la libertad de ir y venir libremente, la libertad de conciencia y la libertad personal. La prensa española daba la noticia al día siguiente con grandes titulares: “El Consejo de Estado francés tumba la prohibición del burkini” (era el del artículo que a doble página contenía el ABC), y en términos análogos aparecía la noticia en la primera página de “El País”.

Un buen día, mientras oía la televisión, nada menos que el telediario de mediodía en la 1ª cadena, de repente me sorprendió una noticia que inmediatamente atrapó mi atención en la pantalla del televisor: una importante casa de modas había ideado unos sofisticados modelos de burkinis, de diferentes colores y clases de tela, que estaban teniendo tal éxito que se vendían a miles, por lo que habían intensificado la producción y la creación de nuevos modelos.

¡Quién nos iba a decir que el prohibido “burkini”, esa odiosa prenda de vestir símbolo de discriminación de las mujeres practicada por las mujeres fundamentalistas iba a ser elogiada causando furor entre las más liberadas mujeres francesas y no francesas!

Claro que ¡qué burkinis! Estos modelos de “burkini” taparán mucho, quizás tanto como los más ortodoxos del más severo fundamentalismo; pero ¿cómo lo tapará? Con ciertas clases de tela y bien ceñidos al cuerpo puede atentar contra los fines pretendidos por el burka tanto o más que el desnudo integral. Pero además, si

una mujer quiere en público dejar entrever sus encantos, siempre tendrá arte para hacerlo.

Me voy a permitir recordar una de las experiencias del que fue mi viaje de fin de carrera. Elegimos Marruecos en la zona del que fue nuestro “Protectorado”. Fueron quince días muy gratos, entre los que estaban los de Semana Santa. La primera noche, algunos de los varones nos dedicamos a pasear por la casba, bajo una luna espléndida. Conectamos con unos musulmanes, por supuesto nada ortodoxos, con los que no pasamos de fumar unas de esas hierbas que nos permitieron una charla agradable con algunas de sus paisanas sobre sus costumbres. Una de nuestras preguntas fue, precisamente, como les era posible a unas mujeres tan liberadas como ellas hacer ver sus encantos de mujer bajo esas vestimentas que las cubrían. Nos sorprendieron al decirnos que no era nada difícil porque en la cara siempre quedaban sin tapar los ojos y con la forma de pintarse se podía hacer maravillas, el velo podía tener la suficiente transparencia para que se viera el color de los labios que asomaban y ¡qué decir del modo de mover ciertas partes del cuerpo al andar!

E) LA VERDADERA CUESTIÓN DE FONDO

De lo expuesto se desprende que, en el plano estrictamente jurídico, la cuestión que se plantea se concreta en si esta forma de vestir constituye una manifestación del derecho de la libertad religiosa. Puede existir lesión del derecho con la prohibición, como también puede existir lesión en el supuesto de que la mujer esté encantada de llevar estas prendas por ser fiel a sus creencias.

Pero esto no consta. Cuando se clama contra el velo, cuando se exclama como he leído en la cabecera de algún artículo en la prensa diaria “¡Fuera velos!”, lo que se está pensando es que la mujer –toda mujer islamista– está sujeta a la dictadura de su fanático marido. Y en un artículo con tal título (ABC de 16 de marzo de 2017), dice su autora:

¿Qué clase de libertad es aquella que te obliga a cubrirte cabeza y escote con un «hiyab» en señal de «modestia», sin hacer lo propio con los varones? Nos costó demasiado a las féminas de estos pagos alcanzar la igualdad de derechos, cuando menos sobre el papel, como para asistir ahora, impávidas, al derrumbamiento de lo conseguido bajo el peso de un credo foráneo profundamente machista.

Es la libertad lo que está en juego en Europa, efectivamente, pero no precisamente la que algunas pretenden ejercer sucumbiendo consciente o inconscientemente al mandato masculino de mostrarse humildes y recatadas portando un pañuelo ritual. Y mucho menos cuando tratan de imponer esa prenda al uniforme preceptivo en determinados puestos de trabajo o a las reglas de neutralidad vigentes en multitud de empresas. Sólo desde la debilidad y/o los complejos propios de la España actual se entiende que un tribunal de las islas Baleares resolviera recientemente amparar a una trabajadora tan poseída de celo musulmán como para cubrirse del modo descrito, haciendo mangas y capirotos de lo establecido en el contrato que ella misma había firmado en pleno uso de sus facultades.

Pero la verdadera cuestión la ha expuesto con diáfana claridad y con conocimiento de la sociedad y de la historia del Islam un académico de la Historia, Serafín Fanjul en la tercera del ABC de 22 de septiembre de 2016. Termina así:

Todo este elenco de pequeñas –o no tan pequeñas– guerrillas trasluce una actitud decidida de no integrarse en la sociedad mayoritaria, de no fundirse en el proyecto común del país receptor que, desde luego, no intenta ni intentará asimilarlos en el plano de la fe, pues la libertad de creencia sí está reconocida y garantizada en nuestros países. Felizmente. Pero sólo quieren relaciones superficiales en el orden económico o administrativo general, sin que el famoso mestizaje pase de mera palabra. Al establecer así su posición frente a los otros sólo están siguiendo diversos mandatos coránicos y, sobre todo, la llamada Constitución de Medina, signada por Mahoma, uno de los pocos textos de la época que parece

no ser apócrifo: los musulmanes son y deben ser “Una única comunidad al margen de las demás gentes”.

F) LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES RELIGIOSAS

Las dos sentencias del TEDH de 14 de marzo de 2017 antes citadas, en aplicación de la Directiva 2000/78 CE, se pronuncian sobre si la prohibición por una empresa a una trabajadora de la utilización de un “pañuelo islámico” supone una discriminación por motivos religiosos. La respuesta –recogida con grandes elogios en los medios de comunicación– es negativa: no existe discriminación directa. Pero la dictada en el asunto C- 157/15, en el apartado 44, añade:

En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente.

III. EL NUDISMO

A) DE IR TAPADO HASTA LA CABEZA A IR DESNUDO

Si se ha defendido como manifestación de un derecho fundamental ir completamente tapado, también se ha planteado la opción de ir sin ropa alguna. Ahora bien, del nudismo se impone una

elemental distinción. No hay que confundir su defensa como una ideología, lo que es simplemente una manifestación del nivel moral dominante en un lugar y época determinada. Hoy en día en cualquiera de nuestras playas o piscinas es tan infinitamente pequeño el trocito de tela que ha de cubrir una muy limitada parte del cuerpo, que es como ir completamente desnudo sin faltar a la moral, mientras que en otras épocas había pueblos en los que en la única piscina pública que entonces existía las mujeres tenían que llevar bañador completo y los hombres un completo calzón de baño y además con un horario distinto para unas y otros, para no suscitar malos pensamientos. Ya he dicho más de una vez en algún acto público fuera de España que nuestra famosa transición no empezó después de la muerte de Franco, sino mucho antes: el día que D. Rodrigo Bocanegra, párroco de Marbella, permitió la entrada en la iglesia a una sueca en minishort.

Dos de las sentencias que motivan este comentario, una del TS y otra del TEDH se han dictado en respuesta a pretensiones en defensa de lo que se considera una expresión de la naturaleza humana y la convicción de la belleza del cuerpo humano. Una, por dos entidades en defensa del naturalismo; la otra, por un ardiente defensor de sus ideas, con tal tesón que llegó a estar varios años en la cárcel.

No es de extrañar la impresión que puede dar la lectura de los 99 apartados de la Sentencia de Estrasburgo de 28 de octubre de 2014, describiendo los hechos que resume así I. Martín-Retortillo:

una agobiante sucesión de experiencias de caminar desnudo por la calle, detenciones, condenas y periodos de privación de libertad. Incluso, cuando tiene que acudir al juzgado lo hace desnudo –y los agentes tienen que taponarlo, ante su desobediencia a la orden del juez de cubrirse-. En la cárcel, habrá de estar aislado y al margen de los servicios comunes, dada su contumacia en permanecer desnudo. Incluso, cuando ha cumplido la condena y es liberado, en la propia puerta de la cárcel se desnuda, lo que hace que comience de nuevo el ciclo aludido –detención, condena y privación de libertad–, que

se irá repitiendo de manera incesante desde 2003 a 2011. Impresiona la cantidad de condenas judiciales que fue sufriendo, así como el montante de las penas de privación de libertad. Inicialmente, se le imponían sanciones leves –entre dos semanas y tres meses–, pero en vista de su contumacia, la duración del castigo se iría ampliando; incluso, en 2009, el juez tanteó la posibilidad de no privarle de libertad si aceptaba moverse vestido, pero en vista de su rechazo le impuso una condena de un año. Cuando en 2011 se le condenó a 330 días, ya había sido detenido en más de 30 ocasiones y condenado al menos 20 veces, habiendo estado en la cárcel un total de cinco años y tres meses, con sólo cuatro días en el periodo para disfrutar de libertad.

La sentencia de nuestro TS de 23 de octubre de 2015 ofrece aspectos distintos. Por una parte, plantean las dificultades de determinar la validez de un precepto de una Ordenanza municipal, esta vez del Ayuntamiento de Barcelona, de medidas para fomentar la convivencia ciudadana en el espacio público. Son impugnantes dos entidades, la Federación Española de Naturismo y la Associació per la Defensa del Dret a la Nuesa. Además de considerar que una Ordenanza municipal carece de fuerza legal para limitar un derecho fundamental en forma análoga en cómo se plantea en la otra sentencia a que antes me referí, desciende al examen de un tema más concreto, al extender la prohibición de “ir casi desnudo o casi desnuda” y con otra prenda de ropa similar al bañador salvo por los paseos marítimos o vías inmediatamente contiguas a las playas.

B) DERECHOS SUPUESTAMENTE VULNERADOS

Tanto en uno como en otro supuesto los derechos fundamentales que se estiman vulnerados vienen a ser los mismos salvo el derecho a “la libertad religiosa”, que teniendo pleno sentido su invocación en defensa del velo integral, no lo tendría en absoluto en

defensa del nudismo, aunque ambos figuren con el mismo rango en la CE (art. 16.1) y en el CEDH (art. 10), aunque en este último lo que equipara a la libertad de manifestar su religión será “sus convicciones” y no la libertad ideológica. Al menos para mí “las creencias” o “convicciones” ofrecen diferencias en algunos aspectos, como en orden a la “objeción de conciencia”.

Pero en general la jurisprudencia suele equiparar ambas libertades, por lo que en la impugnación de la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona, se invoca como fundamento la sentencia de 14 de febrero de 2013, en la que se afirmó que el uso del velo integral ha de entenderse como verdadera manifestación externa de las creencias religiosas, merecedora del mismo tratamiento que la libertad religiosa a que se refiere el artículo 16.1 de la Constitución, y, por tanto, inmune a cualquier intervención pública limitativa o restrictiva que no vaya precedida y encuentre adecuado amparo en una ley formal, único instrumento que, en su caso y respetando el contenido esencial del derecho, podría efectuar alguna regulación legal sobre aquel modo de exteriorización de la creencia o del pensamiento religioso.

Frente a lo que la sentencia ahora comentada opone:

no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011), pues en el supuesto analizado por la Sala en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa

Ahora bien, si la desnudez no puede considerarse manifestación de la libertad de expresión de sus creencias religiosas, ¿sería admisible fundamentarla en el derecho a la expresión de otras ideologías, lo que también se reconoce en el art. 16, CE y el art. 2 de CDEH?

Tanto la STEDH como la del TS llegan a la misma conclusión.

C) LA STEDH DE 28 DE OCTUBRE DE 2014

La STEDH parte del CEDH, que se refiere a la libertad de expresión que regula el art. 10, que comprende la libertad de opinión. La protección de éste comprende, dice la sentencia en el apartado 147, con cita de otras sentencias:

no sólo la esencia de las ideas y de la información expresada sino también la forma en que se transmiten. El Tribunal acepta que el derecho a la libertad de expresión puede incluir el derecho de una persona a expresar sus ideas a través de su modo de vestir o de su conducta de llevar un lirio de Pascua (un símbolo para conmemorar a los combatientes republicanos irlandeses que murieron durante o fueron ejecutados tras el Levantamiento de Pascua de 1916 en Irlanda) debía ser considerado como una forma de expresar sus opiniones políticas; las protestas, que tomaron la forma de impedir físicamente las actividades que los aspirantes desaprobaban, constituían expresiones de una opinión en el sentido del artículo 10. En el presente caso, el demandante optó por estar desnudo en público con el fin de expresar su opinión en cuanto al carácter inofensivo del cuerpo humano. El Tribunal, por tanto, está convencido de que la desnudez pública del demandante puede ser vista como una forma de expresión que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio y que su detención, procesamiento, condena y reclusión constituyeron medidas represivas adoptadas en respuesta a esa forma de expresión de las opiniones del demandante. Por lo tanto, ha habido una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión».

En principio, pues, puede estimarse que ha existido lesión; pero más tarde, añade:

Esta libertad está sujeta a excepciones con arreglo al artículo 10.2, que deben interpretarse estrictamente: la necesidad de cualquier restricción debe ser establecida de forma convincente. El adjetivo “necesario”, en el sentido del artículo 10.2, implica la

existencia de una “necesidad social imperiosa”. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para valorar si existe esa necesidad, pero va paralela a una supervisión europea, que abarca tanto la legislación como las decisiones que la aplican, incluso aquellas dictadas por un tribunal independiente. Por lo tanto, el Tribunal está facultado para dictar la decisión final sobre si una restricción es conciliable con la libertad de expresión protegida en el artículo 10.

La amplitud del margen de apreciación que debe otorgarse depende de varios factores. Las autoridades nacionales disfrutan de un amplio margen de apreciación en cuestiones de moral, dado que no existe un concepto uniforme de moral europea. En consecuencia las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la “necesidad” de una “restricción o sanción” destinada a dar una respuesta a ello.

También debe tenerse en cuenta que, en virtud de los términos expresados en el artículo 10.2, aquel que ejerce su libertad de expresión asume deberes y responsabilidades, cuyo alcance depende de su situación y los medios técnicos que utilice. Estos deberes y responsabilidades deben tenerse en cuenta en la valoración que haga el Tribunal de la necesidad de la medida. El Tribunal ya ha declarado previamente que, en el contexto de las opiniones y convicciones religiosas, tales deberes y responsabilidades pueden incluir la obligación de evitar en lo posible expresiones que sean gratuitamente ofensivas hacia los demás y por lo tanto una violación de sus derechos.

Sin embargo, aunque los intereses individuales en ocasiones deben estar subordinados a los de un grupo, la democracia no significa que siempre debe prevalecer la opinión de la mayoría: debe lograrse un equilibrio que garantice el tratamiento justo y apropiado de las personas pertenecientes a minorías y evite cualquier abuso de una posición dominante. El pluralismo y la democracia deben basarse en el diálogo y en el espíritu de compromiso, que

implica necesariamente varias concesiones por parte de las personas o grupos de personas, que se justifican con el fin de mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática.

No olvidemos que la sentencia está valorando la conducta de un obseso por la desnudez, que hace caso omiso de toda advertencia y no tenía en menor consideración a los demás.

La sentencia se limitó a calificar la actitud del demandante, y –dice– «el caso del demandante es preocupante, ya que su intransigencia le ha llevado a pasar un período considerable de tiempo en la cárcel por algo que –en sí mismo– generalmente es un delito relativamente trivial. Sin embargo, el encarcelamiento del demandante es el resultado de una violación repetida de la legislación penal en pleno conocimiento de sus consecuencias, a través de una conducta que él sabía muy bien, no sólo va en contra de las normas de comportamiento en público aceptadas en cualquier sociedad democrática moderna, sino también que es susceptible de ser alarmante y moralmente ofensiva para otros, miembros de la sociedad que se encuentran desprevenidos camino de sus quehaceres». Y, en consecuencia, «considera que las razones para las medidas adoptadas por la policía, la fiscalía y los tribunales, y en concreto las aprobadas en relación con su detención en 2011, fueron “pertinentes y suficientes” y que las medidas respondían a una necesidad social frente a la reiterada conducta antisocial del demandante».

Es cierto que la sentencia del Tribunal de Estrasburgo afirma que, en una sociedad democrática, el hecho de que las opiniones del demandante sobre el nudismo público sean compartidas por muy pocas personas no es de por sí concluyente; pero al valorar las circunstancias concretas que han de tener en cuenta para decidir si la forma de expresar y defender ese diálogo como es ir desnudo por los espacios públicos es imponer repetidamente esta conducta antisocial sobre otros miembros de la sociedad.

Que viene a ser lo mismo que argumenta el TS al aducir como fundamento para defender la prohibición de la desnudez en los espacios públicos que establece la Ordenanza de medidas para fomentar la convivencia ciudadana en el espacio público. Dice así:

parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto “relaciones de convivencia”, estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos.

Desde esta perspectiva, no puede tacharse de discriminatoria una resolución que determina que en los espacios de uso público no se puede practicar el nudismo habida cuenta de la utilización general y mayoritaria de dicho espacio, de la necesidad de preservar la convivencia pacífica y del hecho, que entendemos notorio, de que la práctica del nudismo en esos espacios públicos dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario que las recurrentes pretenden

Y para terminar una referencia a otro tema que también ha surgido este verano de 2016: el desnudismo masculino.

IV. CONCLUSIÓN. EL DESNUDO MASCULINO

El detonante fue la publicación en un magazine de “Le Monde” de un artículo sobre el desnudo masculino, mientras algunas voces, no solo de hombres sino también de mujeres, se levantaron calificando las imágenes aparecidas de “voyeurismo” o de “violentas”, otras reaccionaron defendiendo la idea del diario francés, por haber roto una lanza para acabar con “el último tabú”. La gran frontera que aún no había logrado superar la igualdad de las mujeres. Así, entre nosotros, Edurne Uriarte desde el suplemento dedicado a las mujeres en el “ABC”, contrastaba tales afirmaciones con las que consideraban “perfectamente natural el desnudo femenino, incluso esos desnudos disfrazados de reportajes de lencería que más parecen exhibiciones eróticas para hombres”.

Y lamenta que tarde mucho en derribarse el “tabú” por el “temor tan extendido aún entre las mujeres heterosexuales a reconocer la obviedad de que prefieren ver hombres desnudos a mujeres, no vaya a ser que las califiquen de “salidas” o cualquier otra descalificación asociada a la “sexualidad femenina no reprimida”.

V. BIBLIOGRAFÍA

Entre la numerosa bibliografía existente me permito destacar la siguiente:

Aláez Corral: “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2011, pp. 483-520.

Cañamares Arribas: «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa», en Navarro, Rafael Valls, Mantecón, Sancho y Martínez-Torrón (coords.), *La libertad religiosa y su regulación legal*, Madrid, 2009, pp. 521-551.

Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 2001.

García Ureta, “De nuevo el velo islámico ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nota a Leyla Sahin v. Turquía”, *Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 10 de noviembre de 2005*, *Revista Vasca de Administración pública*, 2006, pp. 285-301.

-----, “Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2009, pp. 390-451.

-----, “Signos religiosos, autonomía municipal y derechos fundamentales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, págs. 201-221.

González, Gérard, «L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, obs/s. *Cour eur. dr. h.*, *Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009, pp. 467-484.

- Lasagabaster Herrarte, “El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía”, RVAP 2004, pp. 383-394.
- , La Carta Europea de la Autonomía Local, Iustel, 2007.
- Martín-Retortillo Baquer, L., Estudios sobre libertad religiosa, Madrid, Reus, 2011.
- Ollero, Racionalidad, derecho y símbolos religiosos, en Ollero y Hermida Del Llano, La libertad religiosa en España y en el Derecho Comparado, Iustel, 2012.
- Prieto Álvarez, Tomás, “Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia”, Revista Española de Derecho Administrativo, 2011, pp. 443-468.
- , Libertad religiosa y espacios públicos: laicidad, pluralismo, símbolos, Thomson Reuters Civitas, 2010.
- Vázquez Alonso, Víctor, “Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil”, Estudios de Deusto, 2008, pp. 135-164.

