

SECULARISMO EXTREMO VS. RADICALISMO RELIGIOSO: EL CASO DEL BURKINI FRANCÉS

*Mohamed Abdelaal**

| | |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 538 |
| II. LA LEY EN FRANCIA..... | 542 |
| A. <i>El Caso del Burqa y del Hijab</i> | 542 |
| B. <i>El Caso del Burkini</i> | 548 |
| III. DÁNDOLE SIGNIFICADO A LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE ESTADO..... | 550 |
| IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS..... | 553 |
| V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL BURKINI—UNA EVALUACIÓN COMPARATIVA HIPOTÉTICA..... | 555 |
| A. <i>Turquía</i> | 555 |
| B. <i>Italia</i> | 557 |
| C. <i>Suiza</i> | 558 |
| VI. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL BURKINI..... | 559 |
| VII. CONCLUSIÓN..... | 562 |

Abstracto

La teoría francesa de *Laicidad*, ó secularismo asertivo, rápidamente ha llegado a ser una parte importante del legado constitucional francés, un legado el cual ha logrado demostrar lo que se había de esperar: conflictos entre el derecho a la autodeterminación, la cultura local, la libertad religiosa, y el interés del estado en reprimir el radicalismo y el extremismo.¹ Este artículo analiza estos conflictos basándose en la decisión de el Consejo de Estado de Francia (Conseil d'État), el cual levantó la prohibición francesa del burkini del 26 de agosto del 2016.² Este artículo debatirá las

* Profesor Asociado, Universidad de Alexandria Facultad de Derecho; Profesor Auxiliar, Universidad de Indiana Robert H. McKinney Facultad de Derecho.

1. Susanne Baer, *Una Mirada Más Atenta a la Ley: Derechos Humanos Como Sitios de Lucha Multi-Niveles Sobre la Igualdad Multi-Dimensional*, 6 *UTRECHT L. REV.* 56, 57 (2010).

2. *Asociación de Defensa de los Derechos Humanos Colectivos Contra la Islamofobia en Francia*, EL CONSEJO DE ESTADO FRANCES Y LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA (26 de agosto de

dos afrontadas maneras en que se puede interpretar la decisión: algunos pueden verla como un blindaje de los derechos y libertades fundamentales, mientras que otros pueden verla como un obstáculo para la protección de Francia ante el extremismo islámico.³ Al hacer esto, este artículo pretende analizar críticamente la importancia de la política de *Laïcité* y su impacto en las libertades individuales y religiosas, teniendo en cuenta las decisiones del Consejo del Estado de Francia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación a su prohibición de símbolos religiosos y vestiduras religiosas en Francia y en diferentes jurisdicciones comparables.⁴

I. INTRODUCCIÓN

En junio del 2009, el presidente francés Nicolas Sarkozy se dirigió al Parlamento francés y declaró que una burka—el cual es un atuendo islámico usado por mujeres musulmanas que cubre todo el cuerpo, incluyendo una malla sobre la cara con una apertura para los ojos—nunca crea un problema religioso, en vez, crea un problema serio a la libertad y la dignidad de la mujer, ya que no es un símbolo religioso sino un signo de servidumbre y degradación.⁵ “Así, una burka no es bienvenida en el territorio de Francia.”⁶

Dos meses después, en agosto del 2009, siguiendo el discurso del Presidente Sarkozy, oficiales franceses le prohibieron a una mujer musulmana francesa nadar en una piscina pública usando un burkini, el cual es un traje de baño que cubre todo el cuerpo.⁷ Los oficiales franceses evitaron plantear cualquier preocupación religiosa y en lugar de eso, citaron preocupaciones de higiene como la razón para la prohibición.⁸

A pesar de que dijeron que la prohibición del burkini en las piscinas del 2009 no fue impulsada por motivos religiosos, en agosto del 2016—

2016), <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selectiondesdecisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-ordonnance-du-26-aout-2016-Ligue-des-droits-de-l-homme-et-autres-association-de-defense-des-droits-de-l-homme-collectif-contre-l-islamophobie-en-France> [en lo sucesivo Derechos Humanos Colectivos Contra la Islamofobia].

3. *Ver generalmente* Baer, *supra* nota 1.

4. *Ver generalmente* Baer, *supra* nota 1; *ver también* S.A.S. v. Francia, App. No. 43835/11, Eur. Ct. H.R. (2014); CE Sect., 27 de junio de 2008, Rec. Lebon 286798 [en lo sucesivo Rec. Lebon 286798].

5. Nicolas Sarkozy, *La burka no es bienvenida en el territorio de la República*, LIBÉRATION (22 de junio de 2009), http://www.liberation.fr/france/2009/06/22/sarkozy-la-burqa-n-est-pas-la-bienvenue-sur-le-territoire-de-la-republique_566253.

6. *Id.*

7. Alcalde Alain Kelyor, *La Piscina Francesa Prohíbe ‘Natación de Burkini’*, BBC NEWS, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8197917.stm> (última visita 13 de febrero de 2017).

8. *Id.*

seguido de los recientes ataques terroristas en Francia—el alcalde de Cannes, David Lisnard, prohibió usar burkinis en las playas de Cannes, citando un posible vínculo con el extremismo islámico.⁹ Además, el alcalde de Villeneuve-Loubet procedió a implementar las disposiciones del Decreto del 5 de agosto del 2016, que fue concedido por el Estado a la ciudad.¹⁰ El Artículo 4.3 del Decreto lee:

De todas las zonas comunes de playa, el acceso a la natación está prohibido a cualquier persona que no tenga un vestido, respetuoso de la moralidad y el principio de secularismo, y el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad adaptadas en natación dominio público marítimo. El uso de ropa, mientras nadando, teniendo una connotación contraria a los principios antes mencionados está estrictamente prohibido en las playas de la ciudad.¹¹

Esta disposición fue interpretada por las autoridades como justificación de la necesidad de prohibir el uso de burkinis en las playas de la ciudad.¹²

Es indiscutible que el Presidente Sarkozy fue astuto al abstenerse de describir una burka como un símbolo religioso.¹³ De hecho, fue ingenuo del alcalde de Cannes, así como del Decreto del Estado del 5 de agosto del 2016, el que vincularan el burkini con la agenda religiosa o con el extremismo.¹⁴ En efecto, cualquier intento de prohibir el uso de algunos vestidos, usado más a menudo por las personas que siguen una religión en particular, inevitablemente daría lugar a un conflicto entre varios conceptos que parecen ya estar en conflicto, como lo son la libertad de religión, la

9. David Lisnard, *Alcalde de Cannes Prohibe Burkinis en las Playas del Centro Vacacional*, THEGUARDIAN (11 de agosto de 2016), <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/11/cannes-mayor-bans-burkinis-beachwear-must-respect-secularism>.

10. *Otra Ciudad de la Riviera Francesa Prohibe Burkinis de sus Playas*, RFI: EL PAÍS Y TODAS SUS VOCES (13 de agosto de 2016), <http://en.rfi.fr/france/20160813-another-french-riviera-town-bans-burkinis-its-beaches>; ver también Ed Vulliamy, *‘Quieren que Seamos Invisibles’: Como la Prohibición de Burkinis está Dividiendo la Costa Azul*, THEGUARDIAN (21 de agosto de 2016), <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/20/burkini-ban-cote-d-azur-spreads-france-divide>.

11 Esta ley sería posteriormente desafiada ante las cortes administrativas francesas y suspendida por el Consejo de Estado Frances, la corte administrativa más alta de Francia, como se discutirá más tarde. Philippe Cossalter, *El Caso Frances del Burkini: “Descubre este Seno que no Puedo Ver”*, EXAMEN DE LA LEY GENERAL § 2, (5 de septiembre de 2016), <http://www.revuegeneral.edudroit.eu/blog/2016/09/05/the-french-burkini-case-uncover-this-breast-that-i-cannot-not-behold/>.

12. *Id.*

13. Sarkozy, *supra* nota 5.

14. *Ver generalmente* Lisnard, *supra* nota 9; Cossalter, *supra* nota 11.

igualdad, el secularismo, la democracia y la autodeterminación.¹⁵ Curiosamente, cualquier intento de conciliar estos conflictos conlleva a más situaciones paradójicas.

En primer lugar, cuando se da prioridad a la religión es probable que el laicismo y la democracia se pongan en riesgo.¹⁶ Por ejemplo, la Corte Suprema de Israel ha encontrado difícil decidir si el carácter judío del estado, es preferencial a su naturaleza democrática del estado o viceversa.¹⁷ La aparente confusión de la Corte Suprema de Israel sobre estas decisiones podría atribuirse simplemente al hecho de que la identidad constitucional de Israel se basa en dos cánones principales: (1) la naturaleza judía del estado, la cual es mencionada en la Declaración de Independencia de 1948¹⁸ y (2) el carácter democrático del estado, el cual fue agregado por la Novena Enmienda a la Ley Fundamental: la Knewsset de 1985.¹⁹ Dicho esto, uno de los grandes desafíos que enfrenta la Corte Suprema de Israel es cómo construir una ideología judicial que muestre su compromiso de definir a Israel como un estado tanto judío, como democrático.²⁰

15. Baer, *supra* nota 1.

16. *Id.*

17. ESTADO JUDÍO Y DEMOCRÁTICO, https://en.wikipedia.org/wiki/Jewish_and_democraticstate (última visita 13 de febrero de 2016).

18.

El 29 de noviembre de 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una Resolución para el establecimiento de un Estado judío independiente en Palestina y exhortó a los habitantes del país a que tomen las medidas que sean necesarias por su parte para poner en práctica el plan . . . POR LO PRESENTE PROCLAMOS el establecimiento del Estado judío en Palestina, que se llamará Israel.

Declaración de Establecimiento del Estado de Israel, 5708–1948 (Miembros del Consejo Popular), <http://www.jewishvirtuallibrary.org/the-declaration-of-the-establishment-of-the-state-of-israel> (Isr.).

19. El Artículo 7 (A) de la Novena Enmienda Proporciona, “Una lista de candidatos no participará en elecciones a la Knesset, si los objetivos o acciones de la lista, expresa o implícitamente, incluyen uno de los siguientes: (1) negación de la existencia del Estado de Israel como Estado judío y democrático . . .” *Ver generalmente* Elección Knesset (Prevención de la Participación de la Lista de Candidatos), 5718–1958, (Isr.).

20. RAN HIRSCHL, ASUNTOS COMPARATIVOS: EL RENACIMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARATIVO 60 (Oxford U. Press, 2014); RAN HIRSCHL, HACIA LA JURISTOCRACIA: LOS ORÍGENES Y LAS CONSECUENCIAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO 174 (Harv. U. Press, 2007); *ver también* H CJ 359/66 Meatrael v. El Consejo del Gran Rabinato de Israel 48(5) IsrSC 617, (1980) (Isr.). La dificultad del compromiso asignado a la Corte Suprema de Israel fue evidente cuando se vio obligada a interpretar la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad de 1992 y la Ley Básica: Libertad de Ocupación de 1992 y 1994 protejiendo el derecho de todo ciudadano o residente del estado a participar en cualquier ocupación, profesión, o negocio, tanto como el derecho a la propiedad, el debido proceso legal, la libertad de movimiento, la vida, la libertad personal, la privacidad,

En segundo lugar, el principio de la igualdad también puede ser puesto en riesgo cuando se les da prioridad a ciertas normas religiosas. En la medida que algunos liberales ven que forzar a las mujeres a usar un hijab, un niqab o un burka en algunos países musulmanes como una perturbación del principio de igualdad, otros musulmanes conservadores ven la prohibición impuesta por algunos países occidentales al uso de estos atuendos islámicos, incluyendo burkinis, como un ataque al mismo principio.²¹ Como Susanne Baer dijo una vez, en cuanto al conflicto entre religión, democracia y secularismo, “la igualdad del sexo, o el feminismo, esta . . . muy prominente en la agenda.”²²

En tercer lugar, cuando el principio de autodeterminación se encuentra por un lado y la religión y el secularismo al otro lado, estos no conviven. Por ejemplo, apartando cualquier consideración religiosa, las mujeres musulmanes en Francia podrían ver el uso del burkini como algo relacionado con la autodeterminación y la autonomía, independientemente de lo que Francia puede pensar acerca de cómo se debe aplicar su estricta teoría sobre el secularismo.²³

En la parte I de este artículo intentare introducir e ilustrar la ley francesa sobre la cuestión del secularismo, el orden público y cómo se

y la dignidad humana. La Corte interpretó las dos Leyes Básicas en una de sus decisiones famosas, la decisión *Meatrael's* en 1994. El caso involucró *Meatrael*, una empresa privada que importa productos de carne no kosher en Israel, que apeló ante la Corte Suprema contra la denegación del Ministerio de Asuntos Religiosos a conceder una licencia a la empresa para importar carne no kosher. La empresa argumentó que la decisión del Ministerio violó sus derechos constitucionales a la libertad de ocupación y negocio concedida en la Ley Básica de Israel: Libertad de Ocupación y sus derechos a la privacidad, libertad personal y propiedad concedida en la Ley Básica de Israel: Dignidad Humana y Libertad. Por otra parte, el Ministerio de Asuntos Religiosos defendió su decisión basándose en que permitir que la empresa continúe importando carne no kosher perjudica el carácter judío de Israel que debe ser considerado como una norma constitucional fundamental en Israel. Al principio, la Corte estaba convencida de que la libertad de ocupación es un principio constitucional consagrado que no debe ser restringido, negándose a mantener la decisión del Ministerio de terminar la licencia de la empresa privada. Posteriormente, bajo cuidadosas presiones del Ministerio de Asuntos Religiosos junto con los partidos religiosos, el Código Básico: Libertad de Ocupación fue enmendado permitiendo nuevas enmiendas por leyes ordinarias promulgadas por la Knesset. Después, el Knesset aprobó una ley que prohíbe la importación de productos no kosher en Israel “la Ley de Carne de 1994.” Basado en esta ley, el Ministerio terminó la licencia de importar carne no kosher. *Meatrael* apeló la decisión de la Corte Suprema por segunda vez; pero esta vez, la Corte revocó su anterior precedente basado en la nueva Ley de Carne y las recientes enmiendas a la Ley Básica. De hecho, esta decisión fue vista como una respuesta de la Corte a la presión política a realizar el carácter judío de Israel.

21. *Id.*

22. Baer, *supra* nota 1, en 57.

23. *Id.* en 57; ver también Huda Jawad, *La Prohibición de Burkini es Misógina—y las Feministas Occidentales están Volviendo un Ojo Ciego*, INDEPENDENT, <http://www.independent.co.uk/voices/burkini-cannes-islamophobia-banning-the-burkini-is-misogynistic-and-westernfeminists-are-turning-a-a7188806.html> (última visita 13 de febrero de 2017).

relacionan con la prohibición del burkini. Al hacer esto, seguiré las decisiones del Consejo de Estado de Francia sobre la prohibición del hijab islámico en las escuelas públicas y el burkini en las playas. Además, voy a esclarecer la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR) y su prohibición de símbolos religiosos en la esfera pública, para así intentar determinar cuál sería la opinión del ECHR si un caso hipotético, de prohibición del burkini, se presentara ante ese Tribunal Francés.

En la parte II de este artículo estudiare una amplia gama de modelos comparativos sobre la posición de las constituciones mundiales y la religión. Aquí, destacare: (1) la posición de Francia y Turquía, las cuales consideran el secularismo como un valor fundamental de la democracia; (2) la doctrina de neutralidad religiosa introducida por la Constitución de los Estados Unidos; y (3) la fuerte cláusula de establecimiento religioso adoptada por la Constitución Iraní. Al hacer esto, examinare la prohibición del burkini en cada uno de estos modelos constitucionales. Finalmente, terminaré con algunos comentarios finales.

II. LA LEY EN FRANCIA

A. *El Caso del Burqa y del Hijab*

En Francia, el enfoque que gobierna la relación entre el estado y la religión gira en torno a la teoría de “Laïcité,” también conocida en inglés como “secularismo asertivo.”²⁴ Esta teoría—derivada del primer artículo de la Constitución francesa de 1958, que establece: “[f]rancia será una república indivisible, secular, democrática y social”—simplemente significa que está prohibido llevar la religión a la “esfera pública.”²⁵

La ley francesa de *la laicidad* fue desarrollada con la intención de liberar al estado de la influencia de clérigos y gremios religiosos, y para establecer una ciudadanía con una identidad nacional libre de religión.²⁶ La ley no sólo liberó a Francia políticamente y socialmente de la influencia de la religión; sino que siguió creciendo hasta que se introdujo como un valor supraconstitucional, que estableció lo que ahora se conoce como el secularismo asertivo o secularismo militante.²⁷

24. Ran Hirschl, *Ley Constitucional Comparativa y Religión*, en *LEY CONSTITUCIONAL COMPARATIVA, MANUALES DE INVESTIGACIÓN EN LEY COMPARATIVA* 422, 435 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon ed., 2011).

25. ROAN MCCREA, *RELIGIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO DE LA UNIÓN EUROPEA* 104 (Oxford U. Press, 2010).

26. REX AHDAR & IAN LEIGH, *LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ESTADO LIBERAL* 73 (Oxford U. Press, 2005); *ver también* Hirschl, *supra* nota 24.

27. Hirschl, *supra* nota 24.

Una examinación cuidadosa de las decisiones del Consejo de Estado de Francia revela amplia evidencia pertinente al concepto de la política de *laïcité*, el caso de Faiza Silmi es un ejemplo de esto.²⁸ Faiza Silmi, nació en Marruecos, se casó con un ciudadano francés de origen marroquí, y se mudó permanentemente a Francia en el año 2000, donde tuvo tres hijos.²⁹ Ella solicitó la ciudadanía francesa en el año 2004, y su aplicación fue negada en el año 2005.³⁰ El gobierno negó su solicitud citando sus creencias y acciones radicales, las cuales incluían, entre otras cosas: usar el niqab desde su llegada a Francia, salir de su casa sólo cuando su esposo la acompañaba, y estar completamente sumisa con los hombres.³¹ Según el gobierno francés, las creencias y acciones de Silmi eran inconsistentes con los valores de la sociedad francesa y el principio de igualdad entre los géneros.³² Silmi apeló la decisión del gobierno ante del Consejo de Estado de Francia.³³

Basándose en la información proporcionada por el gobierno, el Consejo confirmó la decisión negando la solicitud de ciudadanía de Silmi.³⁴ El Consejo razonó que la solicitante “adoptó una práctica religiosa radical, incompatible con los valores esenciales de la comunidad francesa . . .”³⁵ El Consejo alegó que las creencias de la solicitante no se asimilan a la cultura francesa, como lo menciona en el artículo 21-4 del Código Civil francés,³⁶ y permite al gobierno negar la solicitud de ciudadanía de un cónyuge

28. *Id.*

29. *Id.*

30. El artículo 21-2 del Código Civil francés de 1804 proporcion

Una persona extranjera o apátrida que se casa y cuyo cónyuge sea de nacionalidad francesa puede, después de dos años de matrimonio, adquirir nacionalidad francesa por declaración siempre que, en el momento de la declaración, la comunidad de vida tanto afectiva y física no ha llegado a su fin y el cónyuge francés ha mantenido su nacionalidad. El cónyuge extranjero también debe demostrar un conocimiento suficiente de la lengua francesa, de acuerdo a su condición.

El artículo será posteriormente enmendado para permitir que “Extranjeros o apátridas que contraigan matrimonio con un cónyuge ciudadano francés puedan, después de cuatro años de matrimonio, adquirir nacionalidad francesa.” *Id.*; ver también C. CIV. art. 21-2 (Fr.).

31. Hirschl, *supra* nota 24.

32. *Id.*

33. *Id.*

34. *Id.*

35. *Id.*; ver también Rec. Lebon 286798, *supra* nota 4.

36. Hirschl, *supra* nota 24; ver también C. CIV. art. 21-4 (Fr.).

extranjero por falta de asimilación a causa de motivos aparte de la lingüística.³⁷

Igualmente, la polémica relacionada al uso de los tocados islámicos—hijab—en público contribuyó al desarrollo del alcance de la política de la laicidad, en particular las decisiones del Consejo de Estado de Francia. Por ejemplo, en el 27 de noviembre de 1989, de acuerdo con la solicitud del Ministro de Educación para una decisión sobre la cuestión de que si los directores escolares tenían la potestad de expulsar a los estudiantes vestidos con trajes religiosos, la Asamblea General del Consejo emitió el siguiente dictamen jurídico:

Resulta de lo anterior que, en establecimientos docentes, el uso de símbolos por los estudiantes, los cuales intentan manifestar su afiliación religiosa, no es por sí solo incompatible con el principio de la laicidad, ya que constituye el libre ejercicio de la libertad de expresión y de la manifestación de credos religiosos, pero que esta libertad no debe permitir que los estudiantes exhiban signos de su afiliación religiosa que, por su naturaleza o las condiciones en las que se usan individual o colectivamente, o debido a su carácter ostentoso y provocativo, constituiría un acto de presión, provocación, proselitismo, o dañara la dignidad o la libertad del estudiante o de otros miembros de la comunidad educativa, o comprometiera su salud o seguridad, o perturbara las actividades educativas o la función educativa del personal docente, o causara problemas al orden público en el establecimiento o el funcionamiento normal del servicio público.³⁸

Además, en una demanda buscando la anulación de una decisión del consejo de los gobernadores de la escuela secundaria Jean Jaurès en Montfermeil el veinte y ocho de septiembre de 1990—la cual prohibía usar un “pañuelo islámico”—el Consejo, citando su opinión anterior, dictaminó que “la estricta prohibición del uso de cualquier signo distintivo, vestimenta

37.

Por decreto en Consejo de Estado Frances, el gobierno puede, por razones de indignidad o falta de asimilación (que no sean lingüísticas) (Ley no 2003-1119 de 26 de noviembre de 2003), oponerse a la adquisición de la nacionalidad francesa por el cónyuge extranjero dentro de un período de un año después de la fecha del reconocimiento del recibo previsto en el Artículo 26, párrafo 2, o en caso de denegación del registro, después del día en que la sentencia, la cual admite la lagalidad de la declaración, haya entrado en vigor.

C. Civ. art. 21–4 (Fr.).

38. CE Ass., 27 de noviembre de 1989, 346.893 [en lo sucesivo CE Ass. 346.893].

u otro traje religioso, político, o filosófico” constituye una prohibición general y absoluta que viola el principio de la laicidad.³⁹ Asimismo, el catorce de marzo de 1994, el Consejo emitió su dictamen sobre la validez de un reglamento de la escuela pública, y en este estipula que “ningún estudiante será admitido en el aula, estudio o refectorio con la cabeza cubierta.”⁴⁰ El Consejo declaró que esa norma viola los principios heredados por la sociedad francesa, y en particular los principios de libertad de expresión, neutralidad y secularismo (*laïcité*).⁴¹

En lo que puede parecer una desviación absoluta de su posición previa, en 1995 el Consejo emitió una decisión que alteró gravemente la relación entre el principio de la laicidad y sus decisiones anteriores sobre el uso de símbolos y trajes religiosos.⁴² Específicamente, el 10 de marzo de 1995, el Consejo presidió sobre un caso relativo a la expulsión de tres estudiantes musulmanes de una escuela secundaria por usar hijabs, la cual violaba la política de la escuela contra el establecimiento de proselitismo.⁴³ Al contrario de sus decisiones anteriores, el Consejo afirmó la expulsión, citando que la decisión estaba justificada porque “el uso de este velo es incompatible con la conducta adecuada de las clases de educación física; que la decisión que excluía definitivamente a estos tres alumnos fue tomada a causa de los disturbios causados por rehusarse a la vida del establecimiento”⁴⁴ Sin embargo, el 27 de noviembre de 1996, el Consejo parecía adherirse otra vez a su enfoque indulgente sobre la interpretación del principio de laicidad cuando derogó la decisión del Tribunal Administrativo de Lille, que había confirmado las decisiones de las escuelas secundarias de expulsar a los estudiantes musulmanes que llevaban hijabs.⁴⁵ El Consejo razonó que aunque “los alumnos en cuestión intentaron expresar sus creencias religiosas no pueden ser considerados como un signo que, por su naturaleza, es ostentoso o exigente y que en cualquier caso sería un acto de presión o proselitismo.”⁴⁶

A nivel legislativo, una ley que claramente refleja la política de la laicidad es la Ley 2004-228 con referencia a la prohibición de los símbolos

39. CE Sect., 2 de noviembre de 1992, Rec. Lebon 130394.

40. CE Sect., 14 de marzo de 1994, Rec. Lebon 145656.

41. *Id.*

42. *Ver generalmente* CE Sect., 10 de marzo de 1995, Rec. Lebon 159981.

43. *Id.*

44. *Id.*

45. CE Sect., 27 de noviembre de 1996, Rec. Lebon 170208.

46. *Id.*

y trajes religiosos en las escuelas públicas.⁴⁷ A pesar de que la ley no dice expresamente cual es la intención de imponer una prohibición sobre un cierto emblema o vestimenta de una religión en particular—ya que la ley prohíbe el uso de todos los símbolos y trajes islámicos, cristianos y judíos en las escuelas públicas⁴⁸—sin embargo, muchas personas se sintieron que el objetivo principal de la ley era prohibir el velo islámico (hijab) en las escuelas públicas.⁴⁹

La Comisión de Stasi francesa, la cual fue establecida por el ex presidente Jacques Chirac y nombrada por el comisario y mediador de la República Bernard Stasi para supervisar la aplicación de la política de la laicidad en el territorio francés, ha asumido el cometido de defender la ley contra sus críticos.⁵⁰ El 11 de diciembre del 2003, la Comisión publicó un informe en el que expresó temores considerables de que el uso de atuendos religiosos y la exhibición de símbolos religiosos en las escuelas públicas constituiría una grave violación de la política de la laicidad, la cual fue traducida por el informe como el principio de secularidad en Francia.⁵¹

Sin embargo, vale la pena mencionar que el informe prestó mucha atención a el uso del velo islámico—hijab—en las escuelas públicas, argumentando que “para aquellos que se ponen el velo—el hijab islámico—puede tener diferentes significados.”⁵² “Puede ser una elección personal o más bien una limitación, intolerable particularmente para las jóvenes.”⁵³ Además, el informe identificó que algunas personas consideran el uso de un hijab musulmán como una manifestación de “la niña pubescente o mujer como la única responsable por el deseo del ‘hombre’, una visión que

47. Ley 2004-228 de 15 de marzo de 2004 que enmarca, como aplicación del principio de laicismo, el uso de símbolos o ropa que manifiestan afiliación religiosa en las escuelas, colegios y escuelas secundarias públicas. [Ley 2004-228 de 15 de marzo de 2004, relativa a la aplicación del principio de la separación de iglesia y estado, el uso de símbolos o ropa que muestren afiliación religiosa en escuelas primarias y secundarias públicas], DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA FRANCESA [J.O.] [GACETA OFICIAL DE FRANCIA], 17 de marzo de 2004 [en lo sucesivo Ley 2004-228].

48. El primer artículo de la Ley dice, "Se inserta en el Código de Educación, artículo L. 141-5 después del artículo L. 141-5-1," que dice lo siguiente: "Art. L. 141-5-1.—"En escuelas, colegios y escuelas secundarias públicas, se prohíbe el uso de signos o ropa por el cual alumnos manifiesten abiertamente una afiliación religiosa. Las normas deben indicar que la implementación de un procedimiento disciplinario es precedida por una conversación con el estudiante." Ley 2004-228, *supra* nota 47.

49. *Id.*

50. *Ver generalmente* COMISIÓN DE REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LAICISMO EN LA REPÚBLICA, INFORME AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (2003) [en lo sucesivo INFORME AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA].

51. *Id.*

52. *Id.* en 57.

53. *Id.*

fundamentalmente viola el principio de igualdad entre hombres y mujeres.”⁵⁴ Eventualmente, el informe recomendó que se promulgara una ley para satisfacer la demanda de una prohibición sobre el uso de cualquier signo religioso visibles en Francia: la Ley 2004-228 fue el resultado de esta recomendación.⁵⁵

Otro ejemplo instructivo de la política de la laicidad se encuentra en la prohibición de la burqa islámica en Francia. El 14 de septiembre del 2010, motivado por el discurso del Presidente Sarkozy en junio del 2009, la Asamblea Nacional francesa aprobó un proyecto de ley por un voto de 335–1, el cual prohibió a la gente usar tocados que cubren la cara, incluyendo burqas, niqabs y otros atuendos, en público.⁵⁶ Para aquellos que violaran la prohibición, la ley establece una sanción que consiste en una multa de hasta €150, y/o un requisito de completar un curso sobre la educación ciudadana.⁵⁷

Al tomar todas las medidas necesarias para finalizar la ley, el Consejo de Estado de Francia fue llamado a dar su opinión sobre la ley.⁵⁸ En un informe titulado “Estudio sobre la práctica del uso del velo completo,” el Consejo enfatizó que la práctica de usar un velo de cuerpo entero que oculta la cara está prohibida en dos situaciones: “(1) para los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones; y (2) los velos integrales en las escuelas públicas, [usados] en nombre del principio de secularismo.”⁵⁹ Además, el Consejo argumentó que la prohibición general de los revestimientos faciales se puede justificar por las “consideraciones de seguridad pública y la lucha contra el fraude.”⁶⁰ Precisamente, el Consejo autorizó la prohibición, “por propósitos de verificar la identidad y la ejecución de ciertos procedimientos oficiales como de matrimonio y de

54. *Id.*

55. INFORME AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *supra* nota 50, en 58; *ver generalmente* Ley 2004–228, *supra* nota 47.

56. Ley 2010–1192 de 11 de octubre de 2010 que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público [Ley 2010–1192 de 11 de octubre de 2010 Ley que Prohíbe la Ocultación del Rostro en el Espacio Público], DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA FRANCESA [J.O.] [GACETA OFICIAL DE FRANCIA], 12 de octubre de 2010.

57. *Id.*

58. *Un Estudio Relativo Sobre las Oportunidades para la Prohibición del Puerto de Velo Integral*, EL CONSEJO DE ESTADO FRANCES Y LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA, (3 de marzo de 2010), <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/RapportsEtudes/Etude-relative-aux-possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral> [en lo sucesivo Prohibición del Puerto de Velo Integral].

59. *Id.*

60. *Id.*

votar,” ya que en estas situaciones, cuando una mujer niega descubrirse su cara, se constituye una “denegación de acceso o uso de estos servicios.”⁶¹

Sin embargo, el Consejo llegó a la conclusión que una prohibición general sobre el uso de un velo completo o de cualquier cobertura facial en público expondría graves riesgos en virtud de la constitución y de la seguridad del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.⁶² Así, según el Consejo, una prohibición general de los velos completos o de cualquier tipo de atuendo que oculta la cara conferiría “considerable incertidumbre jurídica.”⁶³ A pesar de la condena del Consejo a la prohibición de las burqas, el Consejo Constitucional de Francia resolvió todos los obstáculos jurídicos que rodean la Ley de 2010-1192—prohibiendo el encubrimiento de la cara en público—cuando confirmó su constitucionalidad en octubre de 2010, ordenando su publicación en el Diario Oficial de la República Francesa.⁶⁴

B. *El Caso del Burkini*

Como se ha mencionado, la prohibición francesa de los burkinis empezó a tomar su forma legislativa en el 2016, cuando la ciudad de Villeneuve-Loubet aplicó las disposiciones del Decreto de cinco de agosto de 2016, según el cual el párrafo tres del artículo 4 explica que el uso del burkini se declara en contra del principio de secularismo, higiene y las normas de seguridad.⁶⁵ Desde la implementación del Decreto del cinco de agosto de 2016, así como la prohibición del burkini en las playas de

61. *Id.*

62. *Id.*

63. Prohibición del Puerto de Velo Integral, *supra* nota 58.

64. Consejo Constitucional, Decisión n 2010-613 DC de 7 de octubre de 2010. Al confirmar la constitucionalidad de la ley, el Consejo Constitucional sostuvo que el Parlamento francés

ha considerado que tales prácticas (que cubren las caras) son peligrosas para la seguridad y protección públicas y no cumplen con las exigencias mínimas de la vida en sociedad/ También consideró que las mujeres que ocultan su cara, voluntariamente o de otra manera, se encuentran en una situación de exclusión e inferioridad patentemente incompatibles con los principios constitucionales de libertad e igualdad.

Nicolas Boring, *Monitor Global Legal*, LIBR. CONGRESS (6 de enero de 2014), <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/france-2010-law-banning-full-islamic-veilchallenged-in-court/>.

65. Cossalter, *supra* nota 11.

Cannes, un amplio clamor público y político creció rápidamente sobre la aparente humillación pública y el ostracismo de las mujeres musulmanas.⁶⁶

El clamor público y político se tradujo en una demanda legal presentada por la Liga de Derechos Humanos (LDH) y por el Comité contra la islamofobia en Francia (le Comité contre l'islamophobie en France) (CCIF), ante el Tribunal Administrativo de Niza, solicitando la suspensión del Decreto del cinco de agosto de 2016, basada en el artículo L. 521-2 del Código Administrativo de Justicia.⁶⁷ En su decisión, el Tribunal desestimó la reclamación de los peticionarios, rechazando sus argumentos de que el Decreto viola una serie de derechos y libertades fundamentales como la libertad de expresión y de religión.⁶⁸ El Tribunal razonó que, en virtud de los atentados terroristas de julio de 2016 en Niza, la prohibición del uso del burkini parece “necesaria, apropiada y proporcionada” para eliminar el extremismo y mantener el orden público.⁶⁹ Además, el Tribunal encontró que la prohibición de los burkinis era compatible con la legislación francesa relativa a la prohibición de acciones que descuidan “las relaciones entre las autoridades públicas y los individuos privados basados en la religión.”⁷⁰ La decisión fue apelada ante el Consejo de Estado de Francia.⁷¹

En la apelación, el Consejo cumplió con su requisito de jurisdicción al razonar que el requisito de urgencia del artículo L. 521-2 del Código Administrativo de Justicia, el cual permite a un tribunal “ordenar cualquier

66. Alissa J. Rubin, *Prohibiciones Francesas del 'Burkini' Provocan Reacción Cuando la Policía Armada Enfrenta a los Amantes de la Playa*, N.Y. TIMES (24 de agosto de 2016), https://www.nytimes.com/2016/08/25/world/europe/france-burkini.html?_r=0.

67.

En una aplicación justificada por un sentido de urgencia, el juez podrá tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libertad fundamental que una persona jurídica de derecho público o derecho privado, responsable por la administración de un servicio público, habría llevado en el ejercicio de sus poderes, una infracción grave y manifestamente ilegal. El juez decidirá dentro de cuarenta y ocho horas.

Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000 en relación con los procedimientos sumarios ante las cortes administrativas [Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000 en Relación con los Procedimientos Sumarios Ante las Cortes Administrativas], DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA FRANCESA [J.O.] [GACETA OFICIAL DE FRANCIA], 13 de febrero de 2017.

68. *Id.*

69. Ben Quinn, *La Policía Francesa Hace que una Mujer se Quite la Ropa en la Playa Nice Siguiendo Prohibición de Burkini*, THE GUARDIAN (23 de agosto de 2016), <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/24/french-police-make-woman-remove-burkini-on-nice-beach>.

70. Michael Curtis, *Francia se Dirige a Mujeres Musulmanas*, ENG. REV. (16 de agosto de 2016), http://www.newenglishreview.org/blog_direct_link.cfm/blog_id/64918/cat_id/1403/France-Addresses-Muslim-Women.

71. Derechos Humanos Colectivos Contra la Islamofobia, *supra* nota 2.

medida necesaria para salvaguardar una libertad fundamental” que fue ilegalmente infringido por la autoridad administrativa, se cumplió.⁷² En su decisión sobre el objeto de la apelación, el Consejo reconoció que, “conforme al artículo L. 2212-1 del Código General del Gobierno Local y Autoridades Regionales, el alcalde es responsable, bajo el control administrativo del representante del estado, de la policía municipal”, y que la policía municipal, según establece en el artículo L. 2212-2, “pretende asegurar el orden, la seguridad y la salud pública.”⁷³ Sin embargo, el Consejo destacó que a pesar de que el alcalde está encargado de la actuación policial en el municipio, “este debe conciliar el cumplimiento de su misión respetando a las libertades garantizadas por la ley.”⁷⁴

Al analizar las preocupaciones del orden público planteadas por el alcalde de la ciudad de Villeneuve-Loubet como una justificación para la prohibición del burkini, el Consejo, en un análisis interesante, declaró que el aparente propósito del Decreto del 5 de agosto de 2016 es establecer requisitos relativos al “derecho de acceso a la playa, seguridad e higiene al bañarse, y decencia en la playa.”⁷⁵ Como consecuencia, el Consejo concluyó que los alcaldes no tienen la autoridad de desviarse de este propósito para justificar sus acciones en otras consideraciones que probablemente puedan restringir las libertades individuales por riesgos probados de daño al orden público.⁷⁶

III. DÁNDOLE SIGNIFICADO A LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Una examen cuidadoso de las decisiones anteriores del Consejo de Estado Francés revela que este estableció un grupo de principios legales—relacionados con la vida y educación secular y a la libertad de religión y expresión—que definen los límites de la relación entre el principio de laïcité y el uso de símbolos y atuendos religiosos como una expresión de la libertad individual.⁷⁷

En primer lugar, en los casos de los velos, el Consejo estableció un principio legal prominente diciendo que el uso del velo islámico, por sí solo, no está en contra del principio del secularismo.⁷⁸ A través de este principio, el Consejo intencionalmente intentó a asegurar la importancia de

72. *Id.*

73. *Id.*

74. *Id.*

75. *Id.*

76. Derechos Humanos Colectivos Contra la Islamofobia, *supra* nota 2.

77. *Ver generalmente id.*

78. Fatima Osman, *Prohibiciones Legislativas Sobre el Uso del Velo: ¿Son Justificados?*, 17 *POTCHEFSTROOM L.J.* 1, 49 (2014).

reconocer ciertas libertades individuales, tales como la libertad de expresión y la libertad de manifestar su propia religión.⁷⁹ Este enfoque fue evidente en la decisión ya mencionada del Consejo de 1989 donde este declaró que el uso de un velo “no es por sí solo incompatible con el principio del secularismo, mientras este constituya un ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de manifestar las creencias religiosas.”⁸⁰

En segundo lugar, en la misma decisión, el Consejo trató de limitar el alcance del principio diciendo que el uso del velo “no es por sí solo incompatible con el principio del secularismo” subrayando que símbolos religiosos (el velo en este caso) se pueden considerar contrarios al principio del secularismo si por su naturaleza, o por las condiciones en que se usa, o por su carácter ostentoso constituye “un acto de presión, provocación, proselitismo o propaganda,” o degrada la dignidad humana de los estudiantes y empleados de las instituciones educativas, o pone en peligro su salud y seguridad, o perturba el sistema educativo o el servicio público.⁸¹ Sin embargo, el Consejo se abstuvo de determinar si la naturaleza de un símbolo religioso, o las condiciones en que se usa, o su carácter ostentoso viola el principio del secularismo.⁸² Dicho eso, parece que el Consejo pretendía a evaluar, caso por caso, cómo el uso de un símbolo religioso contraria al secularismo, en vez de establecer un precedente jurídico con un efecto vinculante que resuelva este asunto.⁸³

En tercer lugar, el Consejo afirmó su teoría en los casos de los niqab y las burqas.⁸⁴ Por ejemplo, en el caso de Faiza Silmi, el Consejo afirmó la decisión del gobierno de negarle la ciudadanía francesa, no por el hecho de que ella usaba el niqab, por sí solo, sino por las condiciones en que se ponía el niqab.⁸⁵ Por ejemplo, Silmi empezó a usar el niqab en cuanto llegó a Francia, y eso la llevó a nunca salir de su casa sin su esposo y a ser completamente sumisa con los hombres, las cuales, según el Consejo, constituyeron una violación de la secularidad francesa.⁸⁶ Del mismo modo, en su comentario sobre la Ley de 2010-1192 relativa a la prohibición de ocultarse la cara en el público, el Consejo acogió la prohibición de usar una burqa y un niqab, por razones de seguridad, si el descubrimiento de la cara

79. *Id.*

80. CE Ass. 346.893, *supra* nota 38.

81. Nicky Jones, *Libertad Religiosa en una Sociedad Secular: El Caso del Velo Islámico en Francia*, MACQUARIE L.J. 1, 3–4 (2009).

82. *Id.*

83. Nicky Jones, *Debajo del Velo: Muchachas Musulmanas y el Velo Islámico en la Francia Secular*, 9 MACQUARIE L.J. 47, 53 (2009).

84. Hirschl, *supra* nota 24.

85. *Id.*

86. *Id.*

de una mujer es necesario para un chequeo de identidad.⁸⁷ Sin embargo, el Consejo se negó a imponer una prohibición general de llevar burqas y niqabs ya que le impondría una restricción indebida a las libertades fundamentales.⁸⁸

En cuarto lugar, al revocar la prohibición del uso de burkinis, el Consejo aplicó su teoría indulgente, en el cual el uso de ciertos símbolos que reflejan la afiliación religiosa de una persona no está en contra de el principio del secularismo, cuando rechazó el argumento del alcalde de Villeneuve-Loubet de que el uso del burkini muestra una señal de extremismo islámico y perturba el orden público.⁸⁹ Curiosamente, al llegar a esta opinión, el Consejo adoptó un enfoque pragmático al interpretar el artículo L. 2212-2 del Código General del Gobierno Local y Autoridades Regionales, limitando el alcance del poder del alcalde para garantizar el orden público, la seguridad y la salud sin confiscar las libertades fundamentales.⁹⁰

En quinto lugar, las decisiones anteriores del Consejo de Estado de Francia podrían servir como una indicación de que el Consejo es de la opinión de que no hay nada malo con las mujeres que solo usan un hijab, un niqab, una burqa o un burkini mientras que su intención es solo ponerse estos símbolos religiosos.⁹¹ De hecho, uno puede ver el enfoque del Consejo como una violación de la política de *laïcité*, debido a que requiere el eclipse de la religión en la esfera pública.⁹² Sin embargo, parece que el Consejo decidió darle preferencia a las libertades fundamentales, cuando las mujeres no hacen nada más que ponerse símbolos religiosos, sin anular por completo la política de *laïcité*, ya que la prohibición de tales símbolos se mantendrá si el propósito de ponérselo es para utilizarlo como un acto de presión, o para promover el proselitismo o la propaganda, o para socavar la

87. Prohibición del Puerto de Velo Integral, *supra* nota 58.

88. *Id.*

89. En unas de sus famosas decisiones, el Consejo argumentó que el concepto de la política pública puede justificar la ampliación de la trilogía tradicional del orden público, que gira alrededor de los conceptos de seguridad, tranquilidad y salud pública, para incluir aspectos de moralidad pública. Soeren Kern, *Europa Debate el Burkini*, GATESTONE INST. (4 de septiembre de 2016, 5:30 AM), <https://www.gatestoneinstitute.org/8855/europe-burkini>; ver también CE Ass., 27 de octubre de 1995, 136727, Rec. Lebon.

90. *Memorandum en Relación a la Penalización de la Falta de Vivienda*, HOUSING RTS. WATCH, http://www.housingrightswatch.org/sites/default/files/2012-12-11_RPT_FRANCE_anti_soc_laws_en.pdf (última visita 13 de febrero de 2017).

91. Jones, *supra* nota 83, en 57.

92. *Id.*

dignidad humana, o para perturbar el orden de la buena función del servicio público.⁹³

IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Después de que el Parlamento Francés aprobó la Ley de 2010-1192—la Ley que Prohíbe Ocultarse la Cara en Lugares Públicos—el 14 de septiembre del 2010, y después de que el Consejo Constitucional Francés confirmó la constitucionalidad de la ley el 7 de octubre de 2010, a pesar de que el Consejo de Estado Francés hubiera expresado sus preocupaciones sobre la ley en su reporte, se presentó una reclamación en contra de la República Francesa impugnando la ley por ser incompatible con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR).⁹⁴

El demandante, un ciudadano francés, alegó que la ley viola el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.⁹⁵ En particular, el demandante señaló que la ley francesa es inconsistente con los artículos 3 (el cual prohíbe la tortura y el trato inhumano), 8 (el cual protege la vida privada y familiar), 9 (el cual protege la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión), 10 (el cual protege la libertad de expresión), 11 (el cual protege la libertad de reunión y asociación) y 14 (el cual prohíbe la discriminación) del Convenio.⁹⁶

Después de pasar un tiempo considerable examinando una amplia gama de antecedentes legislativos relacionados con el caso, el ECHR determinó que no hubo violación del artículo 3 ni del artículo 14 del Convenio, ya que la norma del Tribunal relativa al “nivel mínimo de gravedad requerido para el maltrato” no estaba satisfecho.⁹⁷ Por lo tanto, la demanda presentada en estos dos casos no cumple con la norma de admisibilidad establecida en el artículo 35 § 3(a) del Convenio.⁹⁸ Asimismo, el Tribunal desestimó el argumento del demandante basado en el artículo 11 por ser manifiestamente infundado en el sentido de artículo 35 § 3(a) del Convenio, ya que el demandante no demostró como la ley francesa violaría su libertad de reunión y de asociación.⁹⁹

93. CE Ass. 346.893, *supra* nota 38.

94. S.A.S., *supra* nota 4, en 9–11.

95. *Id.* en 3.

96. *Id.*

97. S.A.S., *supra* nota 4, en § 70; *ver también* Irlanda v. Reino Unido.

98. “La Corte declarará inadmisibles cualquier aplicación individual, presentada según al Artículo 34, si se considera que: (a) la aplicación es incompatible con las provisiones de la Convención o sus Protocolos, manifiestamente infundadas, o un abuso del derecho de la aplicación individual.” S.A.S., *supra* nota 4, § 70.

99. *Id.* § 73.

Al examinar los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, el Tribunal concluyó que la prohibición de usar velos y revestimientos en la cara establecida por ley, viola los requisitos del derecho a la privacidad, a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento y religión establecidas en los artículos.¹⁰⁰ Sin embargo, el Tribunal enfatizó—lo que resultaría ser su camino preferido para decidir tales reclamaciones—que el mecanismo del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene un papel “fundamentalmente subsidiario,” queriendo decir que las autoridades nacionales con “legitimación democrática directa” están en una mejor posición que una corte internacional para evaluar y decidir sus necesidades locales.¹⁰¹

Al establecer esta norma, el Tribunal examinó el argumento planteado por el gobierno de que la ley impugnada pretende mantener la “igualdad de género,” la “dignidad humana,” y el “respeto para un conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática.”¹⁰² El Tribunal no se vio convencido de que la “igualdad de género” y el respeto de la “dignidad humana” justificarían la prohibición absoluta de un velo que completamente cubre la cara.¹⁰³ Sin embargo, el Tribunal parecía convencido de que un velo que completamente cubre la cara podría constituir una violación del respeto a los valores mínimos de una sociedad abierta y democrática.¹⁰⁴ El Tribunal razonó que el ocultarse la cara es incompatible con las “exigencias de convivencia” en una sociedad francesa,¹⁰⁵ y que viola las nociones de fraternidad y civilidad heredadas en la sociedad debido a que inhibe la interacción social.¹⁰⁶ Por lo tanto, según El Tribunal, la ley francesa es válida y debe subsistir.¹⁰⁷

Esta decisión resume la filosofía del Tribunal, en la cual, las autoridades locales están en una mejor posición de determinar qué es lo mejor para preservar y mantener sus normas constitucionales y sus valores sociales y que, por lo tanto, se les debe autorizar, con amplia discreción, el hacer tal determinación.¹⁰⁸ En particular, el Tribunal delegó el deber de determinar qué es lo mejor para la aplicación de *Laïcité* a las autoridades francesa, declarando que el mecanismo del Convenio de Derechos

100. *Id.* §120–22.

101. *Id.* § 129.

102. *Id.* § 119.

103. S.A.S., *supra* nota 4, § 119–20.

104. *Id.* § 139.

105. *Id.* § 141.

106. *Id.*

107. *Id.* § 162.

108. S.A.S., *supra* nota 4, § 129.

Humanos es fundamentalmente subsidiario y que las consideraciones y medidas adoptadas por una autoridad legítima en una sociedad democrática deberían ser prioritarias.¹⁰⁹

V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL BURKINI—UNA EVALUACIÓN COMPARATIVA HIPOTÉTICA

La prohibición francesa de llevar burkinis nunca ha sido impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni antes ni después de la decisión del Consejo de Estado de Francia.¹¹⁰ Sin embargo, esta sección tratará de especular sobre la posición del Tribunal Europeo y la prohibición del burkini en Francia a través de una examinación de algunas de sus decisiones relativas a la prohibición de usar trajes y símbolos religiosos en diferentes jurisdicciones.

A. *Turquía*

Al igual que Francia, Turquía no adopta una posición neutral hacia la religión, esta, avanza un sistema de secularismo asertivo que resiente la manifestación de la religión en la esfera pública y considera el principio del secularismo (*laik*) como un valor supra-constitucional en sociedades modernas y civiles libres, que deben ser custodiado por todas las instituciones del estado, especialmente el Tribunal Constitucional de Turquía (TCC).¹¹¹ Por ejemplo, en 1989, el TCC dictaminó que el uso de velos en las universidades públicas violaba la separación entre la religión y el estado.¹¹² Además, en una decisión dictada en 1991, el Tribunal reafirmó

109. *Id.*

110. Stephanie Berry, *¿Una Línea Roja Incluso para la Corte Europea de Derechos Humanos?*, OXFORD HUM. RTS. HUB (7 de septiembre de 2016), <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-burkini-ban-a-red-line-even-for-the-european-court-of-human-rights/>; ver también Kern, *supra* nota 89.

111. El Preámbulo de la Constitución Turca establece que “sentimientos religiosos no estarán absolutamente involucrados en asuntos y políticas estatales como exige el principio del secularismo.” Asimismo/Igualmente, el Artículo 2 de la Constitución dice,

La República de Turquía es un estado democrático, secular (*laik*) y social basado en el estado de derecho que respeta los derechos humanos en un espíritu de paz social, solidaridad y justicia nacional, se adhiere al nacionalismo de Atatürk y es apoyado por los principios fundamentales establecidos en el Preámbulo.

Ver Hirschl, *supra* nota 24, en 436; Constitución (Constitución), Artículo 2 (Turk.).

112. La Corte de la Constitución Turca, Decision no. 1989/12 (7 de marzo de 1989). La Corte encontró que

Independientemente de que el velo Islámico sea un precepto del Islam, la concesión de reconocimiento legal a un símbolo religioso de ese tipo en

su punto de vista al decidir que “en las instituciones educativas superiores, es contraria a los principios de secularismo e igualdad, el cubrirse el cuello y el pelo con un velo o pañuelo basado en motivos de convicción religiosa.”¹¹³

El fuerte secularismo establecido en Turquía se puso a prueba en el destacado caso de *Leyla Şahin v. Turquía*.¹¹⁴ El caso originó en una solicitud presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por Leyla Şahin, una dedicada estudiante turca musulmana que se viste con hijabs islámicos, en la cual impugna la decisión del vicerrector de la Universidad de Estambul prohibiendo a los estudiantes con barba y velo islámico a asistir a charlas y a tomar exámenes escritos.¹¹⁵

Şahin argumentó que la decisión del vicerrector constituye una injerencia injustificada sobre su libertad religiosa y que viola los artículos 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos—relativo al derecho de la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y la prohibición de la discriminación.¹¹⁶ Al tomar su decisión, el Tribunal subrayó que el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “no protege todos los actos motivados o inspirados por una religión o creencia,” antes de argumentar que el “pluralismo,” la “tolerancia,” y la “amplitud de ideas” son los valores fundamentales de cualquier sociedad democrática, y que cuando está en juego la relación entre el estado y la religión, se le debe prestar atención especial a la discreción de las autoridades nacionales.¹¹⁷ En consecuencia, según el Tribunal, no hubo una violación de los artículos 9 o 14 del Convenio, y por lo tanto, la decisión del vicerrector de la universidad debe mantenerse.¹¹⁸

instituciones de educación superior no es compatible con el principio de que la educación del Estado debe ser neutral, ya que sería responsable para generar conflictos entre estudiantes con convicciones o creencias religiosas.

Tribunal Supremo (Supt. Ct.), E. 1989/12 (Turk.).

113. Tribunal Supremo (Sup. Ct.), E. 1991/8 (Turk.).

114. *Leyla Sahin v. Turquía*, App. No. 44774/98, 608 Eur. Ct. H.R. (2005).

115. *Id.*

116. *Id.*

117. *Id.* en 5.

118. En 2008, impulsada por la necesidad de preservar el carácter secular del Estado, la Tribunal Constitucional turca anuló una enmienda constitucional presentada por el moderadamente religioso Partido de Justicia y Desarrollo que efectivamente levantó la prohibición de usar el velo islámico en las instituciones públicas. *Id.* en 5–6.

B. Italia

Curiosamente, el principio de secularismo nunca se ha mencionado en ninguna parte de la Constitución italiana de 1948.¹¹⁹ Sin embargo, esto no debe interpretarse en el sentido de que la Constitución italiana adopta una cláusula de establecimiento fuerte que avanza un estado religioso.¹²⁰ De hecho, la Constitución italiana evitó determinar de manera explícita la relación entre el estado y la religión; en su lugar, simplemente enfatizó que la discriminación entre los ciudadanos basada en religión debe ser prohibida,¹²¹ y que la religión de cualquier partido o asociación no debe ser causa para tomar medidas o actividades especiales legislativas, fiscales o judiciales.¹²²

La interpretación italiana del principio del secularismo fue cuestionada en el 2005 en el caso de *Lautsi v. Italia*.¹²³ Este caso se trataba de una demanda presentada por una mujer atea, quien es ciudadana de Finlandia e Italia, en el Tribunal Administrativo de Veneto, desafiando la conducta de la junta directiva de una escuela pública italiana por negarse a eliminar crucifijos en las aulas, argumentando que violaba el principio del secularismo.¹²⁴ Sin embargo, el Tribunal desestimó la demanda, concluyendo que mostrar crucifijos en las aulas no ofende el secularismo.¹²⁵

La demandante, cuyos hijos atendían escuelas públicas en Italia, apeló la decisión ante el ECHR argumentando que la exposición de crucifijos en

119. *Ver generalmente* Constitución [Cost.] (It.).

120. *Id.*

121.

Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Es el deber de la República eliminar los obstáculos, de una naturaleza económica y social que de hecho limitan la libertad y igualdad de los ciudadanos, impiden el desarrollo completo de la persona y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Art. 3 Constitución [Cost.] (It.).

122. “El carácter eclesiástico y el propósito de la religión o el culto de una asociación o institución no pueden ser causa de limitaciones legislativas especiales, ni de imposiciones fiscales especiales en su constitución, capacidad jurídica y cualquier forma de actividad.” Art. 20 Constitución [Cost.] (It.).

123. *Ver generalmente* Lautsi v. Italia, App. No. 30814/06 Eur. Ct. H.R. (2011).

124. *Id.* en 3.

125. La Corte afirmó que aunque el crucifijo es un símbolo religioso, se convirtió en un símbolo del cristianismo en general, no sólo el catolicismo. Por lo tanto, representa un punto de referencia para otros credos, así. *Id.* en 5.

las aulas viola el artículo 9, el Protocolo 1 y artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos—sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el derecho de los padres a educar a sus hijos en instituciones que sean consistentes con sus convicciones filosóficas y creencias religiosas.¹²⁶ El Tribunal estuvo de acuerdo con la reclamación de la demandante cuando decidió que colgar crucifijos en las aulas de escuelas estatales viola los principios de la “neutralidad” y de “desestablecimiento.”¹²⁷

En el 2011, el gobierno italiano apeló la decisión ante la Gran Sala del ECHR.¹²⁸ Al promover un razonamiento claro compatible, la Gran Sala de la Corte confirmó el derecho del gobierno a exhibir crucifijos en las aulas de las escuelas estatales.¹²⁹ La Corte argumentó que la presencia del crucifijo en las escuelas públicas de Italia es el resultado del desarrollo histórico del estado, explicando que el crucifijo no es sólo un símbolo religioso, sino también una cuestión de tradición e identidad en Italia, que cae dentro “del margen de apreciación del Estado demandado.”¹³⁰

C. Suiza

En el 2001, el ECHR decidió sobre la admisibilidad del uso de velos islámicos en las escuelas suizas en el caso de *Dahlab v. Suiza*.¹³¹ En este caso, la demandante, una maestra de escuela primaria la cual se había convertido al islam, impugnó la decisión de la autoridad escolar de prohibirle usar un velo en el desempeño de sus funciones profesionales.¹³² Explicando que tal conducta viola la sección 6 de la Ley de Educación Pública, la cual estipula que “[E]l sistema de educación pública garantiza que las creencias políticas y religiosas de los estudiantes y de los padres sean respetadas.”¹³³

126.

Ninguna persona se le deberá negar el derecho a la educación. En el ejercicio de cualquier función que asuma en relación con la educación y la enseñanza, el Estado tiene que respetar el derecho de los padres a asegurar dicha educación y enseñanza en conformidad con sus propias religiones y convicciones filosóficas.

Id. en 14, 18, 25; *ver también* Eur. Conv. en H.R. art. 2, Protocolo 1.

127. Hirschl, *supra* nota 24, en 428–29.

128. Lautsi, *supra* nota 123, en 16, 17, 18.

129. *Id.*

130. *Id.* en 50.

131. *Ver generalmente* Dahlab v. Suiza, App. No. 42393/98, Eur. Ct. H.R. (2001).

132. *Id.* en 1.

133. *Id.* en 4.

La demandante apeló en contra dicha decisión ante el Gobierno Cantonal de Ginebra, que desestimó el recurso alegando que el velo islámico de la demandante es incompatible con la política escolar del estado de no perturbar la “neutralidad denominacional,”¹³⁴ y que el uso del velo por la demandante no debería extenderse más allá de la esfera personal.¹³⁵ La demandante apeló esta decisión ante el Tribunal Federal Suizo, alegando que la decisión viola el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que la prohibición sobre el uso del velo interfiere con “el centro inviolable de la libertad de religión.”¹³⁶ Sin embargo, el Tribunal Federal afirmó la decisión del Gobierno Cantonal de Ginebra, alegando que aunque la demandante demostró que ella usa el velo, no por razones estéticas, sino para mostrar lealtad a una fe en particular, “el uso de un velo y de la ropa suelta sigue siendo una manifestación externa, que como tal, no es parte del centro inviolable de la libertad de religión.”¹³⁷

Después de agotar todos los recursos internos, la demandante presentó una demanda en el ECHR en la que declaró que la conducta del Tribunal Suizo, cuando sostuvo la prohibición de usar el velo en clase, constituye una violación de su libertad de religión, la cual está protegida por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹³⁸ El Tribunal decidió el caso mediante un criterio de admisibilidad claro, desestimando la reclamación de la demandante por estar mal fundada en el significado del artículo 35 § 3.¹³⁹ Según el Tribunal, las medidas adoptadas por el Gobierno Cantonal de Ginebra y confirmadas por el Tribunal Federal Suizo son razonables y proporcionadas para proteger los derechos y las libertades de otras personas, y para promover el orden y la seguridad pública, y prohibirle a la demandante a usar el velo mientras enseña es “necesario en una sociedad democrática.”¹⁴⁰

VI. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL BURKINI

Como se mencionó anteriormente, el ECHR aún no ha tomado una decisión sobre la prohibición francesa del burkini.¹⁴¹ Sin embargo, para los

134. *Id.* en 2.

135. *Id.*

136. Dahlab, *supra* nota 131, en 3.

137. *Id.*

138. *Id.* en 7.

139. *Id.* en 13.

140. *Id.*

141. Berry, *supra* nota 110.

propósitos de esta discusión, la cuestión hipotética que debemos preguntar ahora es, si se presenta una demanda legal ante este Tribunal, la cual impugne la decisión del Consejo de Estado de Francia que levanto la prohibición de llevar burkinis,¹⁴² ¿cómo responderá el Tribunal?

Una examinación cuidadosa de la evaluación comparativa anterior del Tribunal sobre la legitimidad de mostrar símbolos y vestimentas religiosas en público revela que hay algunos principios establecidos por el Tribunal los cuales gobiernan sus decisiones futuras y cómo el conflicto entre el secularismo y el uso de símbolos y vestimentas religiosas se debe resolver. Entre estos principios, tres son de suma importancia.

En primer lugar, el Tribunal opina que en una sociedad democrática, donde se piensa que el secularismo está vinculado a la identidad del estado, las autoridades del estado siempre están en una mejor posición para determinar, basadas en hechos, si el uso de símbolos y vestimentas religiosas en público viola el principio de secularismo con vista a fomentar un mejor conocimiento de los límites del estado sobre los derechos y libertades y en su habilidad de evaluar las necesidades locales.¹⁴³

En segundo lugar, el Tribunal interpretó los artículos 8 (derecho a la privacidad y vida familiar), 9 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión), y 10 (derecho a la libertad de expresión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos como tan solo tener un papel subsidiario en la aplicación del mecanismo del Convenio, y que el artículo 9 del Convenio tiene un efecto limitado en el sentido que no protege todos los actos motivados o inspirados por una religión o creencia.¹⁴⁴

En tercer lugar, el Tribunal reconoció que la prohibición impuesta por el uso de símbolos y atuendos religiosos se puede justificar a base de preocupaciones por seguridad.¹⁴⁵ Tales preocupaciones pueden derivarse de la necesidad de verificar la identidad de una persona por motivos razonables, manteniendo los requisitos de convivencia y la integración social, o la protección de la salud pública.¹⁴⁶

De hecho, la declaración del Tribunal sobre la cuestión de que si llevar un símbolo o una vestimenta religiosa específica en público viola el principio de secularismo es un asunto que cae dentro del margen de la apreciación del estado.¹⁴⁷ Más preciso, con esta declaración, el Tribunal parece delegarle a las autoridades estatales un gran poder discrecional en la interpretación de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos

142. *Ver* Derechos Humanos Colectivos Contra la Islamofobia, *supra* nota 2.

143. S.A.S., *supra* nota 4, § 129.

144. *Id.* § 113.

145. *Id.* § 139.

146. *Id.*

147. *Id.* § 83.

Humanos intentando justificar su supuesta medida de restricción de los derechos y las libertades fundamentales.¹⁴⁸

En consecuencia, una cuidadosa lectura de los tres principios, establecidos por el Tribunal en sus decisiones, muestra que los principios segundo y tercero sólo sirven al propósito del primer principio. Específicamente, cuando el Tribunal declare que los artículos del Convenio relativos al derecho a la privacidad y vida familiar, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el derecho a la libertad de expresión tienen un papel subsidiario, reconoce implícitamente el derecho del estado demandado de sacrificar estos derechos por otras preocupaciones.¹⁴⁹

Además, cuando el Tribunal ilumina las preocupaciones de seguridad y de la protección pública, la misma consolida la discreción del estado demandado para determinar cómo proteger el principio del secularismo.¹⁵⁰ En otras palabras, como es un tribunal internacional, el ECHR no tiene pleno acceso a la información y a los recursos disponibles que las autoridades nacionales tienen para determinar cómo mejor administrar mejor una amenaza a la seguridad del estado.¹⁵¹

Dicho esto, si se impugnara la prohibición francesa del burkini, o si la decisión del Consejo de Estado de Francia que eliminó la prohibición se impugnara ante el ECHR, es probable que el Tribunal respondiera afirmando la prohibición o derogando la decisión del Consejo de Estado Francés restableciendo la misma.¹⁵² Este sería el resultado favorecido, tomando en cuenta la metodología del Tribunal al darle preferencia a la discreción del estado sobre cómo el secularismo debe ser protegido en una sociedad democrática.¹⁵³ Además, este resultado está reforzado por las preocupaciones sobre la seguridad vinculadas al extremismo islámico, citadas por el alcalde de Cannes en la prohibición del burkini en medio de los atentados terroristas en el territorio francés del 2016, y por la alegación del alcalde de la ciudad de Villeneuve-Loubet, que vestirse con el burkini es incompatible con el carácter secular de Francia, ya que los precedentes legales avanzan una adhesión clara a la apreciación del estado cuando el

148. S.A.S., *supra* nota 4, § 129.

149. *Id.*

150. *Id.* § 139.

151. *Id.*

152. *Ver generalmente* Berry, *supra* nota 110.

153. *Ver generalmente* S.A.S., *supra* nota 4.

asunto está relacionado con preocupaciones de seguridad y como el secularismo funciona mejor.¹⁵⁴

VII. CONCLUSIÓN

Permítanme reafirmar la paradoja de la prohibición de usar símbolos y atuendos religiosos. Por un lado, la promesa del secularismo avanza la prohibición de rasgos religiosos, incluyendo el uso de símbolos y atuendos religiosos en público.¹⁵⁵ Sin embargo, por otra parte, esta promesa realmente socava algunos derechos y libertades fundamentales como el derecho a la privacidad y la libertad de religión, pensamiento y conciencia.¹⁵⁶ El secularismo no se debe interpretar ampliamente a significar ateísmo, donde no se permite practicar religión, y siempre está asociada con un retraso social y político.¹⁵⁷ Sin embargo, el secularismo introduce un modelo donde las personas no están obligadas a practicar una religión, pero tampoco están obligadas a no practicar una religión.¹⁵⁸

En este contexto, vale la pena mencionar que hay una diferencia entre un estado secular y una sociedad secular. Esta diferenciación es evidente en Francia, donde la política de *Laïcité* o el secularismo se declara como un valor supra-constitucional, que requiere la separación de la iglesia y del estado, y presume la emisión de una decisión política libre de las influencias de la religión.¹⁵⁹ Por otra parte, es improbable que prevalezca una afirmación que la sociedad francesa es puramente secular es improbable de prevalecer simplemente porque los hombres con barbas largas, las mujeres que usan crucifijos, hijabs y niqab, y las personas que leen el Corán, la Biblia, y la Torá fácilmente se ven en las calles y en el transporte público francés.¹⁶⁰

A pesar de su calidad constitucional, la política francesa de *Laïcité* no se debe interpretar, como los casos anteriores recomiendan, como un instrumento para frenar la incursión social islámica, a menos de que

154. Harry Zahn, *Alcalde Frances de Cannes Prohíbe el Traje de Baño 'Burkini'*, PBS (12 de agosto de 2016, 3:41 PM), <http://www.pbs.org/newshour/rundown/french-mayor-cannes-bans-burkini-swimwear/>; ver también Kern, *supra* nota 89.

155. Ver generalmente S.A.S., *supra* nota 4; Claire Saas, *El Velo Musulmano y Secularismo en Francia*, 3 EUR. J. MIGRATION & L. 453, 453 (2001).

156. *Id.*

157. Hirschl, *supra* nota 24, en 423; ver también Saas, *supra* nota 155.

158. Saas, *supra* nota 155, en 455.

159. 1958 CONST. art. 2 (Fr.).

160. Elizabeth Winkler, *¿Es Hora de que Francia Abandone el Laicismo?*, NEW REPUBLIC (7 de enero de 2016), <https://newrepublic.com/article/127179/time-france-abandon-laicite>.

considere que el islam constituye una amenaza a la seguridad.¹⁶¹ En Francia, a veces las autoridades argumentan que la protección a los requisitos del secularismo para restringir o hasta para prohibir el uso de los símbolos y atuendos religiosos, como en los casos del burqa y del hijab islámico, en lugar de plantearse como preocupaciones por la seguridad, los cuales probablemente son los motivos detrás de la prohibición de cualquier modo.¹⁶² Sin embargo, e instada por los ataques terroristas del 2016, en el caso de la prohibición del burkini, las autoridades francesas no encontraron ninguna difícil justificar la prohibición de su uso cuando lo relacionaron con el extremismo islámico.¹⁶³

De hecho, en la medida en que las fuertes cláusulas constitucionales de establecimiento religioso requieren que el estado endorse formalmente cierta religión como la religión estatal, y que todo el sistema jurídico y social se comprometa intrínsecamente con los textos sagrados y la autoridad de esa religión, constituye una gran amenaza para los derechos y las libertades fundamentales—como son los casos de Irán y Arabia Saudita¹⁶⁴—pero el secularismo también puede ser una amenaza para ellos. En los países que tienen una ideología de religión extrema, como Irán y Arabia Saudita, es probable que una mujer occidental interprete la prohibición de usar un bikini en las playas y piscinas públicas como una violación a sus derechos y libertades fundamentales. De la misma manera, el secularismo extremo puede resultar en una violación flagrante de los derechos y las libertades fundamentales.

161. *Id.*

162. Zahn, *supra* nota 154.

163. *Ver* Kern, *supra* nota 89.

164. El Artículo 1 de la Ley Básica de Arabia (1993) dice, “El Reino de Arabia Saudita es un estado soberano Árabe Islámico con el Islam como su religión; el Libro de Dios y el Sunnah de Su Profeta, las oraciones de Dios y la paz sean con él, son su constitución.” En adición, el Artículo 23 establece el deber del estado de avanzar el Islam: “El estado protege el Islam; implementa su Shari’a; ordena a las personas que hagan bien y eviten el mal; cumple el deber con respecto a la llamada de Dios.” Artículo 2 de la Constitución Iraní (1979) promueve una cláusula de establecimiento fuerte cuando estipula que “La Republica Islámica es un sistema basado en la fe en: 1. Un Dios (“No hay dios más que Dios”), la atribución exclusiva de la soberanía y la legislación de la ley a El, y la necesidad de rendirse a Sus mandamientos.” Además, Artículo 4 dice

Todos los derechos cívicos, penales, financieros, económicos, administrativos, culturales, militares, política y leyes y regulaciones deben de ser basados en criterios islámicos. Este principio gobierna todos los artículos de la constitución, y otras leyes y regulaciones. La determinación de tal compatibilidad queda a cargo de la Fogaha del Consejo Guardián.

Ley Básica de Gobierno [Orden Real No. A/91] 5 de marzo de 1992, (Arabia Saudita).

