

V

ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO

LA CONSTITUCIÓN SUIZA «VELADA»: LA PROHIBICIÓN DEL BURKA EN EL CONTEXTO DE LAS TENDENCIAS REGRESIVAS DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA

VALENTINA FAGGIANI *
Universidad de Granada

Resumen: La recepción del veto al velo integral (burka y niqab) en los espacios públicos en la Constitución Federal Suiza, tras el referéndum de 7 de marzo de 2021, marca un importante punto de inflexión en la construcción de un concepto jurídico compartido de libertad religiosa y su consiguiente declinación por los Estados, atendiendo a los valores europeos fundamentales (art. 2 TUE).

En el presente trabajo, tras contextualizar la reforma constitucional que prohíbe esta prenda, haciendo referencia, por un lado, a las tendencias en varios países europeos y, por otro, a los antecedentes internos, se indagará porqué se ha llegado a incorporar en la Constitución Federal dicha prohibición, que representa la expresión de la estricta interrelación entre tendencias populistas, crisis del Estado de Derecho e islamofobia, las particularidades de su tramitación así como el debate público, la compatibilidad con el marco estatal y europeo, y las perspectivas de actuación. Y por último, se analizará el impacto de esta medida en Europa, haciendo hincapié en la importancia del diálogo judicial.

Palabras clave: Velo islámico, Suiza, Constitución, democracia directa, espacio europeo.

Abstract: The ban of wearing the full veil (*burqa and niqab*) in public spaces, introduced in the Swiss Federal Constitution after the referendum of March 7th, 2021, marks an important turning point in the construction of a sha-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i del Programa Operativo FEDER Andalucía: «Políticas de Integración de los Inmigrantes y Refugiados en Perspectiva Nacional, Autonómica y Europea», 2021-2023, B-SEJ-442-UGR20. Las traducciones al español de los textos en inglés o en italiano citados han sido realizadas por la autora.

red legal concept of religious freedom and the declination of this concept by States, according to fundamental European values (art. 2 TEU).

In the present study, after contextualizing the constitutional reform that has imposed the veto on this symbol, making reference, on the one hand, to the trends in this regard in several European countries and, on the other, to the internal antecedents, it will try to understand why this State has incorporated the prohibition into the Federal Constitution. In this regard, it will study the strict interrelation between populist trends, rule of law backsliding and Islamophobia, the particularities of the public debate on this measure, the compatibility with the national and European framework, and the perspectives of future. And finally, it will analyze the impact of these prohibitionist trends on Europe, focusing on the importance of judicial dialogue.

Keywords: Islamic veil, Switzerland, Constitution, direct democracy, European Area.

SUMARIO: 1. Reflexiones introductorias. 2. Las derivas involutivas de la prohibición del velo integral en la Constitución Federal Suiza. 3. El carácter innecesario, excesivo y desproporcionado de la prohibición constitucional de construir nuevos minarettes. 4. Del veto del Cantón Ticino a la restricción federal del velo integral. 5. El no al burka en la Constitución Suiza. 5.1 La discutible compatibilidad con el *ius cogens*. 5.2 Democracia directa vs. derechos de las minorías «menos integradas» en el marco de una sociedad polarizada: ¿dónde está el equilibrio? 6. La laicidad según el Tribunal Federal Supremo y el diálogo con el Tribunal de Estrasburgo. 7. La difícil delimitación del núcleo mínimo del uso del velo en las sociedades multiculturales ante la inexistencia de un «consenso europeo». 7.1 Elementos comunes a las tendencias prohibicionistas. 7.2 El cruce entre Estrasburgo y Luxemburgo: una oportunidad para construir un marco común de paz, solidaridad y tolerancia y evitar el asalto a los valores recogidos en las Cartas de derechos. 8. Conclusiones.

1. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

En el presente trabajo se analiza cómo y porqué Suiza ha llegado a incorporar en la Constitución federal la prohibición de llevar el velo integral (burka y niqab) en los espacios públicos tras el referéndum de 7 de marzo de 2021 y los efectos de dicha reforma. Esta decisión, adoptada por el pueblo, a través del instituto de la iniciativa popular, marca un importante punto de inflexión en la

construcción de un concepto jurídico compartido de libertad religiosa y su consiguiente declinación por los Estados, atendiendo a los valores europeos fundamentales (art. 2 TUE).

La recepción del veto al burka en el texto constitucional no representa solo una nueva pieza en el cuadro de las tendencias prohibicionistas, culminándolas, sino que va más allá, pues se trata del primer Estado de la Gran Europa, que ha previsto una medida de este tipo en su Magna Carta, con todas las consecuencias que esto comporta en términos de permanencia, de estándares de protección del derecho a la libertad religiosa, de los límites a sus principales manifestaciones, y de los efectos, al vincular tanto a los particulares como a los poderes públicos.

Ante todo, la consagración de esta imposición en la Ley superior del Estado la convierte en parámetro de conformidad y parte integrante del bloque de constitucionalidad, pudiendo desempeñar un rol determinante en la conformación de nuevas relaciones entre Estado central, Estados confederados y confesiones religiosas presentes en el territorio Suizo, entre particulares entre sí y en su forma de interactuar con el poder público.

Además, aunque dicha reforma no produzca efectos inmediatos, siendo necesario que el legislador federal adopte en el plazo de dos años la disciplina de actuación, produce un antes y un después en la forma de aproximarse al factor religioso no solo en Suiza sino en el espacio europeo en su conjunto por las derivas involutivas y el impacto en los valores y principios estructurales del Estado de Derecho. Todo ello nos impone reflexionar, puesto que abre nuevos escenarios, inéditos, que trascienden el ámbito interno, proyectándose hacia el exterior, los cuales pueden incidir en el núcleo esencial del Derecho constitucional europeo.

De ahí, la necesidad de abordar este tema, con un enfoque multinivel, analizando y comparando los distintos ordenamientos jurídicos y los ámbitos de protección de los derechos fundamentales. En esta línea, desde el punto de vista metodológico, el estudio del sistema suizo, que constituye el centro de este trabajo, será integrado con referencias a la experiencia de otros Estados del continente europeo, para observar las similitudes y las diferencias entre los distintos ordenamientos, así como con las respuestas ofrecidas en el seno del Consejo de Europa y de la UE y las líneas jurisprudenciales elaboradas respectivamente por el TEDH y el TJUE.

Por lo que se refiere a la estructura, la presente investigación, se articula en tres partes. En la primera se contextualiza la reforma constitucional, que restringe el uso de esta prenda en la Confederación Helvética, analizando cómo se ha llegado al referéndum de 7 de marzo de 2021. El conocimiento de algunas

de las peculiaridades del sistema suizo y de los antecedentes tanto a nivel interno como en otros Estados europeos permite comprender por qué este Estado ha llegado a incorporar en su Constitución una prohibición de este tipo, que por su implicaciones, la transversalidad y el componente de emulación es susceptible de desestabilizar aún más el sistema, llegando a romper el equilibrio construido. Por ello, es fundamental indagar lo que está detrás, las razones que han inducido a este país a adoptar una decisión simbólicamente tan fuerte sobre una cuestión muy sensible, que puede ser fuente de tensiones y de encendidos conflictos políticos, sociales y culturales. Los principales antecedentes en este sentido han sido la prohibición de construir nuevos minaretes, introducida en el texto constitucional en 2009, y el veto al velo recogido en la Constitución del Cantón Ticino de 2013.

A continuación, la segunda parte del trabajo tiene por objeto la reforma por la que en 2021 se incorporó en la Constitución Federal Suiza la prohibición del burka, la cual representa la expresión de la estricta «interrelación entre democracia directa, populismo e islamofobia»¹, las particularidades de su tramitación así como el debate público, la discutible compatibilidad con el marco interno y europeo, desde el punto de vista de la tensión entre democracia directa vs. derechos de las minorías «menos integradas» en una sociedad polarizada, con el fin de averiguar si se puede alcanzar el equilibrio.

Por último, para tener un cuadro más completo, la tercera parte se centrará en los elementos comunes a los Estados prohibicionistas y en el diálogo jurisdiccional europeo. En efecto, la comprensión de la reforma suiza requiere tener una visión abierta, que vaya más allá de la dimensión estrictamente nacional. Para ello, es fundamental acudir al derecho constitucional europeo, a través del método jurídico comparado, y estudiar, por un lado, lo que está ocurriendo en los demás Estados, puesto que la posición de Suiza se puede enmarcar en un proceso más amplio, que está llevando a cada vez más Estados de la UE a relegar el uso de este símbolo al ámbito privado; y por otro, es necesario considerar también el diálogo jurisdiccional europeo. El cruce entre Estrasburgo y Luxemburgo podría representar una oportunidad para construir un marco común de paz, solidaridad y tolerancia y evitar el asalto a los valores recogidos en las Cartas de derechos. Y finalmente, la investigación terminará con unas conclusiones sobre la reforma suiza y las perspectivas de evolución de la controvertida cuestión del velo islámico en Europa, con el objeto de elaborar algunas recomendaciones al respecto.

¹ ESKANDARI, V., y BANFI, E., «Institutionalising Islamophobia in Switzerland: The Burqa and Minaret Bans», *Islamophobia Studies Journal*, vol. 4, núm. 1, 2017, p. 54.

2. LAS DERIVAS INVOLUTIVAS DE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SUIZA: LOS DISTINTOS MODELOS DE APROXIMACIÓN DE LOS ESTADOS DE LA UE

La Confederación Helvética no es el único Estado de la UE que prohíbe de forma generalizada el uso del velo integral en los espacios públicos; sin embargo ha sido el primero en recoger esta imposición en el texto constitucional, lo cual lo convierte en un «unicum»², con la consiguiente amenaza de constituir un peligroso modelo.

Se trata de un giro, que no parece ser acorde con el valor de la «paz» y el «espíritu de solidaridad»³ y tolerancia, que Suiza propugna como uno de sus principios fundamentales, y que se han concretado a lo largo de los siglos en la «apertura al mundo»⁴, a través de su adhesión a los procesos de integración tanto nacionales como supranacionales y la adopción de políticas de inmigración y asilo avanzadas.

Su posición geográfica estratégica, colocándose en el corazón del continente europeo, y su tradicional neutralidad en los conflictos bélicos han convertido a este país en el centro de movimientos migratorios de personas que huyen de guerras y persecuciones por motivos religiosos o políticos y que buscan refugio. No es casual ni un hecho puramente simbólico que el marco mínimo común en este ámbito, la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951, haya sido estipulado precisamente en Ginebra, sede de las Naciones Unidas⁵.

En todo ello, ha tenido una importancia determinante su estructura federal, basada en un pacto, que ha sabido lograr el equilibrio, combinando y sintetizando el «*mixtum compositum*»⁶ y garantizando la coexistencia entre los distintos pueblos, tradiciones e idiomas presentes, siendo el resultado de un «proceso agregativo secular y complejo»⁷. En este espacio plural, caracterizado por

² CEFFA, C. B., y GRASSO, G. «“Un velo sulla Costituzione”». Il divieto di dissimulazione del viso entra a far parte della Costituzione federale Svizzera: una sfida inedita per il diritto costituzionale europeo?, *DPCE online*, núm. 1, 2021, p. 327.

³ Preámbulo de la Constitución Suiza.

⁴ *Ibidem*.

⁵ En Suiza los inmigrantes proceden sobre todo de Turquía y de los Balcanes.

⁶ *Vid.* LACCHÈ, L., «Una “mobile complessità”: costituzionalismo e democrazia nella Svizzera del XIX secolo», Università di Macerata, WP núm. 175, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1999, p. 4.

⁷ VIVIANI SCHLEIN, M.^a P., «Tradizione e modernità nel federalismo elvetico», *Le Regioni*, núm. 6, noviembre-diciembre, 2005, pp. 1203-1225. Al respecto, en particular, v. p. 1203. De la misma A. *vid.* también: «Laicità e neutralità religiosa in Svizzera a livello federale e cantonale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. especial, mayo de 2019, pp. 799-820.

la diversidad, y en el que «tradición y modernidad»⁸ confluyen, se ha desarrollado un modelo de democracia consociativa. Por todo ello, la decisión de vetar el velo integral en la Constitución sorprende, chocando con los valores en los que este Estado siempre se ha inspirado.

Es evidente que existe un problema común, que se resume en las dificultades que plantea el proceso de integración de los inmigrantes y especialmente de las mujeres extranjeras, del que las manifestaciones de la libertad religiosa y en general de la identidad cultural constituyen una faceta importante. Y la reforma suiza sorprende e inquieta, puesto que podría constituir un peligroso ejemplo para inducir a otros Estados a adoptar restricciones parecidas, aunque solo a nivel legislativo; y este evidentemente no es el camino correcto.

Ahora bien, el pluralismo y la diversidad son valores comunes inherentes al modelo de Estado constitucional de Derecho, el cual se basa en medidas para asegurar el reconocimiento y la tutela de los derechos de las minorías, en definitiva para proteger al otro, portador de una cultura distinta.

El caso del velo, sobre todo en su versión integral, es una cuestión compleja, cargada de significado, siendo un símbolo exterior dotado de una fuerte connotación identitaria. En el imaginario occidental este tipo de vestimenta representa a la cultura islámica en su versión más extrema, la violación reiterada y sistemática de los derechos fundamentales, y la opresión de la mujer. Por esto da tanto miedo. Sin embargo, estas imágenes no tienen en cuenta el carácter heterogéneo del Islam. Esta visión parcial lleva a identificar esta religión y la cultura musulmana con la guerra, el terrorismo, y la inmigración. Detrás de la presunta *Islamic emergency*⁹ y de los consiguientes intentos de «institucionalización de la islamofobia»¹⁰, a través de la regulación de determinadas manifestaciones exteriores, se esconden razones xenófobas y racistas.

De hecho, tenemos que pensar que el burka no es solo símbolo de opresión de la mujer al hombre, de su cosificación, que las hace especialmente vulnerables, sino que también esconde el miedo a la invasión y a la contaminación y la dicotomía entre Occidente desarrollado y Oriente incivilizado. Por todo ello, estos tipos de imposiciones no representan la solución más idónea para eliminar dicha práctica e integrar a las mujeres musulmanas en el tejido social, sino todo lo contrario, producen el efecto opuesto, pues el estigma, que conllevan, desarrolla en las minorías un sentimiento de revancha, la necesidad de reaccionar y hacerse más visibles, y además sobre todo las imposiciones generalizadas carecen de efectividad y de eficacia práctica.

⁸ VIVIANI SCHLEIN, M.^a P., «Tradizione e modernità nel federalismo elvetico», *Le Regioni*, cit.

⁹ ESKANDARI, V., y BANFI, E., *op. cit.*, p. 55.

¹⁰ *Ibidem*.

Asimismo, se puede observar que estas medidas limitativas cuentan no solo con el respaldo de los movimientos más populistas sino también de partidos más moderados, puesto que de lo contrario no llegarían a ser aprobadas. Esto nos hace intuir que detrás hay más, pues se pueden percibir de forma evidente los conflictos entre el derecho a manifestar la libertad religiosa con los símbolos que la caracterizan y la identidad nacional y la consiguiente necesidad de reapropiarse de las propias raíces, por el miedo a la diversidad, en definitiva, el tradicional conflicto entre nuestra cultura vs. cultura del otro, que en este caso concreto se identifica con la cultura islámica.

Por otra parte, el consenso europeo sobre la existencia de un derecho al uso de esta vestimenta, con la inclusión del burka y niqab, y la contrariedad de las prohibiciones generalizadas a los valores europeos fundamentales se ha roto tras el incremento de los flujos migratorios a raíz de la crisis humanitaria de los refugiados y los atentados terroristas, que han difundido una ola anti-islámica y xenófoba, volviendo a encender el debate.

En este sentido, el velo despierta tantas reacciones porque no es una simple prenda, que puede gustar o no, ni una mera tradición cultural y religiosa, sino que es más, es también un símbolo político dotado de una fuerte connotación identitaria, que representa al Estado islámico en su versión más fundamentalista y extrema. Y en este nuevo contexto, son cada vez más los Estados de la UE, que están introduciendo limitaciones generalizadas o específicas al uso de esta vestimenta, intentando relegar dicha práctica a la esfera privada.

En concreto, en la UE se pueden individualizar tres modelos o grupos de Estados: el grupo de «Estados prohibicionistas», el «grupo intermedio» y el grupo de «Estados más permisivos» o «tolerantes»¹¹. El grupo de los «Estados prohibicionistas» comprende aquellos, que han limitado por Ley de forma generalizada el velo integral en los espacios públicos, tipificando dicho comportamiento y la correlativa sanción, a los que ahora se añade Suiza que ha incluido el veto en la Constitución.

Entre tales Estados, Francia no ha sido solo el primero en dotarse en 2010 de una ley en este sentido, la *Loi núm. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*¹², sino que constituye sin duda el caso más interesante por el valor que asume en dicho país el principio de laicidad

¹¹ Sobre estos modelos, *vid.*: FAGGIANI, V., *La controvertida cuestión del velo islámico: una perspectiva de género desde el espacio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, capítulos I y II, pp. 25-103.

¹² JORF, núm. 237, 12 de octubre de 2010, p. 18344.

y su evolución en sentido cada vez más restrictivo o impositivo¹³. Por su parte, la *Loi núm. 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*¹⁴, que marca la transición de la separación Estado-Iglesia a la lucha contra el separatismo religioso, pretende entrar directamente en el ámbito de la integración, supervisando y limitando sobre todo determinadas confesiones, portadoras de valores supuestamente contrarios a los aceptados en la Europa de los derechos. Asimismo, se puede incluir en este modelo a Bélgica, Austria, Dinamarca y Bulgaria, que siguiendo el ejemplo francés se han dotado de legislaciones parecidas.

En cambio, Alemania, que representa un modelo intermedio, en los últimos años, ha pasado de la previsión por determinados Länder de una serie de prohibiciones específicas, que afectan sobre todo al ámbito escolar¹⁵, a la introducción de un conjunto de restricciones parciales al uso del velo integral a nivel federal, que se aplican a las mujeres que trabajan en la administración pública federal, en el ámbito judicial y militar¹⁶. De tal forma, se ha intentado suplir las debilidades de su modelo integrativo, que está resultando incapaz de afrontar los desafíos de las sociedades multiculturales. Y España¹⁷ e Italia, a pesar de

¹³ D'ARIENZO, M., «La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “im-positiva”?», *StatoeChiese.it*, diciembre 2011, pp. 1-16.

¹⁴ JORF, núm. 197, 25 de septiembre de 2021. Sobre esta Ley, *vid.*: FRONZA, E., «Dalla separazione Stato-Chiesa al separatismo religioso: note (preoccupate) sul progetto di legge francese», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2021, pp. 424-427.

¹⁵ *Vid.* la sentencia relativa al caso *Ludin*: 2 BvR 1436/02, 24 de septiembre de 2003; y Order of 27 January 2015 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10.

¹⁶ Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften (BGVerhG) G. v. 08 de junio de 2017 BGBl. I S. 1570 (Nr. 36); Geltung ab 15 de junio de 2017. A continuación, el TCFA rechazó el recurso planteado por una alumna en práctica del Land Hesse contra la medida, que prohibía el uso del pañuelo en los tribunales para quien desempeñase tareas oficiales (Order of 14 January 2020 2 BvR 1333/17).

¹⁷ Con respecto al debate en España sobre este símbolo religioso, *vid.* ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, 2011, p. 483-520; ID., «Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2017, pp. 217-256; CAMARERO SUÁREZ, M. V., *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; ID., «Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: sentencia 693/2013, de 6 de febrero de 2013», *RGDCDEE* núm. 32, 2013, pp. 1-26; GARCÍA-VÁZQUEZ, S., «El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 371-408; GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.^a J., «El velo islámico ¿una causa de discriminación? Especial referencia a su uso en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial», *ADEE*, núm. 36, 2020, pp. 63-92; MOTILLA DE LA CALLE, A., «Vestimenta y símbolos religiosos en el Derecho laboral español», *Quaderni dir. pol. Eccles.*, vol. 24, núm. 2, 2016, pp. 483-512; ID., «La prohibición del burqa islámico en Europa y en España: reflexiones “de iure condendo”», *ADEE*, núm. 28, 2012, pp. 171-196; RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *La prohibición del velo en el espacio escolar, entre comunitarismo y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en particular pp. 79-133.

varios intentos de aprobar leyes para limitar el velo a nivel estatal y de la adopción de ordenanzas a nivel local, pertenecen al grupo de Estados más «permisivos» o «tolerantes».

Del análisis de estas experiencias, se puede observar que, en general, la respuesta de los Estados depende del modelo de integración adoptado y de cómo se haya conseguido conjugarlo con el principio de laicidad y de su mayor o menor apertura a la inclusión del otro, a las minorías, aunque también está incidiendo mucho el contexto involutivo en el que vivimos. En general, la solución prohibicionista tiene cabida sobre todo en aquellos países caracterizados por un concepto más estricto de laicidad, como en Francia, en el que por tradición existe una separación rígida entre Estado y factor religioso.

Al contrario, no parece que sea determinante el número de personas que portan este símbolo religioso. De hecho, especialmente en países como Dinamarca, Austria, Bulgaria y la misma Suiza, se trata de un falso problema, siendo irrisorio el número de mujeres que llevan el velo integral. Esto quiere decir que de tal forma solo se pretende criminalizar una religión y una determinada cultura. No obstante, Suiza representa una excepción, pues ningún Estado antes se había planteado modificar la Constitución para incluir el veto al burka, sino que las distintas prohibiciones se han incorporado en la legislación o en ordenanzas a nivel local (Italia y España)¹⁸.

Por lo que se refiere al proceso de progresiva introducción de dichas limitaciones, se constata que juegan de forma parecida, con el mismo patrón, pues los partidos a favor suelen utilizar argumentos análogos y su recepción produce efectos similares. Generalmente, se empieza con la adopción de prohibiciones específicas, que afectan a determinados ámbitos, como la educación o los lugares de trabajo, tanto públicos como privados, para pasar, a continuación, a las prohibiciones generalizadas.

Además, en el ámbito de los Estados descentralizados, estas restricciones suelen moverse de abajo hacia arriba, pues su fuerza centrípeta suele desplazarse del nivel local al nivel central, como ha ocurrido en el caso de Bélgica, Alemania y de la misma Suiza y de los intentos fallidos que se han producido en España e Italia de introducir una ley estatal en este sentido, los cuales fueron

¹⁸ Sobre las ordenanzas municipales en España se reenvía a MOTILLA DE LA CALLE, A., «El problema de la utilización de vestimentas religiosas en el espacio público: el asunto del “burqa” islámico en España», *Quaderni dir. pol. eccles.*, vol. 20, núm. 1, 2012, pp. 133-160. Y para un examen exhaustivo de las ordenanzas adoptadas por Italia v.: CAVAGGION, G., «Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale», *StatoeChiese.it*, núm. 28, 2016, pp. 1-44. También *vid.* ANGELETTI, S., «La questione del burqa/niqab in Italia, tra divieti amministrativi e aperture giurisprudenziali», *RGDCDEE* núm. 42, 2016, pp. 1-20; LORENZETTI, A., «Il divieto di indossare “burqa” e “burqini”. Che “genere” di ordinanze?», *Reg.*, núm. 1-2, 2010, pp. 349-366.

precedidos por ordenanzas locales, posteriormente anuladas por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁹.

No obstante, a pesar de los patrones comunes, en el caso del veto al burka en Suiza el «juego de las prohibiciones» tiene algunas especificidades importantes. Ante todo, esta no es la primera vez que dicho Estado prohíbe en la Constitución federal el uso de un símbolo religioso. El principal antecedente de esta tendencia se puede considerar el veto de construir nuevos minarettes, que fue previsto en 2009 en el artículo 72, par. 3, de la Const., a través del instrumento de la iniciativa popular. La restricción constitucional de este símbolo religioso típico de la cultura musulmana sentó las bases para el reconocimiento de más imposiciones, tanto específicas como generalizadas, y en todos los niveles de regulación: local, cantonal y federal; y por lo tanto para institucionalizar la islamofobia en Suiza, a través de un «estatuto personal fuertemente discriminatorio»²⁰, basado en el paralelismo entre Islam, actos violentos y fundamentalismo. De hecho, a continuación, se promovió el debate sobre el velo integral que llevó a su prohibición en la Constitución del Cantón Ticino y en la legislación de San Gallo y de Ginebra.

3. EL CARÁCTER INNECESARIO, EXCESIVO Y DESPROPORCIONADO DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE CONSTRUIR NUEVOS MINARETES

Aunque la adopción de la prohibición del velo integral en la Constitución sorprenda y cree desconcierto, pues es impactante ver recogida una imposición de este tipo; en realidad es el resultado de un proceso complejo, que se remonta en el tiempo, cuyo objetivo principal es regular, limitándolas, determinadas manifestaciones de la libertad religiosa, especialmente las que son expresión de determinados credos, como el Islam. En dicho marco, el veto constitucional a los minarettes constituye su primera importante concreción.

¹⁹ Se ha mantenido la ordenanza de la Región de Lombardia, que ha sido confirmada antes por el Tribunal de Milán, con sentencia de 20 de abril de 2017, y luego en 2019 por el Tribunal de Apelación de Milán, con sentencia de 28 de octubre de 2019. Al respecto, *vid.*: VALENCIA CANDALIA, R., «La prohibición del velo integral en Italia y España: el caso lombardo y el catalán», *StatoeChiese.it*, núm. 1, 2020, pp. 87-155; y MARCHEI, N., «L'obbligo di "riconoscibilità" nella delibera della Regione Lombardia sull'accesso ai luoghi pubblici e le (asserite) esigenze di sicurezza pubblica», *Quaderni dir. pol. eccles.*, vol. 25, núm. 3, 2017, pp. 827-837.

²⁰ PACILLO, V., «"Die religiöse Heimat". Il divieto di edificazione di minareti in Svizzera ed Austria», *Quaderni dir. pol. eccles.*, núm. 1, 2010, p. 217.

Para evaluar dicha prohibición cabe preguntarse, ante todo, si existe un verdadero derecho al minarete, como manifestación específica del derecho a tener un lugar de culto, en el que rezar, es decir si esta construcción constituye parte integrante del contenido esencial de la libertad religiosa o si se coloca fuera de este perímetro, y a partir de ello intentar comprender por qué se ha llegado a prohibir su edificación, es decir cuáles son las razones, que han llevado a vetar un símbolo estático, tan característico e identificativo de la religión musulmana, que a primera vista parece no hacer daño a nadie.

El minarete es una torre anexa a una mezquita, presente en la mayoría de estas construcciones, parecido a un campanil cristiano. Cuando se impuso la restricción, en Suiza solo existían cuatro, que además no se utilizaban para el llamamiento de los fieles a la oración: Zurigo, Ginebra, Winterthur y Wagen, y dos estaban en construcción, el de Langen thal se autorizó en julio de 2009.

En el Corán no se prevé la obligación de construirlos y además no son indispensables para practicar la religión musulmana, puesto que desarrollan una simple función de adorno. Se trata de una construcción monumental anexa al edificio principal, la mezquita, que en cambio es el lugar en el que se practica el culto. No obstante, y allí se encuentra la clave de la cuestión, contribuye a consolidar la «dimensión territorial»²¹ del Islam, haciéndola visible, pues son el símbolo de la «conquista»²², y es por esto que se atacan.

En opinión de quien suscribe estas líneas, no parece existir un verdadero «derecho al minarete», que sea parte integrante del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, desde el perfil del derecho a practicar las propias creencias en lugares de culto específicamente habilitados; sin embargo es cierto que la recepción de la prohibición absoluta, y más si incluida en el texto constitucional no tiene sentido y es contraproducente, pues genera una discriminación directa por motivos religiosos, siendo por lo tanto excesiva y desproporcionada para las personas de religión musulmana.

El nudo de la cuestión, como se puede observar, no consistía en el número de los minaretes, que es exiguo; tampoco, se trataba, como afirmaban los impulsores del referéndum, de una cuestión estética y arquitectónica. Este último aspecto se podía superar, sometiendo la construcción a una previa evaluación de conformidad con el paisaje y la normativa en materia de edificación y condicionándola a una autorización.

²¹ MUSSELLI, L., «Edilizia religiosa, Islam e neogiurisdizionalismo in Europa. Alcune note sul nuovo *Islamgesetz* austriaco e sul divieto di edificare minareti in Svizzera», *Quaderni dir. pol. eccles.*, núm. 2, 2015, p. 447.

²² PACILLO, V., *op. cit.*, p. 214.

El problema estaba representado más bien por la carga política de este símbolo, por la amenaza de la cultura islámica, en la que no existe separación entre Estado y Religión/Islam, que conforma todo el ordenamiento jurídico. Y además el verdadero blanco no eran los minaretes, sino que se intentaba impedir indirectamente que se construyeran nuevas mezquitas, obligando a la religión musulmana a seguir siendo invisible y a esconderse²³.

El mismo Comité de iniciativa del referéndum consideraba que estas construcciones no tienen nada que ver con la religión, siendo el símbolo de la reivindicación del poder político y social del Islam, del que las mezquitas son los «cuarteles», los minaretes las «bayonetas», «las cúpulas los cascos y los creyentes nuestros soldados», a través de los que se reivindica el poder político y social del Islam. En definitiva, de tal forma, se pretendía instrumentalizar los minaretes, convirtiéndolos en el baluarte de la islamización política, que pretende imponer la *Sharia*, la Ley islámica²⁴. Según Pacillo, V., la introducción de una prohibición de este tipo tiene el objetivo de preservar el *heimat* religioso, es decir la relación identitaria entre espacio/ambiente y hombre²⁵, justificando la comprensión del derecho a construir edificios con connotaciones religiosas. Sin embargo, la cuestión no consiste en que los minaretes tengan real capacidad de modificar el paisaje sino que otorgan excesiva visibilidad al Islam.

Es por lo tanto evidente que detrás de la iniciativa: «Sí a la prohibición de minaretes – No a la islamización de Suiza», se esconde el miedo al Islam, contra el que se intenta reaccionar y defenderse, a través de «formas de iurisdiccionalismo»²⁶, con el fin de salvar la laicidad del Estado, evitando el

²³ MONNOT, C., «Visibility or Invisibility: The Dilemma of the Muslim Associations of Switzerland», *Journal of Religion in Europe*, núm. 9, 2016, pp. 44-65, hace hincapié en que la condición de invisibilidad, esta discreción, les permite liberarse de los estereotipos de la estigmatización (p. 51 ss.).

²⁴ Vid. *Votazione popolare del 29 novembre 2009. Spiegazioni del Consiglio federale*, en particular «Gli argomenti del Comitato d'iniziativa, Sì al divieto dei minareti – No all'islamizzazione della Svizzera»: www.bk.admin.ch/bk/it/home/documentazione/votazioni/votazione-federale-del-29-novembre-2009.html.

²⁵ Sobre el concepto de *heimat* religioso, Vid. PACILLO, V., *op. cit.*, p. 203, según quien los movimientos prohibicionistas, que proceden como en un partido de ajedrez intentan la carta del «enroque»: la torre (la comunidad) y el rey (los valores sobre los que se fundamenta) desaparecen en el tablero, impermeables (al menos en teoría) a los movimientos de las demás piezas, ansiosas sólo por mantener el *status quo* bajo la bandera de desconfianza de todas las diferencias que el paso del tiempo y los cambios en la sociedad traen consigo. En este juego las Iglesias dominantes siguen representando una herramienta de identidad artificial, un arma contra otras religiones/culturas, y lugares de culto «distintos» a los tradicionalmente capaces de actuar como requisito constitutivo del *heimat* que caracteriza a la comunidad, tienen que ser prohibidos por constituir elementos de contaminación y de ruptura del equilibrio homeostático entre hombre y ambiente.

²⁶ MUSSELLI, L., *op. cit.*, p. 448.

desarrollo de «sociedades paralelas»²⁷. Este es el objetivo que se pretende alcanzar y que ha movido también los debates en torno al velo integral. La cuestión de los minaretes, en realidad, tiene sentido solo si se enmarca en el proceso de «difuso endurecimiento normativo»²⁸ ante un «Islam militante y reivindicativo»²⁹ de su espacio y de los símbolos que lo representan.

Esta medida contribuyó a desestabilizar la paz religiosa en el país y con esto el proceso de integración, creando barreras contra la cultura musulmana y alimentando conflictos, por la necesidad de las personas que profesan dicha religión de luchar contra los estereotipos y reivindicar los propios derechos y en definitiva la propia dignidad. Asimismo, generó un sentido de desconcierto en el exterior, que afectó a la imagen de Suiza, a sus intereses y a la economía del país.

El referéndum del 29 de noviembre de 2009, relativo a la iniciativa popular federal: «contra la edificación de minaretes»³⁰, promovida por Unión Democrática de Centro, el partido conservador de derecha (UDC) y por Unión Democrática Federal, tuvo un éxito sin precedentes. De esta forma, el nuevo artículo 72, par. 3, de la Constitución Federal prohibió dichas construcciones, estableciendo una excepción constitucionalmente prevista al ejercicio de la libertad religiosa. Dicho precepto afecta solo a las nuevas construcciones y no a las existentes, no teniendo por lo tanto eficacia retroactiva³¹.

La consultación fue precedida por un debate público encendido. Las imágenes usadas, sin duda impactantes, transmiten perfectamente la idea de los conflictos, que se celan detrás de esta cuestión: un cartel con una mujer velada, con un burka, la mirada ceñuda, pensativa, amenazante, como si estuviera esperando el momento para atacar y detrás de ella una serie de minaretes con

²⁷ JOVINELLI, A., «Svizzera, votazione federale del 29 novembre 2009: il divieto di edificazione dei minareti nel testo della Costituzione», *DPCE online*, 2010-1, p. 11.

²⁸ MUSSELLI, L., *op. cit.*, p. 455.

²⁹ *Idem*.

³⁰ DF, 12.6.2009, DCF del 5 de mayo de 2010 – RU 2010 2161; FF 2008 6017 6659, 2009 3763, 2010 2991. Toda la documentación relativa a dicha iniciativa popular se puede encontrar en la siguiente página web: <https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/minarettverbot.html>. La iniciativa popular para la revisión parcial de la Constitución está regulada en el artículo 139 de la Const. Para activar el procedimiento se requieren 100.000 peticiones de personas con derecho a voto en el plazo de dieciocho meses desde la publicación oficial de la iniciativa (apartado primero). Esta puede ser formulada como propuesta genérica o proyecto elaborado (apartado segundo). Si viola el principio de unidad de la forma o de la materia o disposiciones de *ius cogens* del Derecho internacional, la Asamblea Federal la declara totalmente o parcialmente nula (apartado tercero).

³¹ Sobre esta prohibición v.: MOECKLI, D., «Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 4, 2011, pp. 774-794; REGASTO, S. F., «Svizzera: Lo svollazzo referendario degli elvetici sui Minareti», *Forum di quaderni costituzionali*, 2009, pp. 1-2.

forma de misil, que traspasan la bandera suiza, cuyo significado se puede resumir en el trinomio Islam, violencia, opresión de la mujer³². Esta imagen es premonitora, pues ya nos indicaba cuál era el segundo objetivo de estas prohibiciones, es decir de los minaretes al velo islámico.

El Consejo Federal y el Parlamento³³, aunque no propusieran ningún contra-proyecto, invitaron al Pueblo a rechazar la iniciativa, considerando que, si bien no fuera contrario al *ius cogens*, violaba los derechos humanos tal y como estaban reconocidos por las normas del Derecho internacional y convencional y los derechos fundamentales, previstos en la Constitución (139, par. 2, Const.)³⁴. Además no resolvía los problemas, sino todo lo contrario, creaba nuevos. Se consideró que dicha imposición plantea dudas desde el perfil del respeto a la libertad de religión (arts. 9 CEDH y 18 PIDCP y art. 15.2 Const.), por limitar de forma desproporcionada el derecho a ejercer el culto, el principio de igualdad (art. 14 CEDH y 8, par. 2 Const.) y la prohibición de discriminaciones, estando dirigida contra un símbolo específico, propio de una determinada fe. Asimismo, es contraria al principio de proporcionalidad y al respeto del Derecho internacional (art. 5 Const.); y viola la distribución de competencias en materia edilicia y en el ámbito de las relaciones con las comunidades religiosas. De hecho, por un lado, les corresponde a los Cantones y a los Comunes establecer si un proyecto edil tenga que ser autorizado, incidiendo por lo tanto también en el derecho de propiedad (art. 26 Const.); y por otro la Confederación y los Cantones tienen que adoptar medidas para preservar la paz (art. 72 Const.), evitando desacuerdos y procesos disgregativos.

Y por último, se constató la existencia de una contradicción desde el perfil del artículo 36 Const. respecto a los límites de los derechos fundamentales. Evidentemente, en el caso de la prohibición de los minaretes no entran en juego perfiles de protección de la seguridad y del orden público, ni se trata de un símbolo que choca con los valores europeos fundamentales, como puede ser el caso del velo integral. El resultado del referéndum no se entiende, pues como afirmó también la Conferencia Episcopal de Suiza «representa un obstáculo y un gran desafío en el

³² Con respecto a esta imagen *vid.*: <https://www.swissinfo.ch/ita/minareti--s%C3%AC-o-no-/433854>. El Cantón de Basilea decidió prohibir con una ordenanza los manifestos que «difunden intencionadamente ideologías racistas», para construir estereotipos sobre la base de las «características físicas o culturales o sobre la base de la pertenencia nacional o religiosa» (<https://www.swissinfo.ch/ita/basilea-vieta-i-manifesti-anti-minareti/1076036>).

³³ El Parlamento o Asamblea federal está integrado por el Consejo Nacional y el Consejo de Estados.

³⁴ *Vid.* Messaggio concernente l'iniziativa popolare «Contro l'edificazione di minareti», 27 de agosto de 2008, FF 2008 6659, p. 6659-6704. En particular, se analiza el impacto de esta medida en los derechos fundamentales involucrados en las pp. 6671-6678.

camino de la integración en el diálogo y el respeto mutuo», no contribuyendo a «una sana convivencia entre las religiones»³⁵, sino al contrario deteriorándolas.

Al respecto, el TFS emitió dos sentencias³⁶, en las que consideró los recursos inadmisibles, no pudiéndose pronunciar sobre la conformidad con la Constitución de una iniciativa popular³⁷. En esta línea, poco después, el TEDH declaró la inadmisibilidad de dos recursos sobre los minaretes, considerando que los demandantes no habían agotado los remedios internos (art. 35 CEDH) ni habían demostrado que podían ser víctimas directas o bien indirectas o potenciales de las violaciones invocadas (art. 9, 14 y 13 del CEDH)³⁸. En efecto, la única forma para que el TEDH se pronuncie sobre esta reforma sería en el ámbito de un asunto concreto en el que el demandante considere la negativa a edificar contraria al artículo 9 CEDH, por supuesto tras agotar los remedios jurisdiccionales internos. Por otra parte, no se puede soslayar que el TEDH, al contrario de los tribunales constitucionales, no puede privar las normas internas de efectos, solo se puede limitar a comprobar su conformidad o no al marco convencional, es decir pronunciarse sobre si se ha producido una violación del CEDH, y en su caso condenar al Estado al pago de una sanción³⁹.

4. DEL VETO DEL CANTÓN TICINO A LA RESTRICCIÓN FEDERAL DEL VELO INTEGRAL

La prohibición de los minaretes fue la primera etapa de este proceso. A continuación, fue el turno del velo integral; para ello se necesitó más de una década pero finalmente los movimientos prohibicionista consiguieron sus ob-

³⁵ «Suiza: la prohibición de construir minaretes deteriora la sana «convivencia entre las religiones y las culturas, afirman», Friburgo, lunes 30 de noviembre de 2009 (ZENIT.org), *RGDCEE*, núm. 22, 2010.

³⁶ DTF 1C 527 y 529/2009, 14 de diciembre de 2009.

³⁷ Atendiendo al artículo 194 Const. suiza, la revisión parcial puede ser solicitada por el Pueblo o decidida por la Asamblea federal (primer apartado). Toda revisión parcial tiene que respetar el principio de la unidad de la materia y no puede violar las disposiciones imperativas del Derecho internacional (segundo apartado). La iniciativa popular para la revisión parcial tiene que respetar además el principio de la unidad de forma (tercer apartado).

³⁸ TEDH, Decisiones de inadmisibilidad de 28 de junio de 2011, dictadas en los asuntos: *Ouardiri c. Suiza*, núm. 65840/09; y *Ligue des Musulmans de Suisse y otros c. Suiza*, núm. 66274/09.

³⁹ Asimismo, aunque no tenga por objeto la conformidad de dicha prohibición al marco convencional, se enmarca en el intenso debate público, que precedió el referéndum, la STEDH, de 9 de abril de 2018, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Suiza*, núm. 18597/13. En dicho pronunciamiento, se afirmó la violación de la libertad de expresión de GRA Stiftung por parte de B. K., quien, siendo una persona activa en política, habría tenido que mostrar un mayor grado de tolerancia frente a posibles críticas de personas u organizaciones con puntos de vista opuestos, llegando a la conclusión de que tachar de «racismo verbal» el discurso del político no estaba desprovisto de una base fáctica.

jetivos, vetando esta vestimenta en la Constitución Federal⁴⁰. El antecedente que marcó el punto de inflexión fue su incorporación en la Constitución del Cantón Ticino, seguida por la recepción por parte del Cantón de San Gallo en la Ley de seguridad (2013)⁴¹, las cuales afectan a su uso en el espacio público, introduciendo una prohibición generalizada; y por último es interesante destacar la Ley sobre la laicidad del Estado, adoptada por el Cantón de Ginebra en 2019. Esta última no veta de forma generalizada disimular la cara en el espacio público, sólo prohíbe a determinadas categorías de funcionarios estatales llevar símbolos religiosos vistosos en el lugar de trabajo⁴². Según dicha Ley el Gran Consejo puede limitar o vetar llevar símbolos religiosos en el espacio público y en los edificios públicos, durante un periodo de tiempo. Además, se prevé que hay que mantener la cara descubierta en las administraciones y edificios públicos o financiados por el Estado así como en los Tribunales.

El Cantón Ticino modificó su Constitución, sirviéndose del instrumento de la iniciativa popular, titulada «Prohibir la disimulación de la cara en los lugares públicos y abiertos al público»⁴³, que llevó a incorporar el artículo 9 a, atendiendo al cual «1. Nadie puede disimular o esconder el propio rostro en las vías públicas o en los lugares abiertos al público (con la excepción de los lugares de culto) o destinados a ofrecer un servicio público. 2. Nadie puede obligar a una persona a disimular la cara por su sexo. 3. Las excepciones y las sanciones están establecidas por ley».

⁴⁰ En 2010, el Consejo Federal rechazó la moción de *Oskar Freysinger* titulada «!Abajo las máscaras!» en la que se definía al burka como «aquella prisión de tela, que es solo la forma visible de una prisión dogmática». En su opinión, la prohibición tenía que ser incorporada por los cantones, no a nivel federal (https://www.swissinfo.ch/ita/iniziativa-federale-in-vista_il-voto-del-ticino-sul-burqa-potrebbe-fare-scuola/36971012).

⁴¹ En el Cantón de San Gallo tras el referéndum de 23 de septiembre de 2018 se modificó la Ley de 13 de diciembre de 1984 que, en el artículo 12 *ter*, sanciona con una multa a quien esconda la cara en espacios públicos o en lugares accesibles al público, amenazando o poniendo en peligro la seguridad pública o la armonía religiosa o social (www.gesetzessammlung.sg.ch/app/de/texts_of_law/921.1).

⁴² *Vid.* la Ley del Cantón de Ginebra de 9 de marzo de 2019, que desarrolla el principio de laicidad del Estado, contemplado en la Constitución cantonal de 2012. Al respecto, se reenvía a ASTORRI, R., «La legge sulla laicità dello Stato del Cantone di Ginevra», *Quaderni dir. pol. eccles.*, núm. 2, 2019, pp. 469-479. La Cámara Constitucional del Tribunal de Justicia de Ginebra (*Cour de Justice, Chambre constitutionnelle, Arrêt du 21 novembre 2019*) declaró la inconstitucionalidad parcial de esta Ley, manteniendo la prohibición para los miembros de los ejecutivos cantonales y comunales, para los magistrados y los funcionarios que tengan contacto con el público. En cambio, los elegidos por sufragio universal podrán manifestar las propias creencias religiosas.

⁴³ Opuscolo informativo, *Votazione cantonale del 22 settembre 2013, Divieto di dissimulazione del viso nei luoghi pubblici. Iniziativa popolare costituzionale del 15 marzo 2011 e controprogetto del Gran Consiglio*, 17 de abril de 2013, 9-19. (www4.ti.ch/fileadmin/GENERALE/DIRITTIPOLITICI/votazioni/022092013/Votazione_220913_Opuscolo_WEB.pdf).

Los objetivos son básicamente dos: impedir a las personas que quieren cometer actos de violencia cubrirse el rostro para no poder ser reconocidos durante eventos deportivos o manifestaciones, caracterizados por aglomeraciones de personas, al fin de facilitar a la policía la identificación y las investigaciones; y promover la participación en la vida social, evitando que se esconda la cara por motivos religiosos, como en el supuesto del burka y niqab, cuyo uso es impuesto a las mujeres por las franjas más extremas del Islam.

El Gran Consejo, el 13 de abril de 2013, rechazó la iniciativa popular, presentando un contraproyecto, que vinculaba dicha prohibición a la ley sobre el orden público, previendo las excepciones y las sanciones aplicables ante el incumplimiento. La medida se inspiraba de forma evidente en la *loi interdessant* adoptada poco antes en Francia⁴⁴. Tanto el Gran Consejo como el Consejo de Estado consideraban «excesivo», «inútil» y «desproporcionado» «modificar la Constitución», prefiriendo su introducción en la Ley sobre el orden público. La iniciativa y el contraproyecto fueron sometidos a votación. Aunque el Parlamento del Cantón Ticino rechazó el proyecto, considerando que podía producir una discriminación indirecta hacia las mujeres musulmanas, la propuesta y la contrapropuesta coincidían en la necesidad de incorporar la prohibición de la disimulación de la cara. Ambas, además, siguiendo la línea de las regulaciones prohibicionistas, adoptadas en Francia y Bélgica, no contenían una referencia expresa al velo o al islam, usando al respecto un lenguaje aparentemente neutro.

Los partidarios de la reforma constitucional afirmaban que a través de su reconocimiento en la Constitución el veto habría adquirido carácter «permanente», «no pudiendo ser suprimido o aflojado sin una nueva votación popular»; en cambio si hubiera sido aprobado por ley, hubiera podido ser modificado posteriormente por el Gran Consejo⁴⁵. En su opinión «No son los juristas o los políticos a decidir qué entra o no en la Constitución ¡sino el Pueblo!»⁴⁶. Era una cuestión de dignidad de la persona para luchar contra la «auto-guetización»⁴⁷ de la mujer. Además, se defendía la finalidad «preventiva y disuasoria» de la medida para evitar tener que intervenir cuando «los buey ya habrán salido del ganado»⁴⁸, como ocurrió en Francia o Bélgica. Aunque se consideraba que hubiera sido

⁴⁴ Loi núm. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF, núm. 237, 12 de octubre de 2010, p. 18344.

⁴⁵ Opuscolo informativo, Votazione cantonale del 22 settembre 2013, cit., p. 10.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁷ Consiglio di Stato, Rapporto di minoranza, 6732 R2 25, marzo 2013, Commissione delle petizioni e dei ricorsi sull'iniziativa popolare costituzionale elaborata il 15 marzo 2011, denominata «Vietare la dissimulazione del viso nei luoghi pubblici e aperti al pubblico» (v. messaggio 16 gennaio 2013 núm. 6732), p. 2.

⁴⁸ Opuscolo informativo, Votazione cantonale del 22 settembre 2013, cit., p. 11.

mejor la introducción a nivel federal, el Cantón Ticino representaría «el precursor» («*apripista*»)⁴⁹, enviando un mensaje claro a los demás cantones. La contrapropuesta, en la que se concretaban las excepciones y las sanciones, se basaba en el artículo 4 de la Ley federal para la salvaguarda de la seguridad interior. Por su parte, el Consejo de Estado, que respaldaba esta segunda opción en el mensaje núm. 6732, de 16 de enero de 2013, justificaba la restricción del derecho fundamental a la libertad religiosa, atendiendo al concepto de «valores de policía», el cual incluye «la seguridad, la tranquilidad, la salud y la moralidad pública, así como la buena fe en los negocios»⁵⁰.

El referéndum, que tuvo lugar el 22 de septiembre de 2013, fue aprobado por una mayoría del 65.4% de los votantes del Cantón Ticino (63.494 votos favorables y 32.377 contrarios). Sobre dicha medida se pronunció el Consejo Federal, que en su mensaje a las Cámaras manifestó su posición favorable, considerando que superaba el control formal de validez, atendiendo a los tres parámetros *ex* artículo 139, par. 3, Const.: unidad formal y material y conformidad al *ius cogens*⁵¹. Asimismo, también la Asamblea Federal consideró que reunía los requisitos para conceder la garantía a los artículos 9 a y 96 Const., no siendo excluida en principio una interpretación conforme al Derecho federal. Al respecto, es interesante poner de relieve que las Cámaras Federales no realizan una evaluación política, de oportunidad, sino jurídica, de conformidad de la normativa cantonal al marco federal⁵².

Según el Consejo Federal, en realidad, esta prohibición era «inoportuna»⁵³; a pesar de ser el Islam la segunda religión en Suiza, se trataba de una práctica residual, pues la mayoría de las mujeres que lleva el velo son turistas. Aunque no contribuyan a fomentar la cohesión social, no llegando a instaurar relaciones entre el individuo y la comunidad, tampoco producen problemas de gran envergadura. Sin embargo, finalmente, justificó su posición en el comunicado, haciendo refe-

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Consiglio di Stato, Rapporto di maggioranza, 6732 R1 25 marzo 2013, cit., p. 2.

⁵¹ Consiglio federale, Messaggio del 12 novembre 2014 concernente il conferimento della garanzia federale alle costituzioni rivedute di diversi Cantoni, tra cui il Ticino, FF 2014 7845, pp. 7863-7866.

⁵² Según el artículo 51 de la Const. federal, «Cada Cantón se dota de una Constitución democrática. La Constitución cantonal requiere la aprobación del Pueblo y tiene que poder ser sometida a revisión si la mayoría del pueblo lo solicita. Las Constituciones cantonales tienen que conseguir la garantía federal. La Confederación confiere dicha garantía si la Constitución del Cantón no contradice el Derecho federal». Al respecto, *vid.* Consiglio Federale svizzero, Messaggio concernente il conferimento della garanzia federale alle Costituzioni rivedute dei Cantoni di Berna, Uri, Soletta, Basilea Città, Basilea Campagna, Appenzello Esterno, Appenzello Interno, Ticino, Vaud e Giura, del 12 novembre 2014, 14.084. Y a continuación, la Asamblea Federal de la Confederación Suiza adoptó el Decreto federal de 11 de marzo de 2015.

⁵³ Consiglio Federale svizzero, Messaggio del 12 novembre 2014, cit., p. 7864.

rencia a la sentencia *S. A. S. c. Francia*, en la que el TEDH avaló la Ley francesa que proscribe el velo integral en los espacios públicos⁵⁴, considerando la elevada analogía con la regulación adoptada por el Cantón Ticino. En dicho asunto, el Tribunal de Estrasburgo, consciente de que en la UE el fenómeno religioso se articula de distintas formas, consideró oportuno otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados, que integró con la categoría del *vivre ensemble*, es decir la convivencia en una sociedad democrática, la cual puede existir solo si las relaciones se desarrollan con la cara descubierta⁵⁵.

A continuación, el TFS se pronunció sobre las Leyes de actuación de la prohibición establecida en el art 9.^a de la Constitución del Cantón Ticino⁵⁶, acogiendo parcialmente los recursos contra la Ley cantonal sobre el orden público y la Ley sobre la disimulación de la cara en los espacios públicos, adoptadas por el Gran Consejo el 23 de noviembre de 2015 y en vigor desde el 1.º de julio de 2016. En este pronunciamiento el TFS consideró que el legislador tenía que precisar el elenco de excepciones, el cual no tiene carácter exhaustivo, incluyendo supuestos como las manifestaciones de carácter político, comercial o publicitario⁵⁷. Las disposiciones en cuestión eran problemáticas desde el perfil del principio de proporcionalidad en relación con la libertad de expresión (art. 16 Const.), la libertad de reunión (art. 22 Const.) y la libertad económica (art. 27 Const.). Tras dicho pronunciamiento, el legislador del Cantón Ticino integró las presentes leyes, conforme a tales indicaciones, habiendo entrado en vigor dichas modificaciones desde el 1.º de enero de 2020⁵⁸.

5. EL NO AL BURKA EN LA CONSTITUCIÓN SUIZA

5.1 La discutible compatibilidad con el *ius cogens*

Después de los primeros intentos fallidos⁵⁹, el 15 de septiembre de 2017, se depositó la iniciativa popular «Sí a la prohibición de disimular la propia

⁵⁴ TEDH (GS), *S. A. S. c. Francia*, 1 de julio de 2014, núm. 43835/11, 1 de julio de 2014. Al respecto, *vid.* Messaggio del Consiglio federale del 12 novembre 2014, cit., p. 7865.

⁵⁵ En *S. A. S. c. Francia* el Tribunal de Estrasburgo se sirve de la técnica del margen de apreciación nacional y de la categoría del *vivre ensemble*.

⁵⁶ BGer, 1C_211/2016, 1C_212/2016, 20 de septiembre de 2018.

⁵⁷ BGer 1C_211/2016 vom 20 de septiembre de 2018, 5.4.5 y 5.5.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Vid.* al respecto las mociones Fehr y Föhn «Consagrar en el código penal la prohibición de cubrirse la cara en público» (13.3525 e. 13.3520), la moción Freysinger «!Abajo la máscara!» (10.3173) y las interpelaciones Darbellay «Velo e integrazione» (09.4308) y «La questione del burqa» (06.3675).

cara»⁶⁰, con el objeto de modificar la Constitución federal, promovida por el Comité *Egerkingen*, del que forman parte políticos conservadores de derecha, y que contaba con el respaldo de UDC (Unión Democrática de Centro), grupos conservadores, políticos de centro-derecha y por un grupo de feministas y de musulmanas liberales. El Pueblo y los Cantones se pronunciaron al respecto en el referéndum del día 7 de marzo de 2021⁶¹.

El nuevo artículo 10 a Const., siguiendo el modelo del Cantón Ticino, el cual a su vez se inspiró en la reforma francesa de 2010, establece la obligación constitucional de mostrar el rostro, disponiendo que: «Nadie puede disimular la propia cara en los espacios públicos ni en los lugares accesibles al público o en los que se proporcionan prestaciones accesibles a todos; la prohibición no se aplica a los lugares de culto (primer apartado). Nadie puede obligar a una persona a disimular la cara por su sexo (segundo apartado). La ley prevé excepciones, que pueden estar justificadas exclusivamente por motivos inherentes a la salud, la seguridad, las condiciones climáticas y las usanzas locales (apartado tercero)»⁶². Como se puede observar, en ningún momento el nuevo artículo 10 a hace referencia al velo islámico, aunque el encendido debate sobre esta reforma se desarrolló precisamente en torno a la necesidad de vetar esta prenda para proteger a las mujeres contra las tendencias fundamentalistas del Islam.

El referéndum ha dejado a Suiza muy dividida. También en este caso las imágenes puestas en los carteles muestran la intensidad del debate. Entre estas destacan, por ejemplo, la representación de una mujer con un velo integral y las cejas incurvadas, la mirada enfadada que infunde terror, y la escrita «*Stopper l'Islamisme radical!*»⁶³. Y en esta línea, son también muy llamativas las dos imágenes, cuyo significado se puede resumir en la ecuación aceptación del burka = Constitución desvelada y aceptación de la prohibición del burka = Constitución velada. En la primera se diseña a una mujer, con un velo, que deja descubiertos solo los ojos, al lado de un caballete de pintor que sustenta la

⁶⁰ Vid. Spiegazioni del Consiglio Federale, *Votazione popolare 7 marzo 2021, Iniziativa popolare «Si al divieto di dissimulare il proprio viso»*, pp. 4-5 (<https://www.admin.ch/divieto-dissimulare-viso>). Para un comentario vid.: BIANCA CEFFA, C., y GRASSO, G., *op. cit.*; DE ROSSA, F., y FERRARIO, M., «Covernance or Women's Rights. How Much Room for the Gender Equality Argument In The Swiss Headscarf Debate?», *DPCE online*, núm. 3, 2021, pp. 2801-2818; y MOTILLA, A., «Suiza y el veto al burqa», *Statochiese.it*, núm. 6, 2021, pp. 43-46.

⁶¹ La propuesta alcanzó una mayoría muy apurada del 51,21 %, con una participación del 51,40 % de los votantes y el voto favorable de 20 y contrario de 6 Cantones.

⁶² Con una cierta falta de sistematicidad, la disposición se coloca en el Capítulo I del Título II relativo a los derechos fundamentales, entre el derecho a la vida y la libertad personal (art. 10 Const.) y la protección de los niños y de los adolescentes (art. 11 Const.).

⁶³ https://www.swissinfo.ch/spa/votations-f%C3%A9d%C3%A9rales-du-7-mars-_hacia-la-prohibici%C3%B3n-del-burka-en-suiza/46427462.

Constitución y cerca la escrita *Avant l'acceptation de l'interdiction de la burqa*, y la otra una mujer desvelada, con un fular, que, a pesar de cubrir el pelo, deja visible el rostro al lado de una «Constitución velada», también sostenida por un caballete, y el mensaje *Après l'acceptation de l'interdiction de la burqa*. Y por último, debajo de los dos diseños la escrita: *La politique des symboles au détriment des droits fondamentaux* ⁶⁴.

Según el Comité promotor la victoria era una «señal a favor de la libertad religiosa», «un voto de sentido común», «una decisión sabia», que confirma «el modelo democrático, basado en los valores judíos-cristianos». De tal forma, se ha pretendido contrastar «una ideología política medioeval que quiere comprometer los derechos de las mujeres» y «las considera como objeto del deseo masculino que tienen que estar escondidas». Asimismo, se ha considerado esta decisión como una señal evidente contra el Islam radical, y la ideología totalitaria que lleva consigo y que no tiene derecho de existir en una democracia, contra los gamberros disfrazados y la violencia deportiva a favor de una cohabitación pacífica en Suiza.

Las voces contrarias, en cambio, refutaban la eficacia práctica de estas medidas, basándose en tres argumentos. En primer lugar, estimaban que el sí no resolvería los verdaderos problemas subyacentes, como el sexismo, el racismo y la violencia, alegando que hay que dejar de decir a las mujeres cómo tienen que vestirse. En segundo lugar, se opinaba que, de esta forma, se discriminaría una determinada comunidad religiosa y se alimentarían divisiones y miedos, no se liberaría a la mujer sino que se violaría su libertad de expresión y de religión, tratándose de una «gran decepción para los musulmanes que han nacido y crecido en Suiza». En tercer lugar, se apuntaba que es una medida sin ninguna eficacia práctica, siendo suficiente pensar que en el Cantón San Gallo, ocho años después de la introducción de la prohibición, no se había conminado ninguna multa. Y por último, se afirmaba que se está solo jugando con los miedos de las personas, diseñando escenarios como si Suiza fuera lo mismo que Kabul o Irán ⁶⁵.

Al respecto, es interesante analizar la posición del Consejo General, que en el mensaje de 15 de marzo de 2019 rechazó dicha propuesta, presentando un

⁶⁴ Operation-libero.ch, «Non à une attaque contre les droits fondamentaux – Opération Libero lance sa campagne contre l'interdiction de la burqa», www.operation-libero.ch/fr/communiqués-de-presse/2021-03-07/la-politique-des-symboles-au-detriment-des-droits-fondamentaux. Al respecto, GRASSO, G., en CEFFA, C. B., y GRASSO, G., *op. cit.*, pp. 308-309, «jugando» con el título de su artículo titulado «Un velo sulla Costituzione» y reenviando a esta viñeta invita a reflexionar en torno el riesgo que conlleva dicha prohibición.

⁶⁵ SWI, swissinfo.ch, «La Svizzera vieta burqa e niqab nei luoghi pubblici», <https://www.swissinfo.ch/ita/votazione-svizzera-iniziativa-divieto-burqa/46413136>.

«contra-proyecto indirecto» para la adopción de una ley federal⁶⁶, e invitó a la Asamblea Federal a recomendar al Pueblo y a los Cantones no acoger la iniciativa popular⁶⁷. Según el Consejo General, el veto generalizado de disimular la propia cara en los espacios públicos va más allá, pues la propuesta es contraria a los valores de una sociedad libre, es desproporcionada, de difícil actuación, constituye una injerencia en la autonomía legislativa cantonal, correspondiéndoles a estos la regulación del espacio público, y hace problemático un fenómeno de escasa relevancia⁶⁸.

No obstante, a pesar de los aspectos negativos, consideró que el texto de la propuesta superaba el control de validez. En su opinión, respetaba los tres requisitos previstos en el artículo 139 Const.: la unidad formal y material y la conformidad al *ius cogens*. De hecho, se trataba de un «proyecto elaborado» (art. 139.2 Const.), cuyas partes estaban intrínsecamente conectadas y respetaban las disposiciones imperativas del Derecho internacional (art. 139, par. 3, Const.). Por todo ello, no procedía declarar la propuesta total o parcialmente nula⁶⁹.

Sin embargo, esta interpretación parece ambigua y no convence, pues aunque el Consejo General exprese sus reservas sobre la recepción constitucional de dicha imposición desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, de su necesidad y proporcionalidad, de la eficacia práctica y también del impacto económico, finalmente la avala, sirviéndose del concepto de *ius cogens*⁷⁰, que es el único límite material explícito a la reforma constitucional previsto en la Constitución Suiza, y de la categoría del *vivre ensable*, los cuales acaban siendo instrumentalizados. La forma de proceder es muy parecida a la utilizada por el TEDH en *S. A. S. c. Francia*.

El Consejo Federal es consciente de que la prohibición de disimular la propia cara en el espacio público, tal y como ha sido formulada en la iniciativa,

⁶⁶ Procedura di consultazione. DFGP. Avamprogetto di legge federale sul divieto di dissimulare il viso, 27 de junio de 2018, FF 2018 3291.

⁶⁷ El Parlamento, el 19 de junio de 2020, siguió el criterio del Consejo General, mostrándose a favor del contraproyecto indirecto, que preveía la obligación de mostrar la cara al representante de una autoridad, cuando fuera necesario para verificar la identidad de una persona.

⁶⁸ Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di legge federale sul divieto di dissimulare il viso (controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «Si al divieto di dissimulare il proprio viso»), del 27 giugno 2018, 23 pp.

⁶⁹ Messaggio sull'iniziativa popolare «Si al divieto di dissimulare il proprio viso» e il suo controprogetto indiretto (legge federale sulla dissimulazione del viso), 15 de marzo de 2019, FF 2019 2519, pp. 2519-2554.

⁷⁰ Aunque en este supuesto no parece que se esté vulnerando el *ius cogens*, también es cierto que no es sencillo delimitar este concepto y concretar las normas que se pueden incluir en su ámbito de aplicación. Su carácter genérico e indeterminado otorga un margen excesivo de discrecionalidad, que permite instrumentalizarlo, sustrayendo en la práctica los mecanismos de democracia directa a un control y a garantías efectivas.

puede perjudicar derechos y garantías consagrados en el CEDH, en el PIDCP y en la Constitución federal, como la libertad religiosa (art. 15 Const.), el respeto de la vida privada (art. 13.1 Const.), la libertad de expresión (art. 16 Const.) y reunión (art. 22 Const.), la prohibición de discriminación (art. 8 Const.) o la libertad económica (art. 27 Const.)⁷¹.

Sin embargo, la justifica considerando que la violación producida no se traduce en una lesión del *ius cogens*, es decir de las normas imperativas de Derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto y que no pueden ser derogadas *ex* artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y los derechos del CEDH y del PIDCP, los cuales no pueden ser objeto de excepciones ni siquiera en caso de emergencias (art. 15 CEDH)⁷².

De hecho, en su opinión, es suficiente pensar que los derechos afectados por la prohibición de disimular la cara en los espacios públicos, por un lado, no están contemplados en el artículo 15 CEDH; y por otro, aunque el artículo 18 PIDCP incluye la libertad de pensamiento, conciencia y religión entre los derechos que no se pueden derogar ni siquiera en estado de peligro excepcional (art. 4, par. 2), a dicho precepto no se le puede reconocer el rango de disposición de *ius cogens*, porque prevé la posibilidad de introducir restricciones al derecho de manifestar la propia religión, lo cual es en definitiva lo que pretende hacer la propuesta en cuestión⁷³.

Y en esta línea, a continuación, el Consejo General reconoció que, si bien la disimulación de la cara por motivos religiosos, como el porte del burqa o del niqab, produce malestar en muchas personas, es la expresión de movimientos fundamentalistas del Islam y del rechazo a integrarse y no es conforme a los valores de apertura y de intercambio defendidos por la democracia, en Suiza el uso del velo integral no representa un problema, puesto que es llevado sobre todo por turistas, las cuales no contribuyen a la cohesión social del país⁷⁴.

La recepción constitucional de la prohibición de disimular la cara en los espacios públicos es por lo tanto una medida simbólica, desproporcionada e innecesaria: por una parte, la legislación en materia de extranjería ya ofrece respuestas a los problemas de integración y a la incompatibilidad de las corrientes radicales del Islam con los valores liberales de Suiza; y por otra la identificación y persecución de los criminales y vándalos a fin de tutelar el orden público se puede alcanzar a través de la normativa que prohíbe ocultar la cara con

⁷¹ FF 2019 2519, *cit.*, p. 2544.

⁷² *Ibidem*, pp. 2527-2528.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 2546.

ocasión de manifestaciones. Introducir una regulación a nivel federal no es útil, sino que integraría una injerencia en la autonomía de los Cantones, que tienen que seguir siendo libres de decidir si prohibir este símbolo y qué comportamiento adoptar ante las turistas procedentes de los países árabes. En términos parecidos, el artículo 181 c.p., ya tipificaba, entre los supuestos de coacción, el hecho de obligar a una mujer a esconder la propia cara. Y por último, no se puede desconocer que el uso del velo integral puede ser también el resultado de una decisión personal, libre y voluntaria, como en el caso de que una ciudadana suiza se convierta a dicha religión, y que una prohibición en este sentido puede aumentar el riesgo de aislamiento y confinamiento entre las paredes domésticas.

Otro aspecto problemático concierne la necesidad de que el legislador adopte la normativa de ejecución en el plazo de dos años desde la aprobación de la iniciativa por la «doble mayoría» prevista. Para Motilla de la Calle, A., transformar el referéndum en nueva ley es un «error»⁷⁵. La competencia para dar ejecución al nuevo artículo 10 a Const. les corresponde a la Confederación y a los Cantones. En particular, la regulación de los espacios públicos y por lo tanto la actuación de esta medida está reservada a los Cantones, conllevando el riesgo de que se produzca un sistema diferenciado, puesto que cada uno podrá regular de forma autónoma este ámbito. En cambio, la Confederación solo podría establecer la parte relativa al Derecho penal y a los transportes públicos⁷⁶.

Sin embargo, aunque se podría prever la prohibición en el código penal, como ocurrió en Bélgica⁷⁷, esto plantearía un problema al no tratarse de un comportamiento que amenaza ni viola directamente un bien jurídico concreto, lo cual no sería compatible con los principios del Derecho penal, anticipando demasiado el umbral de punibilidad⁷⁸. Y finalmente, desde el punto de vista económico, para los Cantones supone una importante carga económica controlar el respeto y sancionar los incumplimientos de esta medida, repercutiéndose de forma negativa en

⁷⁵ MOTILLA DE LA CALLE, A., «Suiza y el veto al burqa», *Statoecheme.it*, cit., p. 46.

⁷⁶ FF 2019 2519, p. 2544.

⁷⁷ La *Cour constitutionnelle belge* en el *arrêt* núm. 145/2012, 6 de diciembre de 2012 se pronunció sobre la *Loi visant a interdire le port de tent retement cachant totalement ou de manière principale le visage, 1 de junio de 2011*, *Le Moniteur Belge*, 13 de julio de 2011, 2011000424. Dicha Ley modificó el Código penal, introduciendo el artículo 563 bis.

⁷⁸ Al contrario, el contraproyecto indirecto no habría limitado la autonomía de los Cantones, quienes hubieran podido prohibir la disimulación, cuando lo considerasen más oportuno. La propuesta de ley federal contenida en el contra-proyecto indirecto consagraba la obligación de mostrar la cara cuando una autoridad suiza, en virtud del Derecho federal y en el marco de sus competencias, tuviera que identificar a una persona (art. 1.1). En caso de incumplimiento, ante la exhortación a mostrar de forma reiterada la cara, se preveía una multa (art. 2).

la economía de Suiza y reduciendo el atractivo como meta turística para las personas procedentes de los países en los que se admite el uso del velo islámico.

Aun así, a pesar de las referidas perplejidades, también en este caso, el Consejo General, conformándose a la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *S. A. S c. Francia* y *Belcacemi c. Bélgica*⁷⁹, decidió avalar la prohibición de disimular la cara, afirmando que es compatible con los artículos 8, 9, 10 y 14 CEDH, puesto que su objetivo es reforzar la cohesión y asegurar las condiciones mínimas del *vivre ensemble*, es decir de la convivencia, y en definitiva la protección de los derechos de los demás, desempeñando un rol fundamental en la interacción social.

5.2 Democracia directa vs. derechos de las minorías «menos integradas» en el marco de una sociedad polarizada: ¿dónde está el equilibrio?

El referéndum suizo del 7 de marzo de 2021 por el que se aprobó la introducción en el texto constitucional de la obligación de descubrir la cara en los espacios públicos vuelve a plantear algunas cuestiones sobre los límites de los instrumentos de participación de la ciudadanía en los procesos decisorios-normativos por su capacidad de comprimir los derechos, en particular los derechos religiosos y culturales de las minorías, que sufren mayores problemas de integración, es decir las minorías no-Cristianas, también definidas *outgroups*⁸⁰, los grupos externos o más «impopulares»⁸¹. Esto crea fuertes tensiones en el tejido social, siendo fuente de conflictos y divisiones entre democracia directa y derechos humanos fundamentales. En cambio, es evidente que favorece los colectivos que cuentan con un respaldo político y que son más aceptados⁸².

⁷⁹ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas asumió una posición distinta a la del TEDH en relación con la prohibición general de disimular la cara en Francia, considerando que es contraria al derecho a la libertad religiosa. Sus consideraciones, sin embargo, no son jurídicamente vinculantes. Al respecto, *vid. UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication núm. 2807/2016, CCPR/C/123/D/2807/2016*, 17 de octubre de 2018.

⁸⁰ MOECKLI, D., *op. cit.*, p. 779.

⁸¹ *Idem*.

⁸² BREMS, E., «Islamophobia and the ECtHRA Test Case for Positive Subsidiarity for the Protection of Europe's Long-term Migrants?», en ÇALI, B. – BIANKU, L., y MOTOC, I., *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, European Society of International Law Series, 2021, pp. 196-216. Según la autora la tutela de los derechos de las minorías depende de la correcta aplicación por parte del TEDH de la dimensión positiva del principio de subsidiariedad, que de esta forma asumiría tres funciones: «*sustantive guidance*», en relación a la elaboración de estándares de protección, de «*procedural guidance*» en relación con el respeto de los requisitos procesales y de «*discursive guidance*» («*the way of talking and writing of certain rights*») para

Y en este sentido, es suficiente revisar el contenido de las iniciativas populares que se han ido presentando en Suiza y que han superado el *nulla osta* de la doble mayoría, a pesar de incidir negativamente en los derechos de las minorías. Entre estas, por ejemplo, prosperaron la de 1893, que introdujo la prohibición de la matanza de animales, el veto de construir nuevos minaretes de 2009, la relativa a la expulsión de los inmigrantes que han cometido determinados delitos de 2010⁸³, hasta la prohibición de disimular la cara en los espacios públicos de 2021, que es la más reciente en este sentido.

De tal forma, se están perjudicando aspectos fundamentales del substrato identitario de colectivos minoritarios, que no plantean reales problemas en la sociedad suiza. La principal cuestión es representada por la dificultad de estos grupos de integrarse, pues la mayoría son inmigrantes que no tienen la ciudadanía y por lo tanto no pueden ejercer los derechos políticos, *in primis* el derecho al voto⁸⁴.

Suiza se basa en un sistema de «democracia casi-directa», en el que conviven elementos de democracia representativa con instrumentos como la iniciativa popular⁸⁵, el referéndum y la petición, los cuales actúan en todos los niveles: federal, cantonal y municipal. Ahora bien, al respecto se nos plantean las siguientes cuestiones: la primera se refiere a la imposibilidad de los inmigrantes de participar en las decisiones que les conciernen, por no ser ciudadanos; y la

evitar usar estereotipos discriminatorios. No obstante, tras analizar los pronunciamientos del TEDH, concluye que los mensajes emitidos hasta ahora han sido un fracaso. La STEDH (GC), *S. A. S. c. Francia*, recurso núm. 43835/11, 1 de julio de 2014, representa un ejemplo en este sentido (pp. 198 ss).

⁸³ Vid. MAHON, P., «L'espulsione degli stranieri nel recente referendum costituzionale svizzero», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2011, pp. 147-151. En el referéndum de 29 de noviembre de 2010 el Pueblo y los Cantones aceptaron la iniciativa popular «para la expulsión de los extranjeros que cometen delitos». Esta establecía la introducción en el artículo 121 Const. de 4 nuevos apartados, disponiendo en particular un «automatismo de expulsión» (p. 148), que ha suprimido la evaluación individualizada por parte de la autoridad discrecional anteriormente prevista por la legislación en materia de inmigración y la contextual prohibición de entrar, y las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento o de entrada ilegal. A continuación, el 9 de febrero de 2014 se aprobó la iniciativa de UDC «Contra la inmigración masiva» para gestionar de forma autónoma la inmigración de los extranjeros. Sin embargo, la Ley de actuación ha dejado esta disposición sin aplicación práctica. Sobre la inmigración en Suiza: GRASSO, G., «Immigrazione e integrazione: il caso della Svizzera», *Osservatorio Costituzionale*, núm. 1, 2018, pp. 1-18.

⁸⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, R., «El pueblo de la Confederación suiza: su significación constitucional y composición», *Revista de derecho político*, núm. 95, 2016, pp. 11-38.

⁸⁵ Sobre este instrumento de democracia directa, v.: AUER, A. (Ed.), *Sans délais et sans limites?: l'initiative populaire à la croisée des chemins = Ohne Fristen und Grenzen?: die Volksinitiative am Scheideweg*, Actes de la Journée scientifique organisée le 26 mai 2000 à Genève par le Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe (C2D); EHS, T., y KAUFMANN, B., «Federalism and Direct Democracy. The Swiss Case in the Age of Transnational Politics», *ICL Journal*, vol. 4, núm. 2, 2010, pp. 180-190; y SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Formas y niveles territoriales de la iniciativa popular y del referéndum en el ordenamiento suizo», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 28, 2017 (https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/01_FERRIZ.htm).

segunda consiste en si a la vista del elevado flujo de personas migradas la democracia directa sigue aportando un plus o al contrario se ha convertido en un instrumento de las instancias más populistas⁸⁶.

Los instrumentos de democracia directa representan sin duda una oportunidad, aunque depende de cómo se utilicen y del nivel real de participación. A todo ello, se añade el elevado nivel de abstencionismo en los procesos políticos por el sentimiento de desafección hacia las instituciones. Esto puede conllevar un efecto muy perverso y peligroso, es decir un escaso quórum podría permitir a una minoría de ciudadanos adoptar decisiones determinantes, introduciendo en la Constitución normas contrarias a los derechos fundamentales. Al respecto, tenemos que pensar que en Suiza, a través de la iniciativa popular, se puede proponer una revisión total o parcial tanto de la Constitución federal⁸⁷ como de las Constituciones cantonales (art. 51 Const. federal)⁸⁸. Para que prospere se requiere alcanzar en el referéndum la doble mayoría del Pueblo y de los cantones⁸⁹. En este país el Pueblo puede decidir y tiene la última palabra sobre los temas más controvertidos en la búsqueda del consenso.

Además, es importante considerar que, como pone de relieve Gerotto, S., se prevén solo dos límites a la revisión de la Constitución: un límite implícito, inherente a la forma de Estado, representado por la democracia y un límite material explícito, es decir el Derecho internacional imperativo⁹⁰, cuyo alcance sin embargo sigue siendo indeterminado (arts. 193, par. 4, y 194, par. 2, Const.)⁹¹. Tales aspectos nos hacen reflexionar en torno a la necesidad de reformar este instrumento. En definitiva, si consideramos también el momento populista en el que vivimos y el peligro cada vez más presente de las derivas ili-

⁸⁶ GEROTTO, S., «Note sparse sulla democrazia e i suoi limiti. Ovvero, del perché la Svizzera ha qualcosa da insegnare in tema di democrazia diretta», *Percorsi costituzionali*, núm. 2, 2019, p. 520.

⁸⁷ La revisión total tuvo lugar en 1999.

⁸⁸ *Vid.* Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP), «Iniziativa per la limitazione – Il Consiglio federale non vuole denunciare la libera circolazione», <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/it/home/temi/abstimmungen/begrenzungsinitiative.html>. A nivel federal se prevé solo una modificación total o parcial de la Constitución. La iniciativa legislativa solo existe en los Cantones. En 2020, en cambio, no se aprobó la iniciativa «Para una inmigración moderada (Iniciativa para la limitación)», que pretendía poner fin a la libre circulación de las personas con la UE y a su privilegiada «vía bilateral».

⁸⁹ La iniciativa para conceder a las mujeres el derecho al voto fue rechazada en 1959 y prosperó solo en 1971.

⁹⁰ GEROTTO, S., *op. cit.*, p. 526.

⁹¹ El 14 de marzo de 1996 se declaró nula la iniciativa, titulada «Para una política de asilo racional», que imponía la expulsión inmediata de todos los solicitantes de asilo que hubiesen entrado en el país ilegalmente, considerándola incompatible con el principio de *no refoulement*. Este fue el único caso en el que la iniciativa popular fue declarada nula por violar una norma imperativa de Derecho internacional.

berales y plebiscitarias por el progresivo deterioro, la erosión, del Estado de Derecho (*rule of law backsliding*), sería oportuno que en la Constitución Suiza se previeran más límites materiales a la revisión, sustrayendo determinados ámbitos al poder decisorio de la doble mayoría Pueblo-Cantones⁹², o que se rodeara la iniciativa popular de mayores garantías y filtros.

6. LA LAICIDAD SEGÚN EL TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO Y EL DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

La introducción del veto al velo islámico en la Constitución es el resultado del debate desarrollado por instancias, cuyo objetivo es limitar no solo determinadas manifestaciones religiosas como el uso de símbolos, sino en general los derechos de algunas minorías «menos integradas» o consideradas «más peligrosas»⁹³. Por esto, es interesante observar cómo ha evolucionado la jurisprudencia sobre estas cuestiones y la incidencia que puede haber tenido en el proceso que ha culminado con el referéndum del 7 de marzo de 2021. En concreto, en este epígrafe, se pretende analizar la posición del TFS ante el factor religioso y el uso de los símbolos que le son inherentes, en particular el velo islámico, con el fin de comprender qué papel ha jugado realmente y si ha sido determinante.

El TFS se ha pronunciado sobre el uso del *hijab* en las escuelas, tanto por parte de las profesoras como de las estudiantes, diferenciando su posición, en función de los distintos roles desempeñados, y también en los tribunales por las juezas y funcionarias. Además, sobre dichas cuestiones se ha expresado también el TEDH, quien hasta ahora ha confirmado que Suiza se ha movido dentro del margen de apreciación concedido a los Estados, habiéndose ejercido en consonancia con el modelo de laicidad instituido por este país.

Según el TFS la libertad religiosa es uno de los derechos fundamentales más antiguos, que fue incorporado a la Constitución en 1874, como respuesta a los conflictos del siglo XIX⁹⁴. Este derecho inviolable tiene básicamente tres funciones: asegurar la paz y fomentar la tolerancia, con el objeto de garantizar que todas las personas *uti singuli* y *uti socii* «puedan preservar, expresar y vivir en la vida cotidiana sus convicciones más profundas sobre cuestiones trascen-

⁹² Según MAHON, P., *op. cit.*, p. 151, sería interesante incluir en el debate no solo la idea de los límites heterónomos sino también de los autónomos a la revisión constitucional.

⁹³ MOECKLI, D., *op. cit.*, p. 779.

⁹⁴ *Schweizerisches Bundesgericht* (BGer), 2C_121/2015, 11 de diciembre de 2015, 3.2.

dentales» y favorecer la integración, impidiendo la exclusión de las minorías religiosas, a través de una comprensión religioso-pluralista de la sociedad⁹⁵.

El derecho a la libertad religiosa puede ser restringido siempre y cuando se respeten las condiciones previstas en el artículo 36 Constitución federal, que prevé la necesidad de una base jurídica, la regulación de la limitación de forma clara y expresa en una ley formal, la presencia de un interés público a perseguir, la protección de los derechos fundamentales de terceros, y el respeto del principio de proporcionalidad, en el sentido de que dicha medida tiene que ser adecuada y necesaria para alcanzar un determinado objetivo y que resulte razonable para las personas afectadas, habida cuenta de la gravedad de la restricción de los derechos fundamentales⁹⁶.

En sus pronunciamientos, el TFS considera el uso del velo islámico (*hijab*) una práctica, que se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del artículo 15.1 Const., que «garantiza la libertad de creencia y de conciencia», considerándolo como una manifestación de este derecho, también en «el contexto de una relación laboral con el Estado»⁹⁷.

Por lo que se refiere al uso de esta prenda por las enseñantes, en la DTF 123 I 296, de 12 de noviembre de 1997, atendiendo a una interpretación sistemática de los artículos 27.3 y 49 Const. junto al artículo 9 CEDH, el TFS si bien reiteró que el uso de particulares vestimentas por motivos religiosos está protegido por la libertad de creencia y de conciencia⁹⁸, consideró que la restricción impuesta a una profesora que trabaja en una escuela pública de llevar en el lugar de trabajo un fular, especialmente si se trata de una escuela primaria, y por lo tanto a contacto con niños pequeños, se justifica atendiendo al principio de laicidad, que se traduce en la exigencia de neutralidad del Estado. Dicha necesidad además resultaba ser más fuerte en el Estado de Ginebra, que ha optado por una separación clara entre Iglesia y Estado y paz confesional en la escuela⁹⁹.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ BGer, 2C_546/2018, 11 de marzo de 2019, 4.6, que resuelve el recurso de casación contra la resolución del Consejo de la Magistratura del Cantón de Basilea-Ciudad de 16 de abril de 2018.

⁹⁷ *Ibidem*, 4.

⁹⁸ DTF 123 I 296 S. 297, 12 de noviembre de 1997, 2.

⁹⁹ *Ibidem*, 3 y 4. En 1990 el Tribunal Supremo Federal en la sentencia de 26 de septiembre de 1990, asunto *Ayuntamiento de Cadro c. Bernasconi y Tribunal Administrativo del Cantón Ticino*, consideró que colocar un crucifijo en el aula de una escuela primaria es contrario al deber de neutralidad del Estado. En cambio, en la STEDH, de 18 de marzo de 2011, *Lautsi c. Italia*, núm. 30814/06 (*Lautsi II*) se afirmó que el crucifijo en las aulas es compatible con el artículo 9 CEDH porque las escuelas italianas estaban muy abiertas a otras religiones. Más recientemente, la *Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili*, sent. núm. 24414/2021, 9 de septiembre de 2021, relativa al caso de un docente de una escuela pública secundaria, que fue suspendido por quitar el crucifijo durante las horas de sus clases, consideró que, atendiendo a la interpretación conforme del reglamento de los años veinte del siglo XX, aunque el profesor no tenga un poder de veto o de in-

El TEDH confirmó la posición del TFS y su concepción del principio de laicidad en la sentencia de 15 de febrero de 2001, en el asunto *Dahlab c. Suiza*, recurso núm. 42393/98, afirmando que el velo es un «signo exterior fuerte», impuesto a las mujeres por un precepto religioso que difícilmente se concilia con el mensaje de tolerancia, el respeto y sobretodo la igualdad y la no discriminación que, en una democracia, cualquier profesora tiene que transmitir a sus alumnos. En su opinión, «el uso del pañuelo puede tener algún efecto de proselitismo, puesto que parece ser impuesto a las mujeres en virtud de una prescripción coránica que [...] es difícilmente compatible con el principio de igualdad de sexo» y perjudica la neutralidad en la enseñanza pública, y especialmente la primaria, siendo los niños muy influenciables. Por lo tanto, aunque no hubiera pruebas de que la Sra. Dahlab hubiese adoptado actitudes de proselitismo, el hecho de que llevara este símbolo dotado de una orientación religiosa tan pronunciada podría haber producido efectos equivalentes¹⁰⁰.

En cambio, es distinta la posición formulada en el supuesto de que el velo es llevado por las alumnas. En este caso, el TFS consideró que prohibir de forma generalizada el uso del velo para cubrir la cara por motivos religiosos constituye una grave injerencia en los derechos fundamentales de las niñas (art. 36, sección 1, frase 2 BV), capaz de producir fuertes tensiones entre el Estado, la religión y la familia contrarias a su interés superior, por el impacto significativo en la vida cotidiana. En su opinión, es fundamental que las estudiantes puedan ejercer su derecho a la libertad religiosa¹⁰¹.

En particular, en la sentencia de 11 de diciembre de 2015, el TFS estimó el recurso de una alumna a la que fue impedido, atendiendo a la normativa escolar, llevar el *hijab* en la escuela y que por esta misma razón abandonó el

terdición absoluta, a la escuela le corresponde buscar una solución dialogante y compartida que tenga en cuenta su punto de vista y respete su libertad negativa de religión y también las distintas sensibilidades. La exposición del crucifijo en un País como Italia no es un acto de discriminación del docente por razón religiosa, sino que es expresión de la experiencia vivida de una comunidad y tradición cultural de un pueblo. El recurso interpuesto por el demandante que solicitaba una indemnización ha sido por lo tanto desestimado por considerar que su libertad de expresión no había sido condicionada ni comprimida.

¹⁰⁰ En la sentencia del TCFA de 2015 (*Order of 27 January 2015 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 113*) se acepta el uso del velo por las profesoras, siempre y cuando la apariencia externa de los profesores no constituya una amenaza o un peligro concreto para la paz escolar o la neutralidad del Estado.

¹⁰¹ BGer. 2C_546/2018, 4.3.2. En la misma línea el *Verfassungsgerichtshof*, G 4/2020-27, 11 de diciembre de 2020, declaró la inconstitucionalidad del artículo 43 de la *Schulunterrichtsgesetz – SchUG* (la Ley que regula la organización de la actividad didáctica), BGBl. 472/1986, tal y como fue modificada por BGBl. I 54/2019, que prohibía a las alumnas llevar vestimentas de carácter religioso, que dejaban la cabeza cubierta, hasta la finalización del año escolar en el que habían cumplido 10 años. El TCFA constató que dicha medida produce una discriminación directa contra una concreta fe religiosa y el principio de neutralidad.

centro educativo. Se afirmó que la conducta invocada por los demandantes era expresión de sus convicciones religiosas y que lo habían demostrado de manera creíble¹⁰². En este sentido, el derecho de creencia y conciencia de los niños tiene que ser ponderado no solo con el derecho de los padres a elegir la educación religiosa de sus hijos hasta el final de la edad de 16 años, sino que era necesario considerar el conflicto y por lo tanto las tensiones a las que los niños deberían enfrentarse por pensar haber violado un mandamiento religioso impuesto por su cultura de origen y familia, lo cual era sin duda contrario a su interés (art. 3 CDN). Se trataba por lo tanto de una medida desproporcionada, puesto que la prohibición generalizada de llevar el pañuelo en la cabeza en la escuela, durante las clases, tiene un efecto significativo en la vida cotidiana del alumno, constituyendo una grave injerencia en el derecho fundamental a la libertad de creencias y de conciencia. Los estudiantes, al contrario de los profesores, no están sujetos a ningún deber de neutralidad, al menos mientras no menoscaben los derechos fundamentales de terceros a través del ejercicio de sus derechos fundamentales.

El uso del velo por parte de los estudiantes no perjudica la comunicación con los maestros, ni viola la libertad negativa de los demás que no llevan símbolos ni identifica la escuela pública o el Estado con una fe pública, haciendo proselitismo. Los alumnos deberían aceptar a los demás compañeros porque esto fomenta el pluralismo, relativizando y equilibrando las creencias individuales.

Y desde el perfil del respeto al principio de igualdad, aunque el uso del velo puede responder a motivaciones distintas, según los médicos la niña tenía una personalidad «muy madura» para su edad y capacidad de decisión, no habiendo transmitido nunca la impresión de que sus padres la presionaron. Además, no parece necesario que el acceso del alumno a la educación dependa de la renuncia a un símbolo religioso, impidiéndole integrarse¹⁰³.

En cambio, es distinta la solución aportada por el TFS a las peticiones de exención de las clases obligatorias¹⁰⁴. Aunque en 1993 se concedió a una niña musulmana no seguir las clases obligatorias de natación por motivos religiosos¹⁰⁵; a continuación se rechazaron las solicitudes de dos niños musulmanes para que se les dispensara porque no querían ver a compañeras que no estuvieran suficientemente vestidas, siendo contrario a su fe¹⁰⁶. El TFS, si bien reconoció una injerencia en la libertad de creencia y de conciencia, con toda la ra-

¹⁰² BGer, 2C_121/2015, 11 de diciembre de 2015.

¹⁰³ *Ibidem*, en particular, apartados 5.3; 7.2; 8.2.2; 9.2; 9.3 y 9.6.2.

¹⁰⁴ Sobre el asunto *swimming pool* vid. REICH, J., «Switzerland: Freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited», *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 754-767.

¹⁰⁵ BGE, 119 Ia 178 E. 4.

¹⁰⁶ BGer, 2C_121/2015, 11 de diciembre de 2015.

zón, consideró que el interés público y el mandato de la escuela de permitir el proceso de inclusión social a través de la participación en las asignaturas, incluida la educación física, tienen mayor importancia. La ponderación realizada en este asunto es equilibrada.

Dicho planteamiento fue reiterado en la sentencia 2C_666/2011, de 7 de marzo de 2012, relativa a la solicitud de exención de dos niñas de nueve y siete años de las clases de natación mixta en una escuela del Cantón de Basilea¹⁰⁷. Contra dicha decisión se interpuso un recurso ante el TEDH, que sin embargo se pronunció en los mismos términos que el TFS¹⁰⁸, considerando que la asignatura en cuestión era parte del currículum obligatorio. En su opinión, el derecho de los niños a la educación, funcional a su integración, que se concreta no solo y no tanto haciendo ejercicio físico y aprendiendo a nadar sino participando junto a los compañeros en esta actividad tiene prioridad sobre el deseo de los padres de que las niñas sean dispensadas de las clases mixtas de natación. Además, en el supuesto de que se trata los padres rechazaron que las hijas llevaran el *burkini*, considerándolo un estigma, y tampoco todos los demás intentos que hizo el centro para reducir el impacto negativo en las menores tuvieron éxito. Por todo ello, el TEDH, mostrándose en línea con las respuestas elaboradas por el TFS¹⁰⁹, concluyó que las autoridades suizas no habían excedido el margen de apreciación que se le había concedido¹¹⁰. En realidad en el asunto *Osmanoğlu y Kocabaş v. Suiza*,

¹⁰⁷ BGer, 2C_666/2011, 7 de marzo de 2012.

¹⁰⁸ STEDH (3.ª Sec.), de 10 de enero de 2017, *Osmanoğlu y Kocabaş v. Suiza*, núm. 29086/12, (final 10 de abril de 2017). Al respecto, es interesante observar que Suiza no ha ratificado el Protocolo 1 al CEDH. TROTTER, S., «“Living Together”, “Learning Together”, and “Swimming Together”: *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* (2017) and the Construction of Collective Life”, *Human Rights Law Review*, vol. 18, núm. 1, 2018, pp. 157-169.

¹⁰⁹ También es cierto que han sido muy escasos los asuntos que tenían por objeto símbolos religiosos en los que el TEDH ha constatado la violación del derecho a la libertad religiosa por parte del Estado signatario demandado. Se ha declarado la lesión del artículo 9 CEDH en el asunto *Ahmet Arslan y otros c. Turquía* (STEDH, de 23 de febrero de 2010, núm. 41135/98) relativo al uso de vestimenta religiosa en espacios públicos, en *Hamidović c. Bosnia y Herzegovina* (STEDH, de 5 de diciembre de 2017, núm. 57792/15) en relación con la prohibición para un testigo de jurar con el turbante, símbolo religioso de la minoría musulmana Wahhabi/Salafi, en el aula en la que se desarrolla el proceso penal, y en *Lachiri c. Bélgica*, (STEDH, de 18 de septiembre de 2018, núm. 3413/09). En la STEDH, *Lachiri c. Bélgica*, cit., en particular, se consideró que la prohibición del *hijab* en un tribunal viola el artículo 9 CEDH. En este supuesto, sin embargo, hemos de considerar que la imposición afectaba a una de las partes en el juicio y no a los jueces o al personal que trabaja en el tribunal que en cambio tienen que transmitir una imagen, una apariencia de neutralidad. Al respecto, *vid.* MADERA, A., «Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario», *StatoeChiese.it*, núm. 4, 2020, pp. 38-159; LUGATO, M., «Le “condizioni minime del vivere insieme” nelle limitazioni del diritto di manifestare la propria religione», *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 13, 2019, núm. 3, pp. 457-486.

¹¹⁰ STEDH, *Osmanoğlu y Kocabaş v. Suiza*, cit., aps. 95-100.

al TEDH no le quedaba más remedio que dar la razón al Estado demandado, puesto que no solo los Estados sino también las minorías tienen que hacer esfuerzos para integrarse.

Y a continuación, se consideró admisible obligar a una estudiante de fe musulmana a participar en clases de natación con un burkini¹¹¹. Al respecto, no hemos de olvidar que la integración es un proceso bilateral, que involucra no solo a los Estados sino a las minorías y sus familias. El rechazo a llevar también esta vestimenta muestra la falta de colaboración y de voluntad de integrarse.

Por último, por lo que se refiere al uso del pañuelo en los tribunales, el TFS se pronunció sobre el artículo 8 bis del Estatuto del personal de los Tribunales de la Ciudad de Basilea (15 de mayo de 2017), introducido el 16 de abril de 2018 por el Consejo de la Judicatura, que prohíbe el uso de símbolos religiosos ostensibles a magistrados y personal administrativos ante las partes y el público, afectando al código de vestimenta. En este asunto, el TFS estimó que la normativa, adoptada en el ejercicio de la potestad reglamentaria, es una ley en sentido material¹¹². El presente Estatuto solo limita a las personas, que participan en la deliberación del órgano jurisdiccional, a llevar símbolos religiosos vistosos, para evitar el sesgo confesional, y es una medida necesaria para garantizar el deber de neutralidad en los tribunales a fin de evitar que las sentencias parezcan dictadas por las convicciones religiosas y por lo tanto por un tribunal que no sea independiente e imparcial también desde el punto de vista ideológico y religioso¹¹³. Por todo ello, en su opinión, no se vulnera el núcleo esencial de la libertad religiosa¹¹⁴.

7. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DEL NÚCLEO MÍNIMO DEL DERECHO AL USO DEL VELO EN LAS SOCIEDADES MULTICULTURALES ANTE LA INEXISTENCIA DE UN «CONSENSO EUROPEO»

7.1 Elementos comunes a las tendencias prohibicionistas

El carácter abierto y plural de las sociedades multiculturales, estructuralmente heterogéneas, impone establecer reglas y criterios de convivencia para resolver

¹¹¹ BGer, 2C_1079/2012, 11 de abril de 2013, E. 3.4-3.6.

¹¹² BGer, 2C_546/2018, 11 de marzo de 2019, 4.4.2.

¹¹³ *Ibidem*, 4.5.

¹¹⁴ *Ibidem*, 4.7.

los conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mayoría y de las minorías, garantizando el derecho a la diversidad. El uso de los símbolos religiosos tanto en los espacios públicos como en los lugares de trabajo, que se coloca precisamente en dicho marco, sigue alimentando fuertes tensiones, imponiendo una ponderación, que permita alcanzar el equilibrio entre los distintos intereses contrapuestos, y que sea respetuosa con los valores europeos fundamentales.

En el caso del velo islámico se puede entrever un plus. Se trata de una cuestión particularmente delicada por tres razones: en primer lugar, por el carácter polisémico que asume esta prenda y la dificultad de averiguar si es fruto de una libre elección o de una imposición derivada de la familia o de la sociedad; en segundo lugar, por la heterogeneidad del Islam y de su regulación en el ámbito de los Estados en los que se profesa dicha religión, puesto que en algunos se impone usarlo y en otros en cambio está prohibido; y por último, por la distinta respuesta de los Estados a esta cuestión, puesto que en el espacio europeo no existe ni un modelo de integración ni una noción de laicidad compartidos ni un consenso sobre este símbolo, sino que cada uno, atendiendo a su marco constitucional y a su concepción de la libertad religiosa y de las manifestaciones que le son inherentes, puede introducir límites, estableciendo por ejemplo qué tipo de prendas está prohibida.

En realidad, el uso de este indumento en la UE es todavía una práctica minoritaria. Aunque el número de mujeres, que suelen llevarlo, haya aumentado en los últimos años, sigue teniendo un carácter marginal. Aun así, a pesar de su alcance reducido, desde el punto de vista jurídico, puede plantear delicados conflictos entre derechos inviolables y libertades fundamentales, que afectan directamente a la dignidad humana, y principios estructurales del ordenamiento.

En la balanza hay que sopesar, por un lado, el derecho al uso del velo como manifestación de la libertad religiosa y como parte integrante de la identidad cultural de las minorías, que a su vez se traduce en el derecho a la diversidad, a ser diferente, es decir a no ser discriminado por pertenecer a una cultura y profesar una religión distinta a la mayoritaria. Y, por otro, en contraposición, se encuentra el principio de laicidad del Estado o de neutralidad de la empresa funcional a la garantía de la propia imagen. Dicha prenda, además, sobre todo en su versión integral, representa en las sociedades occidentales un símbolo anacrónico de opresión de la mujer y de su condición de sumisión al hombre.

Ahora bien, al margen de que el uso del velo islámico se considere como un «nuevo» derecho, un derecho autónomo, reconocido de forma implícita de la interpretación sistemática del derecho a la libertad religiosa junto a la igualdad entendida como prohibición de todo tipo de discriminación por razón de la religión y de género y como tutela de la diversidad y de la propia identidad, a la

propia imagen y a la vida privada y a no recibir una educación contraria a las propias creencias religiosas, o una manifestación del derecho a la libertad religiosa, en ambos casos, no tendría carácter absoluto, pudiendo ser sometido a límites. Por lo tanto, la cuestión sigue siendo cuál sería su contenido mínimo indisponible, es decir hasta qué punto se podría comprimir, cómo y en qué circunstancias, y en definitiva cuáles son las limitaciones y excepciones justificadas.

La decisión de prohibir disimular la cara en los espacios públicos, vistiendo un burka o un niqab ha sido adoptada por la doble mayoría del Pueblo Suizo y por los Cantones, quienes ostentan el Poder Constituyente en la Confederación Helvética. Aunque dicha elección se enmarca en las tendencias prohibicionistas, que desde hace unas décadas se han difundido en la UE, se trata del primer y único Estado europeo que ha incorporado un veto de este tipo en el texto constitucional.

La decisión impacta, pues no podría ser de otra manera; no obstante, tiene que ser entendida (aunque no compartida), desde el sistema de democracia casi-directa y la importancia que asume la decisión popular y el contexto en el que vivimos. Y es precisamente sobre este punto que tenemos que reflexionar, es decir sobre el alcance de las decisiones que el Pueblo puede adoptar.

En Suiza como en el resto de los Estados de la UE, en los últimos años, se ha difundido una ola anti-islámica, que se ha reforzado tras los atentados terroristas y el incremento de la inmigración. Se ha desarrollado el miedo al Islam, especialmente a que su franja fundamentalista y totalitaria adquiera cada vez más visibilidad y a que la atribución a sus adeptos, por mayoría inmigrantes, de más derechos sociales políticos y culturales-religiosos pueda transformar los fundamentos de la sociedad a su medida.

Y en este nuevo contexto, se está observando la proliferación de limitaciones generalizadas o específicas al uso de esta vestimenta, en el intento de relegar dicha práctica a la esfera privada. Los argumentos usados por Suiza así como por los demás Estados que han incorporado por ley una prohibición generalizada en los espacios públicos son básicamente los siguientes: garantizar el orden público a fin de poder identificar a las personas y evitar eventuales ataques a la seguridad y proteger los derechos y las libertades de los demás, asegurando los valores mínimos de una sociedad democrática. En este sentido, la cara juega un rol muy importante en las relaciones entre las personas, creando vínculos sociales que el uso del velo integral pretende romper, siendo la negación de la convivencia. Además, se trata de una práctica contraria al respeto de la igualdad entre hombres y mujeres, que viola la dignidad de estas últimas, al eliminarlas de los espacios públicos.

Evidentemente, si la adopción de estas leyes es de por sí problemática, ni hablar de la recepción constitucional de un precepto de este tipo, que otorga a la obligación de aparecer con la cara descubierta en los espacios públicos intangibilidad y permanencia. Ante todo, se trata de medidas simbólicas, cuyo fin es erradicar una manifestación que en realidad tiene un carácter meramente marginal en el continente europeo, siendo por lo tanto dudosa su necesidad. Además, en los últimos tiempos se están convirtiendo en uno de los caballos de batalla de los partidos populistas más conservadores de extrema derecha en el marco de sus políticas restrictivas en materia de inmigración para fines electorales.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional son cuestiones controvertidas porque afectan directamente a la garantía de la identidad cultural de las minorías y en general a la dignidad de la persona. Ahora bien, precisamente por esto dichas problemáticas no se pueden resolver a través de la regulación, es decir con la imposición de una prohibición generalizada, puesto que no es solo contraria a los valores europeos fundamentales sino a la adopción de una política que garantice la integración efectiva de los extranjeros, una integración social, política y cultural, que no elimine las diferencias sino las valore en un cuadro de tolerancia, solidaridad y convivencia.

En lo que concierne a su aplicación, dichas leyes carecen de efectividad y de eficacia. La introducción de una prohibición generalizada del velo integral en los espacios públicos no puede resolver los problemas que se celan detrás de esta cuestión. Aunque es cierto que esta prenda en la mayoría de los casos es un símbolo anacrónico de opresión de la mujer y de su sumisión al hombre ya que su uso no es fruto de una libre elección sino de una imposición explícita o inducida, inherente a un contexto religioso particular, en otros hay mujeres que quieren ponerse esta prenda, que se sienten orgullosas porque se ven más fuertes vistiendo el velo y sobre todo más cerca de Allah¹¹⁵. Y en ambos casos prohibir dicha vestimenta puede no ser suficiente para eliminar esta práctica. Incluso, podría producir el efecto contrario, alimentando el odio de las personas de confesión musulmana y su estigmatización por parte de la sociedad de acogida.

¹¹⁵ Vid. ALUFFI BECK-PECCOZ, R., «Burqa e Islam», *Quaderni dir. pol. eccles.*, vol. 20, núm. 1, 2012, pp. 13-26; MANCINI, L., «“Burqa”, “niqab” e diritti della donna», *Quaderni dir. pol. eccles.*, vol. 20, núm. 1, 2012, pp. 27-38; y CAMASSA, E., «Il volto coperto delle donne nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo», *Quaderni dir. pol. eccles.*, vol. 26, núm. Extra 4, 2018, p. 243, según quien «Per molte giovani donne che vivono in Occidente, in realtà, la scelta di indossare il velo è un modo per riappropriarsi dell’Islam in quanto identità religiosa e culturale, un modo che non le nasconde, ma al contrario le rende visibili e riconoscibili per la loro appartenenza religiosa, sovente vissuta come espressione di una tradizione nella quale molte si riconoscono ancora, semplicemente in modo diverso rispetto alle generazioni precedenti». Vid. también MANCINI, L., «“Burqa”, “niqab” e diritti della donna», *Quaderni dir. pol. eccles.*, vol. 20, núm. 1, 2012, pp. 27-38.

Una prohibición generalizada puede tener un fuerte impacto negativo en la situación de quienes desean de verdad llevar el velo en el respeto a su fe religiosa, a la propia cultura y las convicciones personales, pudiéndose encontrar ante un difícil dilema que acaba aislándolas, estigmatizándolas y perjudicando su autonomía, así como el ejercicio de su libertad de manifestar las propias creencias y el derecho al respeto de la vida privada. Dicha imposición puede ser percibida como un atentado a su identidad, obligándolas a elegir entre seguir siendo fieles a su religión o abandonar las tradiciones y vestimenta que habitualmente llevan para no soportar la imposición de una sanción penal. Estas restricciones no favorecen la liberación de las mujeres sino más bien su exclusión de la sociedad, agravando la situación en la que están obligadas a vivir.

Y por último, acaban produciendo efectos jurídicos más amplios. Las prohibiciones (tanto generalizadas como específicas) se están extendiendo progresivamente a otros ámbitos, como en el caso del burkini, y cada vez más Estados están siguiendo el ejemplo. El modelo prohibicionista no permite solucionar por sí mismo los problemas que se esconden detrás de esta delicada cuestión. Es un planteamiento equivocado. Por el contrario, hay que considerar la incidencia de varios factores y encontrar soluciones alternativas y más conciliadoras, que enfoquen los problemas desde distintas ópticas.

En la Recomendación 1927 (2010) del Consejo de Europa sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, por ejemplo, se exhorta a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo integral o de cualquier otra prenda religiosa. El punto de partida sería el reconocimiento de la existencia de un patrimonio constitucional común europeo, «una herencia cultural, religiosa y humanista», desde la que se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el principio del Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (Preámbulo y art. 2 TUE).

Tales valores, que se consideran comunes a todos los Estados, contribuyen a la construcción de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia sin fronteras interiores, una sociedad que luche contra la exclusión y la discriminación y fomente el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la igualdad entre mujeres y hombres, la protección social, la solidaridad entre las generaciones y los derechos del niño.

A pesar de la existencia de valores compartidos, sin embargo, en el contexto europeo no existe una normativa uniforme que regule el uso del velo en los espacios públicos ni una posición jurisprudencial unívoca, aunque sí se pueden individualizar tendencias y patrones comunes y elaborar modelos. Tampoco se

ha elaborado una noción compartida, una tradición constitucional común, en materia de laicidad y neutralidad. Y aún mayores son las diferencias entre los Estados miembros en lo que concierne al trabajo en las empresas privadas, aunque en este caso las restricciones parecen ser la excepción y no la regla general. Por todo esto, se advierte la necesidad de una mayor cohesión sobre esta cuestión y de la adopción de un marco jurídico común a nivel europeo.

7.2 El cruce entre Estrasburgo y Luxemburgo: una oportunidad para construir un marco común de paz, solidaridad y tolerancia y evitar el asalto a los valores recogidos en las Cartas de derechos

Para hacer frente a este panorama heterogéneo, que puede ser fuente de conflictos, una respuesta podría proceder de los Tribunales supranacionales, en concreto de Estrasburgo y Luxemburgo, y del diálogo con los jueces comunes¹¹⁶. Las sentencias del TEDH, que ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho al uso del velo islámico, tanto el hijab como el velo integral, a partir de la interpretación y aplicación del artículo 9 CEDH, han jugado un rol muy importante en la búsqueda de un punto de equilibrio en el complejo conflicto entre protección de los derechos de las minorías y neutralidad del Estado ante el factor religioso. Sin embargo, la jurisprudencia de Estrasburgo evoluciona lentamente y, de todas formas, el contenido de su respuesta depende no solo del contexto general y de las características del asunto de que se trata sino también de las presiones políticas¹¹⁷ a las que está sometido y del país contra el que se plantea la supuesta violación.

Al respecto, se pueden individualizar tres fases. En la primera, el TEDH, adoptando una actitud de *self restraint*, se limita a remitir la decisión al margen de apreciación nacional para evitar alimentar tensiones con los Estados. La sentencia *Dahlab c. Suiza* representa un ejemplo en este sentido. En esta etapa, el TEDH generalmente justifica su posición, considerando que, en virtud del principio de subsidiariedad, los Estados pueden comprender mejor las exigen-

¹¹⁶ Con respecto a la jurisprudencia del TEDH y del TJUE sobre el velo y al diálogo sobre los dos Tribunales, *vid.*: FAGGIANI, V., *op. cit.*, en particular los capítulos III y IV; y MOTILLA DE LA CALLE, A., *La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de libertad religiosa: cuestiones disputadas*, Comares, Granada, 2021.

¹¹⁷ Subrayan los riesgos de pronunciamientos orientados políticamente también: O'LEARY, S., «A Tale of Two Cities: Fundamental Rights. Protection in Strasbourg and Luxembourg», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 20, 2018, p. 29; y WITTE JR., J. y PIN, A., «Faith in Strasbourg and Luxembourg? The Fresh Rise of Religious Freedom Litigation in the Pan-European Courts», *EMORY L. J.*, núm. 70, 2021, pp. 587-661.

cias locales y los contextos por su mayor proximidad a los ciudadanos, especialmente cuando los asuntos conciernen a las relaciones entre el Estado y las distintas religiones. Se reconoce por lo tanto a los Estados signatarios, de conformidad con el artículo 9 CEDH, la facultad de decidir si y en qué medida una restricción del derecho a manifestar la propia religión es necesaria para alcanzar determinados objetivos en una sociedad democrática.

Aunque es cierto que en algunos casos la concesión de un amplio margen de discrecionalidad a los Estados permite salvaguardar sus especificidades sin entrometerse en cuestiones muy delicadas que podrían alimentar tensiones; por otra parte sigue siendo una técnica de por sí imprecisa y aleatoria. La naturaleza casuística de esta categoría no aclara el umbral de apreciación concedido a los Estados ni facilita su aplicación práctica¹¹⁸. Además, cuando estén en juego asuntos que tengan por objeto las manifestaciones de la libertad religiosa, puede perjudicar los derechos de las minorías y por lo tanto el pluralismo en el espacio europeo, estableciendo un «doble»¹¹⁹ o «triple» estándar de tutela. Estos niveles de protección diferenciados llevarían a distinguir no solo entre mayoría y minoría, lo cual suele traducirse en la dicotomía ciudadano-extranjero, sino entre las distintas minorías, puesto que a algunas se les suele otorgar mayor protección que a otras.

A continuación, en la segunda fase, correspondiente a las sentencias *S. A. S.*, y *Belcacemi y Oussar*, el TEDH avala las prohibiciones impuestas a nivel legislativo respectivamente por Francia y Bélgica. En esta etapa, se puede observar una involución: el TEDH sigue el planteamiento anterior, aunque lo integra con nuevos conceptos jurídicos indeterminados, el *vivre ensemble* y la *choix de la société*, con los que se justifican las restricciones al uso del velo integral en los espacios públicos adoptadas por estos países.

Se trata de nuevos límites al ejercicio de la libertad religiosa, no previstos expresamente en el artículo 9.2 CEDH, los cuales han sido elaborados *ex novo* por el TEDH. Estos conceptos contribuyen a extender el ya amplio margen de apreciación de los Estados en dicha área. La posición del TEDH en estos pro-

¹¹⁸ Sobre el margen de apreciación, FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017; GARCÍA ROCA, F. J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario, Cizur Menor, 2010, pp. 313 ss; y LETSAS, G., «Two concepts of the margin of appreciation», *Oxford J Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 705-732.

¹¹⁹ RICHARDSON, J. T., y SHOEMAKER, J., «The European Court of Human Rights, minority religions, and the social construction of religious freedom», en BARKER, E. (ed.), *The Centrality of Religion in Social Life: Essays in Honour of James A. Beckford*, Ashgate, 2010, pp. 103-116; y ORGAD, L., «Forced to be Free: The Limits of European Tolerance», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 34, 2021, pp. 1-35.

nunciamentos, sin embargo, es ambigua. No parece completamente convencido de la solución adoptada: de hecho, antes, crítica estas prohibiciones, refutando los argumentos de los respectivos Gobiernos, aunque finalmente confirma la compatibilidad de tales medidas con el CEDH. No obstante, el TEDH no se dio cuenta de que, de esta manera, con sus argumentaciones críticas hacia dichas leyes estaba sentando las bases para redefinir el concepto de laicidad en clave multicultural, formulando un precedente que más tarde o temprano está destinado a afirmarse y que acabará modificando su jurisprudencia más restrictiva.

Y por último, una tercera fase parece que se ha abierto con la reciente sentencia *Lachiri c. Bélgica*. En este pronunciamiento, por primera vez, el TEDH ha declarado que la prohibición de llevar el velo (en el caso de que se trata era un *hijab*¹²⁰) en un tribunal viola el artículo 9 CEDH, poniendo un límite al margen de apreciación de los Estados. Esto supone sin duda una apertura, que contribuirá a conceder estándares más elevados al derecho a manifestar las propias creencias religiosas, a través de aquellos símbolos que las representan, reforzando el contenido de este derecho.

Probablemente, el TEDH ha comprendido la necesidad de adoptar una actitud más dialogante, que permita encontrar una solución mediadora para que las minorías no se sientan perjudicadas y no se alimenten conflictos inútiles, facilitando la integración y la coexistencia entre culturas distintas. El asunto *Lachiri* nos demuestra una vez más que los Estados tienen que adaptarse a las transformaciones de la sociedad. La existencia de una pluralidad de grupos minoritarios que desean cada vez más reivindicar sus tradiciones culturales y religiosas impone encontrar soluciones que alcancen un equilibrio en un marco de paz, solidaridad y tolerancia recíprocas.

Actualmente, está pendiente ante el TEDH el asunto *Mikyás y otros c. Bélgica*¹²¹, al que el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante (Bélgica) se ha adherido como tercer interviniente junto a la Clínica de Derecho de la Igualdad de la Université Libre de Bruxelles. En el asunto se pide al TEDH que se pronuncie sobre la imposibilidad para dos niñas musulmanas de llevar el pañuelo en las escuelas secundarias públicas belgas. Se trata de una oportunidad

¹²⁰ Si el asunto de que se trata hubiera tenido por objeto un burka o un niqab, el TEDH no hubiera declarado la violación del CEDH, con un *revirement* de su jurisprudencia.

¹²¹ Vid. el recurso interpuesto ante el TEDH (3.ª sec.), 12 de noviembre de 2020, *Mikyás y otros c. Bélgica*, núm. 50681/20. VAN DE GRAAF, C., «The Human Rights Centre submitted a joint third party intervention in a case before the ECtHR against Belgium concerning a ban of religious symbols in public high schools», *strasbourgobservers.com*, 1 de septiembre de 2021 (<https://strasbourgobservers.com/2021/09/01/the-human-rights-centre-submitted-a-joint-third-party-intervention-in-a-case-before-the-ecthr-against-belgium-concerning-a-ban-of-religious-symbols-in-public-high-schools/>).

para que el TEDH precise el concepto de «interseccionalidad»¹²², aplicado al binomio género-religión, que hace estas minorías más vulnerables y por lo tanto necesitadas de mayor protección por ser marginalizadas y estigmatizadas. Esto es el caso de las mujeres que visten el velo en la UE, quienes se ven rechazadas por las medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de los distintos Estados y que les afectan por motivos religiosos. El objetivo es neutralizar los espacios públicos y privados para excluirlas, perjudicando todos los aspectos de su vida¹²³.

Por otra parte, también el TJUE está adquiriendo en dicho ámbito un papel cada vez más importante. La jurisprudencia de Luxemburgo y de Estrasburgo está destinada a entrecruzarse, siendo esta una oportunidad para desarrollar un diálogo enriquecedor y muy constructivo. No obstante, hasta ahora, los enfoques adoptados por los dos tribunales coinciden solo parcialmente.

Las sentencias gemelas *Achbita* y *Bougnaoui* de 14 de marzo de 2017¹²⁴, las primeras del TJUE sobre esta cuestión, fueron confirmadas recientemente en la relativa a los casos *IX* y *WABE eV* y entre *MH Müller Handels GmbH* y *MJ* de 15 de julio de 2021¹²⁵. En estos asuntos se planteaba un conflicto entre la prohibición de discriminación por motivos religiosos y la neutralidad de la empresa. En concreto, el TJUE tuvo que evaluar si un empresario privado pue-

¹²² Sobre el concepto de vulnerabilidad, v. LA BARBERA, M.^a C., «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 62, 2019, pp. 235-257. En este texto la autora aborda la «vulnerabilidad específica», considerando que, a partir de un enfoque interseccional, el Tribunal ha reconocido que las personas se vuelven particularmente vulnerables debido a un conjunto dinámico de causas que interactúan entre ellas generando situaciones específicas de sobreexposición a la violación de los derechos que necesitan protección especial por parte del Estado. Sobre el concepto de interseccionalidad, v. también ID, «Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea», *INTERdisciplina*, vol. 4, núm. 8, enero-abril 2016, pp. 3-18. El concepto de interseccionalidad fue desarrollado por CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination. Doctrine», *Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, vol. 1989, núm. 1, 1989, pp. 140-167.

¹²³ En tal sentido, v.: Third Party Intervention by the Human Rights Centre at Ghent University (Academic Team: Eva BREMS, Saïla OUALD CHAIB, Sarah SCHO) and the Equality Law Clinic at the Université Libre de Bruxelles, Brussels (Belgium), 25 de mayo de 2021, p. 9.

¹²⁴ SSTJUE, de 14 de marzo de 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, C157/15, EU: C:2017:203; y *Bougnaoui* y ADDH, C188/15, EU: C:2017:204. WEILER, J. H. H. (NINATTI, S., trad.), «Je suis Achbita!», en NINATTI, S. (a cura di), *Pluralismo religioso e integrazione europea. Percorsi di lettura*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3-33. El mismo artículo se encuentra también publicado en inglés en: ID., «Je Suis Achbita!», *Int'l J Const L*, vol. 15, núm. 4, 2017, pp. 879-906. Según el A., en *Achbita*, en cambio, se ha producido una discriminación directa, habiendo sido despedida precisamente por sus creencias religiosas.

¹²⁵ ECLI: EU: C:2021:594. Al respecto, vid. FRANTZIOU, E., «Joined Cases C-804/18 and C-341/19, IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ: Religious Neutrality in a Private Workplace? Employer Friendly and Far from Neutral», *European Law Review*, núm. 5, 2021, pp. 674-684.

de prohibir a una trabajadora de religión musulmana dicha prenda en el trabajo y si puede despedirla por negarse a quitársela. El TJUE resolvió tales asuntos, sirviéndose del juego discriminación directa/discriminación indirecta, el cual permite no adoptar una posición unívoca, *pro* o *contra* del uso del velo en los lugares de trabajo, remitiendo la decisión final a los jueces comunes y demostrando por lo tanto que los resultados pueden ser distintos, dependiendo de las características del caso concreto.

Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional comprobar las circunstancias del supuesto controvertido, a través del test de proporcionalidad, e indagar las razones que indujeron al empresario a despedir a sus trabajadoras. Por lo tanto, si el juez común llega a la conclusión de que una medida de este tipo no produjo una discriminación, prevalecerá el derecho a la neutralidad de la empresa; al contrario, si se constata la incompatibilidad con el derecho UE, la libertad religiosa de la trabajadora. De hecho, dicho razonamiento lo llevó en *Achbita* a afirmar que no hubo violación de dicho derecho y en *Bouagnaoui* en cambio que sí¹²⁶ y tampoco en la sentencia de 15 de julio de 2021 se constató la violación del derecho a la libertad religiosa. En este último asunto, se consideró que no hay discriminación directa por motivos de religión o convicciones si la norma controvertida adoptada por la empresa prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo ostensible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, siempre y cuando se aplique de «forma general e indiferenciada».

Las eventuales restricciones, que puedan producir una discriminación indirecta basada en dichos motivos, pueden estar justificadas por la necesidad de garantizar la neutralidad, siempre y cuando respondan a una «verdadera necesidad», que el empresario tendrá que justificar, y cuando cubran toda forma visible de expresión. Una prohibición limitada del uso de signos, que sean vistosos y de gran tamaño, puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE¹²⁷.

¹²⁶ En *Bouagnaoui* el despido de la trabajadora se produjo a raíz de la reclamación de un cliente y sin que existiera una norma interna de la empresa que prohibiera llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Al respecto, *vid.* MCCREA, R., «Faith at work: the CJEU's headscarf rulings», *EU Law Analysis*, 17 de marzo de 2017. Disponible *online* en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/>; CRUZ VILLALÓN, P., «Todavía Samira. A propósito de Joseph H. H. Weiler, "Je suis Achbita!"», en HÄBERLE, P., y otros (coord.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*; Aranzadi, 2020, pp. 51-68.

¹²⁷ *DOCE*, núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

El binomio discriminación directa-indirecta, a pesar de que en algunos supuestos permita resolver tales problemas, dejando a los Estados un cierto margen de discrecionalidad para la adopción de soluciones que más se adapten a su contexto socio, político, cultural y jurídico, puede crear un panorama diferenciado y contradictorio. Ante todo, los conceptos «discriminación directa» e «indirecta», si bien útiles, no siempre se pueden distinguir de forma clara y además pueden ser instrumentalizados para disfrazar y encubrir determinadas discriminaciones. El análisis del dato casuístico en asuntos de este tipo consigue evitar resolver los problemas subyacentes, es decir hasta qué punto la libertad de empresa puede ser considerada un motivo legítimo para obligar a una persona que quiere respetar sus propias creencias religiosas a dejarlas en su casa, violando tales preceptos. Estas sentencias, por ejemplo, confirman la perspectiva mercantilista del TJUE. Su preocupación por tutelar los intereses de las empresas lo lleva a ponerlos en la balanza en el mismo nivel que la libertad religiosa.

No obstante, las soluciones adoptadas hasta ahora, la formulación sintética de estos pronunciamientos y las escasas argumentaciones para defender sus posiciones no pueden imputarse solo a que es un ámbito nuevo para el TJUE sino que demuestran una escasa sensibilidad hacia las minorías¹²⁸, desarrollando una tendencia que podría ser problemática sobre todo si se considera que en unos pocos años desde el *leading case Achbita*, el TJUE se está convirtiendo en el nuevo *boss*¹²⁹ de la libertad religiosa, adquiriendo una *vis* cada vez más atractiva. De hecho, el número de asuntos que está resolviendo sobre estas cuestiones se encuentra constantemente *in crescendo*. Esto le permitirá adquirir autonomía y una mayor *auctoritas*¹³⁰.

Sin embargo, en *Achbita*, el TJUE entabla un diálogo meramente «ficticio», a través de un uso distorsionado de la sentencia *Eweida* del TEDH¹³¹, instrumentalizándola para justificar su posición. El TJUE cambia completamente la perspectiva y también los resultados: otorga más peso a la libertad de empresa en vez de la libertad religiosa, haciendo hincapié en que se trata de un derecho fundamental (art. 16 Carta), cuya importancia es determinante en la

¹²⁸ WITTE, Jr. J. – PIN, A., *op. cit.*, p. 592.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 591.

¹³⁰ MCCREA, R., «Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination, and the Secular State», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, núm. 2, 2016, p. 4, según quien «This liberal and individualistic approach to Article 9 leads to a second notable feature of the caselaw in this area: the commitment to the equality of religious and non-religious worldviews. In its first significant consideration of Article 10 of the EU Charter of Fundamental Rights Court of Justice endorsed a vision of that right that encompasses the individualistic and egalitarian approach of the ECtHR».

¹³¹ STEDH, de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, núm. 48420/10.

economía social de mercado (art. 3 TUE, ap. 3, pár. primero, segunda frase). De hecho, es discutible que en un supuesto como *Achbita* el derecho a la libertad religiosa tenga que retroceder para dar prioridad a la neutralidad de la compañía. Aunque sea un fin de por sí legítimo, no parece ser un bien equivalente al derecho a la libertad religiosa, pues aquí no se prohíbe llevar símbolos por exigencias de seguridad o salud u otros intereses superiores.

No obstante y al margen de los defectos a los que se ha hecho referencia, de estas sentencias se pueden deducir algunos puntos clave. Ante todo, el TJUE es consciente de la importancia de resolver estos tipos de asuntos, que podrían ser una fuente de fuerte conflictividad social y que por esto podrían tener una incidencia negativa no solo en el desarrollo económico de la UE sino en el proceso de integración europea en su conjunto. Además, pronunciarse sobre las manifestaciones del derecho a la libertad religiosa le permite consolidar su rol de Tribunal Constitucional de la UE, dándole la oportunidad de desarrollar una función tanto negativa como positiva, también en dicho ámbito. En este sentido, el TJUE no se limitaría a realizar un control de conformidad de las limitaciones impuestas por los Estados a las manifestaciones del derecho fundamental a la libertad religiosa, declarando si son compatibles con el derecho de la UE, sino que a través de su función positiva, de armonización de las legislaciones nacionales, incentiva y refuerza el diálogo tanto con el TEDH como entre los órganos jurisdiccionales europeos en su fase ascendente y descendente.

Por lo que se refiere al diálogo con el TEDH, el correcto desempeño de las funciones complementarias que les corresponden a los dos tribunales europeos puede permitir sin duda reforzar la protección de los derechos fundamentales, al representar los dos *hotspots*¹³² ante la violación del derecho a la libertad religiosa en la UE. Y en este *judicial tale of two cities*¹³³, que se llaman Estrasburgo y Luxemburgo, se juega un partido determinante. Las importantes diferencias existentes entre dichos órganos jurisdiccionales, como la función, la composición, el tipo de recursos que se pueden interponer, la tipología y los efectos de las sentencias en los ordenamientos internos, las tensiones entre protección de la diversidad en Estrasburgo *versus* exigencia de mantener una uniformidad funcional a la primacía del Derecho de la UE en Luxemburgo, sin contar que el TEDH y el TJUE se mueven en un espacio geográfico parcialmente distinto, de la Gran Europa de los 47 a la UE de los 27, no hacen que potenciar su intrínseca relación, consagrada en la cláusula

¹³² WITTE, Jr. J. – PIN, A., *op. cit.*, p. 590.

¹³³ O'LEARY, S., *op. cit.*, hace referencia a la novela de Charles Dinkinson «A Tale of Two Cities».

de «coordinación CEDH-Carta» *ex* artículo 52.3 de la CDFUE, la cual permite reforzar una enriquecedora *crossfertilization* hacia la convergencia¹³⁴.

Y en este cruce entre Tribunales y fuentes no se puede soslayar la importancia del diálogo jurisdiccional con los jueces nacionales, una «comunicación transnacional»¹³⁵, que se lleva a cabo de forma indirecta en el caso del TEDH (con la salvedad del mecanismo *ex* Protocolo núm. 16, que sin embargo está todavía en fase de rodaje) y directa en el supuesto del reenvío prejudicial ante el TJUE. Es evidente que los jueces europeos en su conjunto por su natural empatía y tolerancia podrían contribuir a asumir el rol de mediadores, a fin de buscar una solución constitucionalmente orientada que consiga ponderar los distintos intereses en juego, fuera del conflicto político, pudiendo garantizar una mayor integración. A través de una interpretación y aplicación inclusiva de las normas se podría favorecer la progresiva recepción de tales tendencias a nivel legislativo, permitiendo reconfigurar la estructura de las sociedades actuales en clave plural y adaptar el ordenamiento al nuevo contexto multicultural, derivado de la contaminación entre distintas culturas.

8. CONCLUSIONES

La recepción en la Constitución federal suiza de la prohibición del velo integral (burka y niqab), después del referéndum de 7 de marzo de 2021, demuestra una vez más el miedo a la mezcla de culturas y religiones, miedo que se traduce en mensajes agresivos de intolerancia y en prohibiciones que son contrarias a los valores europeos fundamentales y al clima de paz, que debería constituir la base, el fundamento de nuestras sociedades¹³⁶. Por esto, tiene que ser analizada, considerando dos tendencias, entre ellas interconectadas, por la presencia de un componente populista: la crisis de los mecanismos de democracia directa y las tendencias prohibicionistas.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 30, lo define como una «complex web of jurisprudential cross-fertilisation and convergence but also a degree of divergence due to different working methods, different judicial tools and different forms of judicial expression».

¹³⁵ Sobre este concepto, *vid.* BUSTOS GISBERT, R., «Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 33, 2020 (https://www.ugr.es/~redce/REDCE33/articulos/02_BUSTOS.htm).

¹³⁶ WITTE, Jr. J. – PIN, A., *op. cit.*, p. 654, según quienes «And these countries now face mounting pressure to find common ground for the peaceful coexistence of their increasingly diverse societies. The new challenge for Europe is two-fold: (1) how to accommodate previously unknown religious practices now claiming religious freedom protections and (2) how to reconceptualize old Christian traditions and cultures, long protected by local constitutions, concordats, and customs, but now under attack».

Desde el primer punto de vista, esta decisión es el resultado de la peligrosa involución de los mecanismos de democracia directa, los cuales están siendo instrumentalizados para atacar a las minorías más débiles y vulnerables e impedir su integración. De hecho, Suiza no es el único Estado europeo que vete el uso del velo integral en el espacio público, no obstante a ningún otro país se le ha ocurrido prever dicha restricción en la Constitución.

Se trata de una decisión, que es muy difícil compartir y justificar, pues el veto al velo integral plantea serias dudas de compatibilidad ya no solo con el marco constitucional y los valores comunes a los Estados de Derecho, sino con el marco convencional e internacional de los derechos humanos fundamentales. Además, cuando se incorporan limitaciones de este tipo a nivel constitucional es necesario pensar que el reconocimiento en la norma suprema del Estado les concede un halo de permanencia e inmutabilidad, lo cual puede entrar en contradicción con el carácter cambiante y mutable de la sociedad actual y puede incentivar la introducción de más restricciones de este tipo.

Por todo ello, este resultado vuelve a plantear algunas cuestiones sobre los límites de los mecanismos de democracia directa y sus derivas plebiscitarias, las cuales están llevando a la paradoja de «una Constitución inconstitucional»¹³⁷, pues en el supuesto de Suiza la «Constitución velada», tras la recepción de la prohibición de disimular la cara en los espacios públicos, acabaría siendo una «Constitución desvirtuada» y «alterada» en sus elementos esenciales.

Estos instrumentos de participación ciudadana en los procesos decisorios-normativos están comprimiendo los derechos, en particular los derechos religiosos y culturales de las minorías. Además, esta no es la primera vez que Suiza incorpora en la Constitución decisiones susceptibles de vulnerar en nombre de la democracia directa aspectos fundamentales del substrato identitario de colectivos minoritarios, que no plantean reales problemas.

Al contrario, parece que la jurisprudencia del TFS sobre el uso del velo no haya tenido un impacto determinante en la incorporación de la prohibición de este símbolo a nivel constitucional. Aunque haya impuesto algunos límites, como por ejemplo a las profesoras o en los tribunales, intentando mantener el máximum de neutralidad en sectores clave, como la educación y la justicia, su posición no es excesivamente restrictiva, ni ha afirmado la necesidad de establecer prohibiciones absolutas y generalizadas. Más bien ha conseguido adap-

¹³⁷ En este sentido, *vid.* ROZNAI, Y., *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*, Oxford University Press, New York, 2017; JACOBSON, G. J., «An unconstitutional constitution? A comparative perspective», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, 2006, pp. 460-487; y ALBERT, R., «Nonconstitutional Amendments», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXII, núm. 1, 2009, pp. 5-47.

tarse, atendiendo a las características del caso concreto y considerando el ámbito en el que se pretende llevar este símbolo y el rol y las funciones desempeñadas por quienes quisieran llevarlo, modulando sus respuestas.

Por otra parte, es interesante el diálogo entre TFS y TEDH, que hasta ahora ha confirmado la compatibilidad de las medidas adoptadas por Suiza al marco convencional, mostrándose en línea con las respuestas elaboradas por el primero. De lo expuesto, se extraen dos conclusiones. La primera es que la previsión de determinadas limitaciones no es recomendable, y menos si dichas restricciones se establecen en el texto constitucional, pues el reconocimiento en la norma suprema del Estado le concede un halo de permanencia e inmutabilidad, lo cual puede entrar en contradicción con el carácter cambiante y mutable de la sociedad actual y puede incentivar la introducción de más imposiciones de este tipo. Y la segunda se refiere a la necesidad de reflexionar sobre la oportunidad de reformar la Constitución federal suiza, para contemplar más límites a la revisión, sustrayendo ámbitos materiales al poder decisorio de la doble mayoría Pueblo-Cantones, o para que la iniciativa popular cuente con un mayor número de garantías.

Además, los efectos negativos de la recepción de la prohibición del velo en la Constitución tendrán una importante proyección no solo *ad intra* sino también *ad extra*, en el exterior, puesto que si bien, en opinión de quien suscribe estas líneas, los demás Estados no llegarán a recoger el veto en la Magna Carta, el resultado del referéndum suizo representa un ejemplo más a favor de las tendencias prohibicionistas, que se retroalimentan. La única esperanza es que su actuación la deje sin efectos prácticos.

Es evidente que se trata de un problema, sobre el que no existe un «consenso europeo». De hecho, en esta última década se han desarrollado distintos modelos de aproximación a esta cuestión: el «modelo prohibicionista», el «modelo intermedio» y el «modelo de los Estados más permisivos y tolerantes», los cuales plantean respuestas distintas. El más acorde con los valores europeos por su mayor apertura es sin duda el tercer modelo, adoptado por España e Italia. Ahora bien, la adopción de una noción compartida del derecho al uso del velo islámico a partir de este modelo podría representar la base para una solución, puesto que la existencia de respuestas heterogéneas confunde y no permite resolver los problemas.

De ahí, la importancia de seguir considerando las Constituciones nacionales así como los principales documentos en materia de protección de los derechos humanos fundamentales, *in primis* el CEDH o la Carta, los puntos de referencia para resolver los conflictos que pueden presentar las manifestaciones no solo de la libertad religiosa sino en general de todas aquellas que constituyen

parte integrante de la identidad cultural. Atendiendo a tales preceptos los jueces europeos tienen que interpretar y dotar de contenido a la compleja relación con las distintas minorías. El caso suizo representa en realidad una extraña excepción a la regla, que no puede refutar este planteamiento.

Las Cartas o tablas de derechos tienen que actuar como parámetro tanto para la inclusión de la diversidad, favoreciendo la coexistencia y la mezcla entre culturas distintas, dando vida a un proceso de aprendizaje recíproco, esto es el caso de *Hamidovic* o *Lachiri*; así como para rechazar eventuales tradiciones culturales lesivas de la dignidad humana y de su núcleo mínimo indefectible, impidiendo su reconocimiento y por lo tanto su ingreso en nuestros ordenamientos.

En dicho marco, el TEDH y el TJUE pueden conseguir una mayor coherencia, construyendo un espacio común de protección, paz, solidaridad y tolerancia solo si consiguen entablar un diálogo constructivo. En este sentido, el cruce entre Estrasburgo y Luxemburgo podría ser un factor determinante para evitar el asalto a los valores recogidos en las Cartas de derechos. Y para alcanzar este objetivo, por un lado, el TEDH en los asuntos que tengan por objeto las manifestaciones de la libertad religiosa debería evitar establecer un «doble» o «triple» estándar de tutela, porque estos niveles de protección diferenciados llevarían a distinguir no solo entre mayoría y minoría, lo cual suele traducirse en la dicotomía ciudadano-extranjero, sino entre las distintas minorías, puesto que a algunas se les suele otorgar mayor protección que a otras. Y por otro, el TJUE podría desarrollar una función complementaria, muy enriquecedora. Para ello es recomendable que matice más la perspectiva eminentemente mercantilista, adoptada en *Achbita* y que entable un diálogo constructivo y no meramente ficticio con el TEDH.

En definitiva, para concluir, la respuesta a la controvertida y delicada cuestión del velo islámico no se puede encontrar en el plano de las imposiciones y prohibiciones. En línea general, se desaconseja regular dichas manifestaciones, imponiendo límites, siendo contraproducente. Los vetos no eliminan los conflictos, sino los alimentan, produciendo un deseo de odio y de revancha en las personas que quieren manifestar sus creencias y que de tal forma se ven discriminadas. Los datos sobre los porcentajes de personas que usan el burka y sobre los efectos de las medidas prohibicionistas nos confirman este planteamiento.

En Europa menos del 1% de las mujeres lleva el burka y el niqab¹³⁸, y en esta línea precisamente en algunos de los Estados prohibicionistas el uso de

¹³⁸ Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M., y SARNO, V., «¿Por qué el coronavirus puede acabar con la prohibición del burka en Europa?», 19 de marzo de 2021. Disponible online en el siguiente enlace:

esta prenda es una práctica muy reducida, siendo irrisorio el número de personas que la visten. Todo ello nos indica además que se trata de un falso problema y que detrás de la prohibición hay más: está el deseo de marginalizar una minoría que se considera incomoda y peligrosa. Asimismo, la introducción de restricciones a dichas manifestaciones religiosas no tiene un efecto disuasorio hacia las mujeres sino todo lo contrario. Aunque algunas ante el conflicto entre salir de casa desvelada y esconderse optan por la segunda elección, la mayoría suele desafiar dichas prohibiciones.

Además, como se puede observar del Observatorio sobre la laicidad en Francia correspondiente al año 2019-2020, solo el 35% de las mujeres musulmanas dice que usa el velo (el 23% «siempre», el 7% con la excepción del lugar de trabajo, y 5% rara vez). Es interesante observar que entre las mujeres que llevan este símbolo el 38% son mayores de 50 años, 42% de 25 a 49 años, 30% de 18 a 25 años y 18% de 15 a 24 años¹³⁹. El fenómeno de la «mujer velada», que es fuente de fuertes tensiones, no es fijo sino dinámico, en movimiento, produciendo un proceso que se articula en las siguientes fases: velar, volver a velar y desvelar (*phénomène de voilement, de re-voilement et de dévoilement*)¹⁴⁰.

Por consiguiente, una vez constatado el carácter innecesario, desproporcionado e ineficaz de las prohibiciones, se puede afirmar que la solución a estas delicadas cuestiones se encuentra en el desarrollo de una política europea de integración de las personas migradas fundada en la tutela de la diversidad. En este proceso el nexo entre la Constitución como tabla de valores y la tutela de la diversidad funcional a la inclusión, al diálogo intercultural, al fomento de la enseñanza, de la educación y de la lucha contra el prejuicio y en definitiva a la igualdad material como derecho principio estructural del Estado Constitucional tiene que ser el punto de referencia constante a seguir¹⁴¹.

<https://es.euronews.com/2020/09/24/por-que-el-coronavirus-puede-acabar-con-la-prohibicion-del-burka-en-europa>.

¹³⁹ Observatoire de la laïcité, Rapport annuel de l'observatoire de la laïcité 2019-2020, p. 121. Disponible online en: <https://www.vie-publique.fr/rapport/269836-rapport-annuel-de-lobservatoire-de-la-laicite-2018-2019>.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 122.

¹⁴¹ HÄBERLE, P., «La Constitución como cultura», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 177-198; y BALAGUER CALLEJÓN (coord.), F., *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, usa el binomio «Constitución-cultura».

