

LA POLÉMICA DEL BURKINI

DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, DE 26 DE AGOSTO DE 2016, LIGA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y OTROS-ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: COLECTIVO CONTRA LA ISLAMOFOBIA EN FRANCIA¹

Andrés Murcia González

Doctor en Derecho

Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Universidad Carlos III de Madrid

Profesor tutor de las Facultades de Derecho y Ciencia Política y

Sociología

Universidad Nacional de Educación a Distancia

UNED-Madrid sur

andresmurcia@madridsur.uned.es

PALABRAS CLAVE

Libertad religiosa, tolerancia, laicidad, derechos humanos, pluralismo cultural.

KEYWORDS

Religious freedom, tolerance, secularism, human rights, cultural pluralism.

¹ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Mesure-d-interdiction-des-tenues-regardees-comme-manifestant-de-maniere-ostensible-une-appartenance-religieuse-lors-de-la-baignade-et-sur-les-plages> (20/09/2016).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD FRANCÉS. 2. EL ORIGEN DE LA POLÉMICA. 3. EL ÓRGANO DECISOR. 4. LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD FRANCÉS

Nussbaum ha sido categórica en señalar que, en estos primeros años del siglo XXI, estamos regresando a una situación de «nueva intolerancia religiosa». En Europa, señala la autora, se ha venido aprobando una legislación especialmente restrictiva en lo que respecta a la utilización de símbolos religiosos², la integración tanto social como sistémica de los musulmanes no está resultando exitosa³, las actitudes contrarias a esta minoría se ponen de manifiesto a través de medidas como la prohibición de construcción de minaretes en Suiza⁴ o con actos criminales como los asesinatos de Anders Breivik en Noruega⁵.

² En Francia para la prohibición de símbolos religiosos ostensibles se aprobó la Loi n° 2004-228 de l'encadrement, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, como consecuencia de las recomendaciones de STASI, B., *Laïcité et République. Rapport au Président de la République*, 11 décembre 2003, La Documentation française, Paris, 2004. El informe en: http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/docannexe/file/3112/rapport_laicite.Stasi.pdf (20/09/2016) Las citas de esta nota se corresponden con esta versión. Un análisis detallado en relación con esta legislación en M. SALGUERO, «El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia», en LASAGABASTER HERRARTE, I (ed.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Lete, Pamplona, 2004, págs. 74-89. También en Francia la utilización del burka queda prohibida tras la aprobación de la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Las mismas consecuencias se derivan en Bélgica de la Loi du 1er juin 2011 punissant les personnes qui se présenteraient dans des lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé de manière telle qu'elles ne soient pas identifiables; y en Italia con la Legge 155/2005, de 31 luglio 2005, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

³ Vid. OPEN SOCIETY FOUNDATION, *Muslims in Europe*, Q.E.D. Publishing, London, 2011. KEPEL, G., *Banlieue de la République (Résumé)*, Institut Montaigne, Paris, 2011. BENBASSA, E., *La République face à ses minorités*, Mille et une nuits, Paris, 2004.

⁴ La actual redacción de la Constitución federal de la Confederación suiza establece: «Art. 72 Eglise et Etat. 1 La réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons. 2 Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons peuvent prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diversés communautés religieuses. 3 La construction de minarets

Las ordenanzas locales de algunos alcaldes del sur de Francia que prohíben la utilización del *burkini* en las playas de titularidad pública deben analizarse para determinar si estamos ante un hecho de intolerancia religiosa o de aplicación del principio de laicidad francés, como principio singular y complejo.

Dicho análisis es el objeto de esta nota que, en primer lugar, describirá el modelo de laicidad de la República francesa; en segundo lugar, resumirá la polémica; para a continuación analizar la Decisión del Consejo de Estado francés, de 26 de agosto de 2016 que resuelve el recurso presentado por la Liga de los derechos humanos y otro; y la Asociación para la defensa de los derechos humanos: colectivo contra la islamofobia en Francia; y finalmente, se presentarán algunas conclusiones.

En el análisis de la gestión de la diversidad cultural en Europa occidental, se da un consenso amplio en identificar el modelo francés con, lo que en terminología de Parekh, se denomina *asimilacionismo cívico*. Para el *asimilacionismo cívico*, la comunidad política requiere no sólo un acuerdo sobre la estructura de la autoridad sino, también, sobre su cultura. El acuerdo cultural, en todo caso, no sería omnicompreensivo, sino que se limitaría a la cultura política, incluyendo elementos como los valores públicos o los tipos de discurso admisibles en el ámbito de deliberación política.

La anterior propuesta se cuestiona, fundamentalmente, a partir de las dificultades de la distinción entre lo privado y lo público, pero, por otro lado, se considera que asume con demasiado optimismo la posibilidad

est interdite». Accepté en votation populaire du 29 nov. 2009, en vigueur depuis le 29 nov. 2009 (AF du 12 juin 2009, ACF du 5 mai 2010; RO 2010 2161; FF 2008 6259 6923, 2009 3903, 2010 3117).

- 5 En Estados Unidos la situación también es alarmante. Se describen actos de discriminación por la utilización del pañuelo islámico, se dificulta la construcción de mezquitas y lugares para la práctica religiosa musulmana, se aprueban enmiendas constitucionales a nivel de los Estados que prohíben expresamente recurrir a preceptos legales de otras naciones o culturas y, en concreto, a la sharía para resolver cualquier tipo de litigio. Adicionalmente, han tenido lugar actos especialmente graves como una tentativa de acto terrorista, en enero de 2011, dirigida contra el Islamic Center of America en Michigan. NUSSBAUM, M., «La religión: tiempo de ansiedad y suspicacia» (págs. 119-139), *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona,

de consensos significativos en lo que respecta a los principios básicos de organización social⁶.

Taylor y Maclure en su trabajo *Laicidad y Libertad de conciencia* en el que teorizan sobre dos modelos de laicidad: el *liberal pluralista* y el *republicano*, tras su experiencia como miembros de la Comisión quebequesa que, en 2008, trabajó sobre las prácticas de acomodamiento justificadas a partir de las diferencias culturales⁷.

Como se ha podido afirmar en un trabajo anterior⁸, el *modelo asimilacionista cívico* de integración política se identificaría con el *régimen republicano de la laicidad*. Este régimen, cuyas principales características se reflejan en el Informe de la Comisión Stasi de 2003, tiene como principio rector la libertad de conciencia. Incide de forma significativa en la importancia que para las sociedades actuales tiene la separación entre las confesiones religiosas y el Estado, y la neutralidad de sus instituciones en la prestación de los servicios públicos. La descripción del modelo resultaría incompleta si no se destaca su compromiso con dos objetivos fundamentales del proyecto ilustrado, la emancipación a través de la razón y el fortalecimiento del vínculo social entre los ciudadanos de un Estado⁹.

El *modelo intercultural* guarda una estrecha relación con el *régimen liberal-pluralista de la laicidad*. Este régimen, que coincidiría con los criterios de la Comisión Bouchard-Taylor de 2008, interpreta que la laicidad está constituida por dos *principios morales*: la igualdad de trato y la libertad de conciencia, y por dos *principios institucionales*: la neutralidad y la separación. Un elemento fundamental de este modelo es el recono-

⁶ PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo*, trad. de Sandra Chaparro, Istmo, Madrid, 2005, pág. 296.

⁷ COMMISSION BOUCHARD-TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Gouvernement de Québec, Montréal, 2008. El análisis de la relación entre el Estado y el fenómeno religioso en Estados Unidos o Inglaterra lo realiza CELADOR, O., *Estaduto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid, 1998, Ídem, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

⁸ MURCIA GONZÁLEZ, A., «El sistema español de aconfesionalidad del Estado. Un análisis a partir de los regímenes liberal-pluralista y republicano de la laicidad», en: CELADOR ANGÓN, O., GARRIDO H. y PELE, A., (ed.), *La laicidad*, Dykinson - Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, págs. 393-411.

⁹ MACLURE, J., y TAYLOR, C., *Laicidad y Libertad de Conciencia*, trad. de María Hernández Díaz, Alianza, Madrid, 2011, págs. 43-50.

cimiento de la diferencia cultural que se manifestaría en el deber de acomodamiento razonable¹⁰.

Para quienes defienden un régimen liberal-pluralista, la diferencia entre los dos tipos de principios no suele tenerse en cuenta en el régimen republicano y, de ello, derivan consecuencias desfavorables desde un punto de vista ético. Taylor y Maclure consideran que:

«(...) Los conceptos más rígidos de laicidad, más dispuestos a relegar a un segundo plano la protección de la libertad religiosa, a veces conceden una importancia preponderante a los procedimientos de la laicidad, elevándolos al rango de valores, a menudo en detrimento de sus fines. La total separación de Iglesia y Estado o la neutralidad religiosa adquieren entonces más importancia que el respeto a la libertad de *conciencia* de los individuos¹¹».

Se incurre en un *fetichismo de unos medios* que, aunque esenciales, sólo se deben definir en función de los fines a los que sirven.

Al margen de las valoraciones doctrinales, el principio de laicidad francés, a partir de las conclusiones de la Comisión Stasi que elabora un detallado informe final *Laïcité et République (LR)*, se caracteriza por:

1. El tratamiento que reciben las creencias religiosas como *opciones* (options) o *elecciones* (choix) espirituales individuales, en oposición a aquella doctrina que las considera convicciones auténticas con carácter constitutivo de la identidad personal y por ello, en principio, no susceptibles de transacción o fácil modificación (LR, pág. 13).
2. La manifestación expresa de los tres principios fundamentales del régimen republicano de la laicidad: libertad de conciencia, separación y neutralidad. Estos principios son el resultado de la historia

¹⁰ Ídem, págs. 50-51. La Comisión canadiense de derechos humanos y de derechos de la juventud define a los acomodamientos como «la obligación que tienen el aparato del Estado o los organismos privados de flexibilizar sus prácticas, sus leyes o sus reglamentos con el fin de establecer, en los límites razonables, un tratamiento diferencial a ciertos individuos que corren el riesgo de ser penalizados por la aplicación de una norma con vocación universal». COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, «Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes: La cohabitation est-elle possible?» *Colloque L'affirmation religieuse menace-t-elle l'égalité des sexes? Diversité de foi, égalité de droit*, Québec, 2006, www.cdpcj.qc.ca.

¹¹ MACLURE, J. y TAYLOR, C., *Laicidad y Libertad de Conciencia*, cit. págs. 44-45.

nacional y se consolidan a partir la Ley de separación de 1905 y la legislación educativa del siglo XX¹². (LR, págs. 10-12).

3. La exigencia que se formula a las confesiones religiosas y a sus miembros de adaptarse a los valores republicanos y, en concreto, a la laicidad. Una exigencia de adaptación que invierte las cargas del acomodamiento razonable anglosajón, en el que se exceptúa a las personas con creencias religiosas particulares del cumplimiento de un deber general. (LR, pág. 16).
4. La defensa de la unidad del cuerpo social como elemento irrenunciable de la ética pública francesa, advirtiendo que «la exacerbación de la identidad cultural puede degenerar en un fanatismo de la diferencia que conlleva opresión y exclusión». Para, a continuación, añadir que: «cada persona debe poder, en una sociedad laica, tomar distancia en relación a la tradición» (LR, pág. 17).
5. Sus recomendaciones distan mucho de aquellos que la califican como una Comisión hostil al fenómeno religioso. Se propone agilizar la construcción de espacios de oración en los establecimientos públicos de régimen cerrado como los estamentos militares, las prisiones o los hospitales. Se invita a los poderes públicos a apoyar los estudios superiores sobre el islam. Se defiende el respeto de los hábitos alimenticios condicionados por la creencia religiosa, entre otras medidas plenamente acordes con las exigencias de la libertad de conciencia.

Estas recomendaciones dirigidas a garantizar la compatibilidad de los valores públicos con aquellos de las distintas religiones, no obstante, se exceptúan en lo que respecta a la escuela, el tradicional «santuario republicano».

La escuela debe permanecer ajena a cualquier tipo de condicionamiento religioso. Su estatus específico se manifiesta en afirmaciones tan significativas como: «En la escuela de la República no son acogidos simples usuarios, sino alumnos que llegarán a ser ciudadanos autónomos (...) Se trata de un espacio específico, sujeto a reglas específicas, con la finalidad de garantizar la transmisión del

¹² Vid. FERNÁNDEZ, J. M., «La Carta a los maestros de Jules Ferry (1883) y el laicismo escolar de la III República francesa», *Historia de la educación*, Nº 24, 2005, págs. 423-462.

saber en un contexto sereno. La escuela no debe estar de espaldas al mundo, pero los alumnos deben estar protegidos del furor del mundo (...) se debe favorecer la distancia en relación al mundo real para, así, permitir el aprendizaje» (LR, pág. 56).

6. Finalmente, se reconoce que los beneficios que comporta la laicidad republicana difícilmente podrán realizarse si no hay un compromiso decidido de las instituciones públicas francesas y los ciudadanos en su conjunto, para hacer frente a las desigualdades sociales, la discriminación, el racismo y la xenofobia (LR, págs. 62-69).

2. EL ORIGEN DE LA POLÉMICA

El *burkini* es un traje de baño que permite que la cara de la bañista esté descubierta. Es similar a un hiyab (velo que sólo cubre el pelo) acompañado de una combinación de natación de dos piezas. Su creación se atribuye a Aheda Zanetti, una ciudadana australiana de origen libanés. Ella afirma haber tenido la idea en Sídney en 2004. La idea surge cuando acompaña a su sobrina a practicar *netball* (una variante del baloncesto). Al apreciar las dificultades de la niña que portaba el hiyab empieza a diseñar el Burkini como vestido para distintos deportes, fundamentalmente, acuáticos. Es un traje destinado a aquellas jóvenes que quieren dar cumplimiento a la exigencia religiosa de «vestir con pudor²³».

En Francia, según lo dispuesto por el artículo L. 2212-1 del Código general de colectividades territoriales, el alcalde es el encargado, bajo el control administrativo de prefecto, de la policía municipal que, según el artículo L. 2212-2 de este Código, «tiene por objeto asegurar el orden, la seguridad y la salud públicas». El artículo L. 2212-13, por su parte, dispone que: «El alcalde ejerce el control de policía del baño y las actividades náuticas practicadas a partir de la línea de playa (...) El alcalde regulará el uso de los complementos necesarios para la práctica de estas actividades. El adoptará de urgencia toda medida de asistencia y socorro. El alcalde delimitará las zonas del litoral aptas para la realización de estas actividades y determina los periodos de vigilancia».

²³ SÈNECAT, A., «Petite histoire de burkini, des origines aux polémiques», *Le monde*, 16 de agosto de 2016.

Las ordenanzas del alcalde de la comuna de Villeneuve-Loubet, de 20 de junio de 2014 y de 18 de julio de 2016, regularon el uso de las playas cedidas por el Estado a la Comuna. Estas ordenanzas han sido derogadas y reemplazadas por una nueva ordenanza d, de 5 de agosto de 2016, que incluye un nuevo artículo 4.3, en los siguientes términos: «En todos los sectores de playa de la comuna, el acceso al baño estará prohibido, del 15 de junio al 15 de septiembre incluidos, a toda persona que no disponga de la vestimenta adecuada, respetuosa de buenas costumbres y el principio de laicidad. Se exige el respeto de la higiene y la seguridad de las zonas de baño de dominio público marítimo. El porte de vestimentas, durante el baño, que tengan una connotación contraria a los principios antes mencionados, está estrictamente prohibido en las playas de la Comuna». En los debates de la Audiencia pública que ha tenido lugar, estas disposiciones prohibieron el uso de trajes que manifestaban de manera ostensible una filiación religiosa y, en consecuencia, a las personas con dichos trajes se les prohibió el acceso.

El Tribunal administrativo desestima las alegaciones de la Liga de derechos humanos y del Comité contra la islamofobia en Francia que consideran que las ordenanzas locales vulneran varias libertades fundamentales como, por ejemplo, la libertad de conciencia y la libertad deambulatoria.

El Tribunal estima que, por el contrario, en el «contexto actual», tras el atentado del 14 de julio en Niza y el asesinato de un sacerdote en Normandía el 26 de julio de 2016; la prohibición del uso del *burkini* es «necesaria, eficaz y proporcionada» para evitar alteraciones de orden público. «El uso de esta vestimenta en las playas se puede percibir como una reivindicación identitaria¹⁴». «Sin importar de qué religión se trate, las playas no

¹⁴ Cesari ha identificado, a partir de un análisis sociológico, tres formas de vivir la religión musulmana en Francia. En primer lugar, está el *islam popular y tranquilo* que se caracteriza por una religiosidad tradicional que no entra en conflicto con las instituciones públicas y que formula reivindicaciones, en principio, poco problemáticas como las relativas a las garantías para el ejercicio del culto y la concesión de autorizaciones para la construcción de mezquitas y centros de oración. En segundo lugar, aparece un *islam secularizado* en el que la religión musulmana se interpreta como un legado cultural importante para las personas, pero, en todo caso, adaptable a los principios republicanos y a las circunstancias personales de cada individuo. La tercera vía, es la denominada *reislamización* que ofrece a los jóvenes marginalizados de la *banlieue* la posibilidad de reconstruir su identidad personal, no reconocida, desde su

son el lugar adecuado para expresar de forma ostensible las convicciones religiosas. Estas no tienen la finalidad de servir de lugar de culto y, por el contrario, deben permanecer como un espacio de neutralidad religiosa».

El Tribunal añade que, incluso, si las mujeres declaran usar el *burkini* de forma autónoma, para ser respetuosas de sus obligaciones religiosas; éste se puede analizar como la expresión de una negación de la presencia de la mujer en el espacio público. Situación que no se corresponde con su estatuto en una sociedad democrática.

En otra decisión sobre una ordenanza idéntica de la ciudad de Cannes, sostiene: «Un traje de playa que manifiesta, de forma ostensible, una filiación religiosa, en estos momentos en que Francia y los lugares de culto son objeto de ataques terroristas; es susceptible de generar alteraciones de orden público que es necesario prevenir.

3. EL ÓRGANO DECISOR

El Consejo de Estado francés tiene reconocida la competencia para el ejercicio de la Jurisdicción administrativa y la función consultiva.

En el ejercicio de la Jurisdicción administrativa tiene como funciones: la defensa del interés general, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, de las asociaciones y las empresas, lo que se concreta en el control de legalidad de la acción pública. El Consejo de Estado gestiona los Tribunales administrativos, la Cortes administrativas de apelación y la Corte nacional de derecho de asilo.

La función consultiva del Consejo de Estado, le convierte en una institución importante en la elaboración de las normas, la concepción y puesta en práctica de políticas públicas.

Dejando de lado la función consultiva, la jurisdicción administrativa comporta tres grados: Los tribunales administrativos como primera instancia. La Cortes de apelación y, finalmente es la jurisdicción suprema del

particular punto de vista, por la mayoría de la sociedad, y conseguir una integración comunitaria sobre la base de un referente religioso interpretado de manera estricta. CESARI, J., *Faut-il avoir peur de l'Islam?* Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1997, pág. 68. Idem, «France: islam et tradition républicaine», *L'Islam en Europe. Problèmes politiques et sociaux*, La Documentation Française, Paris, 1995, nº 746, págs. 21-30. Según cita: THIEUX, L., «El islam en Francia: seguridad e identidad», *Papeles de cuestiones internacionales*, nº 87, 2004, págs. 117-118.

orden administrativo como la Corte de Casación lo es, por ejemplo, para controversias de naturaleza civil.

El juez administrativo interviene en ámbitos muy diferentes como: el funcionamiento de los servicios públicos, la función pública, la fiscalidad, el urbanismo, las libertades fundamentales, entre otros. En éstos ámbitos, como se señaló anteriormente, ejerce el control de legalidad. Dicho control pretende asegurar que los poderes públicos respetan las normas jurídicas que regulan su actividad. Tiene que garantizar el cumplimiento de la Constitución, el Derecho de la Unión Europea, los Tratados internacionales y la ley²⁵.

4. LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

La liga de los derechos humanos (La Ligue des droits de l'homme) recurre la resolución del juez administrativo de Niza. El recurso se fundamenta en el artículo L. 521-2 del Código de justicia administrativa y tiene por objeto «ordenar la suspensión de la ejecución de las disposiciones del numeral 3 del artículo 4 de la decisión de 5 de agosto de 2016, del alcalde de la comuna de Villeneuve-Loubet. Por ordenanza, de 22 de agosto de 2016, el juez *a quo* del Tribunal administrativo de Niza había inadmitido su demanda.

El recurso presentado por la liga de los derechos humanos (La Ligue des droits de l'homme) y, otro, formulado por la Asociación para la defensa de los derechos humanos: colectivo contra la islamofobia en Francia (Association de défense des droits de l'homme. Colectif contre l'islamophobie en France), ante el Consejo de Estado, solicitan:

- 1º) Anular la ordenanza local.
- 2º) De declarar ineficaz la resolución del Tribunal administrativo de Niza.
- 3º) De condenar al Estado al pago de 5.000 euros de conformidad con el artículo L.761-1 del Código de justicia administrativa.

Ellos sostienen:

- Que cuentan con legitimación activa para solicitar la suspensión de la ejecución de la ordenanza en cuestión.

²⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Le Conseil D'État. Conseiller les pouvoirs publics, juger les litiges entre les citoyens et l'administration*, en <http://www.conseil-etat.fr/>.

- Que se cumplen los requisitos para que su recurso de resolución de urgencia. Por una parte, porque perjudica de forma grave e inmediata un interés público y, por otra, la normativa local tenía prevista su vigencia hasta el 15 de septiembre de 2016.
- Que la ordenanza implica una vulneración grave y manifiesta de la libertad de manifestar sus convicciones religiosas, a libertad para elegir cómo vestirse en el espacio público y a la libertad deambulatoria.
- Ésta no se basa en ningún fundamento jurídico pertinente.
- La restricción que supone a las libertades no está justificada por ninguna circunstancia particular local.

En dos escritos de defensa, el alcalde de la comuna de Villeneuve-Loubet solicita la inadmisión de la demanda. Él sostiene que las condiciones para que el Consejo resuelva de urgencia no se cumplen y que la argumentación de los recurrentes carece de fundamentación.

El Consejo de Estado para adoptar su decisión, utiliza como marco jurídico de referencia:

- La Constitución y, principalmente, su Preámbulo y el artículo primero.
- El Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH).
- El Código general de las colectividades territoriales.
- La ley, de 9 de diciembre de 1905, sobre la separación de las Confesiones religiosas y el Estado.
- El Código de justicia administrativa.

El Consejo de Estado considera que:

1. En virtud del artículo L.521-2 del Código de justicia administrativa, relativo a las situaciones de pronunciamiento urgente, justifica que se pronuncie en menor de los plazos posibles. El juez ad quem puede ordenar toda medida necesaria para la garantía de una libertad fundamental que una autoridad administrativa no ha observado, incumpliendo de forma grave y manifiestamente ilegal.
2. Si el alcalde es el encargado del mantenimiento del orden en la comuna; debe conciliar el cumplimiento de su misión con el respeto de las libertades garantizadas por la ley. De ello resulta que las

medidas de policía que el alcalde de una comuna del litoral adopta para regular el acceso a la playa y la práctica del baño, deben ser eficaces, necesarias y proporcionadas a las necesidades de orden público. Estas necesidades dependen de las circunstancias de tiempo y lugar, teniendo en cuenta las exigencias que implican el acceso universal, la seguridad del baño, la higiene y la decencia en la playa. No le corresponde al alcalde, sobre la base de otras consideraciones, fijar restricciones a las libertades. Para ello, se requiere una amplia justificación sobre la base de riesgos para el orden público.

3. Tras la instrucción del caso, no se identifican riesgos susceptibles de alterar el orden público, en la comuna de Villeneuve-Loubet, por el porte de determinadas vestimentas por ciertas personas (...) En ausencia de estos riesgos, las emociones e inquietudes resultado de los atentados terroristas y, de forma notable, por el que tuvo lugar en Niza el pasado 14 de julio, no justifican la medida adoptada. En estas condiciones, el alcalde no puede, sin exceder su poder de policía, establecer disposiciones que prohíben el acceso a la playa y el baño sin una justificación suficiente de riesgos para el orden público, la higiene o la decencia. La ordenanza objeto de litigio supone una vulneración grave y manifiestamente ilegal a libertades fundamentales como la libertad deambulatoria, la libertad de conciencia y la libertad personal.

Las circunstancias hacen de este caso una situación de urgencia. El Consejo de Estado, sobre la base de sus poderes constitucional y legal, anula las ordenanzas de la comuna de Villeneuve-Loubet.

4. CONCLUSIONES

A partir del análisis de la Decisión del Consejo de Estado francés, de 26 de agosto de 2016, se pueden extraer dos conclusiones de distinta naturaleza.

En primer lugar, se presenta como conclusión definitiva el hecho de que las autoridades locales, en el ejercicio de sus competencias, no pueden adoptar medidas claramente restrictivas de derechos y libertades fundamentales.

El instrumento jurídico que se utilice para establecer un determinado régimen jurídico derivado de la compatibilidad del principio de laicidad

con alguna interpretación del derecho de libertad de conciencia ha de ser la ley.

La imposibilidad de utilizar el burka en el espacio público o la prohibición del velo en las escuelas, son medidas de naturaleza legislativa, resultado de la intervención de la Asamblea Nacional y el Senado de la República.

En este sentido, resulta evidente, que la legitimidad de una ley es mucho más amplia que la de una ordenanza municipal para regular el ejercicio de un derecho fundamental.

Esta conclusión, aunque evidente, es relevante para la sociedad española que, por el momento, ha permitido que los reglamentos de los centros escolares regulen una cuestión de naturaleza constitucional como la de acudir a clase o no con el pañuelo musulmán. Una problemática que no es frecuente en España, pero sí periódica y que requiere de una solución oportuna¹⁶.

La segunda conclusión no es tan categórica como la primera. El Consejo de Estado consideran que las ordenanzas locales que prohíben el uso del *burkini*, limitan en exceso las libertades personales y, en consecuencia, las declara nula.

Los responsables políticos franceses han asumido, en un primer momento, que la prohibición del *burkini* requiere una modificación constitucional y, por el momento discuten sobre la conveniencia o no de la reforma.

La tesis del cambio constitucional puede que no sea la única vía para regular el *burkini*. Es posible que, en un momento menos crispado, se maneje la hipótesis de establecer una Ley para ello.

Con ocasión de la Ley de prohibición del velo e los establecimientos públicos, el Consejo de Estado francés, en su día, señaló:

«El uso de los alumnos de signos por los que tienen la intención de manifestar su religión no es en sí mismo incompatible con el principio de laicidad (...), pero la libertad no permite a los estudiantes llevar símbolos religiosos, que, por su naturaleza, las condiciones en las que se pueden usar de forma in-

¹⁶ Para las cuestiones relativas al principio de laicidad en el sistema educativo español vid. CELADOR, O., «Laicidad constitucional y modelo educativo», en *Libertad de Conciencia, Laicidad y Derecho, Liber Discipulorum en Homenaje A Dionisio Llamazares*, Civitas, 2014, págs. 281-302.

dividual o colectiva, o por su carácter ostentoso o asertivo, constituiría un acto de presión, provocación, proselitismo o propaganda, socavan la dignidad o la libertad del alumno o de otros miembros de la comunidad educativa, ponen en peligro su salud o seguridad, interrumpen el progreso de la enseñanza y el papel educativo de los maestros pueden perturbar el orden en el establecimiento o el funcionamiento normal de los servicios públicos¹⁷».

Este razonamiento valida que la laicidad es un límite que, bajo determinadas circunstancias, puede restringir el uso de simbología religiosa. La opinión recae en un ámbito especialmente sensible como el sistema educativo, lo que confiere al argumento una capacidad muy limitada de ser trasladado a otro ámbito.

Una playa, evidentemente, no es una escuela. En todo caso, en Francia el elemento central es la neutralidad del espacio público y el respeto de la autonomía individual. A partir de estos parámetros, el desarrollo futuro de los acontecimientos determinará cual va a ser la posición definitiva de los poderes públicos frente al uso de vestimentas religiosas en las playas.

Por último, es conveniente recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha reconocido, en los casos de la prohibición del velo en la escuela pública que:

«Cuando están involucradas cuestiones acerca de la relación entre el Estado y las religiones, en los que pueden existir diferencias profundas en una sociedad democrática, es necesario prestar especial importancia a la función de la decisión nacional. Este es particularmente el caso cuando se trata de regular el uso de símbolos religiosos en las instituciones educativas, que, en Europa, es una regulación diversa. Por lo tanto, las regulaciones pertinentes pueden variar de un país a otro de acuerdo a las tradiciones nacionales y los requisitos impuestos por la protección de los derechos y libertades de los demás y el mantenimiento del orden público (Leyla Sahin, antes citada, §§ 108-109).

64. El Tribunal recuerda también que el Estado puede restringir la libertad de manifestar una religión, por ejemplo, a través del velo islámico, si el uso de esa libertad genera un riesgo para la protección de los derechos y libertades de los demás, el orden y la seguridad pública (Leyla Sahin, antes citada, § 111, y Rafa Partís (Partido del bienestar) y otros v. Turquía [GC], nuestra 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344 / 98, § 92, ECHR 2003-II)¹⁸».

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, *Decisión N° 346 893, de 27 de noviembre de 1989*

¹⁸ STEDH, *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, FJ. 63 y 64. Sobre la prohibición del velo en los espacios públicos tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos

5. BIBLIOGRAFÍA

- ASSEMBLÉE NATIONALE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, JORF n°65 du 17 mars 2004.
- *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, JORF n°0237 du 12 octobre 2010.
- BENBASSA, E., *La République face à ses minorités*, Mille et une nuits, Paris, 2004.
- CELADOR, O., *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid, 1998.
- *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
 - «Laicidad constitucional y modelo educativo», en *Libertad de Conciencia, Laicidad y Derecho, Liber Discipulorum en Homenaje A Dionisio Llamázares*, Civitas, 2014.
- CESARI, J., *Faut-il avoir peur de l'Islam?* Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1997.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, «Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes: La cohabitation est-elle possible?» *Colloque L'affirmation religieuse menace-t-elle l'égalité des sexes? Diversité de foi, égalité de droit*, Québec, 2006, www.cdpcj.qc.ca.
- CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, *Decisión N° 346 893, de 27 de noviembre de 1989*
- *Decisión de 26 de agosto de 2016, Liga de los derechos humanos y otros-Asociación para la defensa de los derechos humanos: colectivo contra la islamofobia*

como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han pronunciado en diversas ocasiones afirmando la conformidad de estas medidas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). *Karadumam c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 16278/90, de 3 de mayo de 1993; *Bulut c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 18783/91, de 3 de mayo de 1993; *Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 42393/98, de 15 de febrero de 2001; *Leyla Sahin c. Turquía* (Grand Chambre), de 10 de noviembre de 2005; *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 26625/02, de 24 de enero de 2006; *Kurtulmus c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 65500/01, de 24 de enero de 2006; ; *Kervanci c. Francia* de 4 de diciembre de 2008; *Aktas c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 43563/08; *Bayrak c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 18527/08; *Ghazal c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 29134/08; todas ellas de 30 de junio de 2009. Para un análisis crítico de esta jurisprudencia vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y religión*, n°. 4, 2009, págs. 87-109.

- en Francia, ^{en} <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Mesure-d-interdiction-des-tenues-regardees-comme-manifestant-de-maniere-ostensible-une-appartenance-religieuse-lors-de-la-baignade-et-sur-les-plages>.
- *Le Conseil D'État. Conseiller les pouvoirs publics, juger les litiges entre les citoyens et l'administration*, en <http://www.conseil-etat.fr/>.
- FERNÁNDEZ, Juan Manuel, «La Carta a los maestros de Jules Ferry (1883) y el laicismo escolar de la III República francesa», *Historia de la educación*, N° 24, 2005.
- KEPEL, G., *Banlieue de la République (Résumé)*, Institut Montaigne, Paris, 2011
- LASAGABASTER HERRARTE, I (ed.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Lete, Pamplona, 2004, págs. 74-89.
- MACLURE, J., y TAYLOR, C., *Laicidad y Libertad de Conciencia*, trad. de María Hernández Díaz, Alianza, Madrid, 2011, págs. 43-50.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y religión*, n°. 4, 2009.
- MURCIA GONZÁLEZ, A., «El sistema español de aconfesionalidad del Estado. Un análisis a partir de los regímenes liberal-pluralista y republicano de la laicidad», en: CELADORANGÓN, O., GARRIDO H. y PELE, A., (ed.), *La laicidad*, Dykinson - Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014.
- NUSSBAUM, M., *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona,
- OPEN SOCIETY FOUNDATION, *Muslims in Europe*, O.E.D. Publishing, London, 2011.
- PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo*, trad. de Sandra Chaparro, Istmo, Madrid, 2005.
- SÈNECAT, A., «Petite histoire de burkini, des origines aux polémiques», *Le monde*, 16 de agosto de 2016.
- STASI, B., *Laïcité et République. Rapport au Président de la République*, 11 décembre 2003, La Documentation française, Paris, 2004.
- THIEUX, L., «El islam en Francia: seguridad e identidad», *Papeles de cuestiones internacionales*, n° 87, 2004.