



Nq

videtur quod



videtur quod

ANUARIO DEL PENSAMIENTO CRÍTICO

2009

SUMARIO

Págs.

- 1-48 [PERSONA ED ESPERIENZA GIURIDICA NEL PENSIERO DI ALDO MORO](#)
[ANGELO SCHILLACI](#)
- 49-77 [RESPONSABILIDAD POLÍTICA \(PRIMERA PARTE\)](#)
[ANTONIO JARA ANDRÉU](#)
- 78-118 INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS RELATIVO A LAS
POSIBILIDADES JURÍDICAS DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
TRADUCIDO POR ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL¹

Informe adoptado por la Asamblea General Plenaria del Consejo de Estado francés.
Jueves, 25 de marzo de 2010

TRADUCIDO POR ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ



Woman walking in Afghanistan
(<http://es.wikipedia.org/wiki/Burka>)

¹ Traducido por Enrique Guillén López. Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada. Esta traducción aborda la integridad del Estudio llevado a cabo por el Consejo de Estado francés. Sólo se dejan al margen las notas a pie de página y los dos Anexos que se incluyen al final del documento. La versión original, así como una inglesa, se encuentra en la web del Consejo de Estado <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/rapports-et-etudes/possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral.html>

Informe del Consejo de Estado Francés sobre las posibilidades jurídicas de prohibición del velo integral

RESUMEN: Los funcionarios públicos no pueden, en el ejercicio de su cargo, portar signos religiosos visibles religiosas y, señaladamente, el velo integral. Sin embargo, los usuarios de servicio público, en general, tienen el derecho a expresar sus creencias religiosas, siempre que ello no afecte al buen funcionamiento del servicio. Si el principio de la laicidad permite prohibir el uso de signos religiosos ostensibles en las escuelas públicas es debido a la naturaleza especial de este servicio público y a la vulnerabilidad de los niños. Pero más allá de eso, este principio no prohíbe generalmente a una persona expresar sus creencias religiosas dentro de los límites de un edificio público o de un servicio público, siempre y cuando no sea un acto de proselitismo.

El informe del Consejo de Estado reconoce que el uso del velo integral refleja una desigualdad profunda de relación entre hombres y mujeres y puede constituir una forma de atentar contra la dignidad de ellos. Sin embargo, en términos jurídicos, el principio fundamental de la dignidad de la persona debe ser utilizado con cuidado, ya que tiene significados muy diferentes, uno de las cuales consiste en respetar la libre voluntad de todos. Por lo tanto, este principio no puede justificar una prohibición general si se constató que todos los que llevan el velo no se ven obligados a hacerlo. Este sería el caso los que argumentan que el uso del velo integral les permite precisamente preservar su dignidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, la del Consejo Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son unánimes: no podemos prohibir a un comportamiento por razones de seguridad pública si no se conocen los riesgos concretos de alteración del orden público, y sólo podría hacerse teniendo en cuenta las circunstancias locales y si tal acción es proporcional a los riesgos. Sin embargo, el uso del velo completo, como tal, como el ocultamiento de la cara, no plantean en todo momento y en todas partes problemas para la seguridad pública. Así puede considerarse en zonas remotas o incluso en la mayoría de vías públicas. El ocultamiento de la cara es susceptible de vulnerar un imperativo de seguridad bienes y personas en las zonas o lugares que se determinen caso por caso.

Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral

RÉSUMÉ: Les agents publics ne peuvent, dans l'exercice de leur fonction, porter aucun signe religieux visible et, notamment, pas le voile intégral. En revanche, les usagers du service public ont, de manière générale, le droit de manifester leurs convictions religieuses, pour autant que cela ne porte pas atteinte au bon fonctionnement du service. Si le principe de laïcité permet d'interdire le port des signes religieux ostensibles Dans les établissements scolaires publics, c'est en raison de la nature particulière de ce service public et de la vulnérabilité des enfants. Mais au-delà, ce principe ne permet pas d'interdire de manière générale qu'une personne exprime ses convictions religieuses dans l'enceinte d'un bâtiment public ou d'un service public, sous réserve qu'elle ne fasse pas acte de prosélytisme.

L'étude du Conseil d'Etat constate que le port du voile intégral traduit une conception profondément inégalitaire du rapport entre les hommes et les femmes et peut constituer une forme d'atteinte à la dignité de ces dernières. Pour autant, sur le plan juridique, le principe fondamental de dignité de la personne humaine doit être manié avec précaution car il comporte des acceptions extrêmement variées, dont l'une implique de respecter le libre arbitre de chacun. Par conséquent, ce principe ne pourrait justifier une interdiction générale que s'il était avéré que toutes les personnes qui portent le voile intégral sont contraintes de le faire. Tel n'est semble-t-il pas le cas, certaines d'entre elles soutenant même que le port du voile intégral leur permet précisément de préserver leur dignité.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, forgée de très longue date, celle du Conseil constitutionnel et celle de la Cour européenne des droits de l'homme sont unanimes : on ne peut interdire un comportement pour des motifs de sécurité publique que s'il existe des risques avérés de troubles à l'ordre public, compte tenu de circonstances locales, et seulement si une telle mesure est proportionnée à ces risques. Or, le port du voile intégral en tant que tel comme la dissimulation du visage ne soulèvent pas en tous temps et en tous lieux des problèmes de sécurité publique. Qu'on songe, par exemple, aux zones isolées ou même à la plupart des voies publiques. La dissimulation du visage n'est susceptible de contrevenir à un impératif de sécurité des biens et des personnes que dans des secteurs ou des lieux à déterminer au cas par cas.

Study of the Conseil d'Etat of possible legal grounds for banning the full veil

(Extract from the summary published by the the Conseil d'Etat in English)

abstract-www

ABSTRACT: The Conseil d'Etat clearly rejects the principle of secularism (laïcité) as the basis of a possible ban. It mainly applies in relations between the public authorities and religions or persons who subscribe to them. It is directly binding on public institutions, thereby justifying the neutrality requirement imposed on representatives of public authorities in the exercise of their duties. On the other hand, it can only be directly binding on society or individuals by virtue of the specific demands on certain public services (as in the case of educational establishments).

The principle of protection of the dignity of the human person, however fundamental it may be, did not appear to be so obviously applicable to this issue as to offer a basis for a general ban on the full veil. There are a number of different interpretations of the principle of dignity and two of them in particular appear to conflict or to be mutually restrictive: that of the collective moral requirement to protect dignity, even at the expense of the person's right to self-determination. The Court has thus enshrined a "principle of personal autonomy" to the effect that we should all be able to live according to our convictions and personal choices, even if it means putting ourselves at moral or physical risk, provided we do not harm anybody else. This principle is of particular relevance given that most women who wear the veil do so voluntarily.

Similarly, public security could not provide a basis for a general ban on the full veil alone, since no particular public security problems have been associated with the veil as such.

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

On this basis the Conseil d'Etat felt that the obligation to uncover the face might be given a solid basis in law if it were to be enshrined in two provisions. The first would consist in strengthening and extending the special police powers of the prefect and, where appropriate, the mayor so that they could impose a wider ban on concealment of the face in order to prevent any threat to life and property. The second would consist in banning the concealment of the face in two particular cases: 1. Where entry to or circulation in certain places calls for a check on identity and age, given the nature of the place or the conditions that must be fulfilled for the sound operation of public services... 2. Where the provision of goods and services requires individuals to identify themselves and therefore reveal their faces...

PALABRAS CLAVE: Palabras clave: Derechos fundamentales, libertad religiosa, símbolos religiosos, laicismo, dignidad de la persona humana, autodeterminación, autonomía personal, velo integral, prohibición, seguridad pública.

MOTS-CLÉS: droits fondamentaux, liberté religieuse, symboles religieux, laïcité, dignité de la personne humaine, autodétermination, autonomie personnelle, voile intégral, interdiction, sécurité publique.

KEY WORDS: fundamental rights, religious freedom, religious symbols, secularism, dignity of the human person, self-determination, personal autonomy, full veil, ban, public security.

CDU: 32. Política. 34. Derecho. 322. Política religiosa. 342. Derecho Constitucional. 342.7 Derechos humanos.

Informe adoptado por la Asamblea General Plenaria del Consejo de Estado francés.
Jueves, 25 de marzo de 2010

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO SE CARACTERIZA POR UN CONJUNTO HETEROGÉNEO DE PRESCRIPCIONES O PROHIBICIONES, SEMEJANTE A LA SITUACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS DE NUESTRO ENTORNO, EN LAS QUE NO EXISTE NINGUNA NORMATIVA NACIONAL ESPECÍFICA

1. NUMEROSAS LEYES, REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES SUPONEN ACTUALMENTE UNA PROHIBICIÓN O UNA DISUASIÓN, EN CIERTOS CASOS, DEL USO DEL VELO INTEGRAL, O, CON CARÁCTER MÁS GENERAL, DEL OCULTAMIENTO DE LA CARA.

1.1. EL USO DEL VELO INTEGRAL EN TANTO QUE TAL ESTA ACTUALMENTE PROHIBIDO O ES CONSIDERADO DE FORMA ESPECIAL PARA LA APLICACIÓN DE ALGUNAS DISPOSICIONES.

1.2. NUMEROSAS DISPOSICIONES PROHIBEN, MÁS GENERALMENTE, EL OCULTAMIENTO VOLUNTARIO DEL ROSTRO EN CIRCUNSTANCIAS O EN LUGARES DETERMINADOS.

1.3. EL HECHO DE OBLIGAR O DE PROPONER A OTRA PERSONA QUE DISIMULE LA CARA, SI BIEN NO PUEDE SER SANCIONADO DIRECTAMENTE, PUEDE SER EVITADO INDIRECTAMENTE

2. SI BIEN UN NÚMERO DE ESTADOS DE NUESTRO CONTEXTO SE HAN PLANTEADO EL USO DEL VELO INTEGRAL O EL OCULTAMIENTO DEL ROSTRO, NINGUNO DE ELLOS HA OPTADO POR UNA PROHIBICIÓN GENERAL

2.1 RESTRICCIONES DIVERSAS Y DE CONTENIDO VARIABLE

2.2 LA AUSENCIA DE PROHIBICIÓN GENERAL DE ESTAS PRÁCTICAS EN EL ESPACIO PÚBLICO

II. UNA PROHIBICIÓN GENERAL DEL USO DEL VELO INTEGRAL EN CUANTO TAL O DE TODA DISIMULACIÓN DE LA CARA EN EL ESPACIO PÚBLICO SERÍA MUY FRÁGIL DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

1. NO SE SUGIERE UNA PROHIBICIÓN GENERAL QUE TUVIERA POR OBJETO EL USO DEL VELO INTEGRAL

1.1. NO SE ENCUENTRA NINGÚN FUNDAMENTO SUFICIENTEMENTE SÓLIDO QUE JUSTIFIQUE UNA PROHIBICIÓN INTEGRAL DIRIGIDA ESPECÍFICAMENTE AL USO DEL VELO INTEGRAL.

1.2. LA EFECTIVIDAD DE UNA PROHIBICIÓN GENERAL DEL VELO INTEGRAL SERÍA, POR OTRA PARTE, DUDOSA.

2. LA PROHIBICIÓN BAJO TODAS SUS FORMAS DE LA DISIMULACIÓN VOLUNTARIA DE LA CARA EN EL CONJUNTO DEL ESPACIO PÚBLICO NO PUEDE SER PLANTEADA SIN DUDAS JURÍDICAS

2.1. UNA PROHIBICIÓN DE LA DISIMULACIÓN DE LA CARA SUPONDRÍA UNA LESIÓN, NO TAN CLARA PERO EN CUALQUIER CASO NO MENOS REAL, DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

2.1.1. Un cuestionamiento de la libertad personal que puede afectar al derecho al respeto a la vida privada.

2.1.2. Un cuestionamiento indirecto de otros derechos y libertades constitucional e infraconstitucionalmente garantizados

2.1.3. Justificaciones admitidas por la jurisprudencia constitucional y ordinaria

2.2. EL ORDEN PÚBLICO NO MATERIAL NO PUEDE POR SI SOLO CONSISTIR UN FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA UNA PROHIBICIÓN GENERAL

2.3. UNA PROHIBICIÓN GENERAL DEL OCULTAMIENTO DE LA CARA EN LOS LUGARES PÚBLICOS SOLO PUEDE DESCANSAR EN UNA CONCEPCIÓN NOVEDOSA DEL ORDEN PÚBLICO, QUE NO SE CORRESPONDE CON LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL Y QUE ES, POR LO TANTO, JURÍDICAMENTE PRECARIA.

2.3.1. Una concepción sin precedentes en derecho.

2.3.2. Un campo prohibitivo amplio, excepciones numerosas y difíciles de definir.

2.4. LA SEGURIDAD PÚBLICA, INTEGRANTE DEL ORDEN PÚBLICO MATERIAL PODRÍA SER UN FUNDAMENTO MUY SÓLIDO PARA UNA PROHIBICIÓN DEL OCULTAMIENTO DE LA CARA, PERO ÚNICAMENTE EN CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES.

2.4.1. Un fundamento que hay que conciliar con otras exigencias jurídicas.

2.4.2. Un campo de aplicación necesariamente restringido desde el punto de vista de los lugares afectados.

III- VARIAS MEDIDAS PUEDEN, SIN EMBARGO, PLANTEARSE PARA ARMONIZAR Y, EN SU CASO, REFORZAR EL ÁMBITO DE LA PROHIBICIÓN DEL ENMASCARAMIENTO DE LA CARA, SEA CUAL SEA LA FORMA QUE ADOPTE.

1. UNA LEY PODRÍA PREVER LA OBLIGACIÓN DE MANTENER DESCUBIERTA LA CARA EN CIERTOS LUGARES ABIERTOS AL PÚBLICO CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS O LA NATURALEZA DE LOS LUGARES ASÍ LO EXIGIERAN.

2. LAS SANCIONES DEBERÍAN INCIDIR PARTICULARMENTE SOBRE LOS AUTORES DE PRESIONES O QUE INCITEN AL ENMASCARAMIENTO DE LA CARA.

2.1. NO RESPETAR LA PROHIBICIÓN DEL ENMASCARAMIENTO DE LA CARA PODRÍA DAR LUGAR A UN NUEVO TIPO DE SANCIÓN

2.2 EL HECHO DE PRESIONAR A OTRA PERSONA A ENMASCARAR SU CARA PODRÍA SER SANCIONADO CON MÁS DUREZA.

3. FORMAS DE ACTUACIÓN

INTRODUCCIÓN

El 29 de febrero de 2010, el Primer Ministro solicitó al Consejo de Estado “estudiar las soluciones jurídicas que puedan permitir una prohibición del uso del velo integral” “lo más amplia y efectiva posible”, ante la eventualidad de la remisión de un Proyecto de Ley al Parlamento sobre este tema, recordando la necesidad de “no violentar a nuestros compatriotas de confesión musulmana”. Esta petición se inscribe en el contexto del debate público sobre el velo integral en Francia, que ha dado lugar a que la Asamblea Nacional haya creado una comisión de información, cuyas conclusiones, hechas públicas el 26 de enero de 2010, son de una gran riqueza de observaciones y de reflexiones..

Es en el estricto marco de esta petición, y por consiguiente, al margen de cualquier consideración sobre la oportunidad de legislar en este sentido, en el que se inserta el presente Informe del Consejo de Estado.

Así circunscrita la cuestión que se refiere, por otra parte, a un fenómeno específico y enteramente nuevo en Francia, las soluciones jurídicas que se aportan en el presente Estudio tienden principalmente a satisfacer una doble exigencia jurídica:

- De una parte, asegurar la mayor seguridad jurídica de una medida prohibitiva, desde el punto de vista tanto de las normas constitucionales, como del derecho de la Unión Europea y de la Convención Europea de Derechos Fundamentales, tal y como son interpretados por la jurisprudencia de los tribunales competentes.
- De otra, velar por la inteligibilidad de las medidas que se planteen, tanto en lo que se refiere a las personas afectadas como en lo que atañe a las autoridades competentes para su aplicación, lo que obliga a una cierta simplicidad.

La elección a favor de una determinada modalidad de una medida prohibitiva se ha guiado por la preocupación de garantizar su efectividad, tanto jurídica como práctica, especialmente desde el punto de vista de su control y de las sanciones aplicables.

Finalmente, el Consejo de Estado ha tenido en cuenta dos consideraciones que pueden influir sobre las decisiones ulteriores de los poderes públicos:

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

- Evitar todo riesgo de interpretación que, al margen de casos particulares, pudiera vulnerar los derechos de un grupo de personas, sea la que fuera;
- Evitar eventuales consecuencias no contempladas, ya se trate de reacciones de renuencia o de rechazo que conducirían paradójicamente a la amplificación de las prácticas que se intentan combatir, o de riesgos de presiones en orden a establecer nuevas prohibiciones que excederían de las consideraciones y finalidades contempladas en la petición del Primer Ministro.

A la luz de estas exigencias, se plantea la cuestión del significado y del objeto de una prohibición eventual. La conducta que consiste en ataviarse con el velo integral puede examinarse bajo dos ángulos posibles, susceptibles de conducir a medidas de contenido considerablemente diferente. El velo integral (burka o niqab) constituye, en primer lugar, una conducta de orígenes culturales y religiosos discutidos pero que, en términos generales, da testimonio de una concepción profundamente desigualitaria de las relaciones entre hombres y mujeres. Se cuenta, así, entre las numerosas formas de disimulación de la cara que tienen como efecto, y en su caso, por objeto, impedir todo reconocimiento de la persona. Más allá del significado que se le otorgue, este último dato plantea dificultades particulares, sobre todo desde el punto de vista de la seguridad, del temor que pueda generar en otras personas. A este efecto, no se puede ignorar que la práctica del enmascaramiento de la cara, en todas sus formas, tiende a extenderse en nuestro país.

En este contexto, la cuestión que se plantea al Consejo de Estado se presenta de la manera siguiente: ¿es posible plantear, y en caso afirmativo, por qué motivos y con qué límites, la prohibición del uso del velo integral específicamente, o debemos discutir, de manera más general, acerca de la prohibición de la prohibición del enmascaramiento del rostro, una de cuyas formas es el velo integral?

El Consejo de Estado ha constatado en primer término que el ordenamiento jurídico vigente ofrece varias respuestas a esta preocupación, ya sean mecanismos que tienen el efecto de prohibir el uso del velo integral por algunas personas y en circunstancias específicas, ya restricciones puntuales de la posibilidad de disimular la cara por motivos de orden público, o la misma represión penal aplicable a los instigadores de estos hechos. El Consejo ha señalado el carácter extremadamente heterogéneo de estas disposiciones y ha observado igualmente que, en un grado no mayor que en Francia, las democracias de nuestro entorno no se han dotado de una normativa en orden a prohibir de manera general estas prácticas en el espacio público.

A partir de esta constatación, el Consejo de Estado se ha planteado la viabilidad jurídica y práctica de una prohibición del uso del velo integral en el espacio público considerando el marco que representan los derechos y libertades garantizados por la Constitución, la CEDH y el Derecho de la UE. No ha sido posible sugerir una prohibición individualizada del uso del velo integral, en tanto que atiendo que representa valores incompatibles con la República, ya que ha estimado dicha solución muy frágil jurídicamente y difícilmente aplicable en la práctica. Por otro lado ha considerado que una prohibición, menos específica, del ocultamiento voluntario de la cara que descansara sobre todo en consideraciones de orden

público, interpretadas de manera más o menos amplia, no podría jurídicamente operar sin distinción sobre el conjunto del espacio público, si consideramos los términos de la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

En cambio, el Consejo de Estado ha considerado que en el contexto normativo actual podría adoptarse un dispositivo compulsivo y restrictivo más coherente, que implicaría dos tipos de medidas: de una parte, la afirmación de la regla según la cual se prohíbe todo atuendo o accesorio cuyo efecto sea disimular la cara de manera tal que haga imposible una identificación, ya sea en función de la salvaguarda del orden público cuando esté amenazado, ya sea cuando una identificación se considere necesaria para el acceso o la circulación en determinados lugares y para el cumplimiento de determinados trámites; de otra parte, el reforzamiento del conjunto de medidas represivas dirigidas en particular a las personas que obliguen a otras a disimular su cara, a esconder su identidad en el espacio público (III).

I. EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO SE CARACTERIZA POR UN CONJUNTO HETEROGÉNERO DE PRESCRIPCIONES O PROHIBICIONES, SEMEJANTE A LA SITUACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS DE NUESTRO ENTORNO, EN LAS QUE NO EXISTE NINGUNA NORMATIVA NACIONAL ESPECÍFICA.

El análisis del ordenamiento jurídico vigente revela que el uso del velo integral, ya sea por sí solo o concebido como una manera de ocultamiento de la cara frente a los otros, está actualmente limitado, en determinadas circunstancias temporales, espaciales o para determinadas personas, por numerosas disposiciones de naturaleza y contenido muy diversos (1). Francia no representa ninguna particularidad desde este punto de vista (2)

1. NUMEROSAS LEYES, REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES SUPONEN ACTUALMENTE UNA PROHIBICIÓN O UNA DISUASIÓN, EN CIERTOS CASOS, DEL USO DEL VELO INTEGRAL, O, CON CARÁCTER MÁS GENERAL, DEL OCULTAMIENTO DE LA CARA.

Conviene a estos efectos distinguir las disposiciones que limitan el uso del velo integral en tanto que atuendo (1.1), las que se refieren más ampliamente al ocultamiento de la cara (1.2) y aquellas que se dirigen a las personas que obliguen a otras a plegarse a estas prácticas (1.3).

1.1. EL USO DEL VELO INTEGRAL EN TANTO QUE TAL ESTÁ ACTUALMENTE PROHIBIDO O ES CONSIDERADO DE FORMA ESPECIAL PARA LA APLICACIÓN DE ALGUNAS DISPOSICIONES.

Los principios de laicidad y de neutralidad de los servicios públicos se oponen a que los agentes públicos manifiesten sus creencias religiosas en el ámbito de sus funciones, especialmente símbolos religiosos (Decisión del Consejo de Estado de 3 de mayo de 2000, Mlle Marteaux, nº 217017). Esta jurisprudencia, constante, es un

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

obstáculo, pues, al uso del velo integral por agentes públicos durante el ejercicio de sus funciones. El TEDH ha reconocido igualmente este principio de neutralidad de los agentes públicos, si bien matizando que “un justo equilibrio sea respetado entre el derecho fundamental del individuo a la libertad de expresión y el interés legítimo de un Estado democrático a velar por que su función pública cumpla los fines establecidos en el artículo 10, parágrafo 2” (Cfr. TEDH, 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Alemania*, § 53, Serie A, nº 323)

En lo que se refiere a los usuarios de un servicio público, el artículo 1 de la ley 228/2004 de 15 de marzo de 2004 (artículo L 141-5-1 del Código de la Educación) prohíbe, en las escuelas, el uso de símbolos o atuendos a través de los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente la confesión religiosa a la que pertenecen. La conformidad de esta disposición con la CEDH ha sido reconocida a la vez por el Consejo de estado en sede contenciosa (Consejo de Estado, 8 de octubre de 2004, Asunto Unión Francesa para la cohesión nacional, nº 269077) y por el TEDH (Cfr. TEDH, 30 de junio de 2009, nº 43563/08 y otras, Decisiones de inadmisión de la demanda). En los establecimientos privados, se ha considerado que el reglamento interior de los centros privados puede prohibir el uso de todo signo religioso, sin suponer violación de las prescripciones del artículo 9 de la Convención Europea (Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal de Casación de 21 de junio de 2005, Asunto Benmehania, nº 02-19831). En cualquier caso, ningún otro servicio público ha sido objeto de una medida general como la recién considerada.

Por otro lado, la jurisprudencia admite, aunque de manera flexible, siempre que se respeten los principios de finalidad y proporcionalidad recogidos en el artículo L 1121-1 del Código de Trabajo, que el empleador prohíba a un trabajador vestir un atuendo incompatible con el ejercicio de su actividad profesional, sin que constituyan justificación suficiente sus convicciones (Sentencia de la Sala de lo Laboral del Tribunal de Casación, de 24 de marzo de 1998, nº 95-44738; Tribunal de apelación de Saint-Denis de la Reunión, 9 de septiembre de 1997: “una vendedora de revistas de ropa femenina no puede portar “un tipo de ropa que la recubra de los pies a la cabeza, cuyo estilo está en completa oposición con la imagen de marca de la revista”; Tribunal de Apelación París, 16 de marzo de 2001, nº 99/31302: a una vendedora se le puede prohibir llevar “un foulard que disimule totalmente el cuello y una parte de la cara”).

De otra parte, y sin que esto tenga por objeto o por efecto conducir a una prohibición del uso del velo integral, el juez de lo contencioso ha admitido que el ministro del interior pueda basarse en que el burka supone un comportamiento incompatible con los valores esenciales de la comunidad francesa y especialmente con el principio de igualdad de sexos, para certificar la falta de asimilación y justificar legalmente así su rechazo a la adquisición de la nacionalidad francesa por matrimonio según el artículo 21-4 del Código Civil (Consejo de Estado, 27 de junio de 2008, Mme M., nº 286798), argumento que sería aplicable, a fortiori, en el caso de rechazo de naturalización. Esta decisión se refiere a un comportamiento por el cual una mujer ha manifestado en múltiples ocasiones su oposición radical a los valores de la República.

Finalmente, y en el plano civil, el juez ha considerado, en los procesos de divorcio, los excesos en lo relativo a las prácticas religiosas, una de cuyas manifestaciones es la obligación del uso del velo. Estos excesos pueden, en los casos en los que conviertan la vida común en intolerable, justificar un divorcio en los términos del artículo 242 del Código Civil (cfr. por ejemplo, Tribunal de Apelación Versalles, 27 de junio de 2006).

1.2 NUMEROSAS DISPOSICIONES PROHIBEN, MÁS GENERALMENTE, EL OCULTAMIENTO VOLUNTARIO DEL ROSTRO EN CIRCUNSTANCIAS O EN LUGARES DETERMINADOS.

Por razones que tienen que ver principalmente con la seguridad pública y la necesidad de identificar a las personas, el legislador, el titular de la potestad reglamentaria y las autoridades administrativas han adoptado la opción de limitar, e incluso puntualmente prohibir, la disimulación voluntaria de la cara, también, y en ciertos casos, en el espacio público. Este es el caso de:

- En lo relativo a controles de identidad: el segundo párrafo del artículo 78-1 del Código de Enjuiciamiento Criminal establece la regla según la cual “toda persona que se encuentre en el territorio nacional debe aceptar prestarse a un control de identificación efectuado en las condiciones y por las autoridades policiales a las que se refieren los artículos siguientes”. El artículo 78-2 del mismo código permite a los oficiales de la policía judicial y, bajo la responsabilidad de estos, a los agentes de la policía judicial y agentes de policía judicial adjuntos, efectuar tales controles en las circunstancias previstas. Por otra parte, el artículo 78-6 del mismo código abre la posibilidad a los agentes de policía municipal y a los adjuntos de seguridad de recabar la identidad de los infractores para preparar los procesos verbales relativos a las infracciones de las ordenanzas municipales, las infracciones del Código de Circulación que según la ley y los reglamentos puedan dar lugar a un juicio oral o las infracciones que puedan constatar en virtud de una disposición legislativa expresa.
- En lo relativo a los documentos de identidad: un texto legislativo o reglamentario puede exigir que figure en un documento oficial una fotografía con la cabeza descubierta (en lo que se refiere al Documento nacional de identidad, Consejo de Estado, 27 de julio 2001, Fondo de defensa de musulmanes en materia de justicia, n° 216903 poniendo de relieve “los riesgos de falsificación y de usurpación de identidad”; para el pasaporte: Consejo de Estado, 2 de junio de 2003, Mlle R.A., n° 245321 y Consejo de Estado, 24 de octubre Mme B. n° 289946, poniendo de relieve “el carácter puntual de la obligación de descubrirse”, confirmado por la decisión de inadmisibilidad del TEDH, 13 de noviembre de 2008, M. S. n° 24479/07; la misma solución se mantiene para poder expedir un título universitario: Sentencia del TEDH, 3 de mayo de 1993, Karaduman c. /Turquia, n° 16278/1990).
- Para el acceso a algunos lugares públicos, la realización o la verificación de la autenticidad en ciertos trámites.

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

- La retirada temporal de un accesorio o de una vestimenta que disimule la cara puede exigirse a la entrada de un consulado por motivos de seguridad (Consejo de Estado, 7 de diciembre de 2005, El M., nº 264464, confirmado por una decisión de inadmisión del TEDH, 4 de marzo de 2008, el M. c./Francia, nº 15585/06, poniendo de relieve el carácter limitado en el tiempo de la exposición de la cara).
 - Lo mismo puede señalarse respecto de los controles aeroportuarios (TEDH, 11 de enero de 2005, P. c./ Francia, nº 35753/, decisión de inadmisión)
 - La Circular de 20 de diciembre de 2007 relativa al desarrollo de los procesos electorales en los supuestos de elecciones por sufragio universal directo obliga a rechazar el voto de las personas que lleven “un velo que enmascare la boca y la nariz” si se niegan a retirarlo. Este punto no ha dado lugar a ningún contencioso.
 - La Instrucción de 24 de noviembre de 2008 del Ministro de Educación establece que no se puede permitir que recoja a un niño una persona cuya identidad no pueda ser verificada.
 - La recogida de una Carta certificada a través del servicio de correo está subordinada a la posibilidad de verificar la identidad del destinatario.
 - Un oficial de Estado Civil debe poder asegurarse de la identidad y del consentimiento de los esposos, lo que implica ver su cara en el curso de la ceremonia de matrimonio (respuesta de 3 de abril de 2007 a la pregunta escrita del diputado A. Marleix).
- Resulta del conjunto de estos elementos que, en principio, una persona no puede disimular su cara cuando su identificación es necesaria para garantizar la seguridad de bienes y de personas, prevenir o reprimir las infracciones, pero también, y desde el punto de vista general, asegurar el respeto de las disposiciones legislativas y reglamentarias que supeditan el acceso a bienes o servicios al cumplimiento de condiciones vinculadas a la personalidad (identidad, edad, sexo...). Es probable que la jurisprudencia admitiera, por ejemplo, que un dispensador de bebidas alcohólicas se negara a servir a una persona cuya cara no puede ver con el argumento de que no puede asegurar que el documento de identidad que se presenta corresponda con la persona en cuestión y que ésta no sea menor de edad. De la misma manera, se puede pensar que el acceso a un transporte público podría denegarse a los titulares de bonos personalizados que rechacen mostrar su cara a demanda de la autoridad de control. O incluso que el acceso a una sala de cine en la que se proyecta una película prohibida a ciertos públicos en razón de su edad se niegue a las personas que rechacen mostrar su cara cuando compran la entrada.

Se ha de señalar que, recientemente y en razón de consideraciones de orden público, los poderes legislativos y reglamentarios se han propuesto, de manera concreta, reprimir específicamente el enmascaramiento voluntario de la cara en el espacio público, al margen de los casos en los que esté implicado el acceso a un servicio o a una prestación y de aquellos otros en los que medie demanda de la autoridad competente:

- El artículo 3 de la Ley 201/2010 de 2 de marzo que fortalece la lucha contra la violencia de grupos y de la protección de las personas que desempeñan un servicio público considera esta práctica una circunstancia agravante de algunas infracciones;
- El Decreto nº 724/2009 de 19 de junio de 2009 relativo al ocultamiento ilícito de la cara en los supuestos de manifestaciones en la vía pública sanciona con una multa de 1500 euros “el hecho de que una persona, en el seno o en las inmediaciones de una manifestación en la vía pública, disimule voluntariamente su cara con el objeto de que no sea identificada en circunstancias en las que se pueda temer por al alteración del orden público”, excepto en el caso en que las manifestaciones sean conformes a los usos locales o cuando la disimulación de la cara esté justificada por un motivo legítimo. Este Decreto ha sido objeto de un recurso por exceso de poder que está pendiente de ser resuelto por el Consejo de Estado en sede contenciosa.

Por otra parte, con el fundamento de sus poderes de policía administrativa general, el Alcalde, amparándose en el artículo L 2212-2 del Código General de Colectividades Territoriales, y el Prefecto, con la cobertura del artículo L. 2215-1 del mismo Código, podría, en su caso y bajo el control del juez de lo contencioso, prohibir la disimulación voluntaria de la cara en ciertos lugares públicos expuestos a riesgos probados para la seguridad pública, en función de circunstancias locales particulares debidamente justificadas y con la condición de que la medida sea proporcionada a estos riesgos.

1.3 EL HECHO DE OBLIGAR O DE PROPONER A OTRA PERSONA QUE DISIMULE LA CARA, SI BIEN NO PUEDE SER SANCIONADO DIRECTAMENTE, PUEDE SER EVITADO INDIRECTAMENTE

En su estado actual, el Derecho Penal no contiene un delito referido específicamente al hecho de que una persona obligue a otra a disimular su cara. Estos hechos no pueden ser evitados sino indirectamente a través de los delitos siguientes:

- la violencia (artículo 222-13 del Código Penal): el delito de violencia puede estar constituido, cuando no concurre un contacto material con el cuerpo de la víctima, por todo acto o comportamiento cuya naturaleza sea la de causar en la persona una lesión de su integridad física o psíquica (un choque emocional o una perturbación psicológica) (Sentencia de la Sala de los Penal del Tribunal de Casación de 2 de septiembre de 2005, nº 04-87046; Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 2008, nº 07-86075). El párrafo I del artículo 17 de la proposición de ley de fortalecimiento de la protección de víctimas y la prevención y la represión de la violencia ejercida contra la mujer, registrada el 27 de noviembre de 2009, adoptada por unanimidad de la Asamblea Nacional en primera lectura, pretende confirmar que la violencia a la que se refieren estas disposiciones pueda ser psicológica.

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

- La amenaza si no se cumple una condición (artículo 222-18 del Código penal): la conducta consistente en amenazar con la comisión de un crimen o un delito (especialmente violencia) contra una persona que no se pliegue a una orden esta penada con 3 años de prisión y 45.000 euros de multa.
- El “delito de violencia psicológica”: el párrafo II del artículo 17 de la proposición de ley mencionada anteriormente establece, en su redacción actual, que el hecho de someter al cónyuge, pareja de hecho (partenaire de pacte civil de solidarité), pareja de hecho sin reconocimiento jurídico o excónyuge a “tratos o palabras repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de sus condiciones de vida que puedan suponer una alteración de su salud física o mental” esta penado con tres años de prisión y 75000 euros de multa.

Por otro lado, tratándose más específicamente de menores, el hecho de obligarles a enmascarar la cara puede, según la jurisprudencia, suponer, en concurrencia con otros hechos:

- la suspensión del derecho de visita de un padre en razón de las presiones morales y psicológicas que hace recaer sobre sus hijos, exigiéndoles en especial el uso del velo islámico y el respeto de prescripciones religiosas determinadas (Tribunal de Casación, Sala Primera de lo Civil, 24 de octubre 2000, nº 98-14386)
- una medida de asistencia educativa, en aplicación del artículo 375 del Código Civil: la jurisprudencia ha admitido ya esta posibilidad con el objeto de alejar al niño de un padre que le obligue a adoptar una práctica religiosa determinada (Tribunal de Apelación Aix en Provence, 1 de julio de 2008, citado en el informe de la Comisión Parlamentaria)

A este respecto, es conveniente recordar que los órganos de control de la Convención Europea ponen en primer lugar el interés del menor frente al derecho de los padres, protegido por el artículo 2 del Protocolo Adicional nº 1, de asegurar la educación y la enseñanza de acuerdo con sus convicciones filosóficas y religiosas (Cfr. por todos, Comisión Europea de Derechos Humanos, 8 de septiembre de 1993, Bernard c. Luxemburgo)

El derecho positivo no asegura así nada más que una protección indirecta, particularmente cuando los implicados no pertenecen al círculo familiar restringido. No obstante, estas características no singularizan a nuestro país respecto de otras democracias comparables.

2 SI BIEN UN NÚMERO DE ESTADOS DE NUESTRO CONTEXTO SE HAN PLANTEADO EL USO DEL VELO INTEGRAL O EL OCULTAMIENTO DEL ROSTRO, NINGUNO DE ELLOS HA OPTADO POR UNA PROHIBICIÓN GENERAL.

El examen del derecho aplicable a Estados semejantes a Francia revela que el uso del velo integral y la disimulación de la cara han sido igualmente el objeto de restricciones diversas pero a menudo menos incisivas que en nuestro país,

restricciones que no han implicado ninguna prohibición de carácter general en el espacio público.

2.1.RESTRICCIONES DIVERSAS Y DE CONTENIDO VARIABLE

Varios estados han adoptado reglas semejantes a las que Francia dispone actualmente.

- el uso de símbolos religiosos ostentatorios en los establecimientos escolares: prohibido de manera general en los Países Bajos, su regulación se deja a la discreción de los responsables de los establecimientos en el Reino Unido, en Irlanda, en los Estados Unidos y en la región valona en Bélgica.
- El uso de tales símbolos por todos o parte de los agentes públicos: en numerosos países, solo algunos agentes públicos están afectados por la prohibición (oficiales de policía y magistrados en Dinamarca, docentes en numerosos Länder alemanes y en Luxemburgo...) En otros casos, el uso del velo integral está prohibido para todos los agentes públicos (ciertos Länder alemanes como Berlín y Hesse);
- O incluso el uso de un atuendo inadecuado para el lugar de trabajo (ejemplo de Dinamarca)

Cuando se producen en el espacio público, estas prácticas solo son objeto de restricciones puntuales o locales.

En numerosos países, la obligación de descubrir la cara es, como en Francia, requerida para los documentos oficiales y en casos de controles o de verificaciones de identidad (como en los Países Bajos, donde el acceso a los transportes públicos puede ser denegado a las personas que rechacen revelar su identidad, o en Italia). En el Reino Unido, los agentes de policía pueden exigir la retirada de un gorro o de una máscara si consideran razonablemente que la persona lo porta con el objeto de disimular su identidad. El rechazo a retirar la máscara constituye una infracción merecedora de un mes de prisión o de una multa de hasta 1000 libras.

Alemania y Austria se han dotado de una legislación que prohíbe a los participantes en una manifestación llevar, en los lugares públicos y en ciertas circunstancias, prendas que impidan la identificación de las personas, salvo en los supuestos de misas en el exterior, procesiones religiosas, peregrinaciones, funerales, matrimonios y fiestas tradicionales. El uso de máscaras durante manifestaciones políticas o artísticas no está prohibido, salvo si tiene por objeto ocultar la identidad de la persona (Tribunal constitucional alemán, 25 de octubre de 2007). Este régimen jurídico es cercano al que se deriva del decreto de 19 de junio de 2009 que se menciona posteriormente.

En Bélgica, una veintena de municipios (entre los que se encuentran Amberes y Gante) han prohibido el uso del velo integral en público a través de ordenanzas municipales de policía, en las que su desconocimiento viene ocasionalmente acompañado de una multa o de “sanciones” más pedagógicas (apelación a la ley,

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

acompañamiento de la persona a su domicilio...) En los Países Bajos, la disimulación voluntaria de la cara esta prohibida, por razones de seguridad pública, en algunas ciudades (Maastricht, por ejemplo).

Finalmente, en los Estados Unidos la jurisprudencia del Tribunal Supremo supone en principio un obstáculo al establecimiento de una medida prohibitiva que se proyecte sobre un modo de expresión de convicciones políticas o religiosas, salvo “interés gubernamental sustancial”. Varios Estados se han dotado de “leyes anti-máscaras”, proscribiendo aquellas prácticas de disimulación de la cara que pretendan hacer imposible la identificación en los lugares públicos, sea de manera casi general (Virginia occidental, Virginia y Carolina del Norte, que sólo exceptúan a las personas de menos de 16 años y los casos en los que el uso de una máscara o de un casco está justificado por consideraciones de salud o de seguridad personal), sea en ciertas circunstancias (en caso de concentraciones en el Estado de Nueva Cork, en caso de infracciones en California o en caso de intimidación, amenaza o acoso en Florida y en Washington DC). Muchas de estas han sido adoptadas durante el siglo XIX en un contexto histórico particular (insurrección en el valle del Hudson de los granjeros maquillados como indios, en el caso de Nueva York, la lucha contra el Ku Klux Klan ...) Si bien la constitucionalidad de algunas de ellas ha sido admitida (caso de Nueva York), estas leyes parecen suscitar actualmente una importante contestación.

Desde este punto de vista, y si se exceptúan las iniciativas locales belgas y neerlandesas, Francia forma actualmente parte de los Estados más restrictivos en relación con estas prácticas.

2.2. LA AUSENCIA DE PROHIBICIÓN GENERAL DE ESTAS PRÁCTICAS EN EL ESPACIO PÚBLICO

Si raros son en el contexto mundial los países que han optado por una prohibición general del velo integral (Túnez, Singapur...), ninguna iniciativa nacional ha conducido, en los países semejantes a Francia, al establecimiento de disposiciones generales obligatorias que prohíban esta práctica en el espacio público.

En Italia, la Carta de valores de la ciudadanía y de la integración, sin valor normativo, indica que “los atuendos que cubren la cara no son aceptables ya que impiden el reconocimiento de la persona y le dificultan para relacionarse con los otros”. Pero el Consejo de Estado italiano ha estimado que conforme a la legislación actual, el uso del burka en los lugares públicos no puede ser objeto de una prohibición general, de manera que solo el rechazo a descubrirse cuando la identificación es necesaria puede dar lugar a una sanción. En cualquier caso no se ha excluido absolutamente la posibilidad de prohibir el uso de esta prenda “siempre que esta regla descansa en una justificación razonable y legítima a la vista de las necesidades particulares”.

Además de declaraciones públicas, diferentes proposiciones de ley, no examinadas o no adoptadas a día de hoy, han sido presentadas en Bélgica o en Italia, con el fin de

enmarcar más estrictamente el uso del velo integral, o incluso de prohibir circular en el espacio público con la cara enmascarada o cubierta. En Dinamarca, donde un informe publicado en marzo de 2010 sólo ha censado tres casos de uso de velo integral, el Gobierno ha condenado esta práctica pero se ha mostrado renuente a la idea de prohibirla, por razones esencialmente jurídicas, mientras que las autoridades helvéticas han declarado no contemplar la adopción de una medida de este tenor. Finalmente, en los Países Bajos, los diputados han adoptado en 2005 una resolución instando al Gobierno a prohibir el burka en los lugares públicos. El comité de expertos creado por este último ha recomendado, en noviembre de 2006, circunscribir esta prohibición a algunos lugares (establecimientos escolares en particular) o ciertas situaciones, y no recurrir a una legislación prohibitiva general salvo subsidiariamente, en caso de fracaso de las medidas sectoriales.

II. UNA PROHIBICIÓN GENERAL DEL USO DEL VELO INTEGRAL EN CUANTO TAL O DE TODA DISIMULACIÓN DE LA CARA EN EL ESPACIO PÚBLICO SERÍA MUY FRÁGIL JURÍDICAMENTE

Como se ha señalado, el Consejo de Estado ha prescindido en sus reflexiones de toda consideración de oportunidad y ha examinado los diferentes fundamentos que podrían amparar una prohibición efectiva, respetada y acompañada de sanciones proporcionadas.

El Consejo de Estado ha constatado que no puede ser invocado ningún fundamento jurídico incontestable para apoyar una prohibición del uso del velo integral en cuanto tal, cuya efectividad sería muy dudosa. Se ha limitado a examinar, aunque la petición no haya hecho referencia explícitamente a ello, la eventualidad de una prohibición de la disimulación voluntaria de la cara, que a juicio de este órgano puede lesionar menos frontalmente los derechos y libertades garantizados tanto por la jurisdicción constitucional como por la ordinaria. El Consejo estima que una prohibición general de la disimulación de la cara en los lugares públicos sólo puede descansar en una concepción del orden público definido con amplitud como plataforma de exigencias recíprocas y de garantías fundamentales de la vida en sociedad. Pero esta concepción, jurídicamente sin precedentes, estaría expuesta a un serio riesgo de censura por la jurisdicción constitucional o por la ordinaria, lo que hace que no la podamos sugerir. Por la misma razón, el orden público, concebido con arreglo a sus elementos tradicionales, no podría permitir una prohibición general pero constituiría una fundamento sólido a una prohibición parcial.

1. NO SE SUGIERE UNA PROHIBICIÓN GENERAL QUE TUVIERA POR OBJETO EL USO DEL VELO INTEGRAL

1.1 NO SE ENCUENTRA NINGÚN FUNDAMENTO SUFICIENTEMENTE SÓLIDO QUE JUSTIFIQUE UNA PROHIBICIÓN INTEGRAL DIRIGIDA ESPECÍFICAMENTE AL USO DEL VELO INTEGRAL

La prohibición del velo integral afectaría a diferentes derechos y libertades fundamentales: libertad individual, libertad personal, derecho al respeto de la vida

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

privada, libertad de expresión y manifestación de opiniones, especialmente religiosas, y prohibición de cualquier forma de discriminación.

1/ Considerando estos derechos y libertades, la prohibición del velo integral no pueda estar amparada en el principio de laicidad.

Aunque el uso del velo integral puede ser percibido por quienes lo portan con connotaciones o finalidades religiosas, de los trabajos llevados a cabo en el seno de la Comisión de la Asamblea Nacional sobre el uso del velo integral se deduce que no hay un consenso en este sentido. Esta incertidumbre nos lleva, en el análisis del caso, a analizar la invocación del principio de laicidad con cautela.

El principio de laicidad, que nutre nuestra tradición jurídica desde hace más de un siglo, tiene un fundamento constitucional sólido (artículo 1 de la Constitución) y ha sido reconocido por el TEDH (cfr, sobre todo, TEDH, 10 de noviembre de 2006, Leyla Sahin c. Turquía, nº 44774/98). Cómo ha señalado el Consejo de Estado en las consideraciones generales de su informe de 2004 “Un siglo de laicidad”, la laicidad debe “declinarse en tres principios: el de neutralidad del Estado, el de libertad religiosa y el de respeto del pluralismo”. La laicidad es, en efecto, en nuestro derecho inseparable de la libertad de conciencia y de religión y de la libertad de toda persona de expresar su religión o sus convicciones, libertades que son protegidas tanto por la constitución como por la CEDH.

El principio de laicidad impone así la estricta neutralidad del Estado y de cualquier ente público ante las prácticas religiosas y viceversa, con una doble consecuencia. Por una parte, implica la protección de la libertad de conciencia y de opinión de cada ciudadano, lo que justifica el principio de neutralidad del servicio público y de los agentes públicos, sobre el que ya se ha reparado. Por otra parte, como lo ha señalado el juez constitucional en su sentencia de 19 de noviembre de 2004 (Sentencia 505/2004 sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), prohíbe “a cualquier persona apelar a sus creencias religiosas para traspasar las reglas comunes que rigen las relaciones entre colectividades públicas y particulares”.

Pero la laicidad no podría fundar una restricción general a la expresión de convicciones religiosas en el espacio público, como el TEDH, por otra parte, ha apuntado recientemente (cfr. 23 de febrero de 2010, M. Arslan y otros c./ Turquía) y no puede por tanto justificar una prohibición absoluta del uso del velo integral en el espacio público. La laicidad encuentra su lugar propio en la relación entre los entes públicos y las religiones o los fieles. Se impone directamente a las instituciones públicas, lo que justifica una obligación de neutralidad para los representantes públicos en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, sólo puede imponerse directamente a la sociedad o a los individuos amparándose en exigencias propias a ciertos servicios públicos (como es el caso de los centros educativos)

Por añadidura, una prohibición dirigida específicamente al velo integral puede ser interpretada como una injerencia pública en las prácticas religiosas. Ahora bien,

aunque el TEDH haya reparado en el significado de estas prácticas, en particular en lo que se refiere a la igualdad de sexos (cfr. por ejemplo el párrafo 98 de la Sentencia Leyla Sahin y también la STEDH de 13 de febrero de 2003, Refah Partisi, nº 41340/98 que admite la disolución de una organización política que postulaba la instauración de la “sharia”, incompatible con los objetivos de la CEDH “sobre todo en lo que atañe al lugar que reserva a las mujeres en el ordenamiento jurídico (...)”) también recuerda de manera constante que “salvo en casos muy excepcionales, el derecho a la libertad de religión excluye toda apreciación por parte de las administraciones públicas de la legitimidad de las creencias religiosas” (TEDH, 26 de octubre de 2000, Hassan y Tchaouch c. Bulgaria nº 30985/96 § 78)

El principio de laicidad, pues, no puede por sí solo justificar una prohibición general del uso del velo integral.

2/ La invocación de los principios fundamentales de protección de la dignidad y de la igualdad entre hombres y mujeres, aislada o combinadamente, no encuentra fácil aplicación al caso que se contempla.

El Consejo de Estado ha examinado si estos dos principios, que pueden analizarse conjuntamente o de manera autónoma, podrían justificar una prohibición del uso del velo integral. Según los mismos, se podría amparar con ellos que se sancionara la lesión de la dignidad humana de la mujer que constituye su disimulación total en el espacio público y la concepción desigualitaria de la relación entre sexos que este atuendo manifiesta.

El principio de protección de la dignidad humana encuentra bases jurisprudenciales sólidas tanto en nuestro derecho interno como en el derecho internacional. El Consejo Constitucional ha considerado el principio de protección de la dignidad humana un principio constitucional que encuentra su fundamento en el Preámbulo de la Constitución de 1946 (Consejo Constitucional, nº 94-343/344 DC de 27 de julio de 1994 y nº 94.359 DC de 19 de enero de 1995) mientras que el Consejo de Estado, en sede contenciosa, ha hecho de la dignidad humana un elemento del orden público en su Sentencia Commune de Morsang-sur-Orge, de 27 de octubre de 1995 (nº136727). El mismo principio ha recibido un reconocimiento explícito por parte del TEDH, que ha estimado que la dignidad humana, junto con la libertad, es uno de los fundamentos de la Convención (TEDH, 22 de noviembre de 1995, CR y SW c./ Reino Unido, serie A, nº 335-B y 335-C). Los trabajos emprendidos por la Comisión de Estudio sobre el Preámbulo de la Constitución, presidida por Mme Veil, han señalado correctamente la extrema importancia de este principio (lo que ha llevado a aconsejar su inserción en la Constitución en una Disposición Adicional específica) y la variedad de acepciones que este concepto jurídico puede presentar.

En el caso que nos ocupa, la invocación de la protección de la dignidad como fundamento de la prohibición del uso del velo integral –una prohibición general en el espacio público– no se libra de dudas muy serias. Al margen de que la jurisprudencia nacional o europea sobre este tema abunde muy poco, lo cierto es que el principio de legalidad implica por naturaleza el respeto de la libertad individual.

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

Resultan de ello dos concepciones de la dignidad que eventualmente pueden oponerse o limitarse recíprocamente: la de la exigencia moral colectiva de la protección de la dignidad, a costa del libre arbitrio de la persona (que encuentra una expresión jurisprudencial en la sentencia Commune de Morsang-sur-Orge) y la de la protección del libre arbitrio como elemento consustancial de la persona. Esta segunda acepción es la que ha venido haciendo suya el TEDH, protegiendo, con el fundamento del derecho al respeto de la vida privada, un principio de autonomía personal según el cual cada uno puede desarrollar su vida según sus convicciones y sus opciones personales, incluso cuando se pone física o moralmente en peligro, mientras que esta conducta no lesione a otros. Este es el sentido de su sentencia KA y AD c./ Bélgica de 17 de febrero de 2005 (n°42758/98) en la cual el Tribunal ha afirmado con toda claridad la primacía del principio de autonomía sobre la protección de la dignidad “sacrificada”.

En el mismo sentido, se puede también subrayar, a partir del derecho interno, que aunque no exista jurisprudencia constitucional que aplique directamente el principio desde esta perspectiva, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 4 establece que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no moleste a otros” y en su artículo 5 que “La Ley sólo puede proteger frente a las acciones que afrenten a la sociedad”.

Señalemos, por otro lado, que la apreciación de lo que conlleva o no lesión a la dignidad humana es, al menos potencialmente, subjetiva, como lo atestigua el hecho de que el uso del velo integral es, según datos remitidos por el Ministerio del Interior a la Comisión Parlamentaria, “voluntario” en la mayoría de los casos. En este sentido parece difícil poder fundar un régimen prohibitivo amparándose en un principio susceptible de ser interpretado de forma tan variable y marcado, en la práctica, por una inevitable subjetividad que depende especialmente de circunstancias temporales y espaciales, como puede apreciarse en las percepciones divergentes con las que se presenta la imagen pública del cuerpo femenino, en muchas ocasiones desnudo, en nuestra sociedad.

El fundamento de la protección de la dignidad es, pues, discutible jurídicamente debido a la variedad de las circunstancias consideradas, en particular en los casos en los que el uso del velo integral resulte de la voluntad deliberada de una persona mayor de edad.

Por lo que se refiere al principio de igualdad de hombre y mujeres, este principio tiene también un fundamento constitucional (artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano y segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución relativo a la igualdad en el acceso de hombres y mujeres a los cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales). Su importancia, que ha sido subrayada de forma constante, se traduce en nuestra sociedad, por acciones afirmativas que pretenden ser adecuadas a los obstáculos y rémoras que se continúan existiendo. Dos reformas constitucionales, una de 8 de julio de 1999 relativa a la igualdad de hombres y mujeres para el acceso a los mandatos electorales y funciones electivas, y la otra, de 23 de julio de 2008, relativa

a las responsabilidades profesionales y sociales, han expresado, en el nivel más alto de las normas jurídicas, esta vinculación fundamental a un valor esencial.

De cualquier modo, es conveniente resaltar que este principio se invoca bien directamente contra discriminaciones, bien para lograr que un trato igual sea efectivamente asegurado a los hombres y a las mujeres. Concebido para reaccionar frente a los otros, no tiene, por el contrario, vocación de servir frente a la persona en sí, es decir frente al ejercicio de su libertad personal, que puede llevarla, llegado el caso, a adoptar comportamientos susceptibles de ser interpretados como desiguales a los ojos de los demás, incluso en el espacio público (y siempre que su identidad física no se vea lesionada)

A pesar de su importante base jurídica, estos fundamentos, combinados o tomados de uno en uno, no son aplicables a las personas que han elegido deliberadamente el uso del velo integral. No pueden ser sugeridos como base suficiente para amparar una prohibición general.

3/ La seguridad pública, que constituye el principal elemento del orden público material, tampoco podría amparar una prohibición general del velo integral. Hasta el día de hoy, el velo integral no ha dado lugar a problemas de seguridad pública, amenazas al orden público o reacciones violentas que justifiquen una prohibición general de su uso por este motivo.

4/ Por último, señalemos que una prohibición del velo integral, cualquiera que sea su ámbito, sería jurídicamente frágil en atención al principio, reconocido especialmente en el Derecho de la UE, de no discriminación. (cfr. sobre todo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la actuación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 que dispone un marco general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo, o incluso la proposición de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de religión o de convicciones, de capacidad, de edad o de orientación sexual). La aplicabilidad jurídica, desde el 1 de diciembre de 2009, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que establece en su artículo 21 que “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”, acentúa la fragilidad de la prohibición del velo integral.

1.2 LA EFECTIVIDAD DE UNA PROHIBICIÓN GENERAL DEL VELO INTEGRAL SERÍA, POR OTRA PARTE, DUDOSA.

Si se procediera a una prohibición del uso del velo integral con la base del principio de dignidad, eventualmente combinado con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, esta solo podría aplicarse, considerando las dificultades jurídicas

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

detectadas, a los menores o a las personas obligadas a llevar el velo integral. Ahora bien, al margen de que se pueda dudar de la efectividad de una medida de sanción dirigida a personas obligadas a desconocer una prohibición, el control efectivo del ámbito de esta prohibición sería delicado. La identificación de menores daría lugar a controles difíciles de efectuar y a fuentes de tensión, diversas según las características concretas de cada atuendo.

Una prohibición del uso del velo integral corre el riesgo igualmente de presentar dificultades de comprensión por parte de las personas de confesión musulmana, en nuestro país y en el extranjero, y podría tener la paradójica consecuencia de amplificar el fenómeno o de exacerbar ciertas tensiones. Por otro lado, una prohibición limitada al velo integral sería difícil de asumir jurídicamente y podría dar lugar a estrategias de “rodeo”, especialmente con el uso de accesorios o prendas de “sustitución” (pasamontañas, máscaras, etc.) que debilitarían considerablemente la utilidad y la efectividad de la medida respecto del objetivo perseguido.

Las consistentes dudas que se ciernen acerca de los fundamentos posibles y los riesgos jurídicos que se aprecian, así como el riesgo de estigmatizar a las personas de religión musulmana que viven en Francia, conducen a descartar la prohibición del velo integral y a examinar la cuestión planteada, bajo el ángulo, más amplio, de la disimulación de la cara, sea por cualquier atuendo o accesorio.

2. LA PROHIBICIÓN BAJO TODAS SUS FORMAS DE LA DISIMULACIÓN VOLUNTARIA DE LA CARA EN EL CONJUNTO DEL ESPACIO PÚBLICO NO PUEDE SER PLANTEADA SIN DUDAS JURÍDICAS

El velo integral, sea cual fuere el significado que se le atribuya, constituye un acto de disimulación de la cara entre otros. Independientemente de su sentido propio y de los valores de los que pretende ser portador, su función “disimuladora” y el carácter intencional de la disimulación nos llevan a la cuestión de la licitud del uso, en el espacio público de vestimentas o accesorios que tienen por objeto sustraer la cara de una persona a la vista de otros (cascos, máscaras, pasamontañas, prendas diversas...)

2.1. UNA PROHIBICIÓN DE LA DISIMULACIÓN DE LA CARA SUPONDRÍA UNA LESIÓN, NO TAN CLARA PERO EN CUALQUIER CASO NO MENOS REAL, DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Es conveniente observar que la restricción de derechos y libertades estaría circunscrita al uso de una prenda o un accesorio, sea el que fuere, que cubra una parte del cuerpo que no está normalmente cubierta en nuestra sociedad. Tal uso puede ser, especialmente si se impone a una persona, en sí mismo lesivo de sus derechos y libertades.

2.1.1. Un cuestionamiento de la libertad personal que puede afectar al derecho al respeto a la vida privada.

No existiendo una “libertad de vestir según su gusto”, protegida por disposiciones constitucionales o infraconstitucionales, una prohibición en este sentido afectaría a la libertad personal, protegida por el artículo 4 de la Declaración de 1789 al igual que ocurre con otras libertades que no tienen una referencia textual particular (libertad contractual: CC n° 437-132 de 16 de enero de 1982; libertad de empresa: CC, n° 81-132 DC de 16 de enero de 1982...)

Por otra parte, podría invocarse el derecho al respeto de la vida privada que se deduce tanto de esta Declaración como del artículo 8 de la CEDH. Pero su aplicación sería limitada ya que la prohibición no se plantea sobre el domicilio y los lugares privados.

2.1.2. Un cuestionamiento indirecto de otros derechos y libertades constitucional e normativamente garantizados

Una medida prohibitiva aplicable sobre todo atuendo o accesorio que disimule la cara no estaría a resguardo de críticas basadas en otros derechos y libertades garantizadas por la Constitución, la CEDH y el Derecho de la UE.

Estos son los casos, en particular, de la libertad de circulación, en la medida en que la prohibición limitaría las posibilidades de desplazamiento de las personas que deseen ir ataviadas de forma permanente con una máscara, de la libertad de comercio y de industria, cuando la disimulación de la cara sea necesaria para el ejercicio de una actividad profesional, incluso, en ciertos supuestos, de la libertad de manifestar sus opiniones en la vía pública, así como del conjunto de derechos sociales garantizados por el Preámbulo de 1946 y del principio de accesibilidad del servicio universal garantizado por la Unión Europea, en tanto que esta medida tuviera por efecto impedir a los afectados el acceso de determinados servicios o a determinadas prestaciones. Sin embargo, la lesión sería indirecta, limitada a una modalidad particular de circulación y de acceso y susceptible de ser considerablemente matizada por excepciones adecuadas.

La libertad de manifestar convicciones, sobre todo religiosas, protegida por el artículo 10 de la Declaración de 1789 y el artículo 9 del Convenio Europeo, combinado, si procede, con el artículo 14 relativo a las discriminaciones, podría igualmente ser invocada como apoyo de una demanda, en la medida en que el disimulo de la cara constituye un modo de expresión de convicciones religiosas o filosóficas (Cfr, TEDH, 23 de febrero de 2010, Ahmet Arslan c./ Turquie, n° 41135/98; el Tribunal concluyó que no había injerencia en la libertad religiosa por el hecho de que llevar barba por el requirente no fue reivindicado como expresión de una creencia religiosa: TEDH, 24 de mayo de 2005, Tig c./ Turquie, n° 8165/03). Por otro lado, el artículo 2 del Protocolo Adicional n° 1 ampara el derecho de los padres de a que los hijos reciban una educación conforme con sus convicciones filosóficas o religiosas, lo que podría, en su caso, implicar comportamientos

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

relativos a la vestimenta, incluso si, tal y como ha señalado anteriormente, el interés superior del niño debe protegerse frente al abuso de esta libertad.

En cualquier caso, la lesión sería indirecta. El artículo 9 del Convenio Europeo “no garantiza siempre el derecho a comportarse siguiendo los dictados de una confesión” (TEDH, 2 de octubre de 2001, Pichon et Sajous c./ France, nº 49853/99) y no confiere a los individuos el derecho a sustraerse a reglas generales que se consideran justificadas (TEDH, 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin, nº 44774/98). El Tribunal ejerce un control menos férreo cuando se encuentra frente a una “ley prima facie neutra”, analizando si existe una necesidad social que se pueda considerar justificatoria de que la regla general ceda frente a la libertad religiosa (TEDH, 12 de diciembre de 2002, Sofianopoulos c./ Grecia, nº 1977/02: “el Documento Nacional de Identidad no puede considerarse como un medio de asegurar a los fieles de cualquier confesión o religión el derecho a ejercer o manifestar su religión”). Por otro lado, incluso si pueden producirse incidencias en relación con las prácticas religiosas, una regla aplicable a todas presenta menos flancos a quienes critican estas previsiones.

Estas lesiones indirectas deben conciliarse con los objetivos de una medida de prohibición del encubrimiento voluntario de la cara.

2.1.3 Justificaciones admitidas por la jurisprudencia constitucional y ordinaria

El Consejo constitucional admite que se pueda limitar la libertad (en sentido amplio) por razones de “interés público” o “interés general” (“resulta de las disposiciones del artículo 4 de la Declaración de 1789, interpretadas sistemáticamente con los artículos 36 y 66 de la Constitución, que corresponde al legislador determinar, teniendo en cuenta el interés público, las condiciones de ejercicio de la libertad”, Sentencia del CC, nº 86-216 DC de 3 de septiembre de 1986; “el legislador puede, para preservar el interés general, exceptuar el principio de libertad contractual, que se deriva del artículo 4 de la Declaración de 1789”: CC, nº 2006-543 DC de 30 de noviembre de 2006). En la misma lógica, y puesto que el artículo 5 de la Declaración de 1789 establece que “la ley solo tiene el derecho de defender a la sociedad de acciones perjudiciales”, el Consejo ha señalado que la limitación de la acumulación de mandatos representativos se justificaba por el único dato de que “no permitía a su titular ejercerlos de manera satisfactoria” (CC, nº 2000-426 de 30 de marzo de 2000).

En cualquier caso, tratándose de la libertad de manifestar sus convicciones, el artículo 10 de la Declaración de 1789 se revela más estricto, al menos formalmente, ya que no permite se vea lesionada salvo en los casos en los que dicha manifestación afectara al “orden público establecido por la ley”. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es particularmente sensible a las consideraciones ligadas al orden público, y de ello da testimonio la Sentencia de 23 febrero de 2010 antes citada (“No se deduce del Informe que los requirentes representaran una amenaza para el orden público o que hayan hecho acto de proselitismo ejerciendo presiones abusivas sobre quienes concurrían a la reunión”, pudiendo ligarse esta

última consideración a la tranquilidad pública).

El único fundamento posible sería, pues, el orden público, al que cabe dar una acepción más o menos amplia.

El orden público tiene, efectivamente, una dimensión “material” que incluye los tres componentes tradicionales que son la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas. Esta tríada, consagrada tanto por el juez de lo contencioso-administrativo como por el juez constitucional (CC, nº 2003-467, DC, 13 de marzo de 2003, ley para la seguridad interior, F.J 61) sobre la base de los poderes de policía municipal hoy reconocidos en el artículo L. 2212-2 del Código General de Colectividades Territoriales, se deriva igualmente de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyos artículos 8 a 10 consideran, entre los motivos susceptibles de justificar limitaciones a los derechos y deberes que protegen, la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de la salud.

En virtud de la jurisprudencia constitucional también se ha de considerar, en este sentido, una finalidad particular que sería la de la lucha contra el fraude, que puede implicar la lucha contra el enmascaramiento de personas con el objeto de proveer a su identificación (CC, nº 2007-557 DC, 15 de noviembre de 2007)

El orden público tiene asimismo una dimensión “no material” de implica en lo esencial:

- la moralidad pública –a veces cualificada como “buen orden”- considerada no de manera general sino en función de circunstancias locales particulares:
- y el respeto de la dignidad de la persona, tal y como ha sido deducido por la jurisprudencia.

En definitiva, el orden público podría considerarse como una noción que presenta una cierta autonomía y un contenido propio, esto es, la base mínima de exigencias recíprocas y de garantías esenciales de la vida en sociedad.

A continuación es necesario examinar si el orden público, en cualquiera de estas acepciones, es suficiente base para apoyar en él una medida prohibitiva del ocultamiento total o parcial de la cara en el espacio público.

2.2 EL ORDEN PÚBLICO NO MATERIAL NO PUEDE POR SI SOLO CONSTITUIR UN FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA UNA PROHIBICIÓN GENERAL

El orden público no material (moralidad pública y respeto de la dignidad de la persona) si bien tiene un contenido específico reconocido por la jurisprudencia, tal y como ha sido señalado, no tiene la misma consistencia jurídica que el orden público material, y no podría legitimar una medida prohibitiva de toda disimulación voluntaria de la cara, desde el punto y hora que ésta no supone, en principio, un carácter “inmoral” en el sentido que a este término le da la jurisprudencia. En cuanto a la hipótesis de que este disimulo atentaría por sí mismo a la dignidad de la

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

persona, además de ser discutible nos remite a la difícil cuestión de saber si una persona puede, lícitamente, y por propia voluntad, adoptar un comportamiento contrario a su propia dignidad en una sociedad como la nuestra. Tal y como se ha subrayado anteriormente, esta cuestión ha recibido respuestas jurisdiccionales diversas, tanto desde el punto de vista de las normas nacionales como si estimamos los principios protegidos por el CEDH.

Desde este punto de vista, el ocultamiento de la cara no es un acto cuyo contenido sea comparable a la exhibición sexual sancionada por el artículo 222-32 del Código Penal, comportamiento que se estima que agrede por naturaleza a las personas que se ven expuestas a él, en especial a lo menores. Por otra parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa está ejerciendo un control más estricto sobre las autoridades de policía que regulan la vestimenta por motivos de buen orden. La decisión del Consejo de Estado admitiendo la prohibición de prendas de baño en el centro de la ciudad como contrarias a la “decencia” es muy antigua (CE, Sect. 30 de mayo de 1930, Beaugé) y no hay ninguna confirmación reciente (cfr. para una de los ejemplos más recientes, Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1960, Jauffret, a propósito de “lugares de corrupción que alteran la moralidad pública y, por ello, generadores de una lesión del orden público”) Es más, ha sido explícitamente invalidada por una sentencia, ciertamente aislada, de un tribunal de lo contencioso que supone una manifestación de una cierta evolución de las costumbres (cfr TA Montpellier, 18 de diciembre de 2007, Bauer n° 053863, señalando que “no se deduce del informe que llevar una determinada prenda de baño o el torso desnudo en la vía pública pueda dar lugar a disturbios materiales serios en el municipio de la Grande Motte; que en ausencia de circunstancias locales especiales, la mera alegación del carácter inmoral propio de estos atuendos no puede justificar jurídicamente su prohibición”).

Por el contrario, el orden público no material puede amparar una prohibición basándose en que incide en el orden público material (cfr. infra). Así lo acredita la medida cautelar del Consejo de Estado de 5 de enero de 2007, *Ministre d’Etat, ministre de l’intérieur et de l’aménagement du territoire c./ Association « Solidarité des français »* (n° 300311), en el asunto denominado « sopa de cerdo » (« la sentencia recurrida toma en consideración los riesgos de reacciones que se pueden suscitar frente a lo que aparenta ser una demostración susceptible de lesionar la dignidad de las personas que se ven privadas del seguro, capaz, capaz, por ello de genera alteraciones del orden público”) en una lectura confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 16 de junio de 2009, *Association Solidarité des Français*, n° 26787/07, decisión de inadmisión).

2.3 UNA PROHIBICIÓN GENERAL DEL OCULTAMIENTO DE LA CARA EN LOS LUGARES PÚBLICOS SOLO PUEDE DESCANSAR EN UNA CONCEPCIÓN NOVEDOSA DEL ORDEN PÚBLICO, QUE NO SE CORRESPONDE CON LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL Y QUE ES, POR LO TANTO, JURÍDICAMENTE PRECARIA.

2.3.1. Una concepción sin precedentes en derecho.

- Una definición jurídicamente inédita del orden público.

Los diferentes componentes tradicionales enumerados con anterioridad no agotan necesariamente la noción del orden público en todas sus acepciones jurídicas, que nunca ha sido objeto de una definición exhaustiva. Puede incluso parecer que este concepto, hasta la actualidad definido en el seno de un conjunto de derechos y obligaciones concreto, con un contenido diferente dependiente del campo jurídico al que se aplique (derecho público, derecho civil, derecho del trabajo, derecho internacional público, derecho internacional privado) tiene una existencia autónoma, y que sus diferentes elementos no pueden ser abordados por los jueces sino es con ocasión de las diferentes lesiones que pueda sufrir.

De acuerdo con esto, se puede mantener que el orden público ha de considerarse una base mínima de exigencias recíprocas y de garantías esenciales de la vida en sociedad, que, como por ejemplo el respeto del pluralismo, son fundamentales por el modo en que condicionan el ejercicio de otras libertades y que permiten actuar, si es que es necesario, contra los efectos de ciertos actos voluntarios. Estas exigencias fundamentales del contrato social, implícitas y permanentes, podrían implicar en nuestra República, que cuando un individuo esté en un lugar público (considerado éste con amplitud como aquel lugar en el que puede coincidir con otro de manera fortuita) no pueda ni renunciar a su pertenencia a la sociedad, ni admitir que se deniegue tal pertenencia, ocultando su cara a otro con el objetivo de impedir todo reconocimiento. Por otro lado, estas mismas exigencias implicarían la prohibición de portar elementos simbólicos que se consideran contrarios al principio de igualdad.

Además de que su contenido varíe en función de las ramas del derecho a las que se refiere, también cabe señalar que el orden público afecta a los elementos esenciales de la vida en sociedad y, por consiguiente, a la base común de exigencias y de garantías. Esta concepción, jurídicamente inédita del orden público podría encontrar una confirmación tanto en el artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que señala que “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley”, como en el concepto de “fraternidad” que figura en la divisa republicana pero que nunca ha sido objeto de ningún desarrollo jurídico. En este sentido cabe leer las sentencias del Consejo Constitucional 93-325 de 13 de agosto de 1993 sobre la ley relativa al control de la inmigración y a las condiciones de entrada, acogida y estancia de los extranjeros en Francia, y nº 99-419 DC de 9 de noviembre de 1999 relativa a la ley sobre el pacto civil de solidaridad. En la primera de estas decisiones y tras haber recordado que el derecho de los extranjeros que residen en Francia de forma estable y regular a tener una vida familiar normal “implica que estos extranjeros tengan atribuida la capacidad de reunir en torno a ellos a sus cónyuges y a sus hijos menores, siempre considerando las restricciones operativas por razón de orden público y de protección de la seguridad pública, restricciones que son objetivos constitucionales”, el Consejo Constitucional ha

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

estimado que “las condiciones de una vida familiar normal son las prevalentes en Francia, que es el país de acogida, y que entre éstas no está la poligamia”. En la segunda de estas sentencias, el Consejo constitucional ha considerado que el nuevo artículo 515-3 del Código Civil “pretende asegurar el respeto a las reglas de orden público que regulan la vida social, entre las cuales se cuenta la prohibición del incesto”. Es conveniente destacar que las conductas a las que nos referimos no son de la misma naturaleza que el ocultamiento de la cara en el espacio público, desde el punto de vista de que se refieren a las relaciones íntimas entre las personas, y, por tanto, al mismo orden social.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional se refiere regularmente al interés general, que encuentra un eco en la definición de orden público que aquí contemplamos. De ello podemos deducir así la referencia a una base común y mínima de exigencias de la vida en sociedad.

Una concepción de carácter formal como ésta conduciría, de una manera inédita, a aceptar una definición “positiva” del orden público concebido no sólo como “defensa” contra los abusos que provienen de un ejercicio ilimitado de las libertades sino como una base de exigencias fundamentales que garanticen su ejercicio. Tal base constituiría el único fundamento que podría justificar una prohibición del ocultamiento de la cara que impidiera el reconocimiento de la persona. E igualmente se deduciría de la afirmación de un derecho a la igual pertenencia de todas y cada una de las personas al cuerpo social.

- Una solución arriesgada en el estado actual del derecho.

No obstante, es necesario señalar que esta concepción del orden público, a la que han prestado su atención los trabajos de la Asamblea Nacional, no ha sido nunca pergeñada ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, y no encuentra eco en los sistemas jurídicos de los estados de nuestro entorno. Esta concepción, por tanto, podría ser contestada tanto por motivos constitucionales como por su posible incompatibilidad con disposiciones de carácter ordinario. En efecto, las referencias la orden público en la jurisprudencia constitucional remiten casi sistemáticamente a sus elementos tradicionales.

En especial, podemos subrayar que muy recientemente, en una sentencia de 25 de febrero de 2010, el Consejo Constitucional, con ocasión de la ley relativa a la violencia en grupo, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la articulación entre orden público y respeto de la vida privada, señalando que el legislador “debe, en particular, asegurar la conciliación entre el respeto de la vida privada y otras exigencias constitucionales como la captura de los autores de las infracciones y la prevención de lesiones al orden público, necesarias las dos para la garantía de los derechos y principios de valor constitucional”. En el caso en cuestión, el Consejo estimó que el legislador “no llevó a cabo la conciliación necesaria entre las exigencias constitucionales señaladas” y que “por consiguiente no asumió la amplitud de su competencia al respecto”.

El Consejo Constitucional ha confirmado así su concepción tradicional del orden público.

El Consejo de Estado no puede por ello recomendar un cambio tan profundo de un ordenamiento jurídico como el nuestro, un cambio que puede dar lugar a aplicaciones potenciales muy difíciles de precisar por anticipado.

Estas exigencias fundamentales de la vida en sociedad, como fue señalado por la comisión parlamentaria, podrían haber sido establecidas por una resolución solemne en el marco del artículo 34-1 de la Constitución en el tenor adoptado por la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, que hubiera incluido los elementos constitutivos del contrato social en los términos que hubiera considerado el órgano representativo.

2.3.2. Un campo prohibitivo amplio, excepciones numerosas y difíciles de definir.

Si en cualquier caso se mantuviera un fundamento como el que nos ocupa, solo podría conducir a una prohibición general del ocultamiento de la cara, en todos los espacios públicos, que podrían ser definidos de forma positiva –todos aquellos lugares accesibles al público, en los que una persona puede cruzarse fortuitamente con otro- o negativamente – cualquier lugar que no sea el domicilio privado en sentido estricto. El mismo fundamento podría mantenerse para sancionar a los autores de presiones o incitaciones para el ocultamiento de la cara. Desde el punto de vista de su efectividad, una prohibición como ésta parecería a priori más simple de controlar que una prohibición local o parcial.

Pero una prohibición general en los espacios públicos plantea la cuestión de las excepciones que deberían contemplarse, excepciones que difícilmente podrían dar cuenta de la totalidad de las hipótesis en las que el ocultamiento de la cara podría o debería ser autorizado, bien porque fueran demasiado escasas (las excepciones), bien porque siendo demasiadas pudieran dar lugar a sortear la prohibición.

Al menos deberían considerarse las excepciones siguientes (justificadas, sobre todo, por otras consideraciones de orden público, en su vertiente material, o por el respeto a la libertad religiosa):

- Motivos de salud pública: así se incluirían las mascarillas de protección (para enfermedades, para el personal sanitario, para las personas que se han de proteger de un riesgo de contagio viral), las bufandas y otros accesorios para el frío.
- Motivos de seguridad personal: se hace referencia aquí a los cascos de moto, los cascos integrales de protección (obreros, empresas de seguridad), así como los cascos de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o los equipamientos necesarios para la práctica de ciertos deportes.
- Las manifestaciones culturales y festivas que son una tradición local o nacional: en esta categoría habría que incluir los disfraces en los carnavales u otras

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

festividades, en ciertos lugares como los parques de atracciones o en representaciones teatrales u operísticas, entre otras.

- La protección de la vida privada que puede llevar a personalidades públicas o mediáticas a protegerse frente a los paparazzi
- Y, por último, la del respeto a los lugares de culto. Prohibir el uso de elementos que disimulen la cara en estos lugares, sea cual sea el culto al que se destinen, seguramente supondría desde el punto de vista jurídico, una injerencia desproporcionada desde el punto de vista de los objetivos perseguidos. El público que entra en los lugares de culto no puede exigir a los fieles que se presten a cumplir una medida concebida como una garantía de cohesión social en el espacio público. Una prohibición como ésta sería prácticamente de imposible cumplimiento salvo que se alterara aun más gravemente el orden público. Por otra parte, esta excepción no podría operar en los alrededores de los lugares de culto, que son espacios públicos y que pueden ser frecuentados por cualquier persona, independientemente de la cercanía del lugar de culto.

Pero, más allá de estas dudas, y tal y como se ha señalado, la opción por esta concepción del orden público no puede aconsejarse, considerando el estado actual de la jurisprudencia constitucional, a menos que se quiera arrostrar a la prohibición general del ocultamiento de la cara en el espacio público a un serio riesgo de rechazo por parte del Consejo Constitucional, que tendría por objeto reforzar la posición de las personas que llevan a cabo estas prácticas.

2.4 LA SEGURIDAD PÚBLICA, INTEGRANTE DEL ORDEN PÚBLICO MATERIAL PODRÍA SER UN FUNDAMENTO MUY SÓLIDO PARA UNA PROHIBICIÓN DEL OCULTAMIENTO DE LA CARA, PERO ÚNICAMENTE EN CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES.

Dos de los integrantes tradicionales del orden público material son manifiestamente incapaces de permitir una medida de prohibición: la salubridad pública, en general, e incluso la tranquilidad pública. Ciertamente esta última podría no descartarse enteramente en la medida en que el disimulo de la cara puede suscitar una molestia social y perturbar las relaciones entre los individuos. Pero, en nuestra tradición jurídica, este concepto pretende reaccionar contra contaminaciones por el ruido y otras molestias que tengan directa y concretamente por objeto perturbar la tranquilidad ambiental, lo que no concurre cuando se lleva una máscara si no hay presiones o un proselitismo excesivo. El recurso a una acepción enteramente subjetiva de la tranquilidad pública para prohibir una práctica de enmascaramiento del rostro sería expresiva de una visión de la sociedad cargada de incertidumbres que, además de inquietante, adolecería de coherencia jurídica.

Por todo ello, y en el marco de los dispositivos normativos existentes (Cfr. I:1.2), solo consideraciones de seguridad pública, que incluyan, como se ha señalado de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la captura de autores de infracciones y la lucha contra el fraude (CC, nº 2007-557 DC, 15 de noviembre de 2007) podrían fundar una medida prohibitiva como la que se plantea.

2.4.1. Un fundamento que hay que conciliar con otras exigencias jurídicas.

El ocultamiento de la cara constituye un riesgo potencial para la seguridad en la medida en que hace más difícil la prevención de ataques al orden público y la represión inmediata de los actos que lo perturben, sobre todo en los casos de flagrante delito.

No obstante, la garantía del orden público, incluida la seguridad pública que forma parte de él, no puede justificar cualquier restricción a los derechos y libertades constitucional e infraconstitucionalmente garantizados. Debe de asegurarse un equilibrio entre estas exigencias diferentes, bajo el control de los jueces que son los garantes de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos que les son sometidos a su juicio. Necesariamente han de considerarse cuatro exigencias:

1/ En primer lugar, las restricciones a los derechos y libertades deben justificarse por la existencia de alteraciones del orden público o una probabilidad suficientemente fuerte de que estas alteraciones se produzcan. De la jurisprudencia contencioso-administrativa se deduce una reticencia a considerar que un riesgo virtual o no demostrado en virtud, por ejemplo, “del principio de precaución”, pueda justificar una prohibición (cfr. sobre la legalidad de los decretos que declaran en estado de urgencia a la vista de alteraciones efectivamente constatadas: CE, Asamblea, 24 de marzo de 2006, Rolin y Boisvert, nº 286834; a propósito de antenas de telefonía móvil: CE, 29 de octubre de 2003, Ayuntamiento de Saint-Cyr-l’Ecole, nº 258245: confirmación de una ordenanza de urgencia que suspendía una medida de policía municipal; CE, 2 de julio de 2008, Sociedad francesa de radioteléfono, nº 310548, medida provisional: suspensión de una decisión municipal referida a la instalación de antenas repetidoras en base a que el alcalde no podía invocar ni sus poderes de policía general, en ausencia de riesgos graves y probados para la salud pública, ni el principio de precaución). El juez constitucional se ha ocupado igualmente con atención de la certeza o la probabilidad de perturbaciones del orden público que han de prevenirse. A propósito del artículo 78-2 del Código de Enjuiciamiento Criminal que permitía a los oficiales de la policía judicial realizar controles de identidad para prevenir “una alteración del orden público, en especial de las personas y los bienes”, sea cual fuera la conducta de la persona controlada, el Consejo Constitucional admitió su conformidad con la Constitución a condición de que el control estuviera motivado por circunstancias particulares que acreditaran el riesgo de alteración del orden público (CC, nº 93-323 DC 5 de agosto de 1993, ley relativa a los controles de verificación de identidad). El propio Consejo recordó que “la práctica generalizada y discrecional de controles de identidad sería incompatible con el respeto de la libertad individual”. Igualmente consideró válida la disposición que permitía al Prefecto prohibir que se llevaran o se transportaran objetos que pudieran utilizarse como arma destacando que esta facultad quedaba limitada a aquellos casos en los que las circunstancias hicieran temer que se produjeran alteraciones graves del orden público, siempre que la medida quedara circunscrita a las manifestaciones y a sus áreas de proximidad inmediata “salvo circunstancias excepcionales” (CC, nº 94-352, DC de 18 de enero de 1995)

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

El TEDH también ha tenido la ocasión de prestar gran atención a la existencia o a la probabilidad de alteraciones del orden público (TEDH, 23 de febrero de 2010, Ahmet Arslan c./ Turquía). En particular esta jurisprudencia se centra en verificar si la injerencia de la autoridad pública es “necesaria en una sociedad democrática” y si “responde a una necesidad social imperiosa”. Aunque deje un importante margen de apreciación a los Estados, el control ejercido por el TEDH es a veces particularmente incisivo (cfr. por ejemplo, TEDH, 29 de junio de 2006, Öllinger c./Austria, nº 76900/01, § 49, en la que el Tribunal lleva a cabo un balance minucioso de los intereses en presencia antes de concluir que concurrió una violación del artículo 11 a consecuencia de la prohibición de una contra-manifestación convocada en protesta contra una reunión de antiguos oficiales de la SS en un cementerio el día de Todos los Santos).

Finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige también que las restricciones que se planteen a las libertades comunitarias en nombre del orden público estén justificadas por la “existencia de una amenaza que sea real y de una cierta gravedad que afecte a un interés fundamental de la sociedad (TJUE, 27 de octubre de 1977, Boucherau, nº 30/77, parágrafos 33-35, confirmado por la Sentencia Comisión contra Alemania de 21 de enero de 2010 C-546/07)

2/ En segundo lugar, el juez exige que la afectación de los derechos y libertades que suponen las medidas de policía sea proporcionada y reducida a lo necesario para la preservación del orden público, teniendo en cuenta las circunstancias locales. Las medidas no deben ser excesivas en su campo de aplicación material, personal y geográfico, ni en sus efectos. El Consejo Constitucional, por su parte, viene recordando que “corresponde al legislador asegurar la conciliación entre, de una parte, el ejercicio de libertades constitucionalmente garantizadas, y, de otra, la prevención de alteraciones del orden público y, sobre todo, las posibles lesiones a la seguridad de las personas y a los bienes que se consideran objetivos de valor constitucional” (CC, nº 94-352 DC, 18 de enero de 1995), debiendo la ley asegurar a este respecto una conciliación que no sea “manifiestamente desequilibrada” entre estas exigencias diferentes (nº 2003-467 DC, 13 de marzo de 2003, ley de seguridad interior). El TEDH examina igualmente si la injerencia de las autoridades públicas en los derechos y libertades protegidos no es desproporcionada a la vista de los imperativos del orden público enumerados por el Convenio Europeo. En este sentido, el Tribunal ha manifestado que el Estado puede “limitar la manifestación de manifestar una religión, por ejemplo, el uso del foulard islámico, si el ejercicio de esta libertad condiciona el objetivo que supone la protección de los derechos y libertades de otros, el orden y la seguridad (TEDH, 13 de febrero de 2003, Refah Partisi y otros c./ Turquía, nº 41340/98, § 92).

La seguridad pública no puede, pues, justificar que a toda persona se le imponga llevar la cara descubierta en todo momento y en todo lugar. El campo de aplicación espacial de la prohibición del encubrimiento voluntario de la cara no puede, pues, incluir lugares, como las zonas aisladas, en los que la seguridad pública no esta realmente en juego. Más allá de estos casos, que no presentan dificultades, no es fácil determinar a priori los sectores o las circunstancias en las cuales la cara debería

estar imperativamente descubierta bajo pena de sanción en caso de contravención. El decreto de 19 de junio de 2009 relativo a la tipificación del encubrimiento ilícito de la cara en las manifestaciones en la vía pública, actualmente pendiente de enjuiciamiento en la sección de lo contencioso del Consejo de Estado, nos da cuenta de esta problemática.

3/ En tercer lugar, el juez, en particular, el juez constitucional, atribuye constantemente gran importancia a las garantías con las que se han de combinar las medidas prohibitivas. La sentencia de 25 de febrero de 2010 relativa a la ley que intensifica la lucha contra la violencia de grupos y la protección de personas que llevan a cabo funciones públicas es una muy reciente muestra de lo que se señala: la transmisión a los servicios de policía y a la gendarmería nacional, así como a la policía municipal de imágenes captadas por sistemas de videovigilancia en lugares no abiertos al público de edificios residenciales es contraria a la Constitución, en tanto que no provee las garantías necesarias para la protección de la vida privada de las personas que se encuentran en estos lugares, menoscabando el marco jurídico de la videovigilancia previsto por el artículo 10 de la ley de 21 de enero de 1995.

4/ Finalmente, es conveniente prestar atención a las especificidades del control llevado a cabo por el TEDH. Al margen de que proceda a una interpretación autónoma de los términos del Convenio Europeo, lo que puede llevarle a no compartir el análisis de las jurisdicciones nacionales, lo cierto es que enriquece tradicionalmente su control incorporando tanto elementos contextuales que no son con los que normalmente opera el juez nacional, tales como los compromisos internacionales que acreditan una protección particular del derecho o de la libertad de que se trate (incluso cuando estos compromisos no hayan sido ratificados por el Estado en cuestión) como la posible existencia de un “consenso europeo” sobre la cuestión sobre la que tiene que decidir. Por otro lado, como muestra el precedente Leyla Sahin, esta jurisprudencia concede una importancia particular a las especificidades de cada estado (a la vista de sus tradiciones, de su cultura y de los valores fundamentales sobre los que descansa la sociedad que, en el caso de Turquía, es una laicidad contestada recurrentemente)

2.4.2. Un campo de aplicación necesariamente restringido desde el punto de vista de los lugares afectados.

1/A la vista de las diferentes exigencias que se acaban de enumerar, resulta que una regla que prohíba el ocultamiento de la cara en todo el espacio público sería muy precaria jurídicamente.

En primer lugar, estas conductas, hasta el momento, no han causado alteraciones ciertas o particularmente agudas a la seguridad pública, si se exceptúan a los autores de delitos tales como robo a mano armada, cuya cara sólo se cubre puntualmente. De esta manera, y aunque no sea una cuestión a descuidar, el enmascaramiento de la cara no representa hoy un problema comprobado. Una prohibición general descansaría pues en una lógica artificialmente preventiva, que como tal, jamás ha sido admitida por la jurisprudencia.

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

En segundo lugar, no es sencillo identificar las garantías que deberían acompañarse a la prohibición del enmascaramiento de la cara en el espacio público para que no se viera afectada la libertad personal.

En tercer lugar, si nos referimos a la posible contestación por vía de recurso ante los tribunales europeos, no existe a día de hoy consenso sobre la cuestión en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, tal y como ha sido ya señalado. Por otro lado, Francia no presenta ninguna especificidad que pudiera llevar al Tribunal a relajar su control.

Finalmente, se plantea la cuestión de eventuales excepciones que se puedan alegar a una prohibición basada en la seguridad pública. Teniendo en cuenta el carácter restrictivo e imperativo de este motivo, solo profundas consideraciones ligadas a la salud personal o a la seguridad profesional deberían admitirse. Si proyectamos la prohibición sobre todo el espacio público, se corre, pues, el riesgo de incidir excesivamente en las libertades, en especial, la libertad de circulación, de quienes llevan la cara correctamente enmascarada. El Consejo de Estado considera por consiguiente que, si bien la seguridad pública puede constituir uno de los fundamentos de una medida prohibitiva, no puede, por el contrario, justificar una medida que abarque todo el espacio público.

2/ En lugar de una intervención tan amplia, el Consejo de estado se ha planteado la posibilidad de apoyarse en el marco jurídico de la videovigilancia (artículos 10 y 10-1 de la ley de 21 de enero de 1995 y los textos reglamentarios que la desarrollan) para establecer una medida de prohibición del enmascaramiento de la cara en las zonas en las que actúan estos dispositivos.

Efectivamente, la instalación de cámaras de videovigilancia esta supeditada a que se dicte una autorización del Prefecto y no puede actuar nada más que en las áreas expuestas a amenazas a la seguridad pública. Así, una de las condiciones para la eficacia de estos sistemas se refiere precisamente a la posibilidad que ofrecen a las autoridades que las llevan a cabo y los agentes que examinan las imágenes, de identificar a los individuos que aparecen en ellas. Los progresos tecnológicos en la materia, en especial la mejora en la calidad de los videos, y los que nos esperan, en particular, la integración de la biometría entre estos dispositivos, refuerzan la relevancia de esta problemática. En estas condiciones, el enmascaramiento voluntario de la cara podría estimarse como una práctica que tiene por objeto escapar a los sistemas de videovigilancia. En tanto que la conformidad de esta legislación con la Constitución no ha sido contestada por el Consejo Constitucional (CC., nº 94-352 DC, de 18 de enero de 1995), nos podemos preguntar si no se puede deducir de ella una prohibición del ocultamiento de la cara en todas las zonas “videovigiladas”, lo que, sin alcanzar al espacio público, nos llevaría a una prohibición de muy amplio espectro.

No obstante, esto se enfrenta a numerosos obstáculos:

- En primer lugar, no es satisfactorio deducir de la existencia de un mero instrumento de política de seguridad pública una regla general de prohibición de una práctica que le reduce la efectividad. En efecto, el campo prohibitivo se extendería a medida que el marco jurídico de la videovigilancia se flexibilizara (Cfr. en este sentido el Proyecto de Ley de seguridad interior que se está examinando en el Parlamento) y a medida que las autoridades competentes, públicas o privadas, decidieran (o se vieran obligados a) colocar nuevas cámaras.
- En segundo lugar, la naturaleza de los dos regímenes es fundamentalmente diferente, en particular en cuanto a sus efectos, lo que dificulta que sus campos de aplicación coincidan. Así, si el campo de la prohibición del enmascaramiento de la cara se superpusiera al de los dispositivos de videovigilancia, que cada vez se despliegan en mayor medida, nos surgirían dudas sobre el carácter necesario y proporcionado de una prohibición de este calado.
- En tercer lugar, si bien los lugares vigilados deben estar indicados al público en las condiciones previstas por el artículo 13-1 del decreto nº96-926 de 17 de octubre de 1996 relativo a la videovigilancia, las modalidades de esta indicación no aportan a los ciudadanos una información suficientemente precisa para garantizarles un conocimiento claro de la amplitud de la obligación de “quitarse el velo” que implicaría.
- Finalmente, esta opción supondría una forma de “puntillismo” administrativo o penal de consecuencias inciertas. Si la multiplicidad de zonas en las que se declarara la prohibición no condujera a que las personas, por razones prácticas, espontáneamente dejaran de enmascarar su cara, la norma se arriesgaría a ser inaplicada. Se puede temer, a este respecto, que tanto en la zona colocada bajo vigilancia como en sus alrededores puedan darse lugar a importantes contenciosos: la separación entre las zonas “vigiladas” y las que no lo son sería difícil de establecer incluso para los agentes que velan por el cumplimiento de la normativa legal o reglamentaria.

Es importante también señalar que los lugares o las zonas de afluencia pueden estar expuestos a amenazas para la seguridad pública (mercados, paseos frecuentados, ciertos transportes públicos...) sin ser objeto de una videovigilancia, ya porque la autoridad competente ha decidido no recurrir a este dispositivo, ya porque estos emplazamientos no se encuentran dentro del campo de aplicación de la ley de 21 de enero de 1995. Por lo que se refiere a estos últimos, es posible instalar un dispositivo de videovigilancia si concurre, llegado el caso, una declaración en este sentido de la Comisión nacional de informática y libertades y, en los “lugares privados”, conforme al artículo 226-1 del Código Penal. Pero en cualquier caso, no es jurídicamente pertinente hacer depender el ámbito de una prohibición, especialmente si lleva aparejada una sanción penal, de la decisión espontánea que una persona adopte en orden a la instalación de uno de estos dispositivos.

3/ El Consejo de Estado deduce de ello que la seguridad pública podría solamente legitimar una prohibición del enmascaramiento de la cara en los lugares expuestos a un riesgo suficientemente probado de alteración del orden público. A este respecto, el nivel prefectural parece ser el llamado, dentro del respeto de las competencias de

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

las autoridades municipales. El Prefecto está, en efecto, en situación de considerar tanto las zonas o los lugares cuya área sobrepasen los límites municipales, puede asegurar la mayor coherencia de las condiciones en las que ha de operar la prohibición y evaluar mejor las incidencias de tales previsiones normativas, apoyándose en los análisis de los servicios estatales que se sitúan bajo su competencia.

Por el contrario, el Consejo de Estado descarta una prohibición uniforme y general que encontrara su justificación en la combinación de los diferentes argumentos examinados. Todo régimen prohibitivo debe apoyarse, en efecto, en una justificación específica, lo que impide que se invoquen supuestos fundamentos complementarios o parcialmente intercambiables.

III- VARIAS MEDIDAS PUEDEN, SIN EMBARGO, PLANTEARSE PARA ARMONIZAR Y, EN SU CASO, REFORZAR EL ÁMBITO DE LA PROHIBICIÓN DEL ENMASCARAMIENTO DE LA CARA SEA CUAL SEA LA FORMA QUE ADOPTE.

El Consejo de Estado ha examinado diferentes medidas que podrían amparar prohibiciones parciales del enmascaramiento de la cara con el fundamento de la seguridad pública o de necesidades propias del funcionamiento de ciertos servicios. Si se siguiera esta deriva, sería conveniente, no obstante, a la vista de las exigencias anteriormente señaladas, que la suma de estas prohibiciones no suponga una prohibición general, ni por efecto de las disposiciones legislativas o reglamentarias que pudieran ser adoptadas, ni por el mero ejercicio de los poderes de policía de las autoridades competentes.

1. UNA LEY PODRÍA PREVER LA OBLIGACIÓN DE MANTENER DESCUBIERTA LA CARA EN CIERTOS LUGARES ABIERTOS AL PÚBLICO CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS O LA NATURALEZA DE LOS LUGARES ASÍ LO EXIGIERAN.

La opinión del Consejo de Estado es finalmente que si se opta por recurrir a la ley, las disposiciones más amplias, las más efectivas y las más seguras desde el punto de vista jurídico se integrarían en un doble dispositivo.

1/ El primer tipo de prohibición procedería de la exigencia de seguridad pública precedentemente analizado.

De una parte, las autoridades de policía tendrían reconocida expresamente, en el ejercicio de sus poderes de policía general, la posibilidad de imponer a toda persona que su cara permaneciera descubierta, en circunstancias determinadas, con el objeto de prevenir alteraciones del orden público, especialmente en atención a la seguridad de bienes y de personas. Estas disposiciones se refieren tanto al Prefecto, en el ejercicio de las competencias que le corresponden según el artículo L.2215-1 del Código General de Colectividades Territoriales, en particular para dictar una medida de policía cuyo ámbito de aplicación exceda del territorio de un municipio, como al

Alcalde, de acuerdo con sus competencias según el artículo L. 2212-2 del mismo Código. Sin ser innovador, este reconocimiento legislativo daría un fundamento sólido y coherente a las prohibiciones adoptadas por este motivo. En cualquier caso, es conveniente observar que el ejercicio por el Alcalde de sus poderes en materia de policía general podría dar lugar a diferentes apreciaciones que se aplicarían a situaciones similares.

De otro lado, en la medida en que los poderes de policía general no tienen la vocación de ejercerse en todos los lugares abiertos al público, el texto podría abrir al Prefecto la posibilidad, en el ejercicio de unos poderes de policía especial, de prohibir el enmascaramiento de la cara, en estos lugares y en circunstancias determinadas, más allá de los poderes generales que se derivan del artículo 2215-1 del Código General de Colectividades Territoriales. Esta policía especial completaría las competencias del Prefecto en el marco de sus poderes de policía general y sería necesariamente considerada por las autoridades de policía municipal. Este dispositivo tendría especialmente vocación de ser aplicado en los lugares privados particularmente expuestos a riesgos para la seguridad, como ciertos comercios (joyerías, bancos...) o en caso de acontecimientos sometidos a altos riesgos (ciertos eventos deportivos, conferencias internacionales...)

2/ La segunda obligación que se plantea, vinculada al objetivo constitucional de la lucha contra el fraude, tendría que ver con el reconocimiento necesario de la persona en ciertos lugares, lo que a su vez se vincula con las necesidades de funcionamiento de ciertos servicios públicos, o con la aplicación de disposiciones que comportan restricciones o tratamientos diferenciados en función de la identidad o la edad.

Se trataría de prescribir la obligación de descubrir la cara:

1. Cuando la entrada y la circulación en ciertos lugares, teniendo en cuenta su naturaleza o las exigencias vinculadas al buen funcionamiento de los servicios públicos, requieren verificaciones relativas a la identidad o a la edad. En estos lugares, que podrían ser definidos por vía legislativa o reglamentaria según los casos, la obligación sería permanente. Sobre todo cabe pensar en los juzgados y tribunales, en los colegios electorales, en los ayuntamientos para las ceremonias de matrimonio y los actos relativos al estado civil, en la recogida de niños a la salida de la escuela, en los lugares en los que se presta asistencia médica u hospitalarias, o también en los lugares en los que se celebran concursos, oposiciones o exámenes (incluidas las aulas universitarias)
2. Cuando la prestación de ciertos bienes o servicios impongan la identificación de los individuos, y por consiguiente, la obligación de descubrir su cara (compra de productos cuya venta está prohibida a los menores de una edad, o que obligan, por el medio de pago empleado, a una identificación)

Una medida como ésta sugiere a los poderes públicos que lleven a cabo una reflexión más amplia sobre las hipótesis en las que parecería oportuno prever la obligación de descubrir la cara, remitiendo la ley a otras fuentes la determinación de los lugares o las situaciones en los que podría aplicarse tal

prescripción.

Esta legislación constituiría así un marco de referencia establecido por la representación nacional que permitiría afirmar principios de comportamiento claros dirigidos a los numerosos responsables (públicos y privados) de establecimientos abiertos al público (cines, establecimientos nocturnos, dispensadores de bebidas y de tabaco...). Sería la sistematización de lo que actualmente resulta de un conjunto de disposiciones dispersas, prácticas o instrucciones (CFR. I)

Por el contrario, no parece jurídicamente necesario extender el contenido de la ley a las relaciones de trabajo en los centros laborales, ya que el empleador dispone actualmente de medios jurídicos para prohibir, si lo considera necesario para el funcionamiento de su empresa o de su establecimiento, el enmascaramiento de la cara.

3/ Las excepciones tendrán un contenido diferente según el fundamento de la prohibición.

En todos los casos, será obligado plantearse con cuidado la concurrencia de ciertas excepciones, relativas a razones suficientemente imperiosas de salud o de seguridad personal (mascarillas en caso de epidemia, cascos de protección...) que se derivarían de disposiciones reglamentarias generales.

Por otro lado, las disposiciones de policía de las autoridades prefecturales o municipales podrían igualmente tomar en cuenta, a la vista de las circunstancias particulares, las manifestaciones culturales o festivas, especialmente aquellas que son costumbres locales.

2. LAS SANCIONES DEBERÍAN INCIDIR PARTICULARMENTE SOBRE LOS AUTORES DE PRESIONES O QUE INCITEN AL ENMASCARAMIENTO DE LA CARA.

El establecimiento de una prohibición del enmascaramiento de la cara debería venir completado con un mecanismo de sanción. Estas sanciones deberían ser más fuertes en relación con la persona que obligara o que presionara a otra a enmascarar su rostro. Por otro lado, y tratándose de estas personas, no habría que hacer distinciones entre los lugares concernidos desde el momento en que lo que es punible no es la práctica en sí misma sino la amenaza, la violencia, la presión, el abuso de poder o de autoridad.

Las sanciones que se planteen deberían, como en todas las sanciones penales, respetar los principios de legalidad de los delitos y las penas, lo que supone una definición suficientemente clara y precisa de las infracciones, de la necesidad, de la proporcionalidad y finalmente de la personalidad y del carácter individual de las penas.

2.1. NO RESPETAR LA PROHIBICIÓN DEL ENMASCARAMIENTO DE LA CARA PODRÍA DAR LUGAR A UN NUEVO TIPO DE SANCIÓN

El Consejo de Estado descarta, considerando la naturaleza de la prohibición y el objetivo perseguido por el legislador, la tipificación de un delito. A la vista de los principios de proporcionalidad y de necesidad, esta tipificación sería, en efecto, excesiva y no respondería a la exigencia pedagógica que debe acompañar respecto de las personas afectadas la instauración de la prohibición.

Si parece necesario, en cambio, establecer una sanción lo que nos conduce al problema de su naturaleza. Se plantean dos hipótesis, la segunda de las cuales parece preferible.

- la primera consiste en establecer una sanción clásica (pena de multa a la que se añade, según los casos, una pena complementaria como, por ejemplo, un curso de ciudadanía). Se podría también plantear, en función de las exigencias de la identificación y de la seguridad, una pena de multa que el reglamento podría concretar dentro del límite establecido por la ley. En todo caso, es necesario subrayar que, pese a su aparente simplicidad, una sanción de este tipo no se ajustaría necesariamente a la naturaleza de la infracción y al objetivo perseguido. Además de estigmatizante, actuaría de forma desigual en función de los ingresos de las personas afectadas –severa para unos y prácticamente irrelevante para otros- y tendría un contenido pedagógico limitado.
- La segunda hipótesis llevaría al establecimiento de una nueva categoría de sanción que consistiría en la obligación de conversar con un representante de una asociación de mediación o de participar en las actuaciones de esta asociación durante un tiempo limitado. Se trataría, en otros términos, de una obligación de mediación social. Las asociaciones en cuestión serían, sobre todo, asociaciones comprometidas, según la naturaleza del enmascaramiento de la cara sancionado, en la promoción y la defensa de los derechos de las mujeres (en el caso de uso prohibido del velo integral) o en la prevención de la delincuencia de menores (en los casos de enmascaramiento de la cara por un menor autor de infracciones penales). La pena sería una pena complementaria o alternativa que correspondería fijar al juez en función de las circunstancias de cada caso.

Esta pena sería conforme al principio de proporcionalidad y permitiría responder también a la imperiosa necesidad de personalizar la sanción a la vista de los motivos por los que se haya ocultado la cara, de su contexto o de las eventuales presiones que hayan podido concurrir. Únicamente el rechazo de esta sanción daría lugar a una pena ordinaria de multa cuyo montante sería más elevado en el caso de reincidencia.

2.2. EL HECHO DE PRESIONAR A OTRA PERSONA A ENMASCARAR SU CARA PODRÍA SER SANCIONADO CON MÁS DUREZA.

El principio de proporcionalidad exigiría que la sanción fuera más severa cuando los menores están implicados y en caso de reincidencia.

INFORME RELATIVO A LAS POSIBILIDADES JURÍDICAS
DE PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL
(TRADUCCIÓN DE ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ)

El Consejo de Estado estima necesario considerar los riesgos de presión para que la cara sea encubierta al margen del círculo conyugal y familiar y perseguir penalmente esta presión. Señalemos a este respecto que existen numerosos delitos referidos a las presiones o a incitaciones específicas, al margen de las disposiciones generales ya expuestas. Este es el caso, por ejemplo, del acoso sexual (art. 222-33 del Código Penal), de la inducción a un levantamiento armado (art. 431-6), de la inducción al suicidio (art. 223-13) o de la publicidad a favor de productos, objetos o métodos susceptibles de provocar la muerte (art. 223-14), así como de la inducción a la rebelión (art. 433-10)

Sea cual fuere el contenido de la prohibición del enmascaramiento de la cara, e incluso, en ausencia de una prohibición de este calado, el hecho de imponer a una persona o a una categoría de personas el ocultamiento de la cara en los lugares públicos en función de su pertenencia a una categoría de personas determinada especialmente por su sexo, sus costumbres, sus convicciones filosóficas, políticas o religiosas reales o supuestas, a través de amenazas, violencia, presión, abuso de poder o abuso de autoridad podría ser el objeto de persecución específica.

Esta nueva infracción permitiría así sancionar a las personas que, sin resultar directamente inquietados por la penalización del enmascaramiento de la cara, obligan a las personas de su entorno o a otros a adoptar tal comportamiento, en especial a los que tienen la patria potestad sobre los menores.

3. FORMAS DE ACTUACIÓN

Sería indispensable recurrir a la ley por tres razones:

- De una parte, la creación de una categoría particular de sanciones alternativas aplicables a las faltas está reservada a la ley, aunque los elementos constitutivos de una falta concreta deban fijarse por Decreto (cfr. por ejemplo, la sentencia CC., nº 2009-590 DC de 22 de octubre a propósito de la ley relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet)
- De otro lado, si sólo se crea una falta, materia reglamentaria por naturaleza, nos podemos preguntar si una prohibición tan amplia e intensa de las formas tan diversas que puede presentar el enmascaramiento voluntario del rostro no afecta a las reglas relativas a las garantías fundamentales otorgadas a los ciudadanos para el ejercicio de sus libertades públicas, y, en menor medida, al derecho de propiedad y a la libertad de comercio y de industria, en el sentido del artículo 34 de la Constitución. Efectivamente, el Consejo Constitucional estima que en virtud de esta disposición, “corresponde al legislador llevar a cabo la conciliación necesaria entre el respeto de las libertades y la garantía del orden público sin la que el ejercicio de las libertades no podría garantizarse” (CC., nº 85-187 DC de 25 de enero 1985, FJ 3; CC., nº 2003-467 DC de 13 de marzo de 2003).
- Finalmente, la sanción atribuida a los autores de presiones para que otra persona oculte su rostro está también reservada a la ley.

Así tenemos que corresponde a la ley establecer la regla prohibitiva y las excepciones que procedan así como, en su caso, la creación de una categoría particular de penas, el régimen de las penas alternativas que se han planteado y las penas que correspondan a los “instigadores”. Correspondería a la potestad reglamentaria definir concretamente el tipo de infracción y la pena correspondiente.

Por otra parte, teniendo en cuenta la naturaleza de la prohibición –ya se base en la seguridad pública o en la necesidad de identificación- y del carácter pedagógico que le corresponde, la ley que establezca la prohibición debería prever una entrada en vigor diferida, de tres o seis meses, por ejemplo.

Una resolución parlamentaria previa de carácter solemne podría, por otra parte, servir para anticipar la prohibición así como para asegurar la comprensión general de la medida, una vez difundida ampliamente.

Finalmente, por lo que se refiere a su aplicación en el territorio de la República, las disposiciones referidas anteriormente tendrían plena aplicación en los Departamentos de Ultramar y en Mayotte.

El Consejo de Estado se ha planteado la legalidad de su aplicación a la Polinesia francesa y a Nueva Caledonia tendiendo en cuenta la distribución competencial entre el Estado y las entidades locales. Considera que las reglas transversales como las que se proponen afectan a las garantías de las libertades públicas, a la seguridad y al orden público y que vienen acompañadas de penas, lo que supone que estén reservadas al Estado.

Por otra parte, para mayor seguridad jurídica, puesto que se trata de disposiciones de carácter legislativo que no pueden considerarse “ley de soberanía”, una medida de extensión específica debe establecerse para determinar su aplicabilidad en la Polinesia Francesa, Nueva Caledonia y Wallis y Futura.