

FRAGMENTACIÓN  
DEL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS:  
EL PROBLEMA  
DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN FRANCIA

FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL  
HUMAN RIGHTS LAW:  
THE PROBLEM OF RELIGIOUS SYMBOLS  
IN FRANCE

*Rodrigo Céspedes\**

*Resumen*

Se examinan las decisiones relativas a los símbolos religiosos en el espacio público en Francia, incluyendo la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU. A propósito de este problema, se analiza el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, con el cual se combinan aspectos legales sustantivos y procedimentales.

Palabras clave: símbolos religiosos, fragmentación, Corte Europea de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de la ONU.

*Abstract*

This work examines decisions concerning religious symbols in the public space in France, including the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. At the same time, it examines the phenomenon of fragmentation of international human rights law, combining substantive and procedural legal aspects.

Keywords: religious symbols, fragmentation, European Court of Human Rights, UN Human Rights Committee.

\* Researcher, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), CURED. Artículo recibido el 12 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com

*I. Introducción:  
El problema de los símbolos religiosos  
y la fragmentación del derecho internacional*

El asunto de los símbolos religiosos en Europa es un tema candente. Ha habido un extenso debate sobre los crucifijos en lugares públicos y las diferentes formas del velo islámico. El carácter interdisciplinario y complejo de la discusión implica la cultura, el género y la dicotomía público/privado. Ha habido varias iniciativas legislativas en algunos países europeos que pretenden prohibir el uso de símbolos religiosos en general y esconder el rostro en particular<sup>1</sup>. La mayoría de las veces esta prohibición repercute las prácticas religiosas islámicas. La Ley francesa de 2010 que prohíbe el velo integral, *burka* o *nikab*<sup>2</sup> (loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public) se considera ampliamente como la prohibición más severa de Europa, la que fue considerada legítima por los tribunales franceses<sup>3</sup>. En otros Estados, tales prohibiciones solo se aplican en el contexto de asambleas públicas, protestas y manifestaciones (por ejemplo, Noruega, Suecia, Austria y Dinamarca) o en casos en los que la identificación es esencial (Alemania). En la mayoría de estos países, se trata de meras infracciones castigadas con una multa baja<sup>4</sup>.

El derecho internacional de los derechos humanos es una rama vasta, relativamente moderna, que incluye una infinidad de aspectos. Se puede distinguir una parte general (constituida por el Bill of Rights Internacional como la Declaración Internacional de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). El segundo, es competencia del Comité de Derechos Humanos (en adelante, el Comité) y el tercero del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

---

<sup>1</sup> Sobre el asunto véase Emmanuelle BRIBOSIA, and Isabelle RORIVE, "Le voile à l'école: une Europe divisée", pp. 941-973 y Dominic MCGOLDRICK, *Human rights and religion: The Islamic headscarf debate in Europe*.

<sup>2</sup> El *burka* es una prenda islámica que cubre el cuerpo y la cara por completo, con una rejilla para los ojos, mayormente utilizado en Afganistán. El *nikab* es un velo que cubre el rostro y se usa por algunas mujeres musulmanas en países del golfo Pérsico y el norte de África.

<sup>3</sup> Bélgica aprobó un proyecto de ley similar al de Francia en 2011. En 2012, el Tribunal de Casación belga declaró que la prohibición no violaba los derechos humanos, lo que fue confirmada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el 2017 en *Dakir con Bélgica*, App. 4619/12 y *Belcacemi & Oussar con Bélgica*, App. 37798/13.

<sup>4</sup> Desde antiguo han existido normas antiemascaramiento, sin embargo, actualmente ha habido muchas iniciativas legislativas que buscan impedir que las personas oculten sus rostros, para no ser identificados, al margen de las prácticas religiosa, gatillado por las protestas masivas en todo el globo.

ambos de la ONU (que tienen competencia para resolver peticiones individuales por la ratificaciones de protocolos adicionales). Además, el derecho internacional de los derechos humanos está constituido por subramas especializadas, como los derechos de la mujer (supervisados por el Comité ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU), del niño (supervisado por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU), etc. Estos comités, a través de protocolos facultativos, pueden decidir peticiones individuales de ciudadanos de los Estados miembros. Asimismo, coexisten con tribunales regionales para la protección de los derechos humanos como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o el Tribunal). Se vive en una sociedad global y, como consecuencia, existe interacción entre los niveles internacional, regional y nacional. Las diferentes áreas en derecho internacional se intercalan (por ejemplo, derecho penal internacional y derecho humanitario), los regímenes regionales de derechos humanos coexisten con los internacionales y, por ende, las competencias de los tribunales internacionales y regionales se superponen. El problema asociado a esta interacción se denomina fragmentación: muchos regímenes pretenden regular la misma situación. Si esos regímenes jurídicos son aplicados por diversos organismos internacionales o regionales, es posible que se llegue a decisiones contradictorias, ya que, potencialmente, son varios los entes encargados de decidir las controversias. Este fenómeno puede generar problemas de cosa juzgada y litispendencia.

Este asunto no solo es teórico, y ya se ha dado en la práctica. El problema de los símbolos religiosos, en particular los islámicos, ha sido abordado por los tribunales regionales (la Corte Europea de Derechos Humanos) y los órganos quasijudiciales internacionales (el Comité de Derechos Humanos de la ONU). Ambos entes han decidido controversias con resultados contradictorios relativas a la Ley sobre Laicidad y Prohibición de Símbolos Religiosos Visibles en las Escuelas (Loi n. 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics) y la Ley que Prohíbe el Uso del Velo Integral en los Espacios Públicos (Loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public). El caso francés es interesante porque su ordenamiento jurídico tiene una característica notoria: la laicidad<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Es un término francés sinónimo de 'secularismo'. Según este, se veta la participación de entes religiosos en asuntos de Estado, especialmente la influencia religiosa en la determinación de las políticas públicas. También prohíbe la participación del gobierno en

Esto, unido a la doctrina del margen de apreciación de la Corte Europea de Derechos Humanos dará una perspectiva única del resultado de la fragmentación y de los distintos efectos que puede originar la aplicación del test de proporcionalidad. Si bien este trabajo se centra en Francia, se ilustrarán algunos puntos con jurisprudencia europea comparada.

## *II. Los símbolos religiosos en la escuela*

La Ley Francesa sobre Laicidad y Símbolos Religiosos Visibles en las Escuelas (en adelante Ley n.º 2004-228), prohíbe llevar símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas francesas. Esta norma se aprobó, después de un extenso debate, por el Parlamento francés en 2004. La Ley no menciona ningún símbolo religioso en particular y, por lo tanto, prohíbe los signos cristianos (cruces), musulmanes (velo), sikhs (turbante), judíos (*kippah*) y otros signos religiosos. Para muchos esta ley estaba, no sin cierta malicia, destinada más a prohibir el uso del velo, considerado por muchos musulmanes como una prenda de vestir obligatoria de la fe islámica. Es decir, una suerte de facto-discriminación indirecta. En efecto, la ley estadísticamente afecta de modo desproporcionado a las mujeres musulmanas, ya que los cristianos, por ejemplo, rara vez usan cruces de gran tamaño (y siempre pueden esconderse bajo la ropa). Esta prohibición legal ha sido impugnada ante la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU con resultados dispares. Se expondrán los hechos, la decisión con un comentario de los aspectos más relevantes, poniendo énfasis en aspectos procesales, a veces descuidados por la doctrina en este tipo de casos.

### *1. AKTAS CON FRANCIA (2009)<sup>6</sup>:*

#### *LA TRADICIÓN JURÍDICA Y LAS NORMAS LEGISLATIVAS EMANADAS DE LOS ENTES DE REPRESENTACIÓN POPULAR*

Los demandantes eran los padres de varias niñas musulmanas, que vestían el velo islámico y varios niños sikh, que portaban turbantes<sup>7</sup>. Los

---

los asuntos religiosos, y prohíbe además la influencia del gobierno en la determinación de una religión de Estado, permitiendo una amplia libertad religiosa. La norma fundamental es la ley francesa de 1905 sobre la separación de las Iglesias y el Estado.

<sup>6</sup> App. 43563/08. Véase también Tekin (2003), App. 41556/98; Sahin (2005), App. 44774/98; Köse (2006), App. 26625/02; Dogru & Kervanci (2008), Apps. 27058/05 y Osmanoglu & Kocabas (2017), App. 29086/12.

<sup>7</sup> El sijismo es una religión monoteísta de la India que se originó en la región del Punjab alrededor del siglo xv. Para esta fe, cortar el vello de cualquier parte del cuerpo

directores de la escuela consideraron que las vestimentas religiosas en cuestión vulneraban la prohibición legal de los símbolos religiosos claramente visibles. Cuando los estudiantes se negaron a cumplir la orden de las autoridades escolares, los profesores les negaron el acceso al aula. Después de un periodo de diálogo con las familias, las juntas disciplinarias de las escuelas decidieron expulsarlos por incumplimiento del *Código de Educación*, modificado por la ley en cuestión. Los estudiantes impugnaron la decisión en los tribunales administrativos, pero fueron declarados inadmisibles incluso ante el Consejo de Estado. Levaron su caso a la Corte Europea de Derechos Humanos reclamando la violación de la libertad de religión, su derecho a la educación y el derecho a no ser discriminados.

La Corte declaró la inadmisibilidad de las peticiones, ya que la ley francesa es, en opinión del tribunal, una interferencia legítima con la libertad religiosa de los estudiantes; por lo tanto, no había violación del artículo 9 de la Convención. La prohibición era, según la Corte, proporcionada y acorde con el objetivo perseguido por la legislación: protección del orden público y los derechos de los demás. Por lo tanto, diferentes puntos de vista sobre los símbolos religiosos en el plano público, como el laicismo francés, son igualmente razonables dentro de los límites que una sociedad democrática puede prescribir. Desde una mirada histórica, Francia ha sido secular y vinculada por tradición al laicismo, uno de sus fundamentales principios constitucionales (artículo 2.1) y un principio compatible con los valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de la expulsión de los estudiantes, que también se consideró proporcional por el tribunal, el derecho a la educación no fue conculcado porque los expulsados tenían acceso razonable a escuelas privadas, aprendizaje a distancia y educación en el hogar. Según la Corte, sus convicciones religiosas fueron respetadas y la interferencia estatal en sus derechos fue incidental, no afectó el núcleo de su derecho a la educación. Este caso sigue las decisiones relacionadas con Turquía<sup>8</sup> en la medida en que

---

está prohibido. Los creyentes llevan el pelo sin cortar, generalmente atado y envuelto en un turbante. Además, portan un *kirpan*, una daga ceremonial. Estos dos últimos aspectos han generado problemas legales en varios países.

<sup>8</sup> Leyla Sahin con Turquía, *op. cit.*, es el caso más emblemático. Una estudiante de medicina que impugnó una ley turca que prohíbe llevar el velo islámico en universidades y otras instituciones educativas y estatales. El tribunal confirmó la ley turca por dieciséis votos contra uno. El tribunal estuvo de acuerdo con el gobierno turco en que la medida impugnada persigue principalmente objetivos legítimos para proteger los derechos y libertades de los demás y para mantener el orden público. En las sociedades democráticas en las que coexisten varias religiones, se deben imponer restricciones a la manifestación de la religión para conciliar los intereses de los diferentes grupos y garantizar que se respeten las creencias de todos. También resalta el hecho de que Turquía tiene una larga tradición de secularismo que permea todo su sistema jurídico.

los hechos y el razonamiento jurídico son bastante similares. El tribunal destacó que existe un amplio margen de apreciación en los enfoques estatales de este tipo de asuntos.

Como se afirmaba en la introducción, ha habido un largo debate sobre la indumentaria islámica en Europa. El carácter interdisciplinario y complejo del debate se relaciona con la cultura, el género y la dicotomía público/privado. Este caso incluye la indumentaria islámica, pero las mujeres musulmanas no son las únicas afectadas por la prohibición. De hecho, hay estudiantes sikh masculinos entre los reclamantes.

La jurisprudencia nacional sobre los símbolos religiosos y la discriminación en la escuela está bastante extendida en Europa, no solo entre los estudiantes, sino, también, entre los profesores<sup>9</sup>. La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre algunos casos de símbolos religiosos y códigos de vestimenta escolar que involucran a dos países seculares: Francia y Turquía. *Aktas* es una de las sentencias más controvertidas al respecto. El laicismo, como tradición jurídica característica de Francia, parece alterar el equilibrio de la balanza dando diferente “peso” a los diversos intereses en conflicto. Este caso es también un muy buen ejemplo sobre cómo funciona la doctrina del margen de apreciación en Europa. El tribunal apreció en su decisión la tradición jurídica interna, el principio del laicismo francés, con el fin de otorgar deferencia a la legislación y las decisiones de los tribunales de Francia. En el caso de Turquía y Francia, el laicismo es un principio esencial que impregna todo su sistema jurídico. Es natural, entonces, que este principio permee la legislación y las decisiones de sus tribunales. La Corte Europea de Derechos Humanos estimó, entonces, que era aceptable una prohibición de esa magnitud considerando la cultura jurídica francesa. Para declarar la inadmisibilidad de las reclamaciones, el tribunal recurrió al margen de apreciación como forma de otorgar a los Estados miembros la facultad discrecional de elegir un espectro relativamente amplio de medidas posibles, que restringen los derechos convencionales. En estos casos se aplica la doctrina antes mencionada; la Corte decide que las autoridades nacionales están en mejores condiciones de tomar una decisión (debido a su contacto con la situación y el conocimiento de los hechos) y se le concede lata deferencia. La proporcionalidad entre las medidas adoptadas, el objetivo legítimo perseguido,

---

<sup>9</sup> En *Dahlab con Suiza* (2001), App. 42393/98, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó la potestad de la administración escolar a exigir a una profesora de escuela pública, que se había convertido recientemente al Islam, que se quitara el velo musulmán, dado que se trataba de un “poderoso símbolo externo” que podía “influir” en los niños (párrafo 1).

la protección de los derechos de los demás y la intensidad de la injerencia en el derecho constituyen la parte principal del razonamiento. Además, las restricciones tenían como fundamentos jurídicos la protección del orden público y los derechos de los demás, categorías válidas para limitar las libertades convencionales. El tribunal no solo estaba decidiendo sobre la “convencionalidad” de una decisión judicial o administrativa, sino que, también, se pronunciaba sobre la compatibilidad del convenio con una ley de la república, emanada de un Parlamento formado por representantes elegidos de forma democrática que encarnan la “general voluntad” (la voluntad générale). La Corte se enfrenta con el dilema antimayoritario: la revisión judicial de actos legislativos que cuentan con amplio apoyo popular. Como sugiere el concepto, algunos ven un problema respecto a la potestad de los tribunales, más aún una Corte de carácter internacional, para invalidar leyes que reflejen la voluntad de la mayoría, socavando la soberanía popular y la división de poderes. Para muchos, los tribunales protegen contra la tiranía de la mayoría. El punto es si una Corte internacional tiene la legitimidad y el poder para hacer una declaración de esa magnitud<sup>10</sup>.

Uno de los primeros casos que aplicó esta doctrina fue *Handyside con el Reino Unido* (1976)<sup>11</sup>. En esta decisión, el tribunal explicó que la naturaleza del convenio es algo subordinado a los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. En consecuencia, el margen de apreciación se considera como un reconocimiento de la soberanía de los

---

<sup>10</sup> Quizá el caso más paradigmático es el de los minaretes en Suiza. Frente a prohibiciones urbanísticas locales, organizaciones islámicas impugnaron con éxito en los tribunales suizos, incluyendo la Corte Constitucional Federal. Una prohibición legislativa en el ámbito nacional fue desechada por el Parlamento. Frente a esto, utilizando herramientas de democracia directa, los ciudadanos juntaron firmas para prohibir constitucionalmente la construcción de minaretes. Contra todo pronóstico, la prohibición alcanzó la doble mayoría requerida, popular y cantonal, y se introdujo una enmienda en la carta fundamental federal. La Corte Europea de Derechos Humanos, en 2011, en los casos *Ouardiri* (2011), App. 65840/09 y *Ligue des musulmans de Suisse* (2011), App. 66274/09, declaró inadmisibles las reclamaciones sólo por aspectos formales (falta de legitimación procesal) sin analizar el mérito.

<sup>11</sup> App. 5493/72, conocido también como *The Little Red Schoolbook case*, sobre la prohibición de un libro danés de educación sexual para alumnos de primaria, que era bastante explícito. El hecho de que el libro haya sido bien recibido en otros países europeos constituyó una base para la impugnación. Sin embargo, la Corte permitió la limitación a la libertad de expresión. Sostuvo que no era posible encontrar en el derecho interno de los Estados partes una concepción uniforme de la moral social. Las leyes respectivas, varían legítimamente según tiempo y espacio. Las autoridades nacionales están en principio “en una mejor posición que el juez internacional para opinar” sobre la necesidad de una restricción a un derecho fundamental o la sanción en caso de infracción (párrafo 48).

Estados (en especial si la medida es tomada por un Parlamento nacional electo a través de los mecanismos democráticos). Sin embargo, la Corte tiende a intervenir solo en casos de clara intrusión en el núcleo irreductible de los derechos en los que la soberanía nacional es abusiva de forma manifiesta. El artículo 17 de la convención reconoce la teoría del abuso del derecho de manera general como una restricción amplia del ejercicio injusto de los derechos individuales y del poder estatal. La mayoría de los sistemas jurídicos reconocen poderes y privilegios estatales, algunos de ellos con considerable discreción. La idea del abuso del poder público también está presente en los casos en que se enseñan doctrinas religiosas específicas en las escuelas estatales (Folgero con Noruega (2008)<sup>12</sup>, por ejemplo). En esas sentencias, el abuso de poder está representado por la prohibición del adoctrinamiento del Estado.

## 2. SINGH CON FRANCIA (2012)<sup>13</sup>:

### LA ILEGITIMIDAD DE LAS PROHIBICIONES GENERALES Y ABSTRACTAS

El mismo caso fue llevado al Comité de Derechos de la ONU, el que falló lo opuesto, declarando que Francia violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. A un estudiante de origen indio de la fe sikh se le permitió vestir turbante dentro del recinto escolar. El uso del turbante es un precepto religioso obligatorio en el sijismo y estaba ligado a la identidad de un creyente. Después de un diálogo entre la comunidad sikh, el demandante llegó a la escuela con un pequeño turbante, el *keski*, como una solución de compromiso. No obstante, el director de su escuela prohibió formalmente al demandante entrar en el aula y pasó el caso a la junta disciplinaria, que expulsó al estudiante porque violó la ley al “manifestar su afiliación religiosa de una manera visible”. La decisión del director fue confirmada por el rector de la autoridad educativa regional. El demandante solicitó una revisión judicial de la decisión hasta llegar al Consejo de Estado, el tribunal administrativo más alto del país. El Consejo confirmó su expulsión basada en el principio constitucional del laicismo y sostuvo que la restricción a la libertad religiosa en este caso era proporcional al objetivo de la norma. El estudiante continuó su educación a través del aprendizaje

<sup>12</sup> App. 15472/02. La Corte declara ilegítima la enseñanza estatal de un curso de cultura religiosa que, aunque planteado en términos neutrales, se focalizaba en gran medida en el cristianismo. El Estado debe transmitir este tipo de conocimiento de manera objetiva, crítica y plural. Por consiguiente, tiene prohibido adoctrinar y debe respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

<sup>13</sup> Comunicación n.º 1852/2008. Véase, también, Hudoyberganova con Uzbekistan (2005), comunicación n.º 931/2000



a distancia e impugnó la decisión en el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Alegó que había sido objeto de un trato discriminatorio debido a su religión y origen étnico, violando los artículos 2, 17, 18 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Las restricciones a sus libertades eran, en su opinión, desproporcionadas, afectando a su núcleo, y no estaban justificadas en hechos objetivos, ya que no había pruebas de que estuviera afectando los derechos de otros estudiantes o generando tensión social. El demandante se sentía degradado sin su turbante con una sensación de deshonor y traición a su fe. En su opinión, la prohibición ha tenido el efecto de humillar y alienar a ciertas minorías. Finalmente, la infracción de sus derechos tuvo consecuencias en extremo graves: su expulsión.

El gobierno alegó que la separación entre la Iglesia y el Estado (el laicismo francés) permitió históricamente que personas de diversas religiones coexistieran de forma pacífica, preservando al mismo tiempo la neutralidad del dominio público. Todas las creencias estaban protegidas, porque las únicas restricciones a las prácticas religiosas son las impuestas por las leyes que se aplican por igual a todos. La Ley 2004-228 fue aprobada por el Parlamento tras un debate democrático nacional, como medio para poner fin a las tensiones y salvaguardar la neutralidad de la educación pública, que es un objetivo legítimo. Además, la prohibición no era absoluta, ya que solo se aplica a los estudiantes de entre seis y dieciocho años, que están inscritos en escuelas estatales, y exclusivamente en las instalaciones de la escuela. La prohibición no se extiende, sin embargo, a símbolos religiosos discretos, como una pequeña cruz, medallones, Estrellas de David o una mano de Fátima. Solo se aplica a los símbolos y prendas de vestir que se usan por una razón religiosa y que muestran esta afiliación como el velo islámico, el *kippah*, cruces de tamaño claramente excesivo y símbolos cuyo carácter religioso se puede deducir del comportamiento del estudiante. La ley no estigmatiza ni favorece a ninguna religión en particular y no contiene listas de símbolos religiosos prohibidos según el gobierno. A los estudiantes suspendidos en virtud de esta ley no se les negó el acceso a la educación porque pueden inscribirse en una escuela privada (se permiten escuelas religiosas en Francia, las que están exentas de la prohibición) o centros de enseñanza a distancia. Por último, la Corte Europea de Derechos Humanos permitió a cada país un margen de apreciación de acuerdo con su tradición cultural y legal.

El Comité de la ONU confirmó la petición del demandante y declaró que Francia infringió el Pacto. Francia, en opinión del Comité, tenía la doble obligación de reparar la injusticia cometida, incluida la compensación adecuada, y de prevenir similares violaciones a los derechos del Pacto en el futuro. El Comité decidió que el gobierno francés no había aportado

evidencia concluyente de que el uso del turbante afectaba a los derechos de otros estudiantes, el orden y la seguridad pública o perturbaba el funcionamiento efectivo de su establecimiento. Entonces, la expulsión no era necesaria porque no había un riesgo real que justificara la restricción de los derechos. Además, el estudiante se vio comprometido y eso no se tuvo debidamente en cuenta. Por otro lado, era evidente que el Estado francés no estaba dispuesto a comprometerse en un diálogo real. El Comité también sostuvo que la expulsión del demandante de una escuela pública era un castigo draconiano, innecesario y desproporcionado, con posibles efectos graves en el derecho a la educación. A diferencia del sikhismo (o el judaísmo o el islam), el cristianismo (la religión mayoritaria en Francia) no requería que se usaran símbolos. Por lo tanto, la ley francesa solo perjudicaba a los sikhs y a los seguidores de otras religiones no cristianas, que requieren que se usen símbolos que la administración escolar y los tribunales administrativos califican de “conspicuos”. Entonces, esa Ley 2004-228, aunque aparente neutralidad, es neutral, de hecho, indirectamente discriminatoria. Este trato diferente no es ni objetivo ni razonable, en opinión del ente de la ONU<sup>14</sup>.

La convivencia en una sociedad conlleva una rica interacción entre los ámbitos internacional, regional y nacional. El problema de los símbolos religiosos, en particular los islámicos, ha sido abordado, como se vio, por los tribunales nacionales, regionales y, también, por los órganos cuasijudiciales internacionales como el Comité de Derechos Humanos de la ONU. El problema asociado a esta interacción es la fragmentación que se produce porque, como ya se ha señalado en la introducción, muchos regímenes jurídicos regulan la misma situación. Si esos regímenes jurídicos son aplicados por organismos internacionales o regionales, es posible tomar decisiones contradictorias: un ejemplo. Algunos países europeos tienen religiones estatales (como Inglaterra) y otros son estrictamente seculares como Turquía y Francia (que acuñó el término ‘*laïcité*’), todos ellos bajo el paraguas del sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos. El laicismo francés es un concepto que denota la separación completa de la Iglesia y el Estado. Francia ha creado cierta tensión religiosa cuando han aplicado con rigurosidad el “muro de separación entre iglesia y Estado”. Todos estos enfoques se hacen eco de la particular tradición cultural y jurídica de esos Estados y de su desarrollo histórico específico. Europa

---

<sup>14</sup> Sobre el caso, véase Emmanuelle BRIBOSIA, Gabrielle CACERES & Isabelle RORIVE, “Les signes religieux au coeur d’un bras de fer entre Genève et Paris; la saga Singh”, pp 495-513 y Titia LOENEN, “In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?”, pp. 47-73.

es multicultural y esos enfoques seculares pueden crear tensión entre las comunidades musulmana, judía y sikh. La Corte Europea de Derechos Humanos ha creado la doctrina del margen de apreciación, que se ha definido como una “esfera de discreción”, “latitud de la deferencia” o como “margen de maniobra” otorgada a los Estados miembros. Esta doctrina permite que países tan diferentes como Italia y Francia se mantengan bajo el mismo sistema regional de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU no considera esa doctrina. Entonces, es bastante natural que ambas decisiones equilibren los derechos en conflicto de una manera diversa. En esta decisión, prevaleció el derecho a la educación y a la libertad religiosa sobre el laicismo francés. Asimismo, destacó la ausencia de pruebas concluyentes que evidenciaran un riesgo o tensión social para restringir de modo válido los derechos del reclamante. No basta, según el Comité, con apelar al orden público para limitar una libertad, el Estado tiene que proporcionar pruebas convincentes de que el orden público está, en efecto, en peligro. El acto administrativo tiene que fundarse en una motivación real. Al mismo tiempo, señaló que las consecuencias eran demasiado graves en relación con la infracción; por lo tanto, había una clara desproporción.

### 3. LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL

En 2011, entró en vigor la prohibición del velo integral en Francia (Loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public), la primera en su clase. La ley fue aprobada por una abrumadora mayoría en el Parlamento. Todo el debate legislativo y público giró sobre asuntos como la inmigración, el nacionalismo, el laicismo, la seguridad pública y la igualdad de género. Los argumentos en favor de la ley incluían los problemas identificación y riesgos de seguridad; además, constituían un obstáculo dentro de una sociedad que se basa en el reconocimiento facial y la expresión para comunicarse. También se estimaba que el mandato religioso de cubrirse los rostros era sexista, ya que solo se impone a las mujeres. Por último, muchos pensaban que los musulmanes deberían asimilarse a las normas sociales francesas. La sanción por contravención consistía en una multa o asistir a la educación de ciudadanía. También sanciona con multa y un año de prisión a cualquiera que obligue (por violencia, amenazas o abuso de poder) a otro a usar velo integral. Estos castigos pueden duplicarse si la víctima es menor de dieciocho años. Una vez más, se tienen dos pronunciamientos contradictorios<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En 2013, el cantón suizo de Ticino votó a favor de la prohibición de los velos faciales en las zonas públicas en un referéndum local. En 2016, Bulgaria y Letonia

### 3.1. S.A.S. con Francia (2014)<sup>16</sup>: Una prohibición válida para poder “vivir juntos”

Una mujer francesa de origen pakistaní (S.A.S.), musulmana devota, fue sancionada por violar la prohibición legal. La decisión la obligaba a asistir a un curso de ciudadanía de dos semanas por portar el velo integral fuera del palacio del Elíseo, lo que hizo como una forma de protesta contra una ley que consideraba injusta. En su opinión, usar el *niqab* era su manera de vivir de acuerdo con sus creencias religiosas, cultura y convicciones personales. La demandante señaló que su objetivo no era molestar a los demás, sino sentirse en paz interior consigo misma. Por último, la litigante también destacó que ni su marido ni ningún otro miembro de su familia la presionaba para que se vistiera de esa manera. El Tribunal de Casación desestimó su petición señalando que la libertad religiosa no es absoluta y puede ser restringida. La limitación de su derecho estaba prescrita por ley, y se consideraba necesaria en una sociedad democrática, ya que esta ley tenía por objetivo garantizar el orden y la seguridad exigiendo a todos, en lugares públicos, que muestren su rostro.

La demandante llevó el asunto a la Corte Europea de Derechos Humanos y alegó que la ley infringía los artículos 3, 9-11 y 14 de la Convención (prohibición contra tratos o penas degradantes; libertad religiosa; libertad de expresión; libertad de reunión e igualdad/no discriminación). El gobierno francés alegó que los derechos de la demandante estaban restringidos de conformidad con los artículos 8-9: prescritos por la ley, necesarios en una sociedad democrática en aras de la seguridad y el orden

---

proscribieron el *burqa* en lugares públicos. En 2017, el uso de un velo integral se declaró ilegal en Austria. En 2018, el Parlamento danés aprobó un proyecto de ley que proscribía el velo integral en lugares públicos. En 2017, la Corte Europea de Justicia decidió que las empresas privadas podían, en justicia, impedir por regulación interna que sus empleados usaran símbolos religiosos visibles, incluido el *hiyab* (Achbita y otro con G4S Secure Solutions [2017] IRLR 466 ECJ). Sin embargo, si la empresa no tiene ninguna política al respecto, un cliente no puede exigir a los empleados que se quiten la prenda religiosa y, consecuentemente, la empresa no debe despedir al trabajador (Bougnaoui y otro con Micropole SA [2017] IRLR 447 ECJ). En 2016, más de veinte municipios franceses prohibieron el uso del *burkini*, un modelo “islámico” de traje de baño.

<sup>16</sup> App. 43835/11. Antes de la promulgación de la ley, el gobierno solicitó la opinión consultiva del Consejo de Estado (decisión de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC) y del Consejo Constitucional (sentencia de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC). El Consejo de Estado publicó un informe sobre la prohibición del velo integral. Destacó que la prohibición del velo integral en general debe limitarse a circunstancias en las que la identificación sea esencial por razones de seguridad u otros objetivos específicos y justificados. El Consejo Constitucional declaró que el proyecto de ley estaba, en general, en consonancia con la Constitución francesa con algunas pocas reservas.

público. Además, Francia reclamó tres motivos adicionales para restringir el derecho a llevar un velo integral:

- 1) igualdad entre hombres y mujeres;
- 2) el respeto de la dignidad humana y
- 3) el respeto de los requisitos mínimos para vivir en sociedad.

El gobierno francés también alegó que la demandante no podía ser considerada una “víctima” en el sentido del artículo 34 de la Convención: la demandante nunca había sido arrestada por la policía. Por consiguiente, no tenía legitimación procesal: no existe *actio popularis* para llevar un caso a la Corte con arreglo al artículo 34 de la Convención.

La Corte decidió por gran mayoría que la prohibición francesa del velo integral no violaba las disposiciones de la Convención sobre el derecho a la intimidad o a la libertad de religión (15/2). La mayoría hizo hincapié en que los Estados tenían un amplio margen de apreciación en casos como este, por lo que las aproximaciones en los diversos Estados democráticos miembros de la Convención pueden diferir de un modo válido. La Corte también estuvo de acuerdo con el argumento de que era necesaria una prohibición del velo integral bajo el argumento de “vivir juntos”<sup>17</sup>. El tribunal desestimó las alegaciones de que la prohibición violaba los artículos 3 y 11 debido a que eran “manifiestamente infundadas”<sup>18</sup>. El tribunal consideró que un reclamante puede ser considerado una víctima si alguien debe modificar su comportamiento para evitar el riesgo de ser imputado, o pertenecía a un grupo en riesgo de ser de lleno afectado por la ley. Entonces, S.A.S. fue una víctima en el sentido del artículo 34 del Convención y, después, tuvo legitimación procesal para litigar. La prohibición del velo integral representaba una intromisión en la libertad religiosa y la privacidad (el tribunal hizo hincapié en el artículo 9, ya que era el núcleo del caso). La prohibición no podía basarse en la seguridad pública, ya que podría abordarse mediante limitaciones más restringidas; por ejemplo, el deber de mostrar la cara para fines de identificación en algunos casos. Además, la Corte constató que el “respeto a la igualdad entre hombres y mujeres” y el “respeto a la dignidad humana” no podían considerarse “protección de los derechos de los demás”<sup>19</sup>. En primer lugar, un Estado miembro no puede hacer un llamamiento a la igualdad de género para prohibir una práctica que es defendida, precisamente, por las mujeres (una suerte de teoría de actos propios). Sin embargo, el tribunal destacó que el “respeto de los requisitos mínimos de vida en la sociedad”, en determinadas circunstancias,

---

<sup>17</sup> Párrafos 56 y 58.

<sup>18</sup> Párrafos 32-33.

<sup>19</sup> Párrafo 48.

puede considerarse la protección “de los derechos de los demás”. Debido a la flexibilidad del concepto de “vivir juntos” (y al riesgo de abuso), la Corte tuvo que examinar con prudencia la necesidad de la restricción. La prohibición tenía graves consecuencias para las mujeres y restringía sus decisiones individuales y su libertad para expresar sus creencias. Además, la prohibición también podría llevar a las mujeres a aislarse, un efecto colateral que, en realidad, la legislación pretendía remediar. Sin embargo, el castigo considerado por la ley fue el más leve posible: una multa menor o un curso de ciudadanía. Por consiguiente, el tribunal concluyó que la prohibición era proporcionada al objetivo perseguido (“vivir juntos”) como elemento de la protección de los derechos de los demás. La restricción impugnada era necesaria en una sociedad democrática<sup>20</sup>.

Ha habido varias iniciativas legislativas en algunos países europeos que pretenden prohibir el velo integral, la mayoría de las veces que la prohibición está vinculada a las prácticas religiosas islámicas. En casi todos los Estados, tales prohibiciones solo se aplican en el contexto de asambleas públicas, protestas y manifestaciones (por ejemplo, Noruega, Suecia, Austria y Dinamarca) o en casos en los que la identificación es esencial, como en los aeropuertos (Alemania). En la mayoría de estos países, las infracciones son castigadas con una multa baja. En 2018, el Parlamento holandés aprobó una prohibición legal parcial (en el transporte público y los edificios, las instituciones educativas, sanitarias y gubernamentales) del velo integral, con un número relativo de excepciones. Hasta ahora, no hay controversia en los tribunales holandeses. Siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica aprobó un proyecto de ley similar en 2011. En 2012, el Tribunal de Casación belga declaró que la prohibición no violaba los dere-

---

<sup>20</sup> Según los disidentes, la prohibición violó los artículos 8 y 9 de la Convención. Los derechos individuales concretos protegidos por la Corte no pueden sacrificarse con la excusa de proteger principios abstractos. Según la minoría, la razón decisiva de la proscripción del velo integral se basó en la suposición de que representa la sumisión y el autoconfinamiento de las mujeres. En realidad, las posibles consecuencias de una prohibición podrían ser peores para las mujeres que visten ese tipo de velo, ya que podrían tener que elegir entre ser confinadas a su hogar o violar su propia fe religiosa. Además, las mujeres musulmanas podían correr el riesgo de múltiples multas con efecto acumulativo. Los disidentes destacaron que poder comunicarse con otro individuo no era un derecho fundamental. Aunque “vivir juntos” se considerara un objetivo válido, en el sentido de los artículos 8.2 y 9.2, la prohibición sigue siendo desproporcionada. En realidad, hubo un amplio consenso contra la prohibición de velos integrales por parte de organizaciones de derechos humanos. El margen de apreciación de los Estados debería ser menos amplio en estos asuntos, según los disidentes. En conclusión, la proscripción del uso de un velo completo era una medida desproporcionada que no puede conciliarse con el catálogo restrictivo de motivos de injerencia concedidos por la Corte.

chos fundamentales. La prohibición fue confirmada en 2017 por la Corte Europea de Derechos Humanos después de haber sido impugnada por dos mujeres musulmanas (Dakir con Bélgica, App. 4619/12 y Belcacemi & Oussar con Bélgica, App. 37798/13). La Corte repitió la línea de razonamiento de “vivir juntos” y reconoció un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales sobre estas cuestiones. El tribunal caracterizó la prohibición como una elección de la sociedad belga fruto del proceso democrático. La Corte incorporó de nuevo en su decisión la idea de la tradición jurídica interna, el principio del laicismo francés, con el fin de apoyar el margen de apreciación. La proporcionalidad entre las medidas adoptadas, el objetivo legítimo perseguido, la protección de los derechos de los demás y la intensidad de la injerencia en el derecho constituían la parte principal del razonamiento. El tribunal no solo estaba decidiendo sobre la “convencionalidad” de una decisión judicial o administrativa, sino que, también, se pronunciaba sobre la compatibilidad de la Convención con una ley emanada del Parlamento constituido de representantes elegidos democráticamente que encarnan al pueblo, o su *volonté générale*<sup>21</sup>.

### 3.2. Yaker y Hebbadj con Francia (2018):

#### La insuficiencia de la justicia formal y del *malum prohibitum*

En 2018, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en dos decisiones pioneras, determinó que Francia violaba los derechos de dos mujeres por sancionar multas el uso del *niqab*, un velo islámico de cuerpo entero<sup>22</sup>. El Comité declaró que la prohibición de Francia restringía fuera de toda proporción la libertad de las mujeres de manifestar sus creencias religiosas, y podía tener los efectos potenciales de “confinarlas en sus hogares, impedir su acceso a los servicios públicos y marginarlas”<sup>23</sup>. Esta decisión contrasta con el enfoque formal adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos. El Comité reconoció que los Estados pueden exigir que las personas muestren sus rostros solo en casos específicos con fines de identificación. Una prohibición general del *niqab* era demasiado trascendental para este objetivo. Se analizarán los hechos y el razonamiento del Comité en detalle. Dado que los casos son muy similares este análisis se centrará solo en Yaker.

---

<sup>21</sup> MCGOLDRICK, *op. cit.*, p 287). Destaca que los tribunales conceden más deferencia a las normas legislativas democráticamente generadas que, por ejemplo, las regulaciones locales o las decisiones de los tribunales nacionales.

<sup>22</sup> Hebbadj con France (2018), comunicación n.º 2807/2016 CCPR/C/123/D/2807/2016; Yaker con France (2018), comunicación n.º 2747/2016, CCPR/C/123/D/2747/2016.

<sup>23</sup> Párrafo 8.15.

Sonia Yaker es una musulmana francesa que porta el velo integral. En 2011, se detiene para un control de identidad mientras viste su *niqab* en la calle. Por la infracción es sancionada con una pequeña multa y obligada a asistir a un curso sobre educación para la ciudadanía. Lleva su caso a los tribunales argumentando la violación del artículo 9 del Convención Europea de Derechos Humanos y la discriminación de la minoría musulmana. Añade que la prohibición socavó el pluralismo religioso y los derechos de las minorías. La demandante pierde todas las instancias internas, y también la casación, que rechaza su demanda por cuestiones de procedimiento. La demandante acude a la Corte Europea de Derechos Humanos, pero su caso es desestimado en 2013. Luego, lo lleva al Comité de Derechos Humanos de la ONU. En su opinión, su condena por llevar el *niqab* viola sus derechos en virtud de los artículos 12, 18 y 26 del Pacto. Argumenta que usar el *niqab* o el *burqa* es una costumbre para un segmento de los fieles musulmanes, motivada por sus creencias religiosas. La prohibición discrimina a las mujeres y afecta su libertad de circulación. Alega que la Corte Suprema francesa no se pronunció sobre el fondo y solo falló sobre la base de consideraciones formales. La demandante cita las reservas al proyecto de ley emitidas por el Consejo de Estado francés. Según ella, la prohibición no tiene ningún objetivo legítimo en el sentido previsto en el artículo 18.3 del Pacto, ya que solo encarna el deseo político de prohibir, en principio, el uso del velo integral. Tal limitación no podría considerarse necesaria y proporcionada. Agrega que, en S.A.S. con Francia (2014), la Corte Europea de Derechos Humanos aplicó erróneamente el criterio de proporcionalidad, ya que “vivir juntos” no es un motivo válido para restringir la libertad religiosa. Solo más tarde Francia declaró que el proyecto de ley perseguía dos objetivos principales: la igualdad de género y la protección del orden público. En opinión del solicitante, esos objetivos no tienen espacio en el Pacto.

El gobierno francés alega que el caso ya fue decidido por sus méritos por la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que hubo *res iudicata*. El tribunal constató que la prohibición estaba justificada para el objetivo de “vivir juntos”: los requisitos mínimos de vida en la sociedad. Francia también había introducido una reserva excluyendo la competencia del Comité en relación con los casos examinados en el marco de otro procedimiento judicial internacional. En consecuencia; el Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene jurisdicción en este caso. Además, destaca que la ley fue aprobada por el Parlamento nacional francés con una gran mayoría después de un largo debate democrático. La ley fue aprobada con el fin de prohibir las prácticas radicales contra los valores de la república francesa socavando la dignidad y la igualdad de género, y protegiendo a



las mujeres, que se ven obligadas a vestir un velo integral. La restricción fue prescrita por la ley, tiene un objetivo legítimo y fue proporcionada en la búsqueda de ese objetivo legítimo según el gobierno francés.

El caso es admisible según el Comité y hay infracción a los derechos de la solicitante a la igualdad y a su libertad religiosa, una violación de los artículos 18 y 26 del Pacto por parte del Estado francés. Según el Comité, del carácter sucinto del razonamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, no se desprende ninguna explicación de fondo para justificar el rechazo de la solicitud de Sonia Yaker. Entonces, los méritos del caso no se decidieron. En consecuencia, el Comité es competente para decidir sobre el fondo. De hecho, por primera vez, pudo alegar una infracción a sus derechos fundamentales y tiene la oportunidad de una decisión del mérito, ya que la Corte Suprema francesa y la Corte Europea de Derechos Humanos desestimaron el caso en cuestiones de procedimiento. Sobre el fondo, el Comité sostiene que el artículo 18.3 del Pacto solo permite restricciones a la libertad de manifestación de la religión si las limitaciones están prescritas por la ley y son necesarias para proteger la seguridad pública, el orden, la salud o la moral, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Además, las limitaciones a las libertades deben ser no discriminatorias, proporcionadas a la necesidad específica sobre la que se crearon. De hecho, la práctica de la religión cubre un amplio espectro, que puede incluir no solo rituales, sino, también, costumbres como el uso del velo. La prohibición francesa se aplica principalmente contra las mujeres que llevan el velo integral. Por lo tanto, del texto de la ley francesa, el debate anterior a su adopción y su aplicación en la práctica, es evidente que la prohibición tiene como objetivo el velo islámico integral, que es una forma de práctica religiosa para una minoría de mujeres musulmanas. La prohibición tiene un impacto desproporcionado en los miembros de una religión específica y en su esencia, repercute solo en las mujeres. La prohibición constituye, entonces, una forma de discriminación interseccional basada en el género y en la religión, infringiendo el artículo 26 del Pacto. El artículo 18.3 contiene algunas excepciones en las que pueden restringirse los derechos. Sin embargo, estas excepciones deben interpretarse estrictamente y no aplicarse en abstracto. En el presente caso, el Comité observa que el concepto de “vivir juntos” es muy vago y abstracto<sup>24</sup>. El Comité reconoce la necesidad de los Estados de exigir que las personas muestren sus rostros, en circunstancias específicas de riesgo para la seguridad pública o con fines de identificación. Sin embargo, la ley francesa no se limita a tales contextos, sino que es una prohibición

---

<sup>24</sup> Párrafo 8.10.

general y abstracta. Francia, en su defensa, no describió ningún contexto en la que exista una amenaza específica y pertinente para el orden público y la seguridad que justifique tal prohibición general del velo integral. El Estado parte tampoco proporcionó ninguna justificación o explicación de la seguridad pública sobre por qué está en concreto prohibido cubrir el rostro con fines religiosos (es decir, el *niqab*), mientras que no se sanciona a quienes se cubren la cara para otros fines, como eventos deportivos, artísticos y otras tradiciones religiosas (por ejemplo, procesiones). La sanción penal constituye una restricción significativa de los derechos de la demandante como mujer musulmana y el gobierno francés no ha justificado con pruebas que la prohibición sea proporcionada a ese objetivo o que es el medio menos restrictivo para alcanzar sus objetivos. Algunos comisionados concurrieron al voto de mayoría. En su opinión, el velo integral es discriminatorio y ha permitido a los hombres, en nombre de la religión, someter a las mujeres. Entonces, Francia podría perfectamente prohibir esas prácticas como protección a las mujeres, pero caso por caso. Ese es un objetivo legítimo de conformidad con el artículo 26 del Pacto y el artículo 5(a) de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Sin embargo, una sanción penal no es apropiada según las pruebas aportadas por el Estado miembro, es de hecho, demasiado extrema. Una sanción no penal y una prohibición limitada en algún contexto específico habrían sido mejores alternativas (por ejemplo, en la escuela, en los aeropuertos o cuando una mujer se ve obligada por un tercero a usar el *niqab*). La Corte Europea de Derechos Humanos estableció un estándar demasiado bajo en S.A.S (2014).

La opinión de los comisionados disidentes es muy interesante por la frontal defensa de la prohibición del velo integral. Para ellos es evidente que el velo integral constituye un riesgo para la seguridad pública, no se necesitan pruebas (una suerte de hecho notorio). Los ataques terroristas en Francia por hombres enmascarados son un hecho de la causa, lo que hace entendible y razonable la decisión del Parlamento francés. Francia es un país republicano, secular y democrático sin ninguna duda; la igualdad de género es uno de sus principios más fundamentales y también uno de los principios más esenciales del Pacto. El *niqab* en sí mismo es un símbolo de la estigmatización y degradación de las mujeres, según los disidentes. Los partidarios del *niqab*, en opinión de los disidentes, reducen a las mujeres a la condición de objetos sexuales, a un objeto sin mente ni razón, “potencialmente culpables de un desorden cósmico y moral”<sup>25</sup>. Desde este punto

---

<sup>25</sup> Párrafo 3.

de vista, las mujeres son, así, desterradas del espacio público. Un Estado democrático no puede permitir esa estigmatización, que, asimismo, las segrega de las demás mujeres. La prohibición francesa no es contraria al Pacto, ya que está en afinidad con el espíritu de su artículo 26. El uso del *niqab* o el *burka* es una costumbre que solo se sigue en algunos “países musulmanes” bajo la influencia del islamismo político y un creciente puritanismo. No todas las interpretaciones del *Corán* son iguales a los ojos de una sociedad democrática que ha fundado su sistema jurídico sobre los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto. Ciertas interpretaciones de los mandamientos religiosos (como la poligamia, la desigualdad en la herencia y el derecho del esposo a castigar físicamente a su esposa), que socavan la igualdad de género y la dignidad de la mujer, en suma, no pueden ser toleradas. Además, el orden constitucional francés se basa en el principio del laicismo, una característica relevante de sus tradiciones histórica y jurídica. El concepto de “vivir juntos” no es vago ni abstracto, sino preciso y específico. La sociedad en su conjunto tiene derecho a reconocer a sus miembros por sus rostros, que también son una muestra de su naturaleza social y humana. De hecho, la comunicación humana más básica es transmitida por el rostro. Al ocultar total y permanentemente los rostros humanos en público, se renuncia a la propia naturaleza social y se cortan los vínculos con sus compañeros, según los disidentes. Prohibir el uso del velo integral y penalizarlo con una pequeña multa no es desproporcionado. En este sentido, no puede haber comparación entre el *hiyab* (el velo parcial) y el *niqab*. Por último, esta cuestión es, en su esencia, política, ya que el Parlamento nacional aprobó una ley por una gran mayoría y el Comité no puede inmiscuirse. El procedimiento legislativo fue transparente y permitió el testimonio de muchas organizaciones, incluidas las mujeres musulmanas. Francia tiene buenas credenciales democráticas y buenos estándares en derechos fundamentales. Las mujeres podrían optar por llevar un velo menos extremo, que es legal en Francia.

Hay muchos aspectos que podrían discutirse a propósito de esta decisión: el abuso de la facultad de legislar, la interpretación restrictiva de la limitación de los derechos, el principio del mínimo daño, etc. Es claro que la gran mayoría de la población francesa desaprueba el uso del *burka* o del *niqab* y eso se tradujo en una ley de la república. Históricamente, las prohibiciones legales han incluido, por ejemplo, los juegos de azar, las drogas, el alcohol y el tabaco. En este caso, algunos tipos de vestimenta están prohibidos. En consecuencia, los Estados tienen facultades discrecionales para prohibir o no algún tipo de vestimenta religiosa y crear un delito de *malum prohibitum*. En efecto, la sentencia de la Corte parece indicar que la prohibición es justa solo porque está comandada por la

ley (*iustum quia iussum*: es justo porque es legal, porque se ordena), esto, con independencia de si el atuendo prohibido es incorrecto o malo en sí mismo (*malum in se*). La norma pasa el examen de convencionalidad pese a ser por completo fungible. En cambio, para la mayoría del Comité de Derechos Humanos de la ONU, una prohibición amplia, abstracta y general no es suficiente para satisfacer el estándar del Pacto. En su opinión, Francia debería haber aportado pruebas de que la prohibición estaba justificada por el contexto, por la existencia de un peligro real. Para los comisionados disidentes, el velo integral es *malum in se*, una práctica extrema que, por supuesto, afecta las libertades y la dignidad de las mujeres. Esta práctica, en su opinión, perversa en su esencia (como la mutilación genital femenina), independiente de las regulaciones estatales. La ley francesa n.º 2010-1192 solo se limitó a prohibir y sancionar levemente una costumbre radical que ni siquiera es un mandamiento esencial de la fe islámica, sino que está vinculada con el extremismo religioso, según los disidentes. Las autoridades francesas solo aplicaron la máxima *iussum quia iustum*: la prohibición se ordena porque es justa. Por consiguiente, las pruebas no eran necesarias porque la naturaleza de la práctica de la cobertura integral habla por sí misma (*res ipsa loquitur*). La legitimidad de la prohibición podría deducirse, con facilidad, de la propia naturaleza de la práctica fundamentalista en ausencia de pruebas directas. Por lo tanto, la carga de la prueba recae sobre el solicitante, no sobre el Estado. Además, Francia no tenía que aportar motivos detallados para justificar la prohibición, todos los motivos autorizados por el Pacto están en el espíritu de la ley. El Comité aborda cuestiones sustantivas, incluso las opiniones discrepantes que están en consonancia con la Corte Europea de Derechos Humanos.

El Comité profundiza y rechaza la excepción de cosa juzgada que afirma su jurisdicción, en efecto, porque la Corte no falló sobre la base del mérito ni justificó de manera suficiente su sentencia. Existe el deber de emitir sentencias motivadas, ya que es esencial para la legitimidad de los entes que ejercen jurisdicción. Proporcionar razones significativas que fundamentan una decisión es una función del debido proceso legal y, por lo tanto, de la justicia. Otro aspecto interesante es la reserva al Pacto planteada por Francia, según la cual una reclamación individual presentada excluye la competencia de otro organismo internacional, por ejemplo, en la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Europea de Justicia (una suerte de principio de prevención). Por consiguiente, varios Estados han formulado una reserva al procedimiento de reclamación individual, según el cual no debería presentarse también la misma reclamación a otro organismo internacional. La idea es evitar decisiones

contradictorias debido a la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. Dichas reservas evitan una segunda sentencia sobre la misma materia con las excepciones de cosa juzgada y *litis pendencia*. La decisión es muy pertinente desde el punto de vista procesal, ya que el Comité soslayó la reserva francesa, confirmó su competencia y relegó el asunto ya juzgado por la Corte Europea de Derechos Humanos en *S.A.S. con Francia* (2014). Ambas decisiones se contradicen entre sí y son una prueba de los problemas derivados de la fragmentación del derecho de los derechos humanos. En realidad, la proliferación y superposición de tratados, regímenes y órganos o tribunales de derechos humanos puede crear problemas prácticos. A continuación se revisará cómo Francia lo ha resuelto.

#### *IV. La posición francesa frente a las decisiones contradictorias de los entes internacionales*

La postura de los tribunales franceses frente a decisiones contradictorias puede verse claramente a través de dos casos relacionados sobre la objeción de conciencia: uno del Comité de Derechos Humanos de la ONU y otro resuelto por un tribunal francés.

En *Venier y Nicolas con Francia* (2000)<sup>26</sup>, dos objetores de conciencia al servicio militar se unieron al servicio civil alternativo. Los demandantes argumentaron que las normas de la administración pública eran discriminatorias, ya que los objetores de conciencia estaban obligados a desempeñar funciones de servicio nacional civil durante un periodo de dos años, mientras que el servicio militar no superaba un año. La Corte de Casación dictaminó que el diferente trato no era discriminatorio y no violaba los artículos 9-10 y 14 de la Convención. Los reclamantes llevaron el caso al Comité de Derechos Humanos de la ONU. En su opinión, la doble duración del servicio civil alternativo comparado al militar era una violación de los artículos 8, 18-19 y 26 del Pacto. La legislación impugnada era discriminatoria y no se basaba en criterios razonables ni objetivos. El gobierno de Francia sostuvo que la controversia estaba fuera de la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos de la ONU, ya que la condición de objetor de conciencia no está comprendida en el ámbito de aplicación del Pacto y sí que es una cuestión de legislación nacional. Francia sostuvo

---

<sup>26</sup> Comunicaciones n.ºs 690/1996; 691/1996, UN Doc CCPR/C/69/D/690/1996; 691/1996, 1 de agosto de 2000.

que la situación de los reclutas que prestaban servicios civiles alternativos difería en su esencia de la de quienes prestaban servicio militar, mucho más severo. El periodo más largo de servicio civil alternativo es, además, una “prueba de sinceridad”, diseñada para evitar que los reclutas reclamen la condición de objetor de conciencia por razones de comodidad, lo que no es irrazonable ni punitivo.

El Comité declaró admisible la petición y una violación del artículo 26 (igualdad), ya que los autores fueron discriminados sobre la base de sus convicciones personales. Además, se consideró competente, ya que las reclamaciones no versaban sobre el derecho a la objeción de conciencia como tal (que pertenece a la jurisdicción del Estado), sino sobre el carácter discriminatorio de la duración del servicio para los objetores de conciencia. La cuestión esencial es si las condiciones específicas en las que los autores debían realizar un servicio alternativo constituyen una violación del Pacto. De conformidad con el artículo 8, los Estados pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio civil alternativo y que tales diferencias pueden, en un caso particular, justificar un periodo más largo. Sin embargo, en este caso, las razones expuestas se basan en que duplicar la duración del servicio como única manera de poner a prueba la sinceridad de un individuo. Tal argumento no satisface el requisito de que la diferencia de trato se base en criterios razonables y objetivos.

El mismo año, Stéphane Hauchemaille<sup>27</sup>, otro objetor de conciencia, estaba haciendo su servicio civil alternativo y tomó nota de la decisión en el caso Venier. El litigante llevó su caso al Tribunal Administrativo de París para reducir tiempo de servicio, lo que fue denegado. En su opinión, la diferencia seguía siendo discriminatoria. Según el Tribunal Administrativo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU no era un órgano judicial; por consiguiente, su decisión no era vinculante. Este caso define la relación entre Francia y los entes cuasijudiciales de la ONU.

## V. Conclusiones

Estos dos últimos casos no solo tratan de objeción de conciencia, de hecho, van mucho más allá. Varios países han promulgado leyes que crean un servicio civil alternativo al militar, como el caso de Francia. La verdadera cuestión aquí son las condiciones discriminatorias en las que ambos

---

<sup>27</sup> Decisión de 11 de octubre de 2001 n.º 238849. Puede verse en inglés en Oxford Reports on International Law [ORIL] ILDC 767 (FR 2001), Consejo de Estado Francés, comentado y traducido por Julien Bonnet.

servicios deben realizarse. Otro aspecto relevante de lo aquí comentado, es la sinceridad de la objeción de conciencia y la forma en que Francia la controla. La verdadera importancia de estas decisiones es que ayudan a comprender la actitud francesa frente a la jurisprudencia contradictoria relacionada con los símbolos religiosos, en particular la controversia sobre la vestimenta islámica. El enfoque de las autoridades francesas explica su actitud hacia otros casos, como la prohibición del velo integral en *Yaker* (2018), y la prohibición de símbolos religiosos en las escuelas estatales en *Singh* (2012). En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU dictó decisiones contra Francia, aceptando las reclamaciones contra ambas prohibiciones. Al mismo tiempo, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó la convencionalidad de ambas prohibiciones en *S.A.S.* (2014), y *Aktas* (2009). La doctrina del margen de apreciación otorga más deferencia y discreción a la jurisdicción de los Estados. El Comité no ha desarrollado una doctrina similar, lo que explica la diferencia. Ese enfoque disímil ha llevado a una especie de *forum shopping* o foro de conveniencia. En realidad, los litigantes prefieren que su caso sea escuchado en el órgano judicial que probablemente proporcione una decisión en su favor. El mismo fenómeno se puede ver en el caso *Leirvag con Noruega* (2004)<sup>28</sup>, decidido por el Comité en relación con *Folgero con Noruega* (2007)<sup>29</sup>, fallado por la Corte, acerca de la enseñanza de religión en colegios estatales. De hecho, el Comité parece ser más favorable a los individuos que la Corte Europea de Derechos Humanos, que da más deferencia a los Estados.

Francia ha dejado claro que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es el foro inapropiado para discutir este tipo de materias; la Corte Europea de Derechos Humanos, en cambio, es más adecuada para este tipo de controversias, ya que es una “verdadera corte de justicia”. Al mismo tiempo, es posible que la mayor conexión geográfica sea un factor relevante. Más aun, los diversos sistemas jurídicos internacionales pueden funcionar en una relación de *lex generalis* opuesta a la *lex specialis*, representada por el sistema regional de derechos humanos, que podría aplicarse con preferencia. Con la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, es un hecho de la causa que más de un organismo internacional puede reclamar competencia, ya que existe una superposición jurisdiccional. La litigación estratégica para aprovechar las discrepancias entre las jurisdicciones en concurrencia es cada vez más

<sup>28</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2004, comunicación n.º 1155/2003, ICCPR, A/60/40 vol. II.

<sup>29</sup> App. 15472/02.

común. Esto es particularmente problemático en el derecho internacional de los derechos humanos, pues no existen principios claros como en el derecho internacional privado. Lo más probable es que sea la jurisprudencia y la práctica de los Estados la que decante reglas más claras en el futuro.

### *Bibliografía*

- BRIBOSIA, Emmanuelle and Isabelle RORIVE, “Le voile à l’école: une Europe divisée”, in *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 60, Bruselas, 2004.
- BRIBOSIA, Emmanuelle, Gabrielle CACERES & Isabelle RORIVE, “Les signes religieux au coeur d’un bras de fer entre Genève et Paris; la saga Singh”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 98, Bruselas, 2014.
- LOENEN, Titia, “In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after *Achbita* and *Bouagnaoui*?”, in *Review of European Administrative Law*, vol. 10, n.º 2, Groningen-Utrecht, 2017.
- MCGOLDRICK, Dominic, *Human rights and religion: The Islamic headscarf debate in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

### *JURISPRUDENCIA*

#### Corte Europea de Derechos Humanos

- Aktas con Francia (2009), App. 43563/08
- Belcacemi & Oussar con Bélgica (2017), App. 37798/13
- Dahlab con Suiza (2001), App. 42393/98
- Dakir con Bélgica (2017), App. 4619/12
- Dogru & Kervanci con Francia (2008), Apps. 27058/05
- Folgero con Noruega (2008), App. 15472/02
- Handyside con el Reino Unido (1976), App. 5493/72
- Köse con Turquía (2006), App. 26625/02
- Leyla Sahin con Turquía (2005), App. 44774/98
- Ligue des musulmans de Suisse con Suiza (2011), App. 66274/09
- Osmanoglu & Kocabas (2017), App. 29086/12
- Ouardiri con Suiza (2011), App. 65840/09
- S.A.S. con France (2014), App. 43835/11
- Singh con Francia (2012), App. 15472/02
- Tekin con Turquía (2003), App. 41556/98



### Comité de Derechos Humanos de la ONU

Hebbadj con France (2018), comunicación n.º 2807/2016 CCPR/C/123/D/2807/2016

Hudoyberganova con Uzbekistan (2005), comunicación n.º 931/2000 CCPR/C/82/D/931/2000

Leirvag con Noruega (2004), comunicación n.º 1155/2003, ICCPR, A/60/40, vol. II

Singh con Francia (2012), comunicación n.º 1852/2008, CCPR/C/106/D/1852/2008

Venier y Nicolas con Francia (2000), Comunicaciones n.ºs 690/1996 y 691/1996, UN Doc CCPR/C/69/D/690/1996; 691/1996

Yaker con France (2018), comunicación n.º 2747/2016, CCPR/C/123/D/2747/2016

### Corte Europea de Justicia

Achbita y otro con G4S Secure Solutions [2017] IRLR 466 ECJ

Bougnaoui y otro con Micropole SA [2017] IRLR 447 ECJ

### Consejo de Estado Francés

Decisión de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC

Decisión de 11 de octubre de 2001 n.º 238849 DC

### Consejo Constitucional Francés

Sentencia de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC

### Tribunal Administrativo de París

Decisión de 11 de octubre de 2001 n.º 238849