

UN ACERCAMIENTO A LA COMPETENCIA DE LOS
ENTES LOCALES PARA REGULAR EL BURKINI

*AN APPROACH TO THE COMPETENCE OF LOCAL
AUTHORITIES TO REGULATE THE BURKINI*

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 530-549

Gabriel LUJÁN
MATOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: Parece que en España se está reabriendo el conflicto del burkini, tanto en la esfera jurídico-pública como jurídico-privada. Recientemente, Vitoria y Elche se han pronunciado en su normativa local al respecto, y una sentencia de Almería resuelve una controversia en una piscina comunitaria. En nuestro país vecino, es un tema con más recorrido, tanto legal como jurisprudencialmente. El presente trabajo pretende abordar si el burkini es una manifestación de un derecho fundamental y, si tanto en uno como en otro caso, los Ayuntamientos tienen competencia para su regulación.

PALABRAS CLAVE: Burkini; laicidad; orden público; salubridad; libertad religiosa.

ABSTRACT: *It seems that the burkini conflict is being reopened in Spain, both in the public and private legal sphere. Recently, Vitoria and Elche have pronounced in their local regulations on the matter, and a sentence of Almería resolves a controversy in a community swimming pool. In our neighboring country, it is an issue with a longer legal and jurisprudential path. This paper aims to address whether the burkini is a manifestation of a fundamental right and, whether in either case, municipalities have competence for its regulation.*

KEY WORDS: *Burkini; secularism; public order; religious freedom; healthiness.*

SUMARIO.- I. LA PROBLEMÁTICA DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ESPACIO PÚBLICO.- 1. Consideración general sobre el derecho a la libertad religiosa y la simbología religiosa.- 2. La simbología religiosa del islam.- II. LAS REGULACIONES NACIONALES LIMITATIVAS DEL VELO.- 1. El caso francés: la ley de 11 de octubre de 2010.- A) *Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación*.- B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos S.A.S v. France*.- 2. El caso belga: las ordenanzas y la ley de 1 de junio de 2011.- A) *Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 2012*.- B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Balacemi et Oussar c. Belgique*.- 3. El caso suizo: las prohibiciones generales e iniciativas populares.- III. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE REGULAN EL BURKINI.- 1. La regulación del burkini en Francia.- 2. La regulación del burkini en España.- IV. ¿TIENEN REALMENTE LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES COMPETENCIA PARA REGULAR EL BURKINI?.- 1. El burkini no queda amparado por ningún derecho fundamental.- 2. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero sí existe norma de cobertura para su limitación.- 3. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero no existe norma de cobertura para su limitación.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ESPACIO PÚBLICO.

I. Consideración general sobre el derecho a la libertad religiosa y la simbología religiosa.

La Constitución española consagra -conjuntamente a la libertad ideológica y de culto- el derecho a la libertad religiosa (art. 16.1) y, como es sabido, este se compone de una doble dimensión: la interna (el “claustró íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual¹⁾) y la externa (la expresión de esas creencias); encuadrándose la simbología religiosa en esta segunda dimensión, que puede ser estática (cuando se localiza en un punto fijo) o dinámica (cuando se usan determinadas prendas y vestimentas).

A este respecto, es cuestión asentada en la doctrina que la previsión que hace el inciso primero del art. 16.3 de la Constitución (principio de aconfesionalidad) debe entenderse de forma que el Estado no puede adoptar una posición hostil frente al hecho religioso, y que el inciso segundo del mismo precepto incorpora otro principio general del Derecho Eclesiástico del Estado (principio de cooperación). Por ello, “las manifestaciones religiosas pueden y deben tener lugar en el ámbito social y público, presidido por la neutralidad religiosa de los poderes públicos²⁾”.

1 STC 177/1996, de 11 de noviembre (RTC 1996, 177).

2 CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Símbolos religiosos en un Estado Democrático y Plural”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 10, 2010, p.5.

• Gabriel Luján Matos

Graduado en Derecho por la Universitat de València. Becario de colaboración, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: gabriluj@ucm.es.

No obstante, no existen derechos fundamentales absolutos o ilimitados³, y los poderes públicos, en ocasiones, establecen regulaciones limitativas que tendrán cabida si opera justificación objetiva y razonable. Así las cosas, el conflicto simbología religiosa-orden público es un problema recurrente cuando nos referimos a determinada simbología, como, por ejemplo, la relativa al islam o al sijismo.

2. La simbología religiosa dinámica del islam.

No trataremos en el presente artículo con detalle si las múltiples manifestaciones del velo islámico tienen la consideración de símbolo religioso o no, pues se trata esta de una materia manida. Nos limitaremos a recordar, por lo tanto, que “desde el punto de vista del art. 16.1 CE (...) no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa”⁴ (STS 14 marzo 2013) y a hacer, a modo de *obiter dictum*, una breve mención de los símbolos masculinos: pudiera parecer que el tratamiento de estos últimos es diferente, pues, mientras que el velo sí encuentra previsión expresa en el Corán -y de cuyas interpretaciones se deriva por algunos su carácter imperativo-, los tocados que cubren la cabeza de los varones musulmanes lo hacen en la Sunna, siendo, simplemente, “un comportamiento de emulación recomendable”⁵; alusión que ni siquiera alcanza el burkini al tratarse de un elemento de nueva creación y, en consecuencia, no encontrando, a nuestro saber y entender, razón objetiva y suficiente en Derecho como para ser una manifestación del art. 16.1 de la Constitución, sino más bien, y en su caso, del art. 18.1 (propia imagen) en su dimensión subjetiva, “que permite a la persona que pueda determinar la imagen que quiere proyectar a los demás, sin más limitaciones que las objetivas y razonables según las circunstancias”⁶. Sin embargo, respecto de las limitaciones circunscritas a las relaciones de especial sujeción (los funcionarios con la Administración correspondiente, los alumnos con el ente educativo o los reclusos con la Administración penitenciaria), sean símbolos masculinos o sean femeninos, el tratamiento es idéntico habida cuenta de que dichas normas tienen como objetivo todo signo religioso.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que únicamente se han planteado prohibiciones generales con respecto a determinadas prendas femeninas (burka y nicab), y no así con las masculinas, pero ello se explica fácilmente en la medida

3 Entre otras, vid. SSTC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11), 2/1982, de 29 de enero (RTC 1982, 2) y 254/1988, de 21 de diciembre (RTC 1988, 254).

4 STS 14 marzo 2013 (ROJ 693, 2013).

5 LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: “Simbología islámica masculina y libertad religiosa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, núm. 25, 2022, p.29.

6 GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E.: “El derecho a la propia imagen en su dimensión subjetiva y los códigos de indumentaria laboral”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, p.86.

en que estas últimas cubren la cabeza pero no el rostro en su totalidad, siendo aquellos que portan los turbantes, por lo tanto, perfectamente identificables⁷. De una u otra forma, “cualquier debate sobre el tema del simbolismo sólo puede mantener como denominador común la cuestión inherente a la identidad, tanto colectiva como individual”⁸.

Ciertamente, la relevancia reside en el hecho de que los debates en torno a la prohibición del velo están arraigados en un temor o rechazo hacia el componente islámico, que se fundamenta en la noción de que tanto las vestimentas masculinas como femeninas asociadas a esta cultura suscitan una connotación de radicalismo y de comisión de actos terroristas⁹; misma reflexión que la vertida durante el debate parlamentario de la ley belga, de 1 de junio de 2011, por la que se prohíbe el uso de cualquier prenda que oculte total o principalmente el rostro: “para los musulmanes será un alivio la prohibición de estos atuendos, puesto que ya no podrán ser considerados extremistas, disipándose los prejuicios”¹⁰.

II. REGULACIONES NACIONALES LIMITATIVAS DEL VELO.

En la medida en que pretendemos abordar con qué competencias cuentan los Ayuntamientos españoles para la regulación del burkini, y, precisamente, España no tiene en su ordenamiento una ley que prohíba con carácter general las manifestaciones del velo -la cual, eventualmente, y de acuerdo con una de las posturas que desarrollaremos, podría haber sido la cobertura normativa para las ordenanzas en la materia¹¹-, vemos conveniente hacer una comparación entre las regulaciones de aquellos Estados que, efectivamente, han apostado por establecer una prohibición general *ex lege*.

7 Tengamos presente que el hecho de que una prenda cubra más o menos el rostro no es cuestión baladí. Tiene una relación directa con que la regulación limitativa reúna las notas de objetividad y razonabilidad que apuntábamos antes. Vid. STEDH “Mann Singh v. France” 27 noviembre 2008 n° 24479/07 (ECLI:CE:ECHR:2008:1113DEC002447907), donde, con relación a la fotografía del documento de identidad, se entiende vulnerado el derecho a la libertad religiosa porque el turbante permite identificar perfectamente el rostro.

8 ROTONDO V.: “Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de Casación italiano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, p. 209.

9 En este sentido, vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Extremismo, radicalización violenta y libertad religiosa: límites del control estatal”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 46, 2018.

10 RUIZ RUIZ, J.J.: “Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2013, p.9.

11 Resulta capital la referencia a la reserva de ley, que habrá de ser además orgánica, porque, conjuntamente a la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, es requisito para poder establecer limitaciones a los derechos fundamentales. A este respecto, vid. las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 2017), y 42/1987, de 7 de abril (RTC 1987, 42).

I. El caso francés: la ley de 11 de octubre de 2010.

Partimos de la consideración general de que el concepto de laicidad en Francia se ha caracterizado por su naturaleza mutable, pues, si originariamente era entendido en un sentido negativo, como forma de evitar que la religión se inmiscuyese en la vida pública, en la actualidad parece hacerlo en un sentido positivo, esto es, como forma de permitir el ejercicio del derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos. De todo ello extraemos, pues, que el modo de vida francés y los valores que definen a la República francesa resultan capitales para entender el encaje de las prohibiciones.

La Ley 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, es la que se encarga de prohibir, con carácter general, el burka en los espacios públicos. Es, sorprendentemente, escueta: presenta apenas siete preceptos, de los cuales nos interesan los cuatro primeros -y, particularmente, el art. 2.2-. Así, el primero prohíbe mostrarse en el espacio público con el rostro cubierto (lo que evidencia que la Asamblea Nacional, aparentemente, no la creó ad hoc para prohibir el velo integral, recogiendo, pues, las valoraciones emitidas por los diferentes organismos); el segundo, en su apartado primero, define qué se entiende por espacio público, y, en su apartado segundo, establece una serie de excepciones; el artículo tercero impone la pena de multa y un curso de ciudadanía; y el cuarto tipifica como delito obligar a otros a ocultar su rostro.

Concretamente, el párrafo segundo del artículo segundo establece las siguientes reservas: motivos de salud, profesionales, práctica de festivales o acontecimientos deportivos, artísticos o tradicionales. De este modo, aunque no se prevea expresamente en su articulado una prohibición expresa del burka o nicab en los espacios públicos, como lo que sí contempla son los acontecimientos tradicionales como excepción de esa prohibición, y, además, el entonces Ministro de Justicia dictó varias circulares donde establecía que las procesiones religiosas quedaban enmarcadas dentro de los anteriores, se puede entender que se está otorgando un trato de favor al catolicismo en detrimento del islam. Dicho de otro modo, esta ley es neutral, pero solo en apariencia, porque tiene el efecto de aplicarse de manera esencial y potencial sobre el burka o nicab¹².

A) Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación.

La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación se pronunció sobre la conformidad a Derecho de la Ley respecto de dos asuntos: el primero de ellos sobre la negativa a descubrirse el rostro frente a un funcionario por parte de un manifestante, y el

12 Vid. Chassang C.: "La CEDH et la loi du 11 octobre 2010: une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public", *Recueil Dalloz*, núm.30, 2014, pp. 1701-1707.

segundo, respecto a la imposición como pena del curso de ciudadanía sin haber requerido consentimiento previo¹³.

Así, el Tribunal de Casación vino a recordar, frente a las alegaciones vertidas por los recurrentes -y especialmente respecto del segundo caso, donde se cuestiona que la medida sea acorde con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-, que no hay derechos absolutos y que la libertad religiosa está sujeta a las restricciones previstas para la consecución de los objetivos legítimos del art. 9.2; entendiendo el Tribunal, por lo tanto, que la injerencia que produce la Ley tiene cobertura sobre la base -afirma expresamente- de proteger el orden público y la seguridad.

B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos S.A.S. v. France.*

Resulta llamativo que, en el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la recurrente afirme que porta el velo integral por decisión propia en cumplimiento de sus creencias religiosas, y sin que exista ningún tipo de presión masculina. Y para ello alega en los motivos de su recurso, individualmente, los artículos del Convenio relativos a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, y de expresión; y todos ellos en combinación con la discriminación por razón de religión.

Con todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avaló la ley francesa¹⁴, si bien, no sobre la base de la seguridad pública (línea defendida tanto por el Gobierno Francés como por el Tribunal de Casación), respecto de la cual afirma que “no puede considerarse proporcionada más que en un contexto de amenaza general de la seguridad pública y el gobierno francés no ha demostrado que la prohibición que establece la Ley de 11 de octubre de 2010, se ajusta a este contexto”¹⁵, ni tampoco la dignidad humana, pues, “considera que contribuye al pluralismo del cual se nutre la democracia”¹⁶; sino sobre el margen de apreciación del Estado francés, que queda comprendido dentro de uno de los tres valores de la República: la fraternidad.

2. El caso belga: las ordenanzas y la ley I de junio de 2011.

En el año 2004 diversos municipios -Bruselas-Oeste, Maaseik, Flandes, Bruselas, Schaerbeek, Saint-Josee-ten Nood y Evere-, en ejercicio de su potestad reglamentaria y bajo la previsión constitucional de la neutralidad religiosa, dictaron ordenanzas por medio de las cuales se prohibía el velo en los espacios públicos. No

13 *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle* 5 marzo 2013 (n° 12-82.852).

14 STEDH “S.A.S. v. France” 1 julio 2014 (n°43835, 11).

15 ARECES PIÑOL, M.T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit., p.34.

16 ARECES PIÑOL, M.T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit., p.37.

obstante, esta regulación es desigual en la medida en que la pena impuesta para el caso de su incumplimiento oscila entre 150-200 euros en función del municipio.

El Consejo de Estado se acabaría pronunciando sobre estas medidas, afirmando al respecto que resultaban admisibles sobre la base del principio de legalidad y de neutralidad religiosa¹⁷. No obstante, el carácter no armonizado de las penas y el instrumento jurídico utilizado hasta el momento, las ordenanzas, propició la necesidad de una ley. En palabras de la profesora Torrekens: “en efecto, progresivamente, se impuso la necesidad de una ley federal habida cuenta de la fragilidad jurídica de decisiones locales que limitaban derechos fundamentales como la libertad de culto y la circulación en el espacio público”¹⁸.

Y si decíamos que la ley francesa es escueta, la ley belga, de 1 de junio de 2011, lo es más aún, pues únicamente incorpora tres artículos, siendo la modificación más evidente con respecto a la primera proposición de ley el hecho de no incorporar una definición tan exhaustiva de qué se entiende por espacio público.

A) *La Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 2012.*

En la línea de lo sucedido con el caso francés, la ley belga también se vio sometida a impugnaciones, conociendo la Corte Constitucional en el año 2012 de cinco recursos acumulados, y siendo especialmente llamativo que, de esos cinco recurrentes, dos fueran de mujeres belgas no musulmanas. Lo que dirime el Tribunal, no obstante, es si se ha producido, o no, una injerencia ilegítima en el derecho de libertad religiosa, procediendo a analizar para ello los tres motivos esgrimidos por el Consejo de ministros: seguridad pública, vida en comunidad e igualdad de sexos¹⁹.

Por cuanto al primero de ellos, y sirviéndose del argumento de la necesaria identificación para el caso de eventuales comisiones de ilícitos penales, entiende que es un objetivo legítimo, y, además, que es proporcional aunque en ese momento no exista una amenaza grave, pues, “no se le puede reprochar al legislador anticipar tal riesgo reprimiendo comportamientos, cuando él mismo ha establecido que una generalización de éstos entrañaría un riesgo real”²⁰; si bien, esa última apreciación, con los datos de los que ahora disponemos, contradiría la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *S.A.S v. France*. Por cuanto al segundo, entiende igualmente que concurre la legitimidad del objetivo, en este caso al poderse incardinar en las restricciones del art. 9.2 del Convenio. Y, por

17 *Décision 2 septembre 2005 (n°148567)*.

18 TORREKENS, C.: “La prohibición del velo integral en Bélgica: entre historia colectiva y política simbólica”, *Revista CIDOB d’Afer Internacionals*, núm. 115, 2017, p.84.

19 *Sentencia de la Corte Constitucional Belga 6 diciembre 2012 (n°145, 2012)*.

20 RUIZ RUIZ, J.J.: “Leyes prohibición”, cit., p.14.

cuanto al tercero, hace lo propio entendiendo que la igualdad de sexos debe ser garantizada por el legislador.

B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Balcacemi et Oussar c. Belgique.*

Con la sentencia de la Corte Constitucional no se puso punto final a los conflictos derivados de la norma, pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo la doctrina iniciada en 2014 en el asunto *S.A.S. v. France*, la validó al entender que el objetivo legítimo perseguido era el margen de apreciación de los Estados y la protección de la convivencia. Asimismo, pese a llevar aparejada pena de prisión, entendió que era proporcional porque la legislación belga sujeta el hecho de cubrirse el rostro en público tanto al Derecho Administrativo como al Derecho Penal, cabiendo, por lo tanto, la alternatividad de la pena²¹.

3. El caso suizo: las prohibiciones generales e iniciativas populares.

Suiza, después del referéndum del año 2021, ha incorporado a su Constitución Federal la prohibición de llevar velo integral, lo que “no parece ser acorde con el valor de la «paz» y el «espíritu de solidaridad» y tolerancia, que Suiza propugna como uno de sus principios fundamentales”²². Lo hace, no obstante, tomando como modelo la ley francesa de 2010, esto es, no haciendo referencia expresa al velo integral. Y lo cierto es que si el burka y los diferentes tipos de velo son vistos como una forma de extremismo religioso²³, buena parte de ello trae causa, como ya se ha apuntado al inicio, en los flujos migratorios y la comisión de actos terroristas; siendo esclarecedor al respecto que en el referéndum del año 2021 se consiguió una mayoría del 52% y bajo una campaña publicitaria que puso el foco en que el islam es peligroso. Sin embargo, no es la primera vez que se introducen en la Constitución Federal suiza previsiones concretas respecto de un símbolo religioso, pues, en el año 2009 ya se hizo respecto de la prohibición de construir nuevos minaretes.

Además, diferentes cantones (Ticino, Gallo y Ginebra) introdujeron en su propia constitución la prohibición del velo integral. Nos limitaremos a decir que las leyes de aplicación del referéndum en el cantón Ticino fueron objeto de recurso ante el Tribunal Federal Suizo, llamando poderosamente la atención que los recurrentes no alegan la vulneración del derecho a la libertad religiosa, sino

21 STEDH “*Balcacemi et Oussar c. Belgique*” 11 julio 2017 (n° 37798,13).

22 FAGGIANI V.: “La Constitución Suiza «velada» la prohibición del burka en el contexto de las tendencias regresivas de la democracia en Europa, *Anuario de Derecho Eclesiástico el Estado*, núm. 38, 2022, p.541.

23 En relación con el fundamentalismo religioso y fanatismo religioso, vid. MORENO SOLER V.: “La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario”, en AA.VV.: *Dignidad Humana, Derecho y Diversidad religiosa* (coord. por S. MESEGUER VELASCO), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 301-325.

a la libertad de opinión, reunión y manifestación. El Tribunal estimó parcialmente los anteriores en la Sentencia de 20 de septiembre de 2018, entendiendo que la prohibición de ocultar el rostro sí constituye una medida idónea y necesaria para limitar el riesgo de actos violentos, y proteger mejor la seguridad pública, pero que la normativa cantonal era insuficiente en el concreto extremo de las excepciones contempladas²⁴.

Al margen de la problemática sociológica, en el plano jurídico y más allá de la eventual injerencia en derechos fundamentales, el dilema se encuentra en su ejecución competencial: si bien las leyes están concebidas para todo el Estado, la competencia ejecutiva está atribuida a la Confederación Helvética y a los cantones, lo que se traduce en inseguridad jurídica, falta de taxatividad y, en suma, regulación desigual; recordando, *mutatis mutandis*, a la situación experimentada en Bélgica con las ordenanzas municipales.

III. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE REGULAN EL BURKINI.

El hecho de que los Ayuntamientos decidan regular por medio de ordenanza la presencia del burkini en las playas y piscinas municipales se ha manifestado reiteradamente en los últimos años, sobre todo en Francia, encontrando toda una serie de pronunciamientos judiciales al respecto (aunque, como trataremos, sin referencia alguna a la cuestión competencial dada cuenta de la vigencia de la Ley 2010-1192). Por su parte, en nuestro Estado no encontramos ninguna resolución judicial que verse sobre la impugnación de una ordenanza reguladora del burkini, ni con base en un vicio competencial ni en cualquier otra causa de nulidad del art. 47 de la Ley 39/2015; debiendo tomar como referencia las ordenanzas catalanas que tenían por objeto la prohibición del velo integral en los espacios públicos.

I. La regulación del burkini en Francia.

El alcalde de Cannes, bajo la justificación del atentado cometido en Niza el día 14 de julio de 2016, dictó un Decreto por medio del cual prohibía acceder a las playas con todas aquellas prendas que fueran contrarias al principio de laicidad hasta el 31 de agosto. Esta disposición fue impugnada por parte del *Collectif contre l'islamophobie en France* ante el Tribunal Administrativo de Niza, pero resultó infructuosa porque el anterior entendió que la norma resultaba acorde a Derecho habida cuenta de la limitación temporal de la medida y del contexto del momento²⁵.

²⁴ Sentencia de Tribunal Federal Suizo 20 septiembre 2018 (n° IC_211/2016 , IC_212/2016).

²⁵ *Ordonnance* 13 agosto 2016 (n° 1603470).

El Ayuntamiento de Villeneuve-Loubet (Provenza), haciendo lo propio, dictó el 5 de agosto de 2016 una ordenanza por la que, también de manera acotada en el tiempo, prohibía en las playas del municipio cualquier prenda con connotaciones contrarias al principio de laicidad, a las buenas costumbres y a la higiene. Esta disposición fue objeto de recurso ante el Tribunal Administrativo de Niza que validó la medida²⁶, y, con posterioridad, ante el Consejo de Estado, que, a diferencia de los pronunciamientos previos, la anuló por entender que no concurrían las notas de adecuación, necesidad y proporcionalidad necesarias para limitar el derecho a la libertad religiosa²⁷.

Más recientemente, y en la línea totalmente opuesta, el 16 de mayo de 2022 el Ayuntamiento de Grenoble (Ródano-Alpes) dictó un reglamento que permitía de hecho el uso del burkini. Así, su décimo artículo, relativo a las normas de higiene y seguridad, establecía la obligatoriedad de utilizar trajes de baño ceñidos al cuerpo, si bien, con una excepción: aquellos con una longitud inferior a la mitad del muslo (caso precisamente del burkini); resultando también controvertido. Se recurrió, en primera instancia, ante el Tribunal Administrativo de Grenoble, que suspendió esa previsión al entender que el ente local había incurrido en una desviación de poder proporcionando a los burkinis un trato de favor, vulnerando de este modo el principio de laicidad y de la neutralidad religiosa de los servicios públicos²⁸; y, en última instancia, ante el Consejo de Estado que, en iguales términos, entendió que la excepción del art. 10 era una previsión encubierta para satisfacer una exigencia religiosa²⁹.

Nótese una vez más que, precisamente por estar en vigor una ley que prohíbe con carácter general ocultar el rostro en los espacios públicos -y las playas y piscinas, de conformidad con esa ley, son espacios de uso público-, en ninguna de las impugnaciones se ha planteado como argumento un vicio competencial.

2. La regulación del burkini en España.

En España también encontramos disposiciones reglamentarias que se pronuncien directa o indirectamente sobre esta vestimenta en las piscinas municipales. Así, el Reglamento General de Instalaciones Deportivas Municipales de Vitoria, estableciendo en su art. 36 que "el uso de bañador y gorro de baño es obligatorio", venía a prohibir el burkini; si bien, a partir del año 2022, la Corporación Local interpreta todo lo contrario sobre el entendimiento de que el burkini no es más que un tipo de bañador.

²⁶ *Décision* 22 agosto 2016 (n°1603508).

²⁷ *Décision* 26 agosto 2016 (n° 402742).

²⁸ *Décision en référé* 25 mayo 2022 (n°2203163).

²⁹ *Décision en référé* 21 junio 2022 (n°465648).

Sin ir más lejos, en la Comunidad Valenciana tuvimos conocimiento de que el municipio de Elche, por medio del Reglamento de Uso de las Instalaciones Deportivas Municipales del año 2022, prohibía acceder a las piscinas con bañadores largos por debajo de la rodilla, con la salvedad de aquellos que contasen con homologación, tratándose el burkini, según la Concejalía de Deportes, de uno de ellos. Se pone de manifiesto, por lo tanto, que estamos ante un tema que despierta controversia, no sólo desde la fuerza del Derecho, sino también de los hechos, pues, el pasado verano los trabajadores de una piscina municipal del barrio de Benimaclet impidieron la entrada a una mujer que llevaba esta prenda.

Y, como apuntábamos, ninguna sentencia se pronuncia en España sobre si esas disposiciones son o no conformes a Derecho. Es más, tenemos que acudir a la jurisdicción civil (la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Almería³⁰) para encontrar el único pronunciamiento judicial existente sobre el burkini, que se enmarca en la impugnación de un acuerdo adoptado por una comunidad de propietarios. Nos limitaremos a señalar que tal acuerdo prohíbe el baño no solo con burkini, sino también con otro tipo de ropa no adecuada -aspecto que se tiene en consideración para confirmar la sentencia de instancia³¹-, y que el Tribunal, frente a la alegación del recurrente de que los mandatos del Corán constituyen un hecho notorio, afirma que “no hay un conocimiento generalizado y absoluto en un Estado aconfesional como el español (art.16.3 CE) de los preceptos religiosos que invoca el recurrente, máxime cuando mantiene en su escrito de recurso que afectan por igual a ambos sexos cuando lo cierto es que solo se reclama la aplicación para la mujer; lo que colisionaría con el art. 14 de la CE”³².

IV. ¿TIENEN REALMENTE LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES COMPETENCIA PARA REGULAR EL BURKINI?

Hemos incidido en la necesidad de que para limitar derechos fundamentales se hace necesario cumplir con el mandato de la reserva de ley, y que, en nuestro Estado, a diferencia de otros, no existe, o al menos en apariencia, una ley orgánica que sirva de cobertura para limitar por medio de una norma reglamentaria el burkini. Así las cosas, frente a la pregunta planteada, podemos considerar tres situaciones: (1) que el burkini no quede amparado por ningún derecho fundamental y, por extensión, no se requiera de ley orgánica; (2) que el burkini tenga encaje en un derecho fundamental, bien libertad religiosa, bien propia imagen, pero no exista una norma de cobertura para su limitación, que cumpla con la exigencia de ley orgánica derivada del art. 53 de la Constitución española; o (3) que el burkini

30 SAP Almería 26 julio 2023 (ROJ I303, 2023).

31 *Ibidem*. FJ.3º, § 6º.

32 *Ibidem*. FJ.3º, § 4º.

quede amparado por un derecho fundamental, existiendo, además, norma de cobertura para su limitación.

I. El burkini no queda amparado por ningún derecho fundamental.

La primera tesis consistiría en entender que el burkini no es la manifestación de ningún derecho fundamental: ni lo es del derecho a la libertad religiosa porque no encuentra alusión en ningún texto religioso, ya que es un elemento de reciente creación, ni hace lo propio en el derecho a la propia imagen, en este caso porque no forma parte del conjunto de cualidades físicas que determinan la apariencia externa de una persona y que permiten su identificación.

Así las cosas, la limitación se concebiría como una manifestación de aquella vieja idea de la regulación administrativa en garantía de la salubridad en las ciudades, esto es, una de las competencias básicas de todo municipio para que lo podamos reconocer como tal (ex art. 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local). Y desde esta perspectiva, en la medida en que el burkini no se puede calificar como higiénico -como tampoco lo es bañarse en una piscina pública con otra vestimenta que no sea la adecuada para el baño (mismo planteamiento que el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Almería)- cabe limitarlo, y, de hacerlo mediante una regulación general, es decir, sin establecer consecuencias perjudiciales individualizadas, existiría en los administrados obligación jurídica de soportar; teniendo los Ayuntamientos, por lo tanto, competencia para su regulación.

2. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero sí existe norma de cobertura para su limitación.

Esta segunda tesis, que se atribuye a la profesora ORTEGA BERNARDO³³, partiría de la consideración general de que si, precisamente, existen una serie de requisitos constitucionalmente definidos para poder limitar derechos fundamentales, no hay que negar de entrada la posibilidad de que una ordenanza afecte a los anteriores, sino valorar su concurrencia en el caso concreto, y en particular la existencia o no de la norma de cobertura.

Así, de acuerdo con este planteamiento, se respeta, en primer término, el fin constitucionalmente legítimo, porque la medida supone un beneficio para el valor constitucional "seguridad" o, a nuestro entendimiento, y para asimilarnos al caso francés pese a que nuestra Constitución no lo proclama, el valor implícito "convivencia" (test de idoneidad), porque no existe otra alternativa que, beneficiando al anterior, sea menos dañina para el derecho a la libertad religiosa -o,

33 Vid. ORTEGA BERNARDO, J.: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, 2014.

en su caso, ideológica o propia imagen- (test de necesidad), y porque la afectación negativa a la libertad religiosa se ve compensada con el grado de afectación positiva al valor constitucional que se pretende proteger (test de proporcionalidad³⁴); y, en segundo término, se respeta, asimismo, la reserva de ley orgánica, pues, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que serviría de cobertura para las ordenanzas, establece ya en su artículo tercero apartado primero que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. En este último extremo, como afirman LANDETE y BONET, conviene recordar que “el orden público actúa como limitación para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, o, lo que es lo mismo, que no actúa como límite de tal derecho fundamental -ni de ningún otro-, pues en tal caso, tendría relevancia para determinar el ámbito de ese derecho, es decir, para fijar qué actividades se encuadran en su contenido esencial y cuáles no”³⁵.

Y esta misma formulación, la de entender que cabe la regulación por ordenanza pese a tener por objeto un derecho fundamental, la sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aunque con un argumentario diferente. Así, en esta sentencia, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia contra la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia dictada por el Ayuntamiento de Lérida, los recurrentes defendían, no sólo que la ordenanza que prohibía el velo integral en los espacios públicos vulneraba la libertad religiosa, la igualdad y el principio de proporcionalidad, sino también la incompetencia del Ayuntamiento para regular tal materia. Frente a ello, y como hemos apuntado, el Tribunal justifica, primero, que las ordenanzas son acordes a Derecho porque los entes locales, a diferencia del resto de entidades públicas, tienen una relación con el principio de legalidad en un sentido negativo, esto es, que en los asuntos de interés local el Ayuntamiento puede actuar aunque no haya una ley que lo regule y, si el legislador considerase que el anterior no puede ejercer dicha competencia, sería preciso que dictara una ley estableciendo que tal competencia es autonómica o bien estatal; segundo, que, y en la línea de esa interpretación, la habilitación que otorgan los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local a los Ayuntamientos para sancionar en defecto de normativa sectorial específica es suficiente y bastante como para el establecimiento de

34 Al respecto de la estricta observancia del principio de proporcionalidad, baste recordar al respecto las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995/66), 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996/55), y 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207).

35 LANDETE CASAS, J. y BONET NAVARRO, J.: “Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005, p. 5.

una prohibición; y, tercero, que únicamente se requiere de ley orgánica para la regulación del núcleo duro del derecho fundamental, cabiendo, pues, que normas de rango inferior puedan regular los aledaños³⁶.

3. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero no existe norma de cobertura para su limitación.

Esta última tesis entiende que el burkini, en tanto manifestación de un derecho fundamental, necesita para poder limitarse por medio de ordenanza que concurran los requisitos que la jurisprudencia constitucional viene exigiendo, y estos, siguiendo con el planteamiento, no se darían en el presente caso: si bien la regulación, teniendo presente la jurisprudencia comparada que hemos señalado, podría respetar el fin constitucionalmente legítimo, no existiría una ley orgánica que habilitara a los Ayuntamientos para regular vía ordenanza esta vestimenta.

Se trata, por tanto, de la tesis que sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de febrero de 2013³⁷. En esta sentencia, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, “los derechos fundamentales, cuya tutela pretendía la recurrente eran los de la libertad ideológica y religiosa (...) y el derecho de participación en los asuntos públicos”³⁸. A este respecto, resulta capital la motivación religiosa por cuanto “la Asociación en su recurso solo impugnó la prohibición del velo integral, pero no la prohibición del resto de prendas”³⁹. De este modo, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el carácter religioso del velo integral y lo equipara al resto de simbología dinámica del islam.

Por cuanto a la cuestión competencial, mientras que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña interpreta que el requisito de ley se hace en sentido general y, por lo tanto, que la ordenanza es bastante y suficiente, el Tribunal afirma en el fundamento jurídico séptimo que sólo una ley en sentido formal, que habrá de ser además orgánica, puede ser limitativa de derechos fundamentales, y que la interpretación que hace la sentencia de instancia es incorrecta, pues -afirma- el contenido íntegro de los derechos fundamentales ha de ser regulado mediante ley orgánica. A mayor abundamiento, con respecto a la relación característica de los entes locales y el principio de legalidad, viene a decir que es cierto que ello sea así, pero que de modo alguno la autonomía local constituye el soporte normativo para poder limitar derechos fundamentales, y, con respecto a las previsiones ofrecidas por la Ley de Bases de Régimen Local, que hay que distinguir la “prohibición” de la “infracción”.

36 Sentencia TSJ Cataluña 7 junio 2011 (ROJ 5980, 2011).

37 STS 14 febrero 2013 (ROJ 693/2013).

38 *Ibidem*. FJ.1º, § 3º.

39 Ruiz Ruiz, J.J.: “Leyes prohibición”, cit., p.143.

Además, se deja patente en la sentencia que, como el art. 139 de la anterior ley hace referencia expresamente al interés local, "(se) obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al interés local"⁴⁰.

Con todo, resulta sorprendente que el Alto Tribunal no lleve a cabo la labor interpretativa derivada del test de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) cuando, como hemos apuntado, supondría un pilar capital para intentar justificar la postura contraria.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

Primera.- Resulta evidente que la población europea en general tiene una visión crítica respecto al uso del velo islámico y otras manifestaciones religiosas en espacios públicos. A menudo se asocian estas prácticas con el fundamentalismo islámico y se perciben como una forma de opresión hacia la mujer, lo que genera temor y rechazo en algunos sectores de la sociedad.

Segunda.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado diferentes leyes que establecen una prohibición general del velo integral en los espacios públicos. Sin embargo, ha descartado que la seguridad pública sea fundamento suficiente y bastante para justificar esta prohibición. En su lugar, ha argumentado que estas leyes están justificadas por la necesidad de mantener la convivencia. Resulta llamativo, por lo tanto, que el Tribunal no haya acudido al criterio de seguridad pública, por entender que no concurren las notas exigidas de "amenaza real y grave" y, en su lugar, haya optado por el criterio del mantenimiento de la convivencia, que no tiene una previsión específica en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tercera.- Las regulaciones locales que tienen por objeto el burkini suponen una cuestión de rabiosa actualidad y, a diferencia de España, se ha evidenciado cómo allí donde existen leyes que tienen por objeto la prohibición de alguna de las manifestaciones del velo islámico, no se ha cuestionado que las ordenanzas dictadas por los ayuntamientos sean inválidas por un vicio competencial.

Cuarta.- En España, en cambio, el Tribunal Supremo entiende que los entes locales no tienen competencia para regular el velo islámico -y, en defecto de pronunciamientos judiciales, lo propio respecto del burkini si entendemos que viene amparado por un derecho fundamental-, porque para la limitación de los derechos fundamentales se hace preciso la existencia de una norma, que, para

40 *Ibidem.* FJ.10º, § 17º.

ofrecer la cobertura normativa suficiente en cumplimiento del art. 53 de la Constitución, deberá ser ley orgánica.

Quinta.- No obstante, se ha reflejado como otra postura, más residual, entiende todo lo contrario con base en que la exigencia de reserva de ley viene cubierta por la previsión que hace el art. 3.I de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y en que se cumple con el test de proporcionalidad para la protección de la seguridad pública o convivencia ciudadana.

Sexta.- Por su parte, la postura que pretende sostenerse en estas páginas supone entender que no existe razón suficiente en Derecho como para negar a los entes locales la competencia para regular el burkini, pues, es una manifestación de las potestades administrativas para la protección de la salud en los espacios públicos, y, precisamente, la protección de la salubridad pública es una de las competencias innegables de todo municipio de conformidad con el art. 25 de la Ley de Bases de Régimen Local. Si, como tratamos de señalar, entendemos que el burkini no queda amparado por un derecho fundamental y que es una prenda no apta para el baño, sólo podemos llegar a la conclusión de que los Ayuntamientos deben actuar en consecuencia y no permitir su uso.

BIBLIOGRAFÍA

ARECES PIÑOL, M.T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, Aranzadi, Madrid, 2014.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "Extremismo, radicalización violenta y libertad religiosa: límites del control estatal", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 46, 2018.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "Símbolos religiosos en un Estado Democrático y Plural", *Revista de Estudios Jurídicos*", núm. 10, 2010.

CHASSANG, C.: "La CEDH et la loi du 11 octobre 2010: une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public", *Recueil Dalloz*, núm. 30, 2014.

FAGGIANI V.: "La Constitución Suiza «velada» la prohibición del burka en el contexto de las tendencias regresivas de la democracia en Europa", *Anuario de Derecho Eclesiástico el Estado*, núm. 38, 2022.

GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E.: "El derecho a la propia imagen en su dimensión subjetiva y los códigos de indumentaria laboral", *UNED, Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021.

LANDETE CASAS, J. y BONET NAVARRO, J.: "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: "Simbología islámica masculina y libertad religiosa", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, núm. 25, 2022.

MORENO SOLER, V.: "La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario" en AA.VV.: *Dignidad Humana, Derecho y Diversidad religiosa* (coord. por S. MESEGUER VELASCO), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

ORTEGA BERNARDO, J.: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, 2014.

ROTONDO V.: "Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de Casación italiano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024.

RUIZ RUIZ, J.J.: "Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2013.

TORREKENS, C.: "La prohibición del velo integral en Bélgica: entre historia colectiva y política simbólica", *Revista CIDOB d'Àfer Internacionals*, núm. 115, 2017.

