



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**La libertad de expresión religiosa en el Derecho
Internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
y la restricción del uso del velo islámico**

Autor: Antonella Carminati Woll

Legajo: 26295

Mentor: Emiliano Buis

Buenos Aires 31 de julio



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

***La libertad de expresión religiosa en el Derecho
Internacional:
el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
y la restricción del uso del velo islámico***

Autor: Antonella Carminati Woll

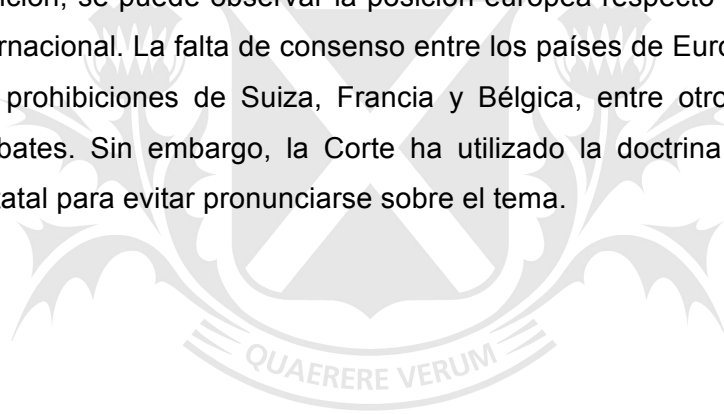
Legajo: 26295

Mentor: Emiliano Buis

Buenos Aires 31 de julio

RESUMEN

Frente a una fuerte tendencia secular de Europa, el islam presenta diversos desafíos. Opiniones controvertidas han surgido en torno al uso del velo islámico y el derecho a la igualdad de la mujer. En el siguiente trabajo se encuentran en discusión los casos judiciales del ámbito regional europeo de protección de los derechos humanos en los que se trata el caso de la mujer que usa el velo por una elección propia y el Estado censura su libertad de expresión religiosa. Los países europeos se colocan en el lugar de juzgar qué prácticas religiosas deben ser aceptadas y cuáles no. A través de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en relación con el artículo 9 de la Convención, se puede observar la posición europea respecto de la religión en el derecho internacional. La falta de consenso entre los países de Europa sobre el uso del velo y las prohibiciones de Suiza, Francia y Bélgica, entre otros, ha llevado a numerosos debates. Sin embargo, la Corte ha utilizado la doctrina del margen de apreciación estatal para evitar pronunciarse sobre el tema.



Universidad de
San Andrés

A mis padres,
por el apoyo incondicional.

A mis compañeros,
por los momentos compartidos.

A Emiliano Buis,
por su tiempo y dedicación.



Universidad de
San Andrés

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	PLURALISMO, SECULARISMO Y LAICIDAD	4
III.	PERSPECTIVAS TEÓRICAS A CERCA DEL ROL DE LA RELIGIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL	7
A.	Teoría separatista	7
B.	Teoría “acomodacionista”	9
C.	Teoría de doble filo	9
IV.	EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL USO DEL VELO: APLICANDO EL ARTÍCULO 9 DE LA CEDH	10
A.	EL TEDH Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN RELIGIOSA	10
B.	EL USO DEL VELO EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PÚBLICAS ..	13
i.	<i>Dahlab c. Suiza</i> (15 de febrero de 2001)	15
ii.	<i>Leyla Sahin c. Turquía</i> (10 de noviembre de 2005)	17
C.	EL USO DEL VELO EN EL EMPLEO PÚBLICO	23
D.	EL USO DEL VELO INTEGRAL EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS.....	27
i.	<i>S.A.S. c. Francia</i> (1 de julio del 2014).....	27
ii.	<i>Belcacemi y Oussar c. Bélgica</i> (11 de julio de 2017).....	30
iii.	<i>Dakir c. Bélgica</i> (11 de julio de 2017).....	32
E.	EL USO DEL VELO EN UNA SALA DE TRIBUNAL.....	34
V.	EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	37
VI.	CONCLUSIÓN.....	41
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	43

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional moderno es generalmente percibido como un sistema jurídico internacional secular.¹ No obstante, nos encontramos frente a un panorama donde el 84% de la población mundial se identifica con una religión. Las religiones dominantes son: el cristianismo con 2,3 mil millones y el islam con 1,8 millones de personas aproximadamente.² En ese sentido, la relación entre el derecho internacional y la religión toma relevancia en torno a los debates actuales sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, así como a la promoción y protección de los derechos humanos internacionales en las diferentes culturas y civilizaciones.

Debido a la alta proporción de población religiosa mundial, los instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos –artículos 2 y 18–, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículos 2 y 18–, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones –artículos 1 y 2– y el Convenio Europeo de Derechos Humanos –artículos 9 y 14–, incluyen en sus artículos la importancia de la libertad religiosa y del trato igualitario de todas las religiones.

La religión ha sido tradicionalmente una de las fuentes principales del derecho internacional. A lo largo de los siglos, los abogados internacionales han extraído las reglas de su disciplina a partir de escritos religiosos. En la era moderna, una de las tareas principales que enfrentan los abogados internacionalistas es recurrir a las diferentes tradiciones religiosas, políticas, económicas y sociales para encontrar valores comunes entre las naciones³ y así crear un derecho internacional más inclusivo.

En contra de los pronósticos que sostenían que la religión iba a desaparecer, en *The Return of the Sacred? The Argument on the Future of Religion* (1977) Daniel Bell predijo un resurgimiento de la religión a pesar de la fuerte tendencia de la

¹ Mashood A. Baderin, "Religion and International Law: Friends or Foes?," *SOAS School of Law*

² David McClendon y Conrad Hackett, "Christians remain world's largest religious group, but they are declining in Europe," *Pew Research Center*, abril 5, 2017, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/04/05/christians-remain-worlds-largest-religious-group-but-they-are-declining-in-europe/>

³ Mark W. Janis, "Religion and International Law," *Cambridge University Press American Society of International Law*, (abril 21, 1988): 194, JSTOR.

secularización en ese momento. Esto llevó a tener en cuenta el rol de la religión en el derecho internacional.

Por un lado, en el mundo occidental, donde predomina el cristianismo, se encuentra más arraigada la separación entre Iglesia y Estado. La aplicación de los conceptos de secularización y laicidad ha servido como herramienta en Occidente para independizar al Estado de toda influencia religiosa. Por otro lado, en algunos países de Medio Oriente, en particular en los que predomina el islam, parece haber una sólida relación entre religión y Estado.

Europa provee un escenario para analizar la relación entre religión y derecho internacional. De acuerdo al *Pew Research Center*, en el 2016 el 5% de la población europea adoptaba el islam como religión. El contexto político en los últimos años de ciertos países árabes, como es el caso de Siria, ha acentuado la inmigración musulmana en Europa, generando una afluencia récord de solicitantes de asilo que huyen de los conflictos en sus respectivas naciones. Esta ola de migrantes musulmanes ha creado un debate sobre las políticas de inmigración y seguridad, planteando preguntas sobre el número actual y futuro de musulmanes en Europa.⁴ Entonces, más allá de la población histórica musulmana de Europa, se estima un aumento de la presencia del islam en el continente, creando la necesidad de colocar nuevamente la religión como un elemento importante para definir las características del escenario jurídico internacional.

Uno de los campos donde surge el choque entre la ambición hacia el secularismo y la necesidad de mejorar las tradiciones culturales es el espacio público. Desde un punto de vista constitucional, a los tribunales y jueces a menudo se les pide que resuelvan conflictos que involucran reclamos religiosos, tratando de mantener simultáneamente el respeto por las identidades religiosas, la libertad religiosa y el principio de igualdad de todas las creencias ante el Estado. La dificultad de esta tarea se ve expresada dentro de la extensa jurisprudencia sobre libertad de expresión religiosa en Europa.⁵

⁴ "Europe's Growing Muslim Population," *Pew Research Center*, noviembre 29, 2017, <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>

⁵ Luca Pietro Vanoni y Giada Ragone, "From the Secularisation Theory to the Pluralistic Approach: Reconciling Religious Traditions and Modernity in Italian Case-Law," en *Law, Religion and Tradition*, ed. Jessica Giles, Andrea Pin y Frank S. Ravitich. (Suiza: Springer International Publishing, 2018),1.

De este modo, la cuestión religiosa no es un tema ajeno a Europa, ya que incluso en los países considerados seculares es posible advertir que la religión sigue ocupando un rol importante en la sociedad. La gran presencia musulmana en el continente europeo ha desafiado y sigue desafiando al derecho internacional. Uno de los problemas recurrentes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre el que recaerá esta investigación, es la restricción a la libertad de expresión religiosa (artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos).

En el marco de estas consideraciones genéricas, el objetivo de la presente tesis es analizar de modo específico el alcance de la tutela de la libertad de expresión religiosa respecto del uso del velo islámico en el TEDH. En ese contexto, se examinarán diversos casos en los que la Corte libra a discrecionalidad de cada Estado la regulación sobre el tema. Debido a que los casos presentan numerosos matices, el análisis se centrará principalmente en el margen de apreciación, un factor que, como veremos, comparten los distintos asuntos sometidos a la jurisdicción del tribunal. Es así que esta tesis concluirá que el amplio margen de apreciación estatal aplicado por los jueces de Estrasburgo implicará un abandono del control sobre el cumplimiento del artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En primer lugar, en el trabajo se hará una distinción de los conceptos de pluralismo, secularismo y laicidad. Estas nociones han sido esgrimidas por el TEDH y son fundamentales a la hora de entender las implicancias de la libertad religiosa en las sociedades occidentales modernas.

En segundo lugar, a modo de indicar la posición de los países europeos respecto de la relación entre religión y derecho internacional, se describirán brevemente tres perspectivas teóricas a cerca del rol de la religión en el derecho internacional: la teoría separatista (posición europea), la teoría “acomodacionista” (*accommodationist theory*) y la teoría de doble filo.

Luego, se analizarán los siguientes casos del TEDH sobre el uso del velo: *Dahlab c. Suiza* (2001), *Leyla Sahin c. Turquía* (2005), *Ebrahimian c. Turquía* (2015), *S.A.S. c. Francia* (2014), *Belcacemi y Oussar c. Bélgica* (2017), *Dakir c. Bélgica* (2017) y *Lachiri c. Bélgica* (2018). Estos casos fueron seleccionados, en particular, porque representan la restricción del velo en distintos ámbitos públicos: la escuela, la universidad, el

hospital, el espacio público y la corte.⁶ Asimismo, a efectos comparativos, se incluirá el caso *Lautsi y otros c. Italia* (2011) sobre la presencia de crucifijos en las escuelas que, a pesar de que no trate el tema del velo, nos resultará útil para demostrar la postura de la Corte en un caso sobre cristianismo y libertad religiosa.

Por último, se destacará la relevancia de la doctrina del margen de apreciación nacional como común denominador en la jurisprudencia del uso del velo islámico.

II. PLURALISMO, SECULARISMO Y LAICIDAD

El modo de comprender y practicar la religión ha ido cambiando a través del tiempo. Desde 1960 hubo un declive en la participación pública de las prácticas religiosas tradicionales por parte de algunas poblaciones europeas. Grace Davie denomina este fenómeno como “creer sin pertenecer”.⁷ Por otra parte, Danièle Hervieu-Léger describe otro proceso que se ha dado que ofrece la característica inversa de la situación descrita por Davie, “pertenecer sin creer”.⁸ Esto quiere decir que no hay una sola manera de comprender la secularización y que en cada sociedad pueden suceder procesos distintos. Al asociarse la modernidad con el grado de secularización se entienden muchas de las políticas llevadas a cabo en Europa.

El sociólogo José Casanova distingue tres maneras principales en las que el término secularización es empleado: (1) la secularización como “decadencia de las prácticas y creencias religiosas” en las sociedades modernas; (2) como la “privatización de la religión”; y (3) como la “distinción de las esferas seculares” (Estado, economía,

⁶ Se seleccionaron casos que versan sobre el uso del velo únicamente en distintas esferas del ámbito público y desde diversas perspectivas. Cada caso aborda desde un punto diferente el uso de la prenda islámica, ya sea que esta fuere utilizada por mujeres en situación de jerarquía (maestra), subordinación (alumna), asistencia (empleada pública) o en mera calidad de ciudadana. Se intentó evitar la repetición de casos análogos que fueron decididos en base a argumentos sustancialmente idénticos; por eso, se excluyeron *Kurtulmus v. Turquía* (2006, la Corte declaró inadmisibile la demanda de una profesora universitaria a la que se le prohibió usar el velo mientras enseñaba), *Köse y 93 Otros v. Turquía* (2006, la Corte declaró inadmisibile la demanda de estudiantes de secundario público a los que se les prohibió el uso del velo), *Dogru v. Francia* y *Kervanci v. Francia* (2008, en ambos casos, la Corte sostuvo que no hubo violación del art. 9 cuando alumnas fueron excluidas de la clase de educación física, en la escuela pública, por su negativa a quitarse el velo) y *Aktas v. France*, *Bayrak v. France*, *Gamaleddyn v. France*, *Ghazal v. France*, *J. Singh v. France* and *R. Singh v. France* (2009, la Corte declaró inadmisibile la demanda de estudiantes que fueron expulsados de escuelas estatales por usar prendas religiosas).

⁷ Grace Davie, “Believing without Belonging: Is This the Future of Religion in Britain?,” *Social Compass*, Vol. 37 no. 4 (diciembre 1990): 455, <https://doi.org/10.1177/003776890037004004>

⁸ Danièle Hervieu-Léger, “The role of religion in establishing social cohesion” *Eurozine*, (agosto 2006), <https://www.eurozine.com/the-role-of-religion-in-establishing-social-cohesion/>

ciencia), normalmente entendida como su “emancipación” de las normas e instituciones religiosas.

Evidentemente la interpretación del proceso de secularización en las sociedades modernas es concebida de diversas maneras. Es así que los teóricos europeos ofrecen una visión diferente de la de los teóricos estadounidenses. Los sociólogos de la religión europeos entienden a la secularización como el declive irreversible de las prácticas y creencias religiosas en la sociedad europea y la consideran como un hecho consumado, irrefutable empíricamente. Por otro lado, los sociólogos estadounidenses no creen que haya una disminución de las prácticas y creencias religiosas del pueblo estadounidense, sino todo lo contrario. Sostienen que lo que ha sucedido es un cambio en el modo tradicional de practicar y concebir la religión. Una de las razones asociadas a la discrepancia en el modo de entender la secularización es que Estados Unidos ya nació como un país secular moderno mientras que ello no ocurrió así en el caso del continente europeo: por lo tanto, la forma en que atravesaron este proceso fue distinta.⁹

Más allá del proceso de secularización, es un hecho que en las sociedades modernas coexisten varias religiones. A la existencia de múltiples religiones en un mismo contexto social se la puede identificar como “diversidad” o “pluralismo”, dos conceptos que tienden a utilizarse como sinónimos pero no lo son. El sociólogo inglés James Beckford aclara que bajo el concepto de pluralismo se suelen confundir tres aspectos diferentes de la religión en la vida pública: la magnitud de la diversidad religiosa, el grado en que los distintos grupos religiosos existentes son aceptados en una sociedad y el apoyo por el valor moral o político de la diversidad religiosa. Este último aspecto es el que Beckford considera como pluralismo; dicho en otras palabras, se trataría no solo de la mera existencia de diversidad religiosa, sino de su efectiva valoración.¹⁰ El pluralismo es entonces el compromiso que crea una sociedad en común a partir de la diversidad. Pueden haber diferentes religiones en una sociedad pero, si no hay ningún tipo de relación entre ellas, es un caso de diversidad y no de pluralismo.

Asimismo, el pluralismo implica más que la tolerancia de las diferencias, pues requiere conocer las otras religiones. La tolerancia no incluye que las personas se conozcan,

⁹ José Casanova, “Reconsiderar la Secularización: Una perspectiva comparada mundial,” *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, no. 7 (Noviembre 2007): 1-2, UAM-AEDRI.

¹⁰ Alejandro Frigerio e Hilario Wynczyk. “Diversidad no es lo mismo que pluralismo: cambios en el campo religioso argentino (1985-2000) y lucha de los evangélicos por sus derechos religiosos,” *Sociedade e Estado*, Vol. 23, no. 2 (junio 6, 2008): 233-234.

por lo que permite que se alberguen estereotipos y verdades a medias. Si bien la tolerancia es importante, poco hace para eliminar la ignorancia de los demás y no promueve el encuentro entre las religiones. Establecidas entonces estas diferencias, el pluralismo se puede definir como el proceso de crear una sociedad a través del encuentro crítico y autocrítico del uno con el otro, reconociendo, en lugar de ocultar, las diferencias más profundas.¹¹

Comparando nuevamente la situación estadounidense con la europea, mientras en Estados Unidos las nuevas religiones inmigrantes han contribuido a una mayor expansión del pluralismo religioso local, en Europa las religiones inmigrantes presentan un desafío a los modelos locales de un pluralismo religioso limitado y a las recientes tendencias europeas de secularización drástica. Las sociedades responden de manera diferente frente a unos u otros colectivos. Es así que respecto del islam las sociedades europeas construyen la imagen del “otro religioso” percibiendo su encaje social como problemático.¹²

Así como las sociedades modernas no son todas iguales, la laicidad es interpretada y aplicada de diferentes maneras. Por esto, la laicidad es compleja de definir. No obstante, diversos teóricos reconocen en general un número de principios básicos: (1) la neutralidad del Estado frente a las diversas religiones; (2) la igualdad de trato de todos los ciudadanos, cualquiera sea la religión que profesen; y (3) tres principios en orden a un objetivo: el respeto efectivo al derecho a la libertad de conciencia y de religión.¹³

A su vez, el sociólogo mexicano Roberto Blancarte distingue “laicidad” de “laicismo”. Blancarte otorga una definición de laicidad entendiéndola como un régimen social de convivencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y ya no por elementos religiosos.¹⁴ Mientras la laicidad se refiere a un estado de cosas, el laicismo es una actitud combativa para conseguir o mantener

¹¹ The Pluralism Project, “From diversity to Pluralism,” Harvard University, consultado marzo 1, 2019, <http://pluralism.org/encounter/todays-challenges/from-diversity-to-pluralism/>

¹² José Casanova, “La inmigración y el nuevo pluralismo religioso. Una comparación Unión Europea/Estados Unidos,” *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, no. 77 (mayo-junio 2007):13-15,

https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/la_inmigracion_y_el_nuevo_pluralismo_religioso_una_comparacion_union_europea_estados_unidos

¹³ Ana Teresa Martínez, “Laicidad y Secularización,” *Colección de cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad*, no. 21 (2013): 44.

¹⁴ Roberto Blancarte, “¿Por qué un Estado Laico?,” *Laicismo.org*, febrero 2009, https://laicismo.org/data/docs/archivo_1479.pdf.

ese estado de cosas. Por esta razón, se puede considerar al laicismo como una etapa de luchas por la diferenciación y por la autonomía del político respecto del religioso. En Francia, a partir de la Revolución, se consolidó una etapa necesaria para avanzar hacia el real ejercicio de la soberanía popular como fundamento del poder político.¹⁵

Por su parte, el filósofo italiano Norberto Bobbio también hace una distinción entre “laicidad” y “laicismo” y considera que el segundo término “generalmente es usado con una connotación negativa, para designar una posición de intransigencia y de intolerancia hacia los credos y las instituciones religiosas.” El término pertenece a la categoría de los “-ismos” y, por lo tanto, ofrece una visión global y omnicomprensiva del mundo. Bobbio argumenta que, cuando la laicidad se transforma en laicismo, se corre el riesgo de caer en la contradicción de un fanatismo o dogmatismo laico. Entonces, según su visión, la laicidad implica una cultura abierta, libre de dogmas y cuya característica fundamental es la tolerancia. Una tolerancia que para él implica aceptar lo que desaprobamos para respetar el derecho a la libertad de otros.¹⁶

Una vez definidos los conceptos de pluralismo, secularismo y laicidad, se puede observar que en Europa occidental, marcada fuertemente por una ideología secular y laica, predomina la diversidad sobre la pluralidad y la tolerancia sobre la inclusión. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) ampara la diversidad religiosa a través de su artículo 9, pero, como se verá, falla en promover el pluralismo. Los casos que han surgido respecto a la libertad religiosa demuestran la endeble protección del TEDH a las manifestaciones de religión, en particular, minoritarias.

III. PERSPECTIVAS TEÓRICAS A CERCA DEL ROL DE LA RELIGIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Mashood A. Baderin en su texto *Religion and International Law: Friends or Foes?* presenta tres teorías acerca del rol que la religión debe ocupar en el derecho internacional y las clasifica en: teoría separatista, teoría “acomodacionista” y teoría de doble filo.

A. Teoría separatista

¹⁵ Martínez *op. cit.*, 40-42.

¹⁶ Corina Yturbe, “El principio de laicidad: el caso del velo islámico,” *Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, Diánoia*, Vol. LI no. 56 (mayo 2006): 70-73, <http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v51n56/0185-2450-dianoia-51-56-67.pdf>

En primer lugar, la perspectiva teórica separatista refleja una visión positivista secular del derecho internacional que aboga por una separación estricta entre la religión y el derecho. Sostiene que la religión no debería tener ningún papel normativo en el derecho internacional. Se basa principalmente en el concepto occidental de la separación de la Iglesia y el Estado, que afirma que la religión debe ser un asunto personal restringido a la esfera privada de los individuos.

La lógica principal de la teoría separatista es el "argumento de neutralidad". La necesidad de un derecho internacional positivista laico para garantizar la neutralidad en el funcionamiento y la aplicación del derecho internacional de una manera que garantice la igualdad y la no discriminación en una sociedad diversa.¹⁷ Se verá más adelante que este argumento de neutralidad es frecuentemente utilizado por el TEDH respecto de los casos de libertad religiosa y uso del velo.

Esta visión del derecho internacional estrictamente secular es cuestionada por James D. Fry en su artículo *Pluralism, Religion, and the Moral Fairness of International Law*, al criticar la teoría de la equidad moral de Thomas Franck por rechazar una posible voz de la religión en el discurso de la imparcialidad. Fry argumenta que la inclusión de la religión en la etapa de implementación del derecho internacional inyecta una medida de regionalismo y pluralismo en el discurso.¹⁸ Como resultado de la incorporación de la religión, el derecho internacional puede reflejar mejor las realidades sociales complejas, realidades que posiblemente han sido cubiertas por el velo de la occidentalización durante demasiado tiempo.¹⁹

En el ámbito internacional, hay Estados que practican la religión estatal e incorporan prácticas religiosas en sus respectivos sistemas políticos legales. Por ejemplo, son trece los Estados islámicos que hacen de *la sharia* (la ley islámica) una parte integral de sus constituciones, incluyendo Bahréin, Irán, Egipto, Kuwait, Marruecos, Omán, Pakistán, Qatar, Arabia Saudita, Sudán, Siria, Emiratos Árabes y Yemen. Es cierto que, desde una perspectiva de derechos humanos, se podría argumentar que la incorporación de la religión a una evaluación de imparcialidad impondría de manera inapropiada la religión a personas religiosas y antirreligiosas. Sin embargo, Fry aclara que no debe olvidarse que la religión no se propone como el único factor para

¹⁷ Baderin, *op. cit.*, 643-644.

¹⁸ James D. Fry, "Pluralism, Religion, and the Moral Fairness of International Law," *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 3 no. 3 (2014): 393, doi:10.1093/ojlr/rwu025

¹⁹ *Ibid.*, 396.

determinar la imparcialidad, sino que se propone como un factor posible entre muchos.²⁰

B. Teoría “acomodacionista”

En segundo lugar, la perspectiva teórica “acomodacionista” avanza sobre la idea de que la religión puede desempeñar un papel normativo positivo e importante en el derecho internacional. Esta percepción se basa en una visión naturalista del derecho internacional. Los defensores de esta opinión afirman que las consideraciones religiosas son tan importantes para la mayoría de la población del mundo que no pueden considerarse irrelevantes para la esfera pública del derecho en general y del derecho internacional en particular. Argumentan que, dado que muchos aspectos del derecho internacional, como los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho ambiental, el desarme y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, están respaldados por consideraciones de moralidad y dignidad humana. Las tradiciones y normas religiosas pueden aportar contribuciones positivas al respecto y por lo tanto, debe ser acomodadas normativamente dentro de los principios del derecho internacional.

C. Teoría de doble filo

Por último, la perspectiva teórica de doble filo se encuentra entre las otras dos teorías. En general, refleja una visión realista de la relación entre la religión y el derecho internacional. Argumenta principalmente que la religión es como una espada de doble filo que podría utilizarse de manera positiva o negativa en su relación con el derecho internacional y viceversa. La teoría de doble filo reconoce, por un lado, que hay tradiciones y normas religiosas que son amigables con el derecho internacional y pueden ser utilizadas positivamente para promover el cumplimiento del derecho internacional. Por el otro, que ciertos principios religiosos aparentemente entran en conflicto con algunas normas de derecho internacional.²¹

Teniendo en cuenta estas tres perspectivas teóricas para abordar la diversidad religiosa en las sociedades actuales, se observará que la teoría separatista es la que va a predominar en los argumentos de los casos jurídicos mencionados en el trabajo, para justificar las limitaciones a la libertad de expresión religiosa.

²⁰ Ibid., 403-404.

²¹ Baderin, *op. cit.*, 649.

IV. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL USO DEL VELO: APLICANDO EL ARTÍCULO 9 DE LA CEDH

A. EL TEDH Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN RELIGIOSA

En Europa, la tutela a la libertad de expresión religiosa se encuentra consagrada en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*:

Artículo 9

Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.²²

Como se sabe, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue creado en 1959 y en 1998 se sentó como un tribunal de tiempo completo al eliminarse la existencia de una Comisión mediante el Protocolo XI. Se encarga de regular las solicitudes individuales o estatales que alegan violaciones de los derechos civiles y políticos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Abarca ochocientos millones de europeos en los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Convenio.²³

En los últimos veinte años, el TEDH se ha convertido en una fuerza conspicua sobre el lugar de la religión en la esfera pública europea. La presencia del islam en Europa ha actuado como catalizador en muchos debates sobre la religión en el continente. Estos han crecido para abarcar supuestos mucho más amplios sobre la naturaleza de las comunidades religiosas, su relación con las instituciones estatales y el lugar de las

²² Convenio Europeo de Derechos Humanos, texto disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

²³ "The Court in brief," European Court of Human Rights, consultado marzo 1, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf

comunidades religiosas minoritarias en la sociedad. En consecuencia, la Corte Europea ofrece un espacio importante para los académicos que estudian el lugar de la religión en la esfera pública.²⁴

En sus primeros treinta y cuatro años de funcionamiento como tribunal, de 1959 a 1993, el TEDH no emitió ni una sola sentencia con respecto al artículo 9 de la Convención. El primer caso fue *Kokkinakis c. Grecia* en 1993, que involucró a un testigo de Jehová que había sido arrestado y encarcelado repetidamente por violar la prohibición de proselitismo. En la opinión mayoritaria de que los derechos del artículo 9 del Sr. Kokkinakis habían sido violados, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

Como se establece en el artículo 9, la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los cimientos de una "sociedad democrática" en el sentido de la Convención. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más vitales que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien preciado para los ateos, agnósticos, escépticos y despreocupados. El pluralismo indisociable de una sociedad democrática, que ha sido profundamente ganado a lo largo de los siglos, depende de ello.²⁵

La decisión de *Kokkinakis* identificó la libertad religiosa como una herramienta para proteger y promover los bienes del pluralismo democrático. Se consideró que el pluralismo no se encuentra al servicio de la libertad religiosa sino que la libertad religiosa está al servicio del pluralismo. Esta comprensión de la relación entre ambas nociones moldeó profundamente la interpretación de la Corte del artículo 9.²⁶ Se consideró a la libertad de expresión religiosa como uno de los pilares centrales de la sociedad democrática. A partir de *Kokkinakis*, el Tribunal emitió más de cincuenta condenas en virtud del artículo 9. Las cifras demuestran una judicialización creciente de la religión.²⁷

En toda Europa, las cuestiones referidas a la relación entre Estado y religión son muy sensibles políticamente. En muchos países, el patrimonio religioso en sí mismo o las tradiciones legales relacionadas con las relaciones entre el Estado y la religión

²⁴Effie Fokas, "Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence," *Oxford Journal of Law and Religion*, (marzo 10, 2015): 54–56, doi: 10.1093/ojlr/rwu065

²⁵ *Kokkinakis v. Grecia*, App. No. 14307/88, 17 Eur. H.R. Rep. 397 (1994), §31.

²⁶ Zachery R. Calo, "Pluralism, Secularism and the European Court Of Human Rights," *Cambridge University Press*, Vol. 26 no. 1 (2010-2011): 262, JSTOR.

²⁷ Fokas, *op. cit.*, 60.

desempeñan un papel importante en los discursos sobre identidad nacional. Al mismo tiempo, como hemos visto, en la mayoría de los países europeos, se observa un alto grado de secularización del Estado.²⁸ Con un total de noventa y seis estados seculares en el mundo, el continente europeo cuenta con un número de treinta y tres.²⁹ Este complejo conjunto de tendencias contribuye a que las controversias sobre la religión y su lugar en la esfera pública sean particularmente agudas.

La Corte ha tenido menos sensibilidad a los aspectos individuales de la libertad religiosa que constituyen el núcleo del artículo 9 de la CEDH. En este sentido, la jurisdicción de Estrasburgo ha reconocido que la libertad religiosa comprende dos dimensiones. La dimensión interna (*forum internum*), por un lado, consiste en la libertad de todas las personas para mantener la religión o creencia de su elección. La dimensión externa (*forum externum*) implica, por su parte, la libertad de manifestar nuestra religión o creencia externamente, "solo o en comunidad con otros", "en público y en privado", "en la adoración, la enseñanza, la práctica y la observancia". Si bien la manifestación externa de la religión o de una creencia es susceptible de estar sujeta a limitaciones, bajo las condiciones del artículo 9.2 de la CEDH, la dimensión interna de la libertad religiosa es absoluta y no puede restringirse.³⁰

Como las creencias religiosas o morales tienden a manifestarse en la conducta práctica, la identidad religiosa encuentra su desarrollo natural en acciones personales de diferentes tipos. La restricción de estas acciones impone una limitación a la identidad religiosa y esto es algo que se puede hacer únicamente bajo ciertas condiciones establecidas de modo explícito en el artículo 9.2 del CEDH.³¹ Las limitaciones, según esa disposición jurídica, tienen que estar previstas por la ley, constituir medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Estas restricciones, hay que decirlo, son aplicadas de manera distinta. Existe un trato desigual de las personas con convicciones religiosas en comparación con las

²⁸ Julie Ringelheim, "State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach," *Oxford Journal of Law and Religion*, no. 6 (enero 11, 2017): 25, doi: 10.1093/ojlr/rww060

²⁹ "What is a secular state?," The World Atlas, consultado el 30 de julio de 2019, <https://www.worldatlas.com/articles/what-is-a-secular-state.html>

³⁰ Javier Martínez-Torrón, "The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law," *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1 no. 2 (enero 12, 2012): 365-366, doi:10.1093/ojlr/rwr021

³¹ *Ibid.*, 368.

personas sin religión, y de las minorías religiosas en comparación con las mayorías religiosas. Lo primero ocurre cuando el espacio público está diseñado de tal manera que cumple completamente las aspiraciones de los ateos o agnósticos. La secularidad de los ambientes públicos, la ausencia y restricción religiosa, se condice con el pensamiento de las personas sin religión. Por otra parte, las leyes consideradas "neutrales" generalmente se ajustan a los valores éticos que dominan en un determinado entorno social. Las leyes neutrales rara vez entran en conflicto con la moral o las prácticas de vida de las iglesias principales, pero con mayor frecuencia pueden causar conflictos con grupos religiosos minoritarios que participan en conductas que son socialmente atípicas.³² Por ejemplo, con la prohibición del uso de vestimenta religiosa en determinados ámbitos, se ven afectadas las mujeres musulmanas mientras que los cristianos no.

Los Estados no están obligados a respetar y proteger la libertad religiosa porque consideran que las convicciones de sus ciudadanos son correctas. En cambio, están obligados a proteger la libertad de creer y actuar en consecuencia porque esta libertad es constitutiva de la persona humana y el respeto por esto es un elemento esencial de un sistema democrático.³³

B. EL USO DEL VELO EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PÚBLICAS

Los derechos a la religión y a otras formas de expresión, conforme con los artículos del 8 al 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, permiten que ciertos elementos de la identidad sean visibles, para otros, en lugares públicos. Pero a su vez esos derechos se encuentran sujetos a restricciones por los derechos y libertades de otros.³⁴ Uno de los elementos que más controversias ha traído en Europa es el uso del velo. Principalmente, como veremos, Suiza, Turquía, Francia y Bélgica han sido escenario de cuestionamientos a cerca de la prenda islámica en espacios públicos.

Cuando se habla del velo suele ser común que se generalice, y es importante diferenciar los distintos tipos. Así, por ejemplo, el *hiyab* cubre el cabello y cuello dejando completamente al descubierto la cara. El *burka*, en cambio, oculta

³² Ibid., 369.

³³ Ann Power-Forde, "Freedom of Religion and 'Reasonable Accommodation' in the Case Law of the European Court of Human Rights," *Oxford Journal of Law and Religion*, no. 5 (2016): 591, doi: 10.1093/ojlr/rww056

³⁴ Jill Marshall, "S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities," *Human Rights Law Review*, no. 15 (abril 15, 2015): 377, doi: 10.1093/hrlr/ngv003

completamente el cuerpo, así como la cara, y contiene una rejilla a la altura de los ojos para que la mujer pueda ver. El *niqab*, por su parte, cubre la cara pero dejando libres los ojos. Por último, el *chador* es una prenda que cubre todo el cuerpo pero deja la cara al descubierto, como el *hiyab*.³⁵ La diferenciación es relevante a la hora de analizar los argumentos de los casos del TEDH y las distintas cuestiones que se tienen en cuenta de acuerdo al tipo de velo. A grandes rasgos, los velos se pueden agrupar en dos: aquellos que dejan la cara al descubierto y los que no. En este sentido, no implica lo mismo la interacción con mujeres con velo integral o con mujeres únicamente con el cabello cubierto, puesto que, mientras a algunas se les ve el rostro, a otras no.

La importancia para Europa de una educación secular, laica y neutral ha llevado a controversias con la expresión religiosa en las instituciones educativas públicas, en particular, con el velo. El caso de *Dahlab c. Suiza* (2001) involucró a una maestra de primaria, mientras que el de *Leyla Sahin c. Turquía* (2005) a una alumna universitaria de medicina. Estos fallos presentaron la postura del Tribunal respecto del uso del velo en la escuela y en la universidad, así como el deber de neutralidad de los maestros/profesores y de los alumnos. Por otro lado, en *Lautsi y otros c. Italia* (2011) la Corte también se refirió a la libertad de expresión religiosa en el ambiente educativo público, pero en esta ocasión se trató de discutir la presencia de crucifijos en las aulas. Como hemos establecido al comienzo de esta investigación, pesar de que este trabajo se limite a los casos del velo, *Lautsi* es relevante a efectos comparativos.

Desde la década de 1980, ha habido un intenso debate sobre el tema del velo islámico en escuelas y universidades. Por lo tanto, la controversia del velo es anterior al ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 (sin duda un punto de inflexión en la percepción occidental del mundo islámico a partir del fenómeno del terrorismo fundamentalista), demostrando que es una cuestión más profunda que la mera reacción al atentado. Su uso puede ser visto como un deber o una forma de expresión vinculada a la identidad religiosa. También es considerado como un símbolo de las intenciones políticas del islam con miras a establecer un régimen basado en preceptos religiosos y amenazar con causar disturbios civiles y socavar los derechos de las mujeres.³⁶

³⁵ “Norway to ban full-face Muslim veil in all schools”, Arab News, junio 13, 2017. <http://www.arabnews.com/node/1113926/world>

³⁶ Natan Lerner, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights: 25 Years After the 1981 Declaration* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 186.

i. Dahlab c. Suiza (15 de febrero de 2001)

Dahlab c. Suiza (2001) fue el primer caso del Tribunal Europeo que abordó el uso del velo en las instituciones educativas estatales, declarándose inadmisibles las quejas de una maestra suiza de escuela primaria a quien se le prohibió llevar el *hiyab* para dar clases.

En 1991, la demandante se convirtió al islam y comenzó a utilizar el velo en la escuela. En 1996 las autoridades escolares le solicitaron que dejara de usarlo porque era incompatible con la Ley de Educación Pública Cantonal que sostenía que el sistema de educación pública debe garantizar que las creencias políticas y religiosas de los alumnos y los padres sean respetadas. Se señaló al velo como un medio obvio de identificación impuesto por un maestro a sus alumnos especialmente en un sistema de educación pública y secular.³⁷ Como consecuencia, la Sra. Dahlab realizó la denuncia ante el TEDH sobre la violación a la libertad religiosa amparada por el artículo 9 y destacó el hecho de que usar el velo durante cuatro años pasó desapercibido y no causó disturbios en la institución.

La Corte argumentó la importancia de proteger el derecho de los alumnos de escuelas públicas a ser educados en un contexto de neutralidad. Asimismo insistió en que, como maestra, la demandante era una representante del Estado y que el velo era un símbolo externo poderoso. Se hizo especial énfasis en que, al ser alumnos de escuela primaria, se encontraban en una etapa vulnerable y podían ser fácilmente influenciados por el velo.³⁸

La Corte también se basó en un comentario muy controvertido respecto de la interpretación del significado del velo:

En esas circunstancias, no se puede negar abiertamente que el uso del velo pueda tener algún tipo de efecto de proselitismo, ya que parece imponerse a las mujeres por un precepto que se establece en el Corán y que (...) es difícil cuadrar con el principio de igualdad de género. Por lo tanto, parece difícil conciliar el uso de un velo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los maestros de una sociedad democrática deben transmitir a sus alumnos.³⁹

³⁷ *Dahlab v. Suiza*, App. No. 42393/98, ECHR 2001-V (2001), §A.

³⁸ *Ibid.*, §1.

³⁹ *Ibid.*, §1.

Con esta interpretación del velo, se tendría que prohibir directamente su uso ya que es entendido como violatorio a la igualdad de género. Sin embargo, el Tribunal Federal aclaró que la prohibición de usar el velo islámico se aplicaba únicamente a la solicitante en su calidad de maestra en una escuela estatal y no podía extenderse a los supuestos efectos sobre la libertad de conciencia y religión de los alumnos que llevaban velo.⁴⁰

Respecto de si la medida de censurar era necesaria en una sociedad democrática, el TEDH reiteró que, según su jurisprudencia, los Estados contratantes tienen “un cierto margen de apreciación” al evaluar la existencia y el alcance de la necesidad de interferencia.

El margen de apreciación nacional puede ser definido como “el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales”.⁴¹ La doctrina surge a partir de la ausencia de consenso entre los diferentes Estados parte de los tratados. De esta manera, los tribunales regionales, como el TEDH, se encuentran inhabilitados para la construcción de una interpretación unificada con respecto a un tema en particular.⁴² Se considera que, debido al contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están en principio en una mejor posición que el juez internacional para decidir sobre la aplicación adecuada de la Convención a contextos específicos.

De todas maneras, este margen se encuentra sujeto a la supervisión europea, que abarca tanto la ley como las decisiones que la aplican, incluso las otorgadas por tribunales independientes. El Tribunal consideró que, dadas las circunstancias del caso y teniendo en cuenta, sobre todo, la temprana edad de los niños de los que era responsable la demandante como representante del Estado, las autoridades de Ginebra no excedieron su margen de apreciación y que la medida que tomaron era razonable.⁴³

⁴⁰ Ibid., §A.

⁴¹ Francisco Delgado Barbosa, “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática,” (2013): 1090, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf>

⁴² Francisco Delgado Barbosa, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales,” *Revista Derecho del Estado*, no. 26 (enero-junio 2011): 110, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>

⁴³ *Dahlab v. Suiza*, *op. cit.*, §1.

A raíz de este caso, Paul M. Taylor se plantea la pregunta de si el pluralismo genuino existe en un país donde los maestros no son tolerados por revelar sus creencias religiosas en formas simples de vestir. Si a los maestros, particularmente de las religiones minoritarias (como Dahlab), se les prohíbe usar atuendos religiosos, es probable que el mensaje de intolerancia sea poderoso hacia la religión en cuestión.⁴⁴

No es fácil comprender por qué el principio de laicidad/secularismo debe requerir, en un país como Suiza que goza de paz religiosa, que no haya símbolos religiosos personales visibles en la ropa de los maestros, en lugar de permitir que los estudiantes puedan hacerlo al ver en su propia escuela un reflejo del pluralismo religioso existente en la sociedad suiza. La presencia del pluralismo religioso en la escuela parece ser más consistente con una actitud neutral del Estado y, por otro lado, más instructiva para los estudiantes que la ausencia ficticia de religión por parte del personal escolar.⁴⁵

ii. Leyla Sahin c. Turquía (10 de noviembre de 2005)

El contexto de *Leyla Sahin c. Turquía* (2005) es ciertamente distinto del de *Dahlab*. A diferencia de Suiza que es un país con una población mayoritaria cristiana, Turquía cuenta con una mayoría musulmana. Debido a esto, a la hora de evaluar el uso del velo son otros factores los que se tuvieron en cuenta.

La primera parte de la legislación sobre vestimenta en instituciones de educación superior turcas fue un conjunto de regulaciones emitidas por el Gabinete en 1981 que requerían que el personal que trabajaba para organizaciones e instituciones públicas y los alumnos de las instituciones estatales usaran vestimenta normal, sobria y moderna. Las regulaciones también estipulaban que los miembros femeninos del personal y las estudiantes no debían usar velos en las instituciones educativas.⁴⁶

En 1982 la Autoridad de Educación Superior emitió una circular sobre el uso de velos en las instituciones de educación superior. El velo islámico fue prohibido en las salas de conferencias. Luego, en una sentencia de 1984, el Tribunal Supremo Administrativo de Turquía sostuvo que: “más allá de ser una mera práctica inocente, llevar el pañuelo

⁴⁴ Paul M. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice* (New York: Cambridge University Press, 2005), 255.

⁴⁵ Martínez-Torrón, *op. cit.*, 376.

⁴⁶ *Leyla Sahin v. Turquía*, App. No. 44774/98, ECHR 2005-XI (2005), §36.

está en el proceso de convertirse en el símbolo de una visión que es contraria a las libertades de las mujeres y los principios fundamentales de la República”.⁴⁷

Diversos casos relacionados con la libertad de expresión religiosa han surgido en Turquía debido a la fuerte contraposición entre una sociedad mayoritariamente musulmana y un Estado que era estrictamente secular. Se produjeron roces de manera continua por el afán del Estado de mantener su neutralidad y evitar la presión fundamentalista islámica. Al ser el velo considerado un símbolo del islam, la prohibición de su uso siguió la línea de pensamiento secular turco. La necesidad del país de proteger la injerencia religiosa llevó a que se tomaran diversas medidas para limitar la expresión religiosa de algunas prácticas islámicas.

Leyla Sahin es uno de los casos que ha tenido mayor repercusión mediática y donde se puede observar de forma clara la posición de Turquía en relación con el uso del velo en el ámbito educativo. En este asunto, el TEDH consideró que no hubo violación del artículo 9 de la CEDH cuando el Estado de Turquía le prohibió a Leyla, una alumna universitaria de medicina, el uso del velo en la institución. El 23 de febrero de 1998, el Vicerrector de la Universidad de Estambul emitió una circular cuya parte relevante estableció que los estudiantes con la cabeza cubierta y los estudiantes con barbas no deberían ser admitidos a conferencias, cursos o tutorías.⁴⁸

El caso retomó el argumento de neutralidad de *Dahlab c. Suiza*, pero ahora respecto de una estudiante universitaria en Turquía. Se amplió la postura de la Corte de que el deber de neutralidad debía ser únicamente para los representantes del Estado y se extendió ahora al caso de los alumnos. Aunque la demandante en calidad de estudiante no fuera una representante del Estado, para la Corte se encontraba igualmente sujeta a la obligación estricta de neutralidad ya que pertenecía a una universidad pública, basada en el principio de laicidad. El Tribunal pareció dar por sentado que la neutralidad de la esfera pública se cumple mejor cuando la religión está ausente o al menos es invisible. La consecuencia paradójica de este razonamiento fue asumir que se puede lograr un clima de tolerancia y respeto a través de la intolerancia hacia una forma particular de expresión religiosa, y luego concluir sobre la base de que existía evidencia clara de una presión social apremiante.⁴⁹

⁴⁷ Ibid., §37.

⁴⁸ Ibid., §15.

⁴⁹ Martínez-Torrón, *op. cit.*, 378.

En este sentido, el TEDH destacó que, en las sociedades democráticas donde varias religiones coexisten dentro de una misma población, puede ser necesario imponer restricciones a la libertad para manifestar la religión o la creencia de una persona a fin de reconciliar los intereses de los diversos grupos y garantizar que se respeten las creencias de todos. La Corte enfatizó con frecuencia el rol del Estado como organizador neutral e imparcial del ejercicio de varias religiones, fe y creencias. Declaró que este rol es propicio para el orden público, la armonía religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática.⁵⁰ Por lo tanto, uno de los factores decisivos para la Corte fue la mayoría religiosa musulmana en Turquía. En un país donde los movimientos políticos islamistas se encuentran en aumento, el uso de la prenda islámica en las universidades se entendió como una presión sobre las mujeres que no desean usarla.⁵¹

Como conclusión, el voto de la mayoría consideró que la interferencia en cuestión estaba justificada y era proporcional al objetivo perseguido.⁵² Por dieciséis votos contra uno, se falló que no hubo violación del artículo 9 de la Convención por parte de Turquía.

Sin embargo, el voto disidente de la Jueza Tulkens ofreció otro punto de vista, en la medida en que concluyó que había habido en el caso una violación al artículo 9. Criticó el alto grado de margen de apreciación otorgado por la posición mayoritaria. A pesar de los antecedentes históricos de Turquía, la supervisión del TEDH estuvo ausente en la sentencia. La cuestión planteada en la solicitud, cuya importancia para el derecho a la libertad de religión garantizada por la Convención es evidente, no es simplemente un asunto local, sino que concierne a todos los Estados miembros. Por ello, la supervisión europea no puede evitarse simplemente invocando el margen de apreciación.⁵³

La magistrada destacó que la sentencia no abordó el argumento de la demandante de que no tenía intención de poner en tela de juicio el principio de laicidad, un principio con el que ella estaba de acuerdo, y tampoco se probó que, a través de su actitud, conducta o actos, hubiera infringido ese principio. Tampoco la sentencia distinguió entre profesores y estudiantes, mientras que en *Dahlab*, que se refería a una

⁵⁰ Ibid., §§106-107.

⁵¹ Ringelheim, "State," *op. cit.*, 38.

⁵² *Leyla Sahin v. Turquía*, *op. cit.*, §§122-123.

⁵³ Ibid., §3.

profesora, el Tribunal había observado expresamente el aspecto del modelo a seguir que tenía la maestra.⁵⁴

A pesar del contexto de Turquía, Tulkens sostuvo que el simple hecho de llevar el velo no puede asociarse con el fundamentalismo islámico y que es vital distinguir entre quienes llevan el velo de modo voluntario y los extremistas que buscan imponer su uso. No todas las mujeres que usan el velo son fundamentalistas y no había nada que sugiriera que la solicitante sostuviera puntos de vista de este tenor político.⁵⁵ Por lo tanto, para Tulkens, la prohibición en las instalaciones de la universidad no se basó en razones relevantes y suficientes, por lo que no podía considerarse una interferencia "necesaria en una sociedad democrática" en el sentido del artículo 9.2 de la Convención.⁵⁶

Los dos casos estudiados (*Dahlab c. Suiza* y *Leyla Sahin c. Turquía*) pueden ser comparados con la sentencia más reciente en *Lautsi y otros c. Italia* (2011). El hecho de que Italia se encuentre histórica, cultural e institucionalmente marcada por un entorno religioso particular fue un factor que prevaleció en la sentencia.⁵⁷ La Sra. Lautsi demandó al Estado italiano por la presencia de crucifijos en cada una de las aulas de la institución educativa pública a la que asistían sus hijos. La demandante sostuvo que la exhibición de crucifijos en las aulas de la escuela estatal constituía una interferencia ilegítima al derecho de libertad de pensamiento y conciencia e infringía el principio de educación plural, al expresar la preferencia del Estado por una religión en particular. Con esta preferencia, el Estado había incumplido con su obligación de brindar protección especial a los menores contra cualquier forma de propaganda o adoctrinamiento.⁵⁸

Por su parte, el Tribunal Administrativo señaló que:

(...) en la actualidad social el crucifijo debe ser considerado no solo como un símbolo de un desarrollo histórico y cultural, y por lo tanto, de la identidad de las personas, sino también un símbolo de un sistema de valores: libertad, igualdad, dignidad humana y tolerancia religiosa, y también de la naturaleza secular del Estado – principios que sustentan nuestra Constitución.

⁵⁴ Ibid., §7.

⁵⁵ Ibid., §10.

⁵⁶ Ibid., §13.

⁵⁷ Fokas, *op. cit.*, 61.

⁵⁸ *Lautsi y otros v Italia*, App. No. 30814/06, ECHR 2412, Gran Sala (2011), §41.

En otras palabras, los principios constitucionales de la libertad tienen raíces que innegablemente incluyen al Cristianismo, en su esencia. Sería una paradoja excluir un símbolo religioso en el nombre del secularismo, ya que una de sus fuentes distantes es precisamente la religión cristiana.⁵⁹

Para el gobierno, entonces, la presencia de crucifijos en las aulas contribuía a que los niños comprendieran la comunidad nacional en la que se espera que se integren. Resaltó que Italia siempre había tenido una actitud positiva hacia las religiones minoritarias en el entorno escolar. Como ejemplo, se mencionó de modo expreso que la ley italiana confería el derecho a llevar velos islámicos y otras prendas o símbolos con una connotación religiosa.⁶⁰

Frente a esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que no había evidencia de que la exhibición de un símbolo religioso en la pared del aula influyera a los alumnos, por lo que concluyó que no era posible afirmar que tuviera o no tuviera efecto en los jóvenes cuyas convicciones aún estaban en proceso de formación.⁶¹ Además, consideró al crucifijo como un símbolo esencialmente pasivo, sosteniendo que no era comparable a la influencia de un discurso didáctico o a la participación de los alumnos en actividades religiosas.⁶² De esta forma, la Corte falló con quince votos contra dos que, en el caso de autos, no hubo violación del artículo 9 del Convenio.

En su opinión concurrente, el juez Bonello se focalizó en la perspectiva histórica del significado del crucifijo y resaltó que, hasta hacía relativamente poco tiempo, el Estado secular se había preocupado por la educación y que por defecto había delegado esa función a las instituciones cristianas.⁶³ Asimismo, destacó que la Convención le había otorgado a la Corte el mandato de hacer cumplir la libertad de religión y de conciencia, pero no le había dado el poder para intimidar a los Estados en el secularismo o para obligar a los países a esquemas de neutralidad religiosa. Para el magistrado Bonello, correspondía a cada Estado individual y soberano elegir si quería ser secular o no y determinar en qué medida se separaría la Iglesia y el gobierno.⁶⁴

En la opinión disidente del juez Malinverni, por su parte, se trajo a discusión la amplitud del margen de apreciación y se concluyó que cuando los Estados están

⁵⁹ Ibid., §15.

⁶⁰ Ibid., §39.

⁶¹ Ibid., §66.

⁶² Ibid., §72.

⁶³ Ibid., §1.4.

⁶⁴ Ibid., §2.3.

obligados por obligaciones positivas, se reduce su margen de apreciación.⁶⁵ Para Malinverni el principio de neutralidad del Estado se aplicaba no solo al contenido del currículo, sino a todo el sistema educativo, y los símbolos religiosos eran indiscutiblemente parte del entorno escolar. Es así que, como tales, podían infringir el deber de neutralidad del Estado y tener un impacto en la libertad religiosa y el derecho a la educación.⁶⁶

Según Malinverni, incluso si se aceptara que el crucifijo pudiera tener múltiples significados, el significado religioso seguiría siendo el predominante. La presencia de crucifijos en las escuelas era capaz de infringir la libertad religiosa y el derecho a la educación de los escolares en mayor medida que la ropa religiosa. Para ello el magistrado suministró el ejemplo de una maestra que usaba velo islámico. Con este ejemplo, Malinverni demostró que la docente que portaba velo podía invocar su propia libertad de religión y que el Estado la debía respetar. En cambio, la escuela pública es una institución del Estado, y el Estado debe mantener su neutralidad.⁶⁷

Volvamos entonces a los votos mayoritarios que asentaron la postura dominante del Tribunal en los asuntos debatidos. Es posible concluir entonces que, en los tres casos anteriores sobre el uso de símbolos religiosos en las instituciones públicas educativas, el TEDH le otorgó un amplio margen de apreciación a los países. Dado que el contexto es distinto en Suiza, Turquía y Francia, se consideró que cada país en particular se encontraba mejor posicionado para regular este tema. Con el amplio margen de apreciación, se concluyó en cada caso que la decisión de autorizar, prohibir o, por el contrario, imponer símbolos religiosos en las escuelas públicas correspondía a la discreción del Estado.

Esta afirmación, sin embargo, no parece estar exenta de problemas y dificultades. En efecto, Julie Ringelheim es de la opinión de que la Convención debe proteger los derechos de las personas y no de los Estados a manifestar sus creencias religiosas. En la práctica, parece ser que la Corte fue más indulgente con la expresión religiosa que emanó del Estado que con aquella de las personas. Es así que es difícil escapar a la impresión de que los jueces europeos no perciben de la misma manera los símbolos de una religión que ha sido históricamente dominante en el continente y los de las

⁶⁵ Ibid., §1.

⁶⁶ Ibid., §3.

⁶⁷ Ibid., §6.

religiones minoritarias.⁶⁸ El análisis llevado a cabo por los jueces mayoritarios acerca de la presencia de crucifijos en las instituciones públicas educativas derribó lo argumentado en los casos de *Dahlab* y *Leyla*. Mientras que en *Dahlab* la Corte consideró al velo como un símbolo religioso ostentoso que podía influenciar a los estudiantes de primaria, en *Lautsi* no encontró evidencia del efecto que podía tener el crucifijo sobre los alumnos.

Con *Lautsi*, entonces, la Corte pareció cambiar su postura respecto de la presencia de símbolos religiosos en las instituciones educativas, fomentando la pluralidad y modificando su concepción a cerca de la neutralidad. Aceptó que la neutralidad podría lograrse dentro de un entorno escolar multi-religioso con expresiones visibles de convicciones religiosas de la mayoría y la minoría.⁶⁹ Por lo tanto, sería factible concluir que la neutralidad entonces podría ser compatible con las expresiones religiosas y no implicaría estrictamente eliminar la religión del ambiente público. Sin embargo, como estudiaremos a continuación, los casos siguientes del TEDH sobre el uso del velo islámico en el ambiente público demostrarán que *Lautsi* fue un caso excepcional respecto de la inclusión religiosa y que solamente se estaba siendo coherente con el mantenimiento del amplio margen de apreciación estatal.

C. EL USO DEL VELO EN EL EMPLEO PÚBLICO

***Ebrahimian c. Francia* (26 de noviembre del 2015)**

Francia es uno de los países emblemáticos de la laicidad, de modo que resulta particularmente relevante destacar en qué contexto surgió el caso *S.A.S. c. Francia*. La Constitución Francesa desde 1946 incluyó a Francia como República laica y con la modificación constitucional de 1958 esto se plasmó en el primer artículo de su Constitución actual. Sin embargo, no es lo mismo aquella laicidad que se utilizó como herramienta para la ruptura definitiva de la estrecha relación que existía entre la Iglesia y el Estado que la laicidad que se utiliza para restringir ciertos aspectos de la religión musulmana.

El llamado *affaire du voile islamique* comenzó en Francia con el debate sobre la condición laica de la escuela pública. Por un lado, quienes estaban en contra del uso del velo consideraban que había un riesgo a la igualdad entre el hombre y la mujer que podría estar simbolizada en dicha prenda. Por el otro, los partidarios de la

⁶⁸ Ringelheim, "Religious," *op. cit.*, 43.

⁶⁹ Ann Power-Forde, *op. cit.*, 592-593.

tolerancia sostenían que no había que negar la existencia del particularismo y destacaban la pluralidad de los significados simbólicos del velo.⁷⁰

Este asunto afloró en Francia en 1989 cuando en una ciudad a cincuenta kilómetros al norte de París a tres niñas musulmanas se les impidió temporalmente asistir a escuelas públicas porque insistieron en usar velo. Esto resultó en la intervención del *Conseil d'État*, máxima autoridad judicial en Francia, que se pronunció a favor de la libertad del uso de la vestimenta. Afirmó que la doctrina de la laicidad, así como la Constitución de 1958 y las obligaciones francesas en virtud del derecho internacional, requieren respeto por la libertad de conciencia de los estudiantes, incluido el derecho a expresar sus creencias en las escuelas usando indumentaria religiosa.⁷¹

Debe tenerse en cuenta que el número de musulmanes había crecido rápidamente en Francia. Gran parte de ellos tenía sus orígenes en antiguas colonias francesas, particularmente en Argelia, Marruecos y Túnez. Con el crecimiento del islam, aumentó la preocupación en torno de la aparición de mujeres musulmanas que empleaban el velo en público. Así, el velo ha sido visto como el símbolo de un pueblo extranjero que llegó al país pero que no desea integrarse plenamente en la vida francesa ni aceptar los valores franceses.⁷² Jeremy Gunn señala que algunos destacados juristas franceses sugirieron la posibilidad de que la verdadera preocupación con respecto al velo islámico no estuviera relacionada con los altos principios de una educación republicana neutral en las escuelas públicas, sino que representara una inquietud más profunda sobre el islam.⁷³

En julio de 2003 resurgió públicamente la controversia con respecto al uso del velo en la escuela pública cuando el Presidente Jacques Chirac convocó a la creación de una Comisión para conducir un análisis sobre la aplicación del principio de laicidad en Francia. La Comisión elaboró un reporte conocido como el Reporte *Stasi*. Una de sus principales recomendaciones fue prohibir ropa y signos que manifestaran afiliación religiosa o política en las escuelas públicas. El documento no se limitó al análisis de la laicidad respecto al uso del velo islámico; sin embargo, las otras recomendaciones del reporte fueron dejadas de lado. En ese sentido, se dejó entrever que la Comisión fue

⁷⁰ Jean Baubérot, "La laicidad," Embajada de Francia en Bogotá, marzo 10, 2005, <https://co.ambafrance.org/La-laicidad-por-Jean-Bauberot>

⁷¹ Jeremy Gunn, "Religious Freedom and Laicity: A Comparison of the United States and France," *Brigham Young University Law Review*, no. 2 (2004): 37-38, <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2004/iss2/5>

⁷² *Ibid.*, 456.

⁷³ *Ibid.*, 419.

utilizada como una herramienta para otorgarle mayor legitimación a las prohibiciones, en tanto el Presidente Chirac propuso luego una ley que prohibía el uso del velo en las escuelas francesas.⁷⁴

En el 2004 se sancionó la ley prohibiendo el uso de ropa y símbolos religiosos en la escuela pública. Cuarenta y cinco de los cuarenta y ocho estudiantes expulsados en los cuatro meses posteriores a la implementación de la prohibición fueron niñas musulmanas que se negaron a quitarse el pañuelo cuando ingresaron a la escuela pública.⁷⁵

Con *Ebrahimian* la prohibición del velo traspasó la esfera educativa y abarcó todo el sector público de los trabajadores en Francia. La demandante musulmana, Christiane Ebrahimian, tenía un contrato de duración determinada como trabajadora social en un hospital público. Después de negarse a quitarse el *hiyab* y luego de una advertencia, las autoridades no renovaron su contrato. Los tribunales nacionales determinaron que la decisión se había tomado de conformidad con los principios de laicidad y neutralidad de los servicios públicos.⁷⁶

Al igual que en los asuntos discutidos antes, este caso también llegó al ámbito de protección regional de los derechos humanos. Según la sentencia del TEDH, la prohibición impugnada perseguía el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás, es decir, garantizar la igualdad de trato de los pacientes.⁷⁷ En otras palabras, se sugirió que los pacientes tenían motivos para dudar de la imparcialidad o la calidad del servicio prestado por las mujeres musulmanas por el mero hecho de que llevaran un velo.

La consecuencia del caso fue que los derechos y libertades protegidos de la mayoría eran los que permitieron a los pacientes del hospital discriminar a los empleados en base a sus afiliaciones religiosas. El empleado, en vez de ser protegido de la discriminación, fue expulsado de la institución.

⁷⁴ Yturbe, *op. cit.*, 68.

⁷⁵ Nusrat Choudhury, "From the Stasi Commission to the European Court of Human Rights: L'affaire Du Foulard and the Challenge of Protecting the Rights of Muslim Girls," *Columbia University*, Vol. 16 no. 1 (2007), <https://cjgl.cdrs.columbia.edu/article/from-the-stasi-commission-to-the-european-court-of-human-rights-laffaire-du-foulard-and-the-challenge-of-protecting-the-rights-of-muslim-girls/>

⁷⁶ *Embrahimian v. Francia*, App. No. 64846/11, ECHR 1041 (2015), §7.

⁷⁷ *Ibid.*, §53.

Sabina Garahan destacó que la neutralidad no debe, y no significa, una erradicación general de todas las expresiones religiosas, ya que el verdadero objetivo del secularismo es la conciliación de diferentes creencias y valores. El disgusto que ciertos usuarios de los servicios públicos puedan sentir hacia las minorías religiosas como resultado de sus propios prejuicios no debería haber sido considerado como una razón legítima para frenar la libertad de expresión religiosa.⁷⁸ Para Garahan, los valores en los que se basó anteriormente la Corte para justificar la preservación de la laicidad en las escuelas no se pueden aplicar al entorno hospitalario, ya que si bien estos son valores que los establecimientos educativos pueden tratar de enseñar ciertamente no es función de un hospital impartirlos. El propósito de un hospital no es impartir aprendizaje, sino brindar un tratamiento de calidad a los pacientes.⁷⁹

El hospital, en efecto, no había visto ningún problema con el velo de la Sra. Ebrahimian cuando la contrató. Por lo tanto, el hecho de que el compromiso del hospital con su versión de laicidad solo se activara cuando a un paciente no le gustó que la demandante estuviera usando el velo debería haber alertado a la Corte de la presencia de discriminación religiosa contra la solicitante.

El margen de apreciación fue, de nuevo, mal aplicado en el caso. Consideramos a la luz de la decisión que el margen se amplió indebidamente, en la medida en que permitió que el hospital reaccionara ante el disgusto de los pacientes sobre el atuendo de un empleado al no renovar su contrato. Aunque los hospitales puedan estar mejor situados para tomar decisiones sobre su administración, el razonamiento de la Corte da lugar a situaciones en donde las convicciones religiosas de las personas las ponen en riesgo de perder sus empleos. En nuestra opinión, el margen de apreciación no puede, y no debe, utilizarse para abandonar la supervisión europea. Además, la extensión era en sí misma errónea; como lo destacó la Corte, la mayoría de los Estados contratantes no regula la vestimenta religiosa en el lugar de trabajo. Por lo tanto, no existe la falta de consenso necesaria para permitir una extensión tan amplia.⁸⁰

Además, no se debe permitir que la doctrina del margen de apreciación conduzca a situaciones en las que el Tribunal emita respuestas que resultan incongruentes con las

⁷⁸ Sabina Garahan, "A Right to Discriminate? Widening the Scope for Interference with Religious Rights in *Ebrahimian v France*," *Oxford Journal of Law and Religion*, no. 5 (2016): 353-354.

⁷⁹ *Ibid.*, 355.

⁸⁰ *Ibid.*, 357.

mismas preguntas. En *Ebrahimian*, la jueza O'Leary señaló que la conclusión de la Corte en *Lautsi* de que la cruz era un símbolo pasivo está en desacuerdo con el voto de la mayoría en *Ebrahimian* que describió al velo como ostentoso. Aplicando el razonamiento en *Lautsi*, el velo sería sin duda un símbolo pasivo, ya que al igual que el crucifijo podría tener una connotación cultural. De hecho, el velo tiene sus raíces en la cultura en lugar de la religión y, por lo tanto, va más allá de ser un símbolo religioso.⁸¹ Aunque comúnmente se supone que es de origen musulmán, la evidencia histórica revela la presencia del velo en el antiguo Cercano Oriente y en Arabia mucho antes del surgimiento del Islam.⁸²

Con esta sentencia quedó sentado un precedente en el que las mujeres musulmanas con velo no podían trabajar en el sector público en Francia. El número de empleos en el servicio público francés es de alrededor de 5,6 millones, mientras que el número de personas en Francia que tienen trabajo es de alrededor de 26 millones. Por lo tanto, es dable concluir que la prohibición excluye a las mujeres musulmanas que llevan velo de más del 21% de los empleos potenciales a los que podrían aspirar en Francia. En el caso de *Ebrahimian*, la amplia interpretación de un principio de neutralidad general afectó no solo la renovación de su contrato con ese hospital específico, sino sus posibilidades de empleo en todo el sector público.⁸³

Paradójicamente, cuanto más visibles se vuelven las mujeres musulmanas con velo en la sociedad y cuanto más intentan participar a través del trabajo y la educación, más se les imponen medidas limitantes. En un momento en que la tolerancia y el respeto por la diversidad son de vital importancia en Europa, el enfoque adoptado por el Tribunal de Estrasburgo colabora con la inquietud intercultural al permitir la discriminación contra una minoría religiosa en el campo del derecho laboral.⁸⁴

D. EL USO DEL VELO INTEGRAL EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS

i. S.A.S. c. Francia (1 de julio del 2014)

⁸¹ Ibid., 357.

⁸² Jen'Nan Ghazal Read y John P. Bartkowski, "To Veil or Not to Veil? A Case Study of Identity Negotiation among Muslim Women in Austin, Texas," *Gender and Society*, Vol. 14 no. 3 (Junio 2000): 401, JSTOR.

⁸³ Eva Brems, "Ebrahimian v France: headscarf ban upheld for entire public sector," Strasbourg Observers, Noviembre 27, 2015, <https://strasbourgobservers.com/2015/11/27/ebrahimian-v-france-headscarf-ban-upheld-for-entire-public-sector/>

⁸⁴ Power-Forde, *op. cit.*, 578.

En el año 2011, bajo la presidencia de Nicolas Sarkozy, entró en vigor una ley que prohibió el uso del *burka* o velo integral en el espacio público. Sarkozy argumentó que el problema del *burka* no era religioso sino un problema de libertad y dignidad de la mujer, que era un signo de subordinación y degradación.⁸⁵

En este contexto, la demandante de *S.A.S c. Francia* denunció que la prohibición de usar vestimenta diseñada para ocultar la cara en lugares públicos, introducida por la Ley no. 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, la privó de la posibilidad de usar el velo integral en público. Alegó que se habían violado diversos artículos de la CEDH, dentro de los que se encontraba el artículo 9.⁸⁶ A diferencia de los casos de *Dahlab*, *Leyla y Ebrahimian*, el de *S.A.S* implicó el velo integral y su utilización en los espacios públicos en general.

En la presentación de la demandante, ella explicó que era una musulmana devota y usaba el *burka* de acuerdo con su fe religiosa, cultura y convicciones personales. Según su explicación, la demandante enfatizó que ni su esposo ni ningún otro miembro de su familia la habían presionado para vestirse de esta manera. También destacó estar de acuerdo con la remoción del velo ante un control de seguridad, en el banco o en los aeropuertos, y aceptó mostrar su rostro cuando se le solicitó que hiciera los controles de identidad necesarios.⁸⁷

Pese a lo sostenido por la demandante, al llegar al ámbito regional el TEDH tomó en cuenta el planteo esbozado por el Estado demandado en el sentido de que el rostro juega un papel importante en la interacción social. Aceptó que la barrera levantada contra otros por un velo que oculta el rostro es percibida como una violación del derecho de los otros a vivir en un espacio de socialización que facilita la convivencia.⁸⁸ En consecuencia, el Tribunal adoptó el concepto de *vivre ensemble*, “convivir”, para justificar la prohibición del velo.⁸⁹ Pero dentro de las excepciones enumeradas en el artículo 9.2 de la CEDH, debemos acordar que no existe una limitación a la libertad de expresión religiosa por razones de “convivencia”. Estas excepciones, a las que hemos ya hecho referencia al presentar el marco normativo, se consideran exhaustivas. Su definición es restrictiva. Sin embargo, con este

⁸⁵ Angelique Chrisafis, “French mayors refuse to lift burkini ban despite court ruling,” *The Guardian*, agosto 28, 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/28/french-mayors-burkini-ban-court-ruling>

⁸⁶ *S.A.S. v. Francia*, App. No. 43835/11, ECHR, 695 (2014), §3.

⁸⁷ *Ibid.*, §13.

⁸⁸ *Ibid.*, §122.

⁸⁹ *Ibid.*, §142.

antecedente jurisprudencial parecería que el concepto de “convivencia” ahora constituye un objetivo legítimo a los efectos del artículo 9.⁹⁰ El Tribunal no pudo basarse en su postura tradicional sobre laicidad o neutralidad para justificar su conclusión de que no se violaba el artículo. Al no ser un caso sobre una funcionaria pública, sino sobre una mera ciudadana, la Corte tuvo que recurrir a otros argumentos para sustentar la postura. Tenía que encontrar alguna otra razón para que se mantuviera la prohibición y lo hizo a través del novedoso concepto de *le vivre ensemble*.⁹¹ Por quince votos contra dos, sobre esta base se falló entonces que no hubo violación del artículo 9 de la Convención.

Para las juezas disidentes Nussberger y Jäderblom, la opinión de la mayoría en el caso sacrificó los derechos individuales concretos garantizados por la Convención para reemplazarlos por principios abstractos. Dudaron que la prohibición general de usar un velo de cara completa en público persiguiera un fin legítimo.⁹² Destacaron que tales temores y sentimientos de inquietud no son causados por el propio velo y que, a diferencia de otros códigos de vestimenta, no puede ser percibido como agresivo *per se*.⁹³ En opinión de ambas magistradas, la demandante tenía razón al afirmar que la legislatura francesa había restringido el pluralismo, ya que la medida impedía que ciertas mujeres expresaran su personalidad y sus creencias al usar el velo completo en público. La prohibición general podía interpretarse como un signo de pluralismo selectivo y tolerancia restringida. En su jurisprudencia, la Corte había explicado claramente el deber del Estado de garantizar la tolerancia mutua entre los grupos opuestos y había declarado que el papel de las autoridades no era eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino fomentar la tolerancia. Al prohibir el velo completo de cara, se alega que la legislatura francesa hizo lo contrario. No procuró garantizar la tolerancia entre la gran mayoría y la pequeña minoría; al prohibirlo generó lo que se considera una causa de tensión.⁹⁴

De este modo, la disidencia se pronunció acerca del excesivo margen de apreciación otorgado. Sostuvo que, si bien era perfectamente legítimo tener en cuenta la situación específica en Francia, especialmente en lo que se refiere a la tradición fuerte y unificadora de los valores de la Revolución Francesa, así como el abrumador

⁹⁰ Power-Forde, *op. cit.*, 599.

⁹¹ *S.A.S. v. Francia*, *op. cit.*, 601.

⁹² *Ibid.*, §2.

⁹³ *Ibid.*, §6.

⁹⁴ *Ibid.*, §13.

consenso político que condujo a la adopción de la Ley, el objetivo de la Corte seguía siendo proteger a las minorías pequeñas contra interferencias desproporcionadas.⁹⁵

Se puede argumentar que imponer la criminalidad en el uso de una prenda de vestir no reconoce a la persona que la usa en una sociedad democrática como digna de respeto. Además, se podría sostener que esto es contrario a ayudar al desarrollo de la autoconfianza y la autoestima. En este contexto, las prohibiciones penales pueden ser consideradas atrasadas, autoritarias y paternalistas. Prohibir penalmente la ropa en nombre de los derechos y libertades de los demás, cuando significa que a la mayoría le resulta difícil comunicarse con la persona, no reconoce a esta como una persona digna de ser escuchada, con una identidad que debe valorarse y cuyos derechos fundamentales deben ser protegidos.⁹⁶

La consecuencia de este fallo puede ser contraproducente con relación al fin inclusivo que aparentemente intenta lograr respecto de las minorías. Puede presionar a las mujeres a quedarse en sus hogares y evitar lugares públicos en vez de integrarlas a la sociedad. El caso muestra que las normas en materia de derechos humanos son utilizadas como una herramienta de restricción, que previenen ciertas elecciones y formas de vida a través de prohibiciones jurídicas. Esto resultaría inconsistente con el objetivo general de los derechos humanos, que es salvaguardar y desarrollar la dignidad humana y la libertad humana de todas las personas, consideradas como iguales.⁹⁷

ii. *Belcacemi y Oussar c. Bélgica* (11 de julio de 2017)

Al igual que S.A.S, el caso *Belcacemi y Oussar* involucra el uso del velo integral en los espacios públicos. A diferencia de Francia, es preciso sostener que Bélgica ha tenido una historia de mayor tolerancia sobre el uso de la prenda islámica en general. Mientras que, como alegamos, en Francia se prohibió el velo en las instituciones educativas públicas, el Ministerio del Interior de Bélgica dejó la opción sobre su prohibición a las propias escuelas. En los casos llevados a los tribunales belgas, los veredictos se orientaron en su mayoría a favor de quienes llevaban el velo. De todos los casos llevados a los tribunales, una gran parte proviene de la comunidad francófona. En 1989, el Ministerio de Educación de esta comunidad emitió una

⁹⁵ Ibid., §20.

⁹⁶ Marshall, *op. cit.*, 389.

⁹⁷ Ibid., 387.

notificación en un caso relacionado con cincuenta niñas con velo, declarando que era difícil prohibir el uso de pañuelos en las escuelas.

Sin embargo, el caso del velo integral es diferente. En 2011 se sancionó una ley prohibiendo su uso. Debido a su estrecha posición lingüística y geográfica, nos es de extrañar que los acontecimientos políticos en Francia hayan influido en el sector francófono en Bélgica en lo que se refirió al debate sobre el velo.⁹⁸

Tras la promulgación el 1 de junio de 2011 de la ley belga que prohibió el uso de la vestimenta que cubre parcial o totalmente la cara en lugares públicos, la Sra. Belcacemi decidió inicialmente continuar usando el velo en la calle. Pero luego prefirió retirarse el velo temporalmente al sentirse presionada y temer que le apliquen una multa o ser arrestada.⁹⁹ Por otra parte, de modo diverso, como consecuencia de la ley la Sra. Oussar decidió directamente permanecer en su casa.¹⁰⁰

Al analizar el caso en la instancia europea de protección de los derechos humanos, cuando se trató de determinar si hubo violación del artículo 9 de la CEDH, el Tribunal consideró que se debería tener en cuenta el caso *S.A.S. c. Francia*, ya que había una similitud entre la ley belga y la ley francesa. Encontró que la historia de la redacción de la ley belga llevaba a comprender que había habido tres objetivos para justificar la prohibición: seguridad pública, igualdad de género y el concepto de "convivencia" en la sociedad.¹⁰¹ Señaló además que, como había encontrado en *S.A.S.*, la preocupación por garantizar el respeto de las garantías mínimas de vida en la sociedad podría considerarse como un elemento de la "protección de los derechos y libertades de los demás". Por ello, la prohibición era justificable únicamente para garantizar las condiciones de "convivencia".¹⁰²

La Corte, de este modo, obró reiterando su apoyo al amplio margen de apreciación estatal. Explicó que, a través de su contacto directo y constante con las partes interesadas de su país, las autoridades estatales en principio estaban mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y el contexto locales. Cuando estaban en juego cuestiones de política general, en relación con las cuales

⁹⁸ Clemens N. Nathan, *The Changing Face of Religion and Human Rights* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 111.

⁹⁹ *Belcacemi and Oussar v. Bélgica*, App. No. 37798/13, [2017-II] ECHR 655, §9.

¹⁰⁰ *Ibid.*, §10.

¹⁰¹ *Ibid.*, §B17.

¹⁰² *Ibid.*, §B18.

podrían existir profundos desacuerdos en una sociedad democrática, debía concederse una importancia particular a los responsables nacionales de la toma de decisiones. Además, de conformidad con el artículo 9 de la CEDH, el Estado contaba con un amplio margen de apreciación para decidir si era "necesaria" una restricción al derecho de manifestar una religión o convicciones, y para determinar en qué medida.¹⁰³ Al adoptar las disposiciones en cuestión, la Corte concluyó que Bélgica trató de responder a una práctica que consideraba incompatible en la sociedad belga con la comunicación social y, en general, con el establecimiento de relaciones humanas, indispensables para la vida en sociedad. Por lo tanto, el TEDH por unanimidad sostuvo que no hubo violación del artículo 9.¹⁰⁴

iii. *Dakir c. Bélgica* (11 de julio de 2017)

La sentencia de *Dakir* es similar a la de *Balcacemi*, ya que ambas fueron pronunciadas el mismo día y se trataba en los dos casos del uso del velo integral en el espacio público en Bélgica. En *Dakir c. Bélgica* (2017), los hechos relatan que en junio de 2008 los municipios de Pepinster, Dison y Verviers adoptaron un reglamento municipal que establecía en su artículo 113bis la prohibición de llevar ropa que ocultara la cara, en todo momento y en todos los lugares públicos. En agosto de 2008, la Sra. Dakir se presentó como una musulmana que había decidido, por iniciativa propia, llevar puesto el *niqab* y solicitó al Consejo de Estado la anulación de la prohibición. Afirmó, entre otras cosas, que la disposición se refería expresamente al velo islámico que llevaba y que la prohibición resultante constituía una injerencia en sus derechos, garantizados por los artículos 8, 9, 10 y 14 del CEDH. También sostuvo que la interferencia no tenía un objetivo legítimo, ya que el secularismo no era un principio constitucional y el uso del velo no podía estar sujeto a una prohibición general. En junio de 2011, el Consejo de Estado desestimó el caso por incumplimiento de una condición de admisibilidad.¹⁰⁵

La Corte insistió en que, en cuestiones de política general sobre las cuales las opiniones dentro de una sociedad democrática podrían diferir razonablemente en gran medida, el papel de los responsables de la política doméstica debía de tener un peso especial. Determinó que, con respecto al artículo 9 de la CEDH, el Estado debería, en principio, tener un amplio margen de apreciación para decidir si (y en qué medida) una

¹⁰³ Ibid., §51.

¹⁰⁴ Ibid., §53.

¹⁰⁵ *Dakir v. Bélgica*, App. No. 4619/12, [2017-II] ECHR 656, §§10-13.

limitación de los derechos a manifestar la religión o las creencias de uno era necesaria.¹⁰⁶

En el presente caso, se dice que Bélgica había tenido la intención de adoptar las disposiciones impugnadas para responder a una práctica que el Estado consideraba incompatible con las normas básicas de la sociedad belga. Se afectaba la comunicación y, más ampliamente, la creación de las relaciones humanas que eran esenciales para la vida social. El Estado buscaba proteger un principio de interacción entre individuos que, en opinión de la Corte, era esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática.¹⁰⁷ Desde esta perspectiva, y de manera similar a la situación que había surgido anteriormente en Francia (*S.A.S. c. Francia*), se concluía que la pregunta sobre si se debe o no permitir el uso del velo de cara completa en lugares públicos constituía una elección de la sociedad. Además, si bien era cierto que el alcance de la prohibición era amplio, porque abarcaba todos los lugares públicos, las disposiciones impugnadas no afectaban la libertad de llevar en público cualquier prenda, con o sin connotación religiosa, que no ocultaran la cara. Por último, se aclaró que no hubo consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa sobre si debería o no existir una prohibición general del uso del velo de cara completa en lugares públicos, dejando al Estado demandado un margen de maniobra significativo.

En consecuencia, el Tribunal consideró que la prohibición impuesta por el estatuto conjunto de los municipios en el área policial de Vesdre podría considerarse proporcional al objetivo perseguido, es decir, la preservación de las condiciones de “convivencia” como un elemento de protección de los derechos y libertades de los demás. Por lo tanto, se sostuvo que la restricción impugnada podía considerarse necesaria en una sociedad democrática y se concluyó de manera unánime que no se habían violado los artículos 8 y 9 de la Convención.¹⁰⁸

A modo de síntesis, podemos decir que el TEDH, en los casos de *Belcacemi y Oussar c. Bélgica* y *Dakir c. Bélgica* (2017), no aprovechó la oportunidad de especificar los principios elaborados en *S.A.S.* En particular, el Tribunal ignoró completamente que, a la luz de la vaguedad del concepto de “convivir”, la prueba de necesidad debía realizarse de manera minuciosa. Volvió a reconocer un amplio margen de apreciación que, entre otras cosas, no consideraba las especificidades de la prohibición belga.

¹⁰⁶ Ibid., §54.

¹⁰⁷ Ibid., §56.

¹⁰⁸ Ibid., §§60-62.

Esto, a nuestro juicio, demuestra una falta de manejo del tema por parte de los jueces de Estrasburgo.

Desde otro punto de vista, los casos belgas confirman la tendencia de la Corte de adoptar una noción de pluralismo religioso que, contrariamente al pluralismo ideológico y cultural, solo abarca expresiones religiosas compatibles con las modalidades de interacción social definidas por la mayoría. En otras palabras, el TEDH sostuvo que el alcance del pluralismo religioso es una elección de la sociedad: una elección hecha por la mayoría.¹⁰⁹ Una vez más, los derechos de las minorías religiosas se vieron vulnerados por parte de la mayoría, y el TEDH, habiendo tenido la posibilidad de expresarse al respecto, decidió callar para autorizar la discrecionalidad estatal en el tratamiento del tema.

E. EL USO DEL VELO EN UNA SALA DE TRIBUNAL

***Lachiri c. Bélgica* (18 de septiembre de 2018)**

Avancemos ahora en este último caso, que resulta particularmente significativo porque se consideró la solicitud de remoción del velo en la corte como violatoria del artículo 9 de la Convención. Corresponde primero referir los hechos. La señora Agar Lachiri y otros miembros de su familia solicitaron unirse a los procedimientos como partes civiles para reclamar daños en el que su hermano había sido asesinado. El día de la audiencia ante la División de Acusaciones, de acuerdo con una decisión del juez que presidía se le informó a la demandante que no podía ingresar a la sala de audiencias a menos que se quitara el *hiyab*. Ella se negó a cumplir la orden y no asistió a la audiencia. Alegó que la decisión de excluirla de la sala de audiencias violaba su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Su exclusión de la Sala se basó en el artículo 759 del Código Judicial, el cual considera como una falta de respeto al juez tener la cabeza cubierta en la sala del tribunal.¹¹⁰ En la filosofía de esta disposición, confirmada por el Ministerio de Justicia en el 2007 en el contexto de un debate parlamentario, subyacía la idea de invitar particularmente a los hombres a que se quitaran los sombreros o a los jóvenes a que

¹⁰⁹ Marcella Ferri, "Belkacemi and Oussar v Belgium and Dakir v Belgium: the Court again addresses the full-face veil, but it does not move away from its restrictive approach," The Strasbourg Observers, Julio 25, 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/07/25/belkacemi-and-oussar-v-belgium-and-dakir-v-belgium-the-court-again-addresses-the-full-face-veil-but-it-does-not-move-away-from-its-restrictive-approach/>

¹¹⁰ *Lachiri v. Bélgica*, App. No. 3413/09, [2018] ECHR 727, §17.

se removieran la gorra o su casco en una sala de audiencias de juzgados y tribunales.¹¹¹ Por lo tanto, parecía ser evidente que el caso de la demandante no se encuadraba dentro de los supuestos que habían tenido en miras quienes redactaron el artículo en cuestión. Observando que, según su jurisprudencia, llevar el *hiyab* podría considerarse un acto motivado o inspirado por una religión o una creencia religiosa, el Tribunal consideró que excluir a la Sra. Lachiri de la sala del tribunal porque se había negado a quitarse el pañuelo suponía una restricción indebida al ejercicio de su derecho a manifestar su religión.¹¹²

Con respecto a la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, la Corte especificó, en primer lugar, que el velo islámico era un *hiyab* y no, como en el caso de *S.A.S. c. Francia*, una prenda que ocultaba por completo la cara con la posible excepción de los ojos.¹¹³ Luego señaló que la Sra. Lachiri era una mera ciudadana: no era una representante del Estado en servicio público y, por lo tanto, no podía ser obligada, debido a ningún estatus oficial, por un deber de discreción en la expresión pública de sus creencias religiosas.¹¹⁴

La Corte argumentó además que, si bien un tribunal podría ser parte de la "arena pública", no era un "lugar público" comparable a una calle o plaza. Agregó que un tribunal es de hecho una institución pública en la que el respeto por la neutralidad hacia las creencias podría prevalecer sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar la religión, como los establecimientos de educación pública.¹¹⁵ En apoyo de esta observación, el TEDH se refirió a *Leyla Sahin c. Turquía*, donde como vimos había sostenido que una prohibición del velo en las universidades turcas podía considerarse necesaria para la protección de los derechos de terceros mediante la preservación del principio de laicidad. La Corte, sin embargo, especificó aquí de inmediato que, dado que en *Lachiri* la prohibición estaba dirigida únicamente a la protección del orden público, no examinaría si podría haber sido justificada por el objetivo de "mantener la neutralidad de la arena pública".¹¹⁶

El TEDH sugirió que, si este último objetivo hubiera justificado la exclusión de la señora *Lachiri* de la sala de audiencias, podría haberse considerado compatible con la

¹¹¹ Ibid., §25.

¹¹² Ibid., §32.

¹¹³ Ibid., §39.

¹¹⁴ Ibid., §26.

¹¹⁵ Ibid., §45.

¹¹⁶ Ibid., §46.

Convención. De esta manera, los jueces de Estrasburgo evitaron pronunciarse sobre el tema en profundidad y se focalizaron en las especificidades del caso.

El objetivo perseguido de excluir a la solicitante de la sala de audiencias no era mantener la neutralidad del ambiente público. Es por ello que el Tribunal limitó su examen para determinar si esa medida había sido justificada por el objetivo de mantener el orden. Al respecto, observó que la conducta de la demandante al ingresar a la sala del tribunal no había sido irrespetuosa y no había constituido, o no podía constituir, una amenaza para la conducta adecuada de la audiencia.¹¹⁷ En consecuencia, el TEDH sostuvo que no se había establecido la necesidad de la restricción en cuestión y que la violación del derecho de la Sra. Lachiri a la libertad de manifestar su religión no estaba justificada en una sociedad democrática.¹¹⁸ Por lo tanto, resolvió que sí hubo una violación del artículo 9 de la Convención.¹¹⁹

A pesar de que se considere que el Estado sobrepasó su margen de apreciación y que el caso se pronuncie a favor del uso del velo, la sentencia se centra en especificidades del caso y hace poco para aclarar en qué medida y en qué circunstancias la prohibición de vestimenta religiosa puede considerarse compatible con la Convención en otras situaciones.¹²⁰

Por consiguiente, resulta evidente que el problema sobre el uso del velo y la libertad religiosa sigue presente. La diversidad y cantidad de casos sobre el empleo de un velo que surgieron y seguirán surgiendo resultan consecuencia de una incompatibilidad entre lo que entiende Europa como secularismo y la práctica del islam. Entre tanto, nuestro relevamiento y análisis jurisprudencial ha mostrado que existe una postura por parte del TEDH que procura evitar pronunciarse sobre el tema y avalar las decisiones de cada Estado a través de la consagración de un amplio margen de apreciación nacional. En un caso como el de *Lachiri*, donde se podría haber llevado a cabo una discusión más profunda sobre el uso del velo, no lo hizo. Como veremos en la próxima sección, esto evidentemente es un aspecto problemático.

¹¹⁷ Ibid., §46.

¹¹⁸ Ibid., §47.

¹¹⁹ Ibid., §48.

¹²⁰ Julie Ringelheim, "Lachiri v. Belgium: Headscarf ban imposed on a civil party in a courtroom in violation of religious freedom," Strasbourg Observers, noviembre 23, 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/11/23/lachiri-v-belgium-headscarf-ban-imposed-on-a-civil-party-in-a-courtroom-in-violation-of-religious-freedom/>

V. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Inicialmente, los órganos de Estrasburgo reconocieron al margen de apreciación en el contexto de la cláusula de excepción establecida en el artículo 15 de la Convención Europea. De acuerdo con este artículo, las autoridades estatales pueden evaluar la proporcionalidad de una medida respecto a una situación de emergencia nacional, así como establecer cuándo una situación interna requiere la derogación de algunos de los derechos sancionados por la Convención.¹²¹ Sin embargo, la doctrina del margen de apreciación no aparece en el texto de la CEDH ni en la historia de su redacción.¹²² Por esta razón, se puede cuestionar la base jurídica de dicha doctrina y las consecuencias del uso que el Tribunal Europeo ha hecho de ella dentro del sistema de protección regional de derechos humanos.

La doctrina del margen de apreciación, cabe señalarse, se aplicó también a casos diferentes de los previstos en el artículo 15, teniendo cierta relevancia en las violaciones de los artículos del 8 al 11 de la CEDH. Según esta lectura, el Tribunal declaró que, debido a su contacto y conocimiento de la situación sociopolítica local, las autoridades nacionales se encuentran en la posición adecuada para decidir en qué medida podría ser necesario imponer limitaciones a los derechos y libertades.¹²³

Sir Humphrey Waldock, ex presidente de la Corte y de la Comisión, describió la doctrina del margen de apreciación como una de las salvaguardas más importantes desarrolladas por la antigua Comisión y la Corte para conciliar el funcionamiento efectivo de la Convención con los poderes y responsabilidades soberanos de los gobiernos en una democracia.¹²⁴

Como se ha observado en los casos estudiados en esta tesis, en los diversos juicios sobre la coherencia con la libertad de religión (artículo 9) de ciertas medidas nacionales destinadas a prohibir el uso del velo islámico en escuelas y universidades,

¹²¹ Raffaella Nigro, "The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil," *Human Rights Review*, Vol. 11 no. 4 (2010): 532, 10.1007/s12142-010-0161-z

¹²² Claudio Nash Rojas, "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos," *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11 (2018), <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/42955530003/html/index.html>

¹²³ Nigro, *op. cit.*, 533.

¹²⁴ Thomas A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights," *The Johns Hopkins University Press*, Vol. 4 no. 4 (1982): 476, JSTOR.

los jueces de Estrasburgo han otorgado a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación sobre la base de la inexistencia de una práctica común establecida en estos asuntos y de la naturaleza cambiante de la relación entre el Estado y la religión. Se trata de un tema que la Corte considera bastante delicado en tanto depende de las decisiones soberanas de cada Estado, que pueden no coincidir con lo que decida otro.¹²⁵

Dado que la Corte es el intérprete final de la Convención, su doctrina del margen de apreciación y su desarrollo en la aplicación de normas son fundamentales para el respeto de los artículos de la CEDH. Si el margen reconocido es amplio, entonces hay una presunción inicial a favor del Estado demandado; cuando es estrecho, se realizará un escrutinio cercano y por lo tanto la Corte se entromete de modo más activo en la actuación del Estado sobre el tema.¹²⁶

Julie Ringelheim distingue dos tipos de jueces en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por un lado, se encuentran los que ejercen su papel como *diplomáticos*, en la medida en que creen que un tribunal internacional debe actuar con moderación y otorgar un peso particular a la soberanía nacional y al margen de apreciación del Estado. Temen que una jurisprudencia demasiado incisiva pueda comprometer la aceptación de la autoridad de la Corte por parte de los Estados. En consecuencia, se muestran reacios a encontrar violaciones en los casos en que estén en juego importantes intereses estatales. Por otro lado, hay jueces que se acercan a su cargo más bien como *académicos*, en tanto su principal preocupación es determinar qué es legalmente correcto y éticamente justo. Consideran esencial que cada juicio esté motivado rigurosamente, y piensan que la misión de la Corte es brindar justicia a las personas cuyos derechos y libertades han sido violados, pero también contribuir a la aclaración y el desarrollo de las normas internacionales de derechos humanos.¹²⁷

En virtud de ello, entre la diplomacia y la academia, los jueces se encuentran frente a lo que George Letsas ha denominado “el dilema de Estrasburgo”: algunos se esfuerzan por desarrollar y defender principios constitucionales basados en derecho, independientemente de las consideraciones políticas, mientras que otros ejercen un juicio político buscando soluciones que, aunque estén en conflicto con los derechos

¹²⁵ Ibid., 538.

¹²⁶ O'Donnell, *op. cit.*, 476.

¹²⁷ Julie Ringelheim, “The art of dissenting. A few words on Judge Tulkens’ legacy,” The Strasbourg Observers, agosto 22, 2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/08/22/the-art-of-dissenting-a-few-words-on-judge-tulkens-legacy/>

humanos establecidos, resulten más convenientes.¹²⁸ A través del amplio marco otorgado a los Estados en la regulación sobre el uso del velo, se puede ver una tendencia en la Corte de los jueces del segundo grupo.

De los casos analizados, se desprende que la doctrina del margen de apreciación nacional ha servido como una herramienta para que el TEDH evite pronunciarse sobre un tema tan controvertido como es el uso de los velos islámicos. Para abordar las diferencias históricas y culturales entre los Estados miembros de la CEDH, el TEDH elaboró la doctrina de la apreciación, reservando a los Estados un alto grado de discrecionalidad respecto de la forma en que cumplen con sus obligaciones en virtud del Convenio. Basándose en los enfoques culturales y jurídicos muy diferentes de los Estados miembros, la doctrina del margen de apreciación básicamente justifica el autocontrol del TEDH en tanto no existe un consenso europeo general y las diferentes soluciones adoptadas por los Estados están arraigadas profundamente en su historia y tradición. Mediante el margen de apreciación, entonces, los jueces europeos han sostenido la legitimación de la laicidad y la prohibición de los velos en escuelas y los espacios públicos.¹²⁹

Con la aplicación de esta doctrina, el TEDH no ha encontrado violaciones a la libertad religiosa en varios de los casos relacionados con las prohibiciones del velo que se le han presentado. Su razonamiento, en nuestra opinión, puede llegar a ser interpretado como una negativa de la Corte a ejercer el liderazgo de derechos humanos en el espinoso asunto de la inclusión de las minorías musulmanas de Europa.¹³⁰ Esto demuestra en nuestra lectura que, cuando se trata de fomentar la tolerancia, el respeto por la diversidad religiosa y la lucha contra la discriminación sobre la base de creencias, en su mayor parte la Corte ha fallado.¹³¹

Repasemos entonces la solución aportada en los casos examinados. Ya desde un primer momento el Tribunal introdujo la doctrina del margen de apreciación estatal en su jurisprudencia sobre el uso del velo en el ámbito público. Así, en *Dahlab* se otorgó un amplio margen a Suiza para la prohibición del velo a la maestra escolar. Luego, en

¹²⁸ George Letsas, "Judge Rozakis's Separate Opinions and the Strasbourg Dilemma," *University College London*, (June 25, 2011): 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1872384

¹²⁹ Vanoni y Ragone, "From the secularization," 13.

¹³⁰ Eva Brems, "Headscarves in Luxembourg – A blog series on the contrasting Opinions of AG Kokott and AG Sharpston," *Strasbourg Observers*, Septiembre 7, 2016, <https://strasbourgothers.com/2016/09/07/headscarves-in-luxembourg-a-blog-series-on-the-contrasting-opinions-of-ag-kokott-and-ag-sharpston/#more-3314>

¹³¹ Power-Forde, *op. cit.*, 577.

el caso de *Leyla*, en lo que se refiere al margen de apreciación, después de realizar un análisis comparativo de los sistemas legales nacionales europeos sobre la cuestión del velo islámico, el TEDH reveló una falta de consenso sobre su regulación. Sobre esta base, concedió también a las autoridades turcas un amplio margen, reafirmando aún más su papel de supervisión de las medidas adoptadas a nivel nacional, que deben justificarse en principio y ser proporcionales al objetivo perseguido.¹³² En *Lautsi*, por su parte, el TEDH reiteró su apoyo a la discrecionalidad estatal en la regulación de los símbolos religiosos, y ello a pesar de que contradecía el concepto de neutralidad avalado anteriormente en *Dahlab* y *Leyla*.

Asimismo, el Tribunal consideró que los Estados debían regular la religión en los empleos públicos y amparó la prohibición del velo en los hospitales, como discutimos al tratar el caso *Ebrahimian*. Asimismo, los casos en los que se trataba del uso de velo integral, como el de *S.A.S*, *Balçacemi*, *Oussar* y *Dakir*, tampoco fueron la excepción. No se consideró violatoria del artículo 9 la prohibición del *burka* o del *niqab* en espacios públicos y se incorporó como justificación legítima la “convivencia”. Con la inclusión de esta excepción, no prevista en el texto del artículo 9.2, se demostró una clara falta de control por parte de la Corte en lo que hace a la legalidad del uso del velo en el ámbito público.

En este sentido, a lo largo de los casos analizados en este trabajo se observa un factor común que es el alto grado de margen de apreciación que la Corte le concede a los Estados miembros. A través de esta doctrina, los jueces de Estrasburgo avalaron la prohibición del uso del velo en diferentes contextos y les sirvió de herramienta para reforzar las ideas secularistas de los Estados. El margen de apreciación otorga discrecionalidad a los Estados respecto al cumplimiento de la Convención. Estas aplicaciones variables del margen de apreciación por parte del TEDH en cuestiones de libertad religiosa amenazan con socavar el compromiso de la Corte con el pluralismo y, en última instancia, ponen en jaque la legitimidad del propio Tribunal.¹³³ Opinamos que, contrariamente a lo que se desearía, el rol del TEDH queda por lo tanto desdibujado con esta doctrina en materia de libertad de expresión religiosa.

La Corte ha conferido siempre un margen de apreciación amplio, ya sea para remover completamente la religión de esfera pública de la sociedad, limitarla en distintos ámbitos o admitirla. En efecto, mientras que en *Lautsi* la doctrina fue utilizada para

¹³² Nigro, *op. cit.*, 541-542.

¹³³ Fokas, *op. cit.*, 59.

avaluar la inclusión de la religión en los establecimientos educativos públicos, en los casos sobre el velo que describimos se usó para eliminarla o restringirla.

VI. CONCLUSIÓN

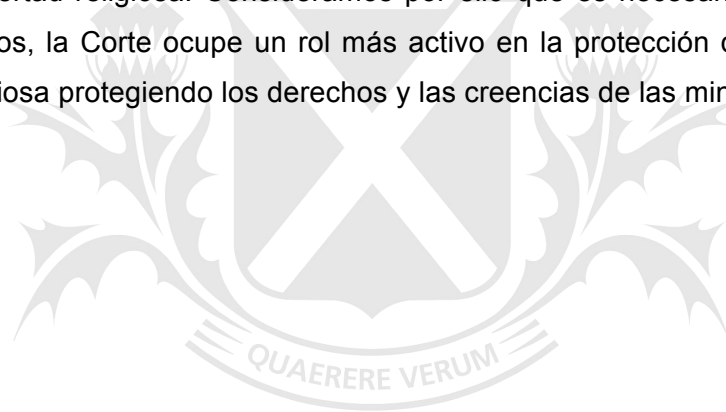
El derecho internacional moderno se vio afectado por una corriente secular y laica que ha tenido el objetivo de erradicar todo vestigio religioso en la sociedad. Pese a la fuerte separación entre la Iglesia y el Estado en los países occidentales, la religión sigue ocupando un rol central. Atrás quedaron los pronósticos en los que se establecía que la religión iba a desaparecer. Frente a este panorama, surge la necesidad de reevaluar nuevamente la importancia la religión en el derecho internacional.

La relevancia religiosa en la sociedad se puede observar particularmente en los Estados islámicos y en la población musulmana europea. La aparente incompatibilidad del islam con el derecho internacional secular ha llevado a distintas controversias. A lo largo del trabajo se analizó específicamente la relación entre el uso del velo islámico y el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La necesidad de marginar la religión desencadenó la censura del uso del velo en determinados ámbitos, cada vez más amplios. Así, las leyes sancionadas en Francia y Bélgica directamente prohibiendo su uso han llevado al debate de hasta qué punto el margen de apreciación es admisible. El TEDH, en vez de proteger los derechos amparados por la CEDH, parece haber permitido reiteradamente su violación al invocar la doctrina del margen de apreciación. Esta vulneración de derechos demuestra la necesidad de repensar el tema y procurar alcanzar un consenso con relación al uso del velo. La cantidad de casos sobre el velo ha demostrado la relevancia de regular su uso en el ámbito internacional.

Los argumentos de neutralidad inicialmente invocados en *Dahlab* y *Leyla* han mutado en argumentos de necesidad de “convivencia” en *S.A.S*, *Balcacemi*, *Oussar* y *Dakir*, ampliando las justificaciones a la prohibición del velo. En los diversos casos, el TEDH es coherente en su posición de aplicar la doctrina del margen de apreciación estatal, abandonando completamente su tutela de la libertad de expresión religiosa. Más allá de que los contextos en los países europeos sean diversos, ninguno de los fallos anteriormente mencionados demuestran casos de proselitismo o una inminente amenaza de fundamentalismo islámico, sino todo lo contrario. Se trata de mujeres musulmanas que buscan integrarse en la sociedad, ya sea dictando clases (*Dahlab*),

como alumnas universitarias (*Leyla*), asistentes sociales en hospitales (*Ebrahimian*) o simplemente intentando llevar adelante una vida social (*Balcacemi, Oussar y Dakir*).

Con el aparente propósito de eliminar toda influencia religiosa en pos del secularismo, los países europeos parecen haber conseguido vulnerar continuamente el artículo 9, y en este sentido se han visto avalados por la Corte en sus distintos pronunciamientos. El tribunal no ha ejercido ningún rol en la defensa de la libertad de expresión religiosa de las minorías en Suiza, Francia y Bélgica ni ha fomentado la pluralidad en cada una de esas sociedades. En relación con Turquía, si bien la religión musulmana es mayoritaria, igualmente allí el secularismo del gobierno ha llevado a decisiones semejantes. Existe un claro abandono por parte de los jueces de Estrasburgo de la tutela de la libertad religiosa. Consideramos por ello que es necesario que, respecto de casos futuros, la Corte ocupe un rol más activo en la protección de la libertad de expresión religiosa protegiendo los derechos y las creencias de las minorías.



Universidad de
San Andrés

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Boyle, Kevin. "Freedom Of Religion In International Law." En *Religion, Human Rights and International Law: A Critical Examination of Islamic State Practices*, editado por Javid Rehman y Susan C. Breau. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Lerner, Natan. *Religion, Secular Beliefs and Human Rights: 25 Years After the 1981 Declaration*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Nathan, Clemens N. *The Changing Face of Religion and Human Rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Taylor, Paul M. *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Vanoni, Luca Pietro y Giada Ragone. "From the Secularisation Theory to the Pluralistic Approach: Reconciling Religious Traditions and Modernity in Italian Case-Law." En *Law, Religion and Tradition*, editado por Jessica Giles, Andrea Pin y Frank S. Ravitch. Suiza: Springer International Publishing, 2018.

Artículos:

Baderin, Mashood A. "Religion and International Law: Friends or Foes?." *SOAS School of Law Legal Studies Research Paper Series*, no. 4 (octubre 2009): 637-658. DOI:10.2139/ssrn.1621375.

Calo, Zachery R. "Pluralism, secularism and the European Court of Human Rights." *Cambridge University Press*, Vol. 26 no. 1 (2010-2011): 261-280.

Casanova, José. "La inmigración y el nuevo pluralismo religioso. Una comparación Unión Europea/Estados Unidos." *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, no. 77 (mayo-junio 2007):13-39. https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/la_inmigracion_y_el_nuevo_pluralismo_religioso_una_comparacion_union_europea_estados_unidos

- Casanova, José. "Reconsiderar la Secularización: Una perspectiva comparada mundial." *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, no. 7 (noviembre 2007): 1-20. UAM-AEDRI.
- Choudhury, Nusrat. "From the Stasi Commission to the European Court of Human Rights: L'affaire du Foulard and the Challenge of Protecting the Rights of Muslim Girls." *Columbia University*, Vol. 16 no. 1 (2007). <https://cjgl.cdrs.columbia.edu/article/from-the-stasi-commission-to-the-european-court-of-human-rights-laffaire-du-foulard-and-the-challenge-of-protecting-the-rights-of-muslim-girls/>
- Davie, Grace. "Believing without Belonging: Is This the Future of Religion in Britain?." *Social Compass*, 37 no. 4, (diciembre 1990): 455-469. <https://doi.org/10.1177/003776890037004004>
- Delgado Barbosa, Francisco. "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática." (2013): 1089-1117. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf>
- Delgado Barbosa, Francisco. "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales." *Revista Derecho del Estado*, no. 26 (enero-junio 2011): 107-135. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>
- Fokas, Effie "Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence." *Oxford Journal of Law and Religion* (marzo 10, 2015): 54-74. doi: 10.1093/ojlr/rwu065
- Frigerio, Alejandro e Hilario Wynarczyk. "Diversidad no es lo mismo que pluralismo: cambios en el campo religioso argentino (1985-2000) y lucha de los evangélicos por sus derechos religiosos." *Sociedade e Estado*, Vol. 23, no. 2, (junio 6, 2008): 227-260.

- Fry, James D. "Pluralism, Religion, and the Moral Fairness of International Law." *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 3, No. 3 (2014): 393-418. doi:10.1093/ojlr/rwu025
- Garahan, Sabina. "A Right to Discriminate? Widening the Scope for Interference with Religious Rights in *Ebrahimian v France*." *Oxford Journal of Law and Religion*, no. 5 (2016): 352-358.
- Gunn, Jeremy. "Religious Freedom and Laicite: A Comparison of the United States and France." *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2004, no. 2 (2004): 37-38, <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2004/iss2/5>
- Janis, Mark W. "Religion and International Law." *Cambridge University Press*, American Society of International Law, (abril 21, 1988): 195-220. JSTOR.
- Letsas, George "Judge Rozakis's Separate Opinions and the Strasbourg Dilemma." *University College London*, (June 25, 2011): 1-16.
- Marshall, Jill. "S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities." *Human Rights Law Review*, no. 15 (abril 15, 2015): 377-389. doi: 10.1093/hrlr/ngv003
- Martínez, Ana Teresa. "Laicidad y Secularización." *Colección de cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad*, no. 21 (2013).
- Martínez-Torrón, Javier. "The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law", *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, no. 2, (enero 12, 2012): 363-385. doi:10.1093/ojlr/rwr021
- Nigro, Raffaella. "The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil." *Human Rights Review*, Vol. 11 no. 4 (2010): 531-564, DOI: 10.1007/s12142-010-0161-z
- O'Donnell, Thomas A. "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights." *The Johns Hopkins University Press*, Vol. 4 no. 4 (1982): 476-496. JSTOR.

Power-Forde, Ann. "Freedom of Religion and 'Reasonable Accommodation' in the Case Law of the European Court of Human Rights." *Oxford Journal of Law and Religion*, no. 5 (2016): 575-603. doi: 10.1093/ojlr/rww056

Read, Jen'Nan Ghazal y John P. Bartkowski, "To Veil or Not to Veil? A Case Study of Identity Negotiation among Muslim Women in Austin, Texas." *Gender and Society*, Vol. 14 no. 3 (Junio 2000): 395-417. JSTOR.

Rojas, Claudio Nash. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11 (2018), <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429555530003/html/index.html>

Ringelheim, Julie. "State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach." *Oxford Journal of Law and Religion*, no. 6, (enero 11, 2017). doi: 10.1093/ojlr/rww060

Yturbe, Corina. "El principio de laicidad: el caso del velo islámico." *Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, Méxicó, Diánoia*, Vol. LI, no. 56, (mayo 2006): 67-93. <http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v51n56/0185-2450-dianoia-51-56-67.pdf>

Notas periodísticas:

Chrisafis, Angelique. "French mayors refuse to lift burkini ban despite court ruling." *The Guardian*, agosto 28, 2016. <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/28/french-mayors-burkini-ban-court-ruling>

"Europe's Growing Muslim Population." *Pew Research Center*, noviembre 29, 2017, <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>

McClendon, David y Conrad Hackett, "Christians remain world's largest religious group, but they are declining in Europe." *Pew Research Center*, abril 5, 2017. <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/04/05/christians-remain-worlds-largest-religious-group-but-they-are-declining-in-europe/>

“Norway to ban full-face Muslim veil in all schools.” *Arab News*, junio 13, 2017.
<http://www.arabnews.com/node/1113926/world>

Sitios Web:

Baubérot, Jean. “La laicidad.” Embajada de Francia en Bogotá, (marzo 10, 2005),
<https://co.ambafrance.org/La-laicidad-por-Jean-Bauberot>

Blancarte, Roberto. “¿Por qué un Estado Laico?.” *Laicismo.org*, febrero 2009.
https://laicismo.org/data/docs/archivo_1479.pdf.

Brems, Eva. “Ebrahimian v France: headscarf ban upheld for entire public sector.” *The Strasbourg Observers*, Noviembre 27, 2015,
<https://strasbourgothers.com/2015/11/27/ebrahimian-v-france-headscarf-ban-upheld-for-entire-public-sector/>

Brems, Eva. “Headscarves in Luxembourg – A blog series on the contrasting Opinions of AG Kokott and AG Sharpston.” *The Strasbourg Observers*, Septiembre 7, 2016, <https://strasbourgothers.com/2016/09/07/headscarves-in-luxembourg-a-blog-series-on-the-contrasting-opinions-of-ag-kokott-and-ag-sharpston/#more-3314>

Chirac, Jacques. “Les discours de Jacques Chirac.” *Le monde*, diciembre 17, 2003.
https://www.lemonde.fr/societe/article_interactif/2007/05/15/les-discours-de-jacques-chirac_910136_3224_8.html

Ferri, Marcella. “Belkacemi and Oussar v Belgium and Dakir v Belgium: the Court again addresses the full-face veil, but it does not move away from its restrictive approach.” *The Strasbourg Observers*, Julio 25, 2017,
<https://strasbourgothers.com/2017/07/25/belkacemi-and-oussar-v-belgium-and-dakir-v-belgium-the-court-again-addresses-the-full-face-veil-but-it-does-not-move-away-from-its-restrictive-approach/>

“From diversity to Pluralism.” *Harvard University*, The Pluralism Project,
<http://pluralism.org/encounter/todays-challenges/from-diversity-to-pluralism>

Hervieu-Léger, Danièle. "The role of religion in establishing social cohesion." Eurozine, (agosto 2006). <https://www.eurozine.com/the-role-of-religion-in-establishing-social-cohesion/>

Ringelheim, Julie. "Lachiri v. Belgium: Headscarf ban imposed on a civil party in a courtroom in violation of religious freedom." The Strasbourg Observers, noviembre 23, 2018. <https://strasbourgobservers.com/2018/11/23/lachiri-v-belgium-headscarf-ban-imposed-on-a-civil-party-in-a-courtroom-in-violation-of-religious-freedom/>

Ringelheim, Julie. "The art of dissenting. A few words on Judge Tulkens' legacy." The Strasbourg Observers, agosto 22, 2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/08/22/the-art-of-dissenting-a-few-words-on-judge-tulkens-legacy/>

"The Court in brief." European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf

What is a secular state?." The World Atlas, consultado el 30 de julio de 2019, <https://www.worldatlas.com/articles/what-is-a-secular-state.html>

Fuentes jurídicas primarias:

"Constitución Francesa del 4 de octubre de 1958." Senat, disponible en: https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

"Convenio Europeo de Derechos Humanos.", disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Jurisprudencia:

Belcacemi and Oussar v. Bélgica, App. No. 37798/13, [2017-II] ECHR 655

Dahlab v. Suiza, App. No. 42393/98, ECHR 2001-V (2001)

Dakir v. Bélgica, App. No. 4619/12, [2017-II] ECHR 656

Embrahimian v. Francia, App. No. 64846/11, ECHR 1041 (2015)

Kokkinakis v. Grecia, App. No. 14307/88, 17 Eur. H.R. Rep. 397 (1994)

Lachiri v. Bélgica, App. No. 3413/09, [2018] ECHR 727

Lautsi y otros v. Italia, App. No. 30814/06, ECHR 2412, Gran Sala (2011)

Leyla Sahin v. Turquía, App. No. 44774/98, ECHR 2005-XI (2005)

S.A.S. v. Francia, App. No. 43835/11, ECHR, 695 (2014)



Universidad de
San Andrés