

REVISTA DE Derecho Comunitario Europeo



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ESTUDIOS

J. ROLDÁN BARBERO

La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional

C. ARANGÜENA FANEGO

Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección

D. ORDÓÑEZ SOLÍS

¿Cómo se derivan entre las administraciones españolas las responsabilidades financieras por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea?

C. PÉREZ BERNÁRDEZ

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa

NOTA

S. FABIO NICOLSI

The contribution of the Court of Justice to the codification of the founding values of the European Union

51

Año 19

Madrid

mayo/agosto

2015

ISSN: 1138-4026

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



LEGISLACIÓN



BIBLIOGRAFÍA

ISSN: 1138-4026, Madrid
Núm. 51, mayo/agosto (2015)
Cuatrimestral

**LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL
EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y EL MARGEN
DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS**

**Un análisis crítico de la sentencia del TEDH
de 01.07.2014, S.A.S. c. Francia, 43835/11**

JAIME GAJARDO FALCÓN*

RESUMEN: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su conformación de Gran Sala, dictó el 1 de julio de 2014 la sentencia del caso S.A.S. c. Francia, estableciendo que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos, preceptuada por la Ley n.º 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, no vulneraría los artículos 8, 9 y 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), debido al gran margen de apreciación nacional del que gozarían los Estados en la materia. Junto a la revisión de los puntos centrales del caso, realizo un análisis crítico de la sentencia y de la utilización por parte del TEDH de la doctrina del margen de apreciación en el presente asunto.

PALABRAS CLAVE: TEDH; CEDH; prohibición del velo integral en Francia; libertad religiosa; doctrina del margen de apreciación nacional.

FRENCH BURKA BAN AND THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE
A critical review of the ECtHR Judgment of 01.07.2014, S.A.S. v. France, 43835/11

ABSTRACT: The European Court of Human Rights (ECtHR), as a Grand Chamber, declared in its judgment for the case of S.A.S v. France of 1 July 2014 that the ban on

* Doctorando y Personal Investigador en Formación, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid.

wearing clothing designed to conceal one's face in public places, introduced by Law n° 2010-1192 of 11 October 2010, that there had been no violation of Articles 8, 9 and 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), taken separately or together with Article 14 of the ECHR, because of the wide margin of appreciation in the issue. Along with the central aspects of the case law I will focus the review in the critical aspects of the case and the margin of appreciation doctrine.

KEY WORDS: ECtHR; ECHR; French burka ban; freedom of religion; the margin of appreciation doctrine.

LE FRANÇAIS INTERDICTION DU PORT DU VOILE INTÉGRAL DANS
LES ESPACE PUBLIC ET LA MARGE D'APPRÉCIATION DES ETATS
Analyse critique de l' arrêt de la CEDH du 01.07.2014 (Grande Chambre),
affaire S.A.S. c. Francia, 43835/11

RÉSUMÉ: La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), siégeant en une Grande Chambre, a établi son arrêt du 1 juillet 2014 dans l'affaire S.A.S. c. France que l'interdiction de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public que pose la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 qu'il n'y a pas eu violation de l'articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, pris isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention, en raison de la grande marge d'appréciation qui aurait couru aux Etats dans ce domaine. Outre l'examen des principaux points de l'affaire, nous procédons à une analyse critique de l'arrêt et de l'utilisation par la CEDH de la doctrine de la marge d'appréciation dans cette affaire.

MOTS CLÉS: CEDH; Convention européenne des droits de l'homme; Français interdiction du port du voile intégral dans l'espace public; manifester sa religion ou sa conviction; la marge d'appréciation.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA. 1. HECHOS Y CONTEXTO DEL CASO. 2. EL FALLO Y SUS FUNDAMENTOS. 3. VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE.—III. ANÁLISIS CRÍTICO. 1. LIBERTAD RELIGIOSA Y MARGEN DE APRECIACIÓN. 2. NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. 3. LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS COMO UNA MEDIDA A FAVOR DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES.—III. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su conformación de Gran Sala, dictó el 1 de julio de 2014 la sentencia del caso *S.A.S. c. Francia*¹, estableciendo que la prohibición del uso del velo integral² en los espacios públicos, preceptuada por la Ley n° 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, no vulneraría los artículos 8, 9 y 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), debido al gran margen de apreciación nacional del que gozarían los Estados en la materia. La doctrina del margen de apreciación ha sido entendida como un espacio de maniobra que el TEDH entrega a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CEDH³.

El presente fallo se enmarca en una serie de sentencias del TEDH sobre el uso de prendas de vestir o accesorios que tienen un carácter religioso en ámbitos educativos⁴ y, ahora, espacios públicos. Asimismo, el fallo se publi-

¹ *S.A.S. v. Francia* [GC], no. 43835/11, ECHR 2014.

² Por «velo integral» (*voile intégral*) se entiende aquella prenda de ropa que está diseñada para cubrir el rostro. Dentro de dichas prendas de ropa se encontrarían el *burka* y el *niqab*. El *burka* es usualmente entendido como aquella prenda de ropa que cubre el cuerpo completo de la mujer, incluida la parte frontal del rostro, dejando una malla para que la mujer pueda ver. El *niqab* se diferencia del *burka*, debido a que deja el área de los ojos abierta. Véase la sección primera de la Ley francesa n° 2010-1192 del 11 de octubre de 2010. Asimismo, para los significados del *burka* y el *niqab* y una argumentación que niega su carácter de símbolo religioso, véase: María ARECES, *La prohibición del Burka en Europa y en España*, Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs. 67-71.

³ Cfr. Javier GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Navarra, 2010, págs. 107-108. Sobre la doctrina del margen de apreciación y una propuesta de reformulación del mismo, véase: Marisa IGLESIAS VILA, «Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional», en María IGLESIAS VILA (ed.), *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería, Buenos Aires, 2014, págs. 14-39. Para una crítica de la doctrina, véase: George LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Para una defensa del margen de apreciación, véase: Andrew LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁴ Al respecto, en orden cronológico, véanse los siguientes fallos del TEDH: *Dahlab v. Suiza*, no. 42393/98, ECHR 2001-I; *Leyla Şahin v. Turquía* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI; *Köse y otros 93 v. Turquía*, no. 26625/02, ECHR 2006-II; *Kurtulmus v. Turquía*, no. 65500/01, ECHR 2006-II; *Emine Araç v. Turquía*, no. 9907/02, ECHR 2008;

ca en un momento en el que se experimenta un aumento en la restricción del uso del velo integral en los espacios públicos en los países de Europa y una creciente discusión parlamentaria al respecto⁵.

Así, la sentencia en análisis es parte de una jurisprudencia que ha ido progresivamente aumentando el margen de apreciación del que gozan los Estados para imponer limitaciones al ejercicio del derecho humano a la libertad religiosa contemplado en el artículo 9 del CEDH⁶.

Como veremos, esta sentencia no realiza un juicio de ponderación entre los derechos del CEDH alegados por la peticionaria y los intereses estatales, ya que utiliza la doctrina del margen de apreciación como elemento justificatorio de la actividad estatal y de manera *ex ante* a la realización del test de ponderación⁷.

Dogru v. Francia, no. 27058/05, ECHR 2008; *Kervanci v. Francia*, no. 31645/04, ECHR 2008; *Ahmet Arslan y otros v. Turquía*, no. 41135/98, ECHR 2010; *Lautsi y otros v. Italia* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011. Para estudios de doctrina, entre otros, véase: Pierre BOSSET, «Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey», en Eva BREMS (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 192-217; Erica HOWARD, *Law and the Wearing of Religious Symbols*, Routledge, Londres, 2012; Susanna MANCINI y Michel ROSENFELD, «Unveiling the limits of tolerance: comparing the treatment of majority and minority religious symbols in the public sphere», en Lorenzo ZUCCA y Camil UNGUREANU (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 160-191; Alfonso RUIZ MIGUEL, «Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal», en Ignacio GUTIÉRREZ y Miguel Ángel PRESNO (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, págs. 79-97.

⁵ Bélgica aprobó (2011) una ley de similares características. Para una visión panorámica al respecto, véase: HOWARD, op. cit. nota 4, págs. 2-3. Asimismo, para la discusión que se ha llevado a cabo en España, véase: ARECES, op. cit. nota 2, págs. 159-195.

⁶ Luego de la sentencias del TEDH sobre los casos Ahmet Arslan y otros v. Turquía (2010) y, especialmente, en el fallo del caso Leyla Şahin v. Turquía (2005) el legislador nacional no estaría habilitado para prohibir el uso de símbolos religiosos en el espacio público, entre ellos, el velo integral. En ese sentido, véase: Daniel BARTON, «Is the French Burka Ban Compatible with International Human Rights Law Standards?», *Essex Human Rights Review*, n° 1, 2012, págs. 1-27; Juan RUIZ RUIZ, «Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 33, 2013, págs. 1-56.

⁷ En ese sentido, me parece esclarecedor e importante de considerar el trabajo de Gerards y Senden, quienes señalan que el razonamiento del TEDH en este tipo de casos es confuso y ambiguo, ya que no realiza una adecuada distinción entre los elementos de definición del alcance de los derechos y los de justificación de los mismos, véase:

II. LA SENTENCIA

1. HECHOS Y CONTEXTO DEL CASO

El caso tiene su origen en la aplicación n° 43835/11 en contra de la República de Francia realizada por una ciudadana francesa, el 11 de abril de 2011, en la que señala que la Ley n° 2010-1192 que prohíbe el uso de vestimentas diseñadas para cubrir el rostro en los lugares públicos le impediría el uso del velo integral libremente, vulnerando sus derechos humanos y, en especial, los artículos 3, 8, 9, 10 y 11 del CEDH, de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH.

La peticionaria, de nacionalidad francesa, es practicante de la religión musulmana y usa *burqa* y *niqab* de acuerdo a su religión, cultura y convicciones personales. La recurrente argumenta que ni su esposo u otra persona le obligan o han presionado para el uso de dicha vestimenta. Agrega que no siempre usa el *burqa* o el *niqab* en público, ya que para la realización de ciertas actividades (reuniones sociales en lugares públicos, visitas al doctor, viajes en avión, etc.) no utiliza dichas vestimentas. Sin embargo, enfatiza que ella quiere tener la posibilidad de optar cuando usar dichas prendas, dependiendo, principalmente, de sus sentimientos espirituales⁸.

Para la solicitante, la Ley francesa afecta su derecho humano a la vida privada y familiar, establecido en el artículo 8 del CEDH⁹, debido a: 1) La posibilidad de que use el *burqa* y *niqab* en los espacios públicos es una parte importante para su vida social e identidad cultural¹⁰; 2) Citando jurisprudencia del TEDH, señala que hay una zona de interacción de una persona con

Janneke GERARDS y Hanneke SENDEN, «The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights», *International Journal of Constitutional Law*, n° 4, 2009, págs. 619-653.

⁸ Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], §§ 10-13. Asimismo, apoyaron la posición de la peticionaria como terceras partes intervinientes: Amnistía Internacional, ONG Artículo 19, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante, la ONG Libertad, la ONG Open Society Justice Initiative. *Ibid.* §§ 89-105.

⁹ El artículo 8.2 del CEDH enumera los siguientes bienes o valores como fines que pueden justificar la injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio del derecho humano a la vida privada y familiar: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la protección del orden y la prevención del delito, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹⁰ Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], § 79.

otros, incluso en los espacios públicos, que cae dentro de la protección del derecho humano a la vida privada y familiar, cuando están en juego aspectos relacionados con la identidad del individuo¹¹; 3) Señala la estigmatización que le produce salir a la calle con el velo integral e incluso el riesgo que le provoca para su integridad física y mental. Señala que se está viendo forzada a adoptar una personalidad de «Dr. Jekyll y Mr. Hyde»¹².

En cuanto a la supuesta vulneración de la Ley en cuestión al artículo 9 del CEDH señala que la normativa precitada no tiene ningún fin legítimo, susceptible de ser encuadrado en las causales de justificación para una restricción al derecho contempladas en el artículo 9.2 del CEDH¹³. Argumentando que la Ley francesa tiene un claro objetivo discriminatorio en contra de la religión musulmana, lo que se puede ver en la excepción que contiene, al señalar que no se aplicará en contextos de festividades o eventos tradicionales o artísticos, permitiendo a la mayoría cristiana realizar sus procesiones, carnavales, rituales y el uso de sus vestimentas como las de Santa Claus¹⁴.

Por su parte, el gobierno francés opuso excepciones preliminares¹⁵ y contestó el fondo del asunto, explicando ante el TEDH los motivos de la Ley en cuestión y defendiendo sus objetivos¹⁶. Así, el Gobierno francés señaló que la Ley objetada podría ser vista como una limitación al ejercicio de la libertad religiosa, consagrado en el artículo 9.1 del CEDH, pero al perseguir legítimos objetivos se encontraría dentro de las restricciones que se pueden imponer a tal derecho, en conformidad con el artículo 9.2 del CEDH¹⁷. Además,

¹¹ Véase, *Von Hannover v. Alemania*, n° 59320/00, §§ 50-69, ECHR 2004-VI.

¹² Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], § 79.

¹³ El artículo 9.2 del CEDH enumera los siguientes bienes o valores como fines que pueden justificar la injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio del derecho humano a la libertad religiosa: 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.

¹⁴ Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], §§ 79-80.

¹⁵ No me referiré a las excepciones preliminares opuestas por el gobierno francés porque no suponen aspectos procesales novedosos y, además, todas fueron rechazadas en definitiva por el TEDH. Dichas objeciones consistieron en: a) Negar la condición de «víctima» de la peticionaria; b) El no agotamiento de los recursos internos por parte de la solicitante; c) El abuso del derecho individual para recurrir ante el TEDH. Véase: *Ibid.* §§ 53-68.

¹⁶ Apoyó los argumentos del Gobierno francés como tercero interviniente el Estado de Bélgica, véase: *Ibid.* §§ 86-88.

¹⁷ Para el gobierno francés la Ley que prohíbe el uso del velo integral en los espacios públicos tiene legítimos objetivos para restringir la libertad religiosa, en conformidad con el artículo 9.2 del CEDH y son los siguientes: a) La seguridad pública, ya que con la prohibición se puede satisfacer la necesidad de identificar a los individuos y así prevenir los

el Gobierno se refiere a la jurisprudencia del TEDH al respecto, señalando que en conformidad con la doctrina del margen de apreciación los Estados tienen un amplio margen y se encuentran mejor situados para establecer restricciones a la libertad religiosa en conformidad a intereses públicos debidamente acreditados¹⁸. Finalmente, el Gobierno francés señala que la Ley en cuestión no está creada especialmente para las mujeres musulmanas, no siendo posible que ellas aleguen ser víctimas de una discriminación directa o indirecta, en conformidad al artículo 14 del CEDH¹⁹.

2. EL FALLO Y SUS FUNDAMENTOS

El TEDH por quince votos contra dos, estableció que no hubo violación por parte del Estado francés de los artículos 8 y 9 del CEDH. Asimismo, de manera unánime determinó que no hubo vulneración del artículo 14 de forma separada y conjunta con los artículos 8 y 9 del CEDH, como tampoco del artículo 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH²⁰.

El razonamiento del TEDH para establecer que no hubo violación a los artículos del CEDH precitados, fue el siguiente: 1) Analizó en abstracto los principios involucrados y se preguntó sobre los requisitos para limitar o in-

riesgos para las personas y la comunidad; b) La protección de los derechos y las libertades de los otros, debido a que con la medida se respetan el mínimo de valores necesarios para vivir en una sociedad abierta y democrática. Ellos serían, primero, la necesidad de interacción entre los individuos que componen la sociedad, donde el rostro juega un papel muy importante, con lo que se advierte la necesidad de prohibir vestimentas que lo cubran. En segundo lugar, uno de los principios de la República es la idea de «vida en común» (*le vivre ensemble*), el cual se ve dificultado con el velo integral. En tercer lugar, la necesidad de proteger la igualdad entre hombres y mujeres, viendo el velo integral como un elemento que atenta contra ello y no es posible compatibilizarlo con el principio de dignidad humana. Cfr. *Ibid.* §§ 81-82. Para revisar los principales argumentos en contra de la prohibición del velo integral, véase: HOWARD, *op. cit.* nota 4, págs. 39-52.

¹⁸ Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], § 83.

¹⁹ *Ibid.* § 85. La contradicción en la que incurre la defensa del Gobierno francés es bastante clara, ya que por un lado todo el debate legislativo y la ley en sí misma, están inspiradas en la prohibición del velo integral islámico. Al respecto, véase: BARTON, *op. cit.* nota 6, págs. 5-9.

²⁰ Es importante mencionar que previamente el TEDH determinó, por unanimidad de sus miembros, que no se cumplían los requisitos necesarios para admitir a tramitación la supuesta vulneración a los artículos 3 y 11 del CEDH realizadas por la peticionaria. Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], §§ 69-73.

terferir los derechos consagrados en los artículos 8 y 9 del CEDH²¹; 2) Realizó una aplicación de los principios generales identificados al caso; 3) Utiliza la doctrina del margen de apreciación en el presente caso²².

En primer lugar, el TEDH señala que la prohibición establecida en la Ley francesa en cuestión tiene implicaciones en el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH) y el derecho a la libertad religiosa (artículo 9 del CEDH). Por ello, realiza un análisis en abstracto sobre las posibilidades convencionales para la limitación de dichos derechos, reiterando su jurisprudencia y señalando que para una interferencia legítima en los derechos precitados, se requiere: 1) Que la medida se encuentre prescrita en una ley²³; 2) Que tenga un interés legítimo, de los establecidos en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH²⁴; 3) Que la medida sea necesaria en una sociedad democrática²⁵.

En segundo lugar y aplicando los principios generales previamente revisados al caso, el TEDH señala expresamente que este debe ser analizado a la luz de su jurisprudencia previa sobre el uso de símbolos religiosos en instituciones y colegios públicos. Así, el TEDH realiza un análisis específico sobre los motivos señalados en la Ley francesa y en la defensa del Gobierno para la prohibición del velo integral en los espacios públicos, manifestando sus dudas sobre la legitimidad de los objetivos y la posibilidad de que estos se encuadren dentro de las casuales establecidas en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH²⁶. Además, pone en duda la proporcionalidad de la medida y muestra su preocupación por la posible islamofobia que puede generar²⁷.

A pesar de lo anterior, como cláusula de cierre y en tercer lugar, el TEDH señala que en virtud del principio de subsidiariedad²⁸ y de la doctrina

²¹ Ibid. §§ 106-131.

²² Ibid. §§ 153-157.

²³ Ibid. § 112.

²⁴ Ibid. §§ 113-122.

²⁵ Ibid. §§ 123-131. Resultan de especial relevancia los párrafos 127 y 128 de la sentencia en comento, ya que en dichos pasajes el TEDH citando su jurisprudencia refuerza la idea de que el pluralismo es consustancial a la democracia y que el Estado debe propiciar el diálogo y la tolerancia entre los grupos opuestos presentes en las sociedades.

²⁶ Ibid. §§ 139-146.

²⁷ Ibid. §§ 147-149.

²⁸ El principio de subsidiariedad busca, básicamente, que las decisiones sobre la protección de los derechos humanos sean tomadas en las instancias nacionales, por ser las más próximas a los ciudadanos y a los hechos, véase: Paolo CAROZZA, «Subsidiarity as a structural principle of international human rights law», *American Journal of International Law*, n° 97, 2002, págs. 38-79.

del margen de apreciación, el Estado francés se encuentra mejor situado para hacer el balance de los derechos humanos involucrados en el presente caso²⁹. Además, sostiene que el amplio margen de apreciación del que gozarían los Estados en la materia se justifica por la falta de consenso europeo en la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos³⁰.

Finalmente, el TEDH argumenta de forma breve que del caso no se puede desprender evidencia para señalar que hubo algún tipo de discriminación indirecta en contra de la peticionaria en conformidad del artículo 14 del CEDH³¹, como tampoco que hubiera vulneración de derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 10 del CEDH³².

3. VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE

La sentencia en análisis contó con el voto parcialmente disidente de las Juezas Angelika Nußberger y Helena Jäderblom, señalando que en el presente caso sí hubo una violación de los derechos humanos de la peticionaria por parte del Estado francés, en particular de los derechos consagrados en los artículos 8 y 9 de la CEDH³³.

Las Juezas disidentes sostienen su razonamiento en tres argumentos. Primero, señalan que el fallo mayoritario sacrifica derechos individuales por principios abstractos, siendo dudoso que la prohibición de usar el velo integral en espacios públicos persiga un objetivo legítimo y, aunque así lo fuera, no es una medida necesaria en una sociedad democrática³⁴.

En segundo lugar, señalan que la prohibición no tiene un objetivo legítimo en conformidad a la CEDH. Para las Juezas disidentes las ideas señaladas por el Gobierno francés dentro de la causal de justificación «la protección de los derechos o las libertades de los demás» establecida en el artículo 9.2 del CEDH, esto es la observancia de mínimos requerimientos para vivir

²⁹ Cfr. *S.A.S. v. Francia* [GC], §§ 154-155.

³⁰ *Ibid.* §§ 156-157.

³¹ *Ibid.* §§ 160-162.

³² *Ibid.* § 163. Si el TEDH hubiera realizado un análisis completo de la proporcionalidad de la medida, podría haber ocupado su jurisprudencia previa sobre libertad de expresión, en particular el caso *Vajnai v. Hungría* n° 33629/06, ECHR 2008, donde señaló que Hungría vulneraba la libertad de expresión del peticionario al prohibirle el uso de una cazadora roja y cuestionó la necesidad de que le aplicaran sanciones penales por ello.

³³ Cfr. *S.A.S. c. Francia* [GC], voto disidente, §§ 25-26.

³⁴ *Ibid.* §§ 1-2.

en sociedad o *le vivre ensemble*, no pueden considerarse como tales³⁵. Asimismo, apuntan que tampoco la medida se puede justificar dentro de la causal de protección de la seguridad pública, ya que no existe un contexto de amenaza general en ese sentido³⁶.

En tercer lugar, las Juezas ponen de manifiesto la necesidad de que el TEDH hubiera realizado un test de proporcionalidad de la medida adoptada por el Gobierno francés. En ese sentido, primero señalan que el Gobierno no explicó ni dio ejemplos de cómo impacta la prohibición en el pluralismo que según la jurisprudencia del TEDH es uno de los pilares de la democracia. Para las Juezas la medida prohibitiva puede ser interpretada como un signo de restricción de la tolerancia y de pluralismo selectivo³⁷. Luego, como segundo aspecto, no concuerdan con el voto mayoritario en cuanto a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación para el presente caso, por los siguientes argumentos: 1) La prohibición se dirige a un código de vestimenta estrechamente ligado a la fe religiosa, la cultura y las convicciones personales y, por lo tanto, sin duda, un derecho íntimamente relacionado con la propia personalidad³⁸; 2) No les resulta convincente que el caso en análisis se integre dentro de la jurisprudencia previa del TEDH sobre la relación del Estado con la religión, ya que tiene diferencias notorias con los casos previos de regulación de vestimenta y símbolos religiosos en instituciones educacionales³⁹; 3) No comparten la premisa del TEDH en cuanto a que no existe un consenso europeo en la materia. Señalan que sí existe un consenso y es en relación a la no prohibición del velo integral en los espacios públicos, ya que 45 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa permiten el velo integral en los espacios públicos⁴⁰.

Como tercer punto, apuntan a las consecuencias de la medida sobre los derechos de las mujeres, señalando que la Ley francesa en cuestión, establece sanciones criminales al uso del velo integral en los espacios públicos, sien-

³⁵ Ibid. § 8.

³⁶ Ibid. §§ 3-12.

³⁷ La jurisprudencia previa del TEDH señalaba que el rol de las autoridades públicas era que los grupos religiosos se toleraran unos con otros (*Serif v. Grecia*, n° 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX). Sin embargo, al prohibir el uso del velo integral en los espacios públicos, las autoridades francesas hicieron lo opuesto, es decir, tensionan la relación entre una mayoría cultural y una minoría religiosa. Cfr. *S.A.S. c. Francia* [GC], voto disidente, §§ 13-14.

³⁸ Ibid. § 17.

³⁹ Ibid. § 18.

⁴⁰ Ibid. § 19.

do una medida restrictiva que puede tener los efectos inversos a los esperados, excluyendo de la sociedad a las mujeres que utilizan el velo integral y, por ende, agravando su situación⁴¹.

Finalmente, señalan que el Gobierno francés no explicó el por qué no utilizó una medida menos intrusiva, tal y como le recomendó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y optó por la criminalización del uso del velo integral en los espacios públicos⁴².

III. ANÁLISIS CRÍTICO

1. LIBERTAD RELIGIOSA Y MARGEN DE APRECIACIÓN

Con el fallo en análisis, el TEDH amplía el margen de apreciación de los Estados en materia de libertad religiosa, generando una relación inversamente proporcional al respecto, es decir, mientras más se extiende el margen de apreciación de los Estados, más se restringe —vulnera— el derecho humano a la libertad religiosa e incluso se comienza a afectar otros derechos humanos, como en este caso el derecho humano a la vida privada y familiar, e incluso el derecho humano a la no discriminación⁴³.

En ese mismo sentido, el fallo en análisis acepta que en materia de libertad religiosa y vida privada y familiar, el Estado pueda restringir el derecho sin la necesidad de argumentar fines legítimos de los contemplados en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH. De hecho, el fallo incurre en una contradicción flagrante al señalar que las restricciones contempladas en los artículos precitados son de derecho estricto, es decir, las que se enumeran son

⁴¹ Ibid. §§ 21-23.

⁴² Ibid. § 24.

⁴³ Comparto con Howard la idea de que las prohibiciones al uso del velo integral, además pueden ser vistas como una discriminación directa e indirecta, véase: HOWARD, op. cit. nota 4, págs. 78-101. En términos más generales, las prohibiciones pueden ser vistas como una discriminación directa hacia los miembros de la comunidad musulmán en la Europa multicultural, véase: Maleiha MALIK, «The “The IK citizens”: religion in a multicultural Europe», en Lorenzo ZUCCA y Camil UNGUREANU (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 93-133. En un sentido similar, véase: Santiago CAÑAMARES, «La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público», en Ignacio GUTIÉRREZ y Miguel Ángel PRESNO (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, págs. 99-120.

taxativas⁴⁴, sin embargo, luego señala que a pesar de no estar claro que las restricciones que argumenta el Gobierno francés en su defensa se puedan encuadrar dentro de ellas,⁴⁵ al poseer los Estados un amplio margen de apreciación en la materia, ellos se encuentran mejor situados para realizar el balance de los derechos humanos en conflicto⁴⁶.

Asimismo, es discutible que el TEDH hubiera enmarcado el presente caso dentro de la jurisprudencia previa del mismo sobre el uso de símbolos religiosos en establecimientos educacionales. Ya había sido criticado el TEDH cuando resolvió los casos de Leyla Şahin c. Turquía (una estudiante universitaria a quien no se le permitió rendir un examen usando el pañuelo musulmán), y el de Kervanci c. Francia (una estudiante de doce años que se negó a dejar de usar su pañuelo musulmán en las clases de educación física, siendo expulsada del colegio), ya que a diferencia del caso Dahlab c. Suiza (una profesora de enseñanza primaria en un colegio público a quien se le prohibió usar el pañuelo musulmán mientras daba clases), en los primeros se encontraba en juego de manera directa únicamente el derecho a la libertad religiosa de las alumnas francesa (Kervanci) y turca (Şahin). Por su parte en el caso de la profesora Suiza (Dahlab) también se encontraba en juego la libertad religiosa de los menores a los que la profesora impartía clases⁴⁷. Sin embargo, el TEDH no ha realizado ninguna distinción al respecto, tratando de igual forma situaciones diferentes y ampliando en exceso el ámbito de actuación estatal al respecto con un claro detrimento en la libertad religiosa.

En cuanto a la doctrina del margen de apreciación, la presente sentencia confirma su uso errático, confuso⁴⁸ y acrítico de la actividad estatal en la materia⁴⁹. Además, para justificar la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, el TEDH realiza dos presupuestos muy discutibles. Primero, debe encuadrar el presente caso dentro de su jurisprudencia previa sobre el uso de vestimenta religiosa en establecimientos educacionales, sin realizar las

⁴⁴ Cfr. *S.A.S. c. Francia* [GC], § 113.

⁴⁵ *Ibid.* §§ 115-122.

⁴⁶ En ese sentido, véase: IGLESIAS VILA, op. cit. nota 3, p. 31. Además, cabe preguntarse si realmente los Estados se encuentran mejor situados para resolver este tipo de conflictos cuando en sus parlamentos prima un discurso estereotipado y hostil a la diferencia religiosa, véase: MALIK, op. cit. nota 43, págs. 106-107.

⁴⁷ Para una esclarecedora distinción de las diferencias fácticas y, por ende, de los derechos humanos en juego, véase: RUIZ MIGUEL, op. cit. nota 4, págs. 83-85.

⁴⁸ Cfr. GARCÍA ROCA, op. cit. nota 3, págs. 263-311.

⁴⁹ Cfr. IGLESIAS VILA, op. cit. nota 3, págs. 30-31.

distinciones fácticas respectivas. Segundo, argumenta la inexistencia de un consenso europeo al respecto. Ello, no sólo es discutible, sino que no es cierto, tal y como apuntaron las Juezas disidentes, ya que sólo en dos Estados de cuarenta y siete que forman parte del Consejo de Europa se prohíbe el uso del velo integral en los espacios públicos, es decir, sí hay un consenso europeo en la materia y consiste en permitir el uso del velo integral en los espacios públicos.

En términos más generales, la sentencia en cuestión aumenta la incoherencia axiológica de la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado sobre la gestión estatal del pluralismo religioso en detrimento del principio convencional de protección efectiva de los derechos individuales⁵⁰.

2. NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La sentencia en análisis reconoce que el uso del velo integral en los espacios públicos es una manifestación del ejercicio del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad religiosa, consagrados en los artículos 8 y 9 del CEDH. Junto con ello, señala que el pluralismo es consustancial a la democracia y que las restricciones a los derechos señalados, sólo se pueden hacer mediante alguna de las causales expresas contempladas en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH.

Sin embargo, como el fallo del TEDH no realiza un juicio de ponderación de la Ley francesa en cuestión, cabe preguntarse acerca de la necesidad y fundamentación de la medida. Así, junto con compartir la opinión de las Juezas disidentes y autores críticos a este tipo de medidas⁵¹, sobre la imposibilidad de entender la fundamentación que entrega la Ley francesa en cuestión como un legítimo objetivo para restringir el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y libertad religiosa a la luz de los artículos 8.2 y 9.2, considero que el modelo francés de gestión de la diversidad cultural tiende cada vez más a la homogeneidad cultural, atentando contra uno de los cimientos de la democracia europea, esto es, el pluralismo⁵².

⁵⁰ Ibid. p. 27.

⁵¹ Cfr. RUIZ RUIZ, op. cit. nota 6, págs. 1-56.

⁵² En ese sentido, véase: MANCINI y ROSENFELD, op. cit. nota 4, págs. 181-183.

3. LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO INTEGRAL EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS COMO UNA MEDIDA A FAVOR DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

La ley francesa en cuestión tiene entre sus fundamentos fuertes para la limitación de los derechos humanos establecidos en los artículos 8 y 9 del CEDH la protección de los derechos de otros, especialmente, asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. En este punto, existen dos argumentos fuertes para criticar la medida, los que fueron planteados en el proceso tanto por la peticionaria como por los terceros intervinientes que actuaron a su favor.

En primer lugar, el TEDH ignoró el hecho de que la peticionaria señaló que en su caso usaba del velo integral en algunas ocasiones y por razones identitarias o sentimientos religiosos, no siendo forzada u obligada a ello. Ello es coincidente con lo expresado por algunas autoras en el sentido de que las mujeres musulmanas (especialmente las jóvenes en países occidentales⁵³) usan el velo integral como una muestra de su identidad religiosa. Así, la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos interfiere directamente con la autonomía personal de las mujeres y su libre opción⁵⁴.

En segundo lugar, la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos puede resultar contraproducente, es decir, en vez de promover la igualdad de las mujeres musulmanas en su contexto relacional puede generar la exclusión de las mismas de la esfera pública⁵⁵, preocupación que plantearon en el marco del proceso las organizaciones no gubernamentales y universidades que actuaron en el proceso como terceros intervinientes⁵⁶.

⁵³ Véase: Silvina ÁLVAREZ, «Edad, Género y Cultura en Europa: Mujeres jóvenes y mujeres mayores», en Pilar FOLGUERA; Virginia MAQUEIRA; Pilar MONTERO; María VARA (eds.), *Género y envejecimiento*, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, Madrid, págs. 95-122.

⁵⁴ Véase: HOWARD, op. cit. nota 4, pp. 43-44.

⁵⁵ Sobre la autonomía relacional, véase: Silvina ÁLVAREZ, «El umbral de Autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones», en Liborio HIERRO (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, págs. 53-79.

⁵⁶ Cfr. S.A.S. c. Francia [GC], §§ 89-105. Para estudios empíricos que demuestran lo contraproducente de la medida, véase: Human Rights Watch, «Discrimination in the Name of Neutrality. Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany», 2009, disponible en: <http://www.hrw.org/en/reports/2009/02/25>, (consultado por última vez el 23.10.2014).

III. REFLEXIONES FINALES

El fallo en análisis era una excelente oportunidad para que el TEDH estableciera un límite a la intromisión estatal en la vida privada y la libertad religiosa, y no convalidara actuaciones estatales que afectan directamente el pluralismo que es uno de los pilares de la democracia europea. Sin embargo, dicha oportunidad no sólo fue desaprovechada, sino que también, con la presente sentencia se sacrificaron los derechos individuales contemplados en los artículos 8 y 9 del CEDH por intereses estatales que no se encuentran amparados en el CEDH.

Con la presente sentencia, el TEDH podría haber enmendado el rumbo en materia de libertad religiosa y vida privada, ya que tenía las condiciones fácticas para no aplicar la doctrina del margen de apreciación (debido a que sí hay un consenso europeo de permitir el uso del velo integral) y realizar un juicio de proporcionalidad a la Ley francesa en cuestión. En vez de ello, prefirió aplicar la doctrina del margen de apreciación (generando mayor incertidumbre jurídica sobre qué se entiende por «consenso») y, por esa vía, convalidar la actuación del Estado francés, que en conformidad al análisis realizado, no cumple los requisitos del CEDH para restringir la libertad religiosa y la vida privada de la peticionaria.

Además, con el presente fallo, el TEDH propicia soluciones y modelos de gestión de la libertad religiosa dentro de Europa que junto con hacer ilusorio dicho derecho para las minorías culturales y religiosas, buscan la homogeneidad de la sociedad. En ese sentido, esta sentencia representa un oscuro capítulo para la libertad religiosa y los derechos humanos de las minorías culturales y religiosas en Europa, que al amparo del TEDH han sido víctimas de una constante restricción de sus derechos individuales.

ISSN 1138-4026
150051



9 771138 402608

18,00 €