

Título: Prohibición del uso del velo (Hijab) y el velo integral (Burka y Niqab) en  
instituciones educativas y espacios públicos:  
¿Una vulneración a la libertad de religión del artículo 9 de la Convención Europea de  
Derecho Humanos?

Autor: María Carolina Garzón Martínez

Director: Dr. Carlos Enrique Arévalo Narváez

Codirectora: Dra. Pilar Zambrano

Grado de Maestría  
Derecho Internacional

Universidad de La Sabana

Bogotá, Colombia

24 de Junio de 2019

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: EL VELO Y EL VELO INTEGRAL, EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN	9
A. Vestimentas religiosas: Velo y velo integral (Burka o Niqab)	10
a. Orígenes del uso del velo y tipos de velo	10
b. ¿ Qué representa el uso del velo y el velo integral?	15
c. Reglamentación internacional y nacional en Europa	23
B. Artículo 9 de la CEDH: Libertad de religión	33
a. La importancia del artículo 9 en una sociedad democrática	35
b. El derecho a mantener una creencia y manifestarla	36
c. Acciones protegidas por el artículo 9	37
d. La debida justificación de la interferencia del derecho protegido	38
i. Previsto por una ley	39
ii. Adecuación a un Fin legítimo	40
iii. Necesario en una sociedad democrática	41
1. Ponderación y proporcionalidad	44
2. Principio de proporcionalidad o razonabilidad	45
3. La ley de ponderación	48
4. La fórmula de peso	49
C. La doctrina del margen nacional de apreciación	52
a. Surgimiento y definición	53
b. Factores determinantes del margen de apreciación	58
i. Margen de apreciación y el consenso internacional	59
CAPÍTULO 2: LA PROHIBICIÓN DEL VELO (HIJAB) Y EL VELO INTEGRAL (BURKA Y NIQAB) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	65
A. Necesario para una sociedad democrática	65

a. Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores en instituciones públicas	66
b. Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de estudiantes en instituciones públicas	73
c. El caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía	84
d. Prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos	89
CAPÍTULO 3: CRÍTICA A LA APLICACIÓN POR PARTE DEL TEDH DEL MARGEN DE APRECIACIÓN COMO FACTOR DETERMINANTE EN LAS DECISIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO Y EL VELO INTEGRAL	102
A. Necesario para una sociedad democrática	102
a. Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores y estudiantes en instituciones públicas	108
i. Libertad religiosa vs igualdad entre hombres y mujeres	110
ii. Libertad religiosa vs Principio de neutralidad y secularismo de los Estados	113
b. El caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía	116
c. Prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos	118
i. Libertad religiosa vs igualdad entre hombres y mujeres y dignidad humana	120
ii. Libertad religiosa vs seguridad pública	123
iii. Libertad religiosa vs respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática entendido como vivir juntos	126
CONCLUSIONES	130
REFERENCIAS	138

## INTRODUCCIÓN

El mundo de ahora es un mundo globalizado donde cada día las personas cuentan con mayores facilidades para trasladarse de un lugar a otro, ya sea dentro o fuera de las fronteras de un Estado. De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en el 2015 se registraron aproximadamente 244 millones de migrantes internacionales en todo el mundo, lo cual equivale al 3,3% de la población mundial y se estima que este número ira aumentando con el paso de los años (OIM, 2018). Esto implica que actualmente los Estados se enfrentan a sociedades multiculturales, donde se presentan intercambios a nivel social, económico, cultural y religioso.

Con respecto al último de los intercambios, específicamente en el continente europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Consejo de Europa han reconocido un total de 23 creencias diferentes, tanto religiosas como filosóficas, las cuales son protegidas por el artículo 9 -Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión- de la Convención Europea de Derechos Humanos (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018a). Esto implica que los Estados deben tener la capacidad de mantener la armonía entre las diferentes creencias y evitar favorecer o limitar una creencia o religión sobre la otra. No obstante, esto no siempre ha sido una tarea fácil y una de las religiones con la cual se ha generado mayor enfrentamiento en Europa es con la religión Islámica, debido a las diferencias que se presentan especialmente en lo que respecta a la manifestación de dicha religión mediante las vestimentas. (BEDMAR, 2009a).

Esto generó que los medios de comunicación enfocaran su atención en el uso del velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab) en Europa y en las controversias que se generaron en torno al uso de este. (MARTÍNEZ, 2009). No obstante, dichas controversias no se mantuvieron exclusivamente en los ámbitos periodísticos, sino que fueron escalando hasta llegar a los tribunales regionales, convirtiéndose en un tema de interés para el derecho, especialmente para el derecho internacional. Este tipo de controversias generaban choques entre culturas y religiones de diferentes Estados que implicaban un enfrentamiento entre los ordenamientos jurídicos nacionales, quienes buscan proteger sus tradiciones y

creencias, y un ordenamiento jurídico regional que busca armonizar dichas diferencias protegiendo los derechos humanos del individuo sin importar el lugar donde se encuentre.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de satisfacer un interés personal en torno a la religión islámica, la vestimenta de las mujeres pertenecientes a esta y la visión de dichas prendas en el mundo occidental, la presente investigación inició con la búsqueda de la jurisprudencia desarrollada por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición del uso del velo y el velo integral.

Al realizar la búsqueda inicial, se encontró que con respecto al artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) el Tribunal ha estudiado un total 118 casos en una temporalidad de 41 años, desde 1976 hasta el 2017; sin embargo, dentro del gran abanico de temáticas que pueden abordarse con respecto a la libertad de religión, se encontró que los casos que analizan específicamente la prohibición del uso del velo y el velo integral en instituciones educativas públicas y espacios públicos, son 16 en una temporalidad de 16 años, desde el 2001 hasta el 2017.

Al realizar una lectura de las 16 sentencias, se evidenció que, en 15 de estas, el TEDH falló a favor de los Estados limitando la libertad religiosa mediante la prohibición del uso del velo y el velo integral, y uno de los elementos determinantes de dicha decisión fue la doctrina del margen de apreciación. En ese sentido, y teniendo como base dicha revisión preliminar, el presente trabajo de investigación busca responder a la pregunta: ¿Es racionalmente justificado que el TEDH utilice el margen de apreciación como la alternativa de decisión determinante al momento de decidir sobre la proporcionalidad entre la interferencia a la libertad religiosa -representada por la prohibición del uso del velo y el velo integral- y el fin que busca obtener con dicha interferencia?

En respuesta a esta pregunta, se planteó como hipótesis que no fue racionalmente justificado el uso del margen de apreciación como la alternativa de decisión determinante al momento de decidir la proporcionalidad entre la prohibición del uso del velo y el velo

integral, afectando el derecho a la libertad religiosa y la protección de los derechos y libertades de otros

Dicho esto y buscando confirmar o refutar la hipótesis antes planeada, la presente investigación busca analizar la razonabilidad de la aplicación del margen de apreciación, por parte del TEDH, al momento de decidir si la prohibición del uso del velo y el velo integral fue proporcional y por ende necesaria para una sociedad democrática en los términos del artículo 9 de la CEDH. En ese sentido, se pretende (a) estudiar la relación entre el requisito necesario para una sociedad democrática -el cual hace parte del artículo 9- y el principio de proporcionalidad, específicamente la ponderación en sentido estricto, (b) estudiar los criterios conceptuales propuestos por el TEDH para determinar la amplitud del margen nacional de apreciación con relación al derecho a la libertad religiosa, (c) estudiar la coherencia y adecuada justificación del uso del margen de apreciación como la alternativa de decisión determinante de la proporcionalidad entre la interferencia y el fin legítimo que se buscaba obtener, y (d) evaluar la relación establecida por el TEDH entre el requisito necesario para una sociedad democrática, del párrafo segundo del artículo 9 del CEDH, y la doctrina del margen nacional de apreciación.

En ese sentido, el presente estudio desarrolla un análisis descriptivo y crítico de la jurisprudencia del TEDH en torno al uso del margen de apreciación en los casos sobre la prohibición del uso del velo y velo integral, que permite, no solo confirmar o refutar la hipótesis antes planteada, sino generarle al lector opiniones en torno a: (a) la problemática alrededor de las tensiones que se presentan entre la soberanía de los Estados, vista desde un amplio margen de apreciación otorgado a estos, y la facultad de los Tribunales Regionales, como el TEDH, de interferir en dicha soberanía para proteger los derechos de las minorías y limitar el margen de apreciación de los Estados, (b) el modo en que el TEDH formula los principios que permiten fijar el margen de apreciación, orientando a los Estados en la fundamentación jurídica adecuada para políticas restrictivas de los derechos fundamentales, (c) sistematizar la comprensión que el TEDH ha desarrollado entorno a los criterios

necesarios, como el requisito necesario para una sociedad democrática, para limitar la libertad religiosa con respecto a vestimentas tales como el velo y el velo integral.

En ese sentido, la presente investigación se divide en tres capítulos; el primer de ellos titulado *EL VELO Y EL VELO INTEGRAL, EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN*, el cual busca exponer los diferentes temas enmarcados en la pregunta de investigación para darle al lector, a nivel teórico, la claridad y panorama general sobre cada uno de ellos. De acuerdo con esto, este se divide en 3 secciones.

La primera enfocada en la vestimenta religiosa que usan las mujeres dentro de la religión Islámica, particularmente el velo representado por el Hijab y el velo integral representado por la Burka y el Niqab; donde se explicará los orígenes del uso del velo y el velo integral, los tipos de velo, el significado de su uso y la reglamentación que existe a nivel regional y nacional, en algunos países de Europa, sobre dichas prendas.

La segunda, expone el artículo 9 de la CEDH, donde se desarrollará la libertad religiosa desde su importancia en una sociedad democrática, pasando por el derecho a mantener una creencia, manifestarla y las acciones protegidas por el artículo, hasta llegar a la debida justificación de una interferencia al derecho por parte de un Estado. En este último apartado, se expondrán los tres requisitos obligatorios para dicha justificación, siendo estos, previsto por una ley, fin legítimo y necesario en una sociedad democrática, dentro de los cuales, se prestará especial atención al último de ellos, desarrollándolo a mayor profundidad, por ser el requisito sobre el cual gira la presente investigación.

Dentro de este requisito se establecerá la relación que existe entre este y el principio de proporcionalidad, ahondando en este principio desde la perspectiva del doctrinante Robert Alexy, cuya teoría sobre la proporcionalidad en sentido estricto, ley de ponderación y fórmula de peso, se ve reflejada en la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición del velo y velo integral.

La tercera, se enfocará en la doctrina del margen de apreciación, la cual se torna relevante en la presente investigación, al ser utilizada por el TEDH como la alternativa de decisión determinante para tomar las decisiones con respecto a los casos de la prohibición del uso del velo y el velo integral. Esta sección incluirá el surgimiento y definición de la doctrina y los factores determinantes de esta, específicamente el consenso internacional, como factor preponderante y que el TEDH utiliza como fundamento para la aplicación del margen de apreciación en las sentencias priorizadas.

El segundo capítulo titulado *LA PROHIBICIÓN DEL VELO (HIJAB) Y EL VELO INTEGRAL (BURKA Y NIQAB) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH*, se centra en realizar un análisis jurisprudencial con el fin de poder obtener tendencias y líneas de pensamiento del TEDH sobre la temática. En ese sentido, el capítulo se enfoca en el tercer requisito del artículo 9, es decir, necesario para una sociedad democrática, dado que, aunque los dos requisitos adicionales -previsto por una ley y fin legítimo- son importantes al momento de estudiar si la interferencia vulneró o no el derecho, en los 16 casos priorizados, se evidenció el TEDH no entra a analizar estos, sino que se enfoca en estudiar la necesidad de dicha medida para una sociedad democrática, mediante la realización de una ponderación en sentido estricto.

En ese sentido, el capítulo presenta las 16 sentencias divididas en 4 grupos, agrupados de acuerdo a la similitud en los hechos, las consideraciones del TEDH y las decisiones, resultando en las siguientes agrupaciones: (i) Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores en instituciones públicas, (ii) Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de estudiantes en instituciones públicas, (iii) El caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía y (iv) Prohibición del uso del velo integral en espacios públicos.

Dentro de cada uno de estos grupos, se iniciará con una tabla que contiene el nombre del caso, el año, los hechos y la decisión con el fin de darle al lector el contexto general de cada una de las sentencias, seguidamente, se describen los argumentos que el TEDH estudió en sus consideraciones y finalmente, se realizará el análisis de dichas consideraciones resaltando las tendencias identificadas del Tribunal frente a la temática.



El tercer y último capítulo titulado *CRÍTICA A LA APLICACIÓN POR PARTE DEL TEDH DEL MARGEN DE APRECIACIÓN COMO FACTOR DETERMINANTE EN LAS DECISIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO Y EL VELO INTEGRAL*, se enfoca en, -mediante la aplicación de la fórmula de peso de Alexy- comparar la teoría sobre la proporcionalidad en sentido estricto, expuesta en el capítulo 1, con las tendencias y líneas de pensamiento obtenidas del análisis jurisprudencial del capítulo 2, y así poder confirmar o refutar si el uso del margen de apreciación como la alternativa de decisión determinante al momento del TEDH tomar la decisión fue racionalmente justificado o no.

Finalmente, la presente investigación cierra con las conclusiones donde se recogen todos los hallazgos obtenidos en el transcurso del desarrollo de cada uno de los capítulos y se establece si la hipótesis planteada fue o no acertada.

## **CAPÍTULO 1**

### **EL VELO Y EL VELO INTEGRAL, EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN**

El presente capítulo tiene como finalidad exponer los diferentes temas enmarcados en la pregunta de investigación: ¿Es racionalmente justificado que el TEDH utilice el margen de apreciación al momento de decidir sobre la proporcionalidad entre la interferencia a la libertad religiosa -representada por la prohibición del uso del velo y el velo integral- y el fin que busca obtener con dicha interferencia? Para darle al lector la claridad y panorama general sobre cada uno de ellos, contextualizando la pregunta y mostrando en los capítulos que le siguen a este, la relación entre ellos y como esta interacción permitirá confirmar o refutar si fue racionalmente justificada la aplicación del margen de apreciación al momento de decidir la proporcionalidad entre la interferencia a la libertad religiosa y el fin legítimo que se buscaba obtener con esta.

En ese sentido, los apartados del presente capítulo, corresponden a los tres grandes temas enmarcados en la pregunta, los cuales son: (i) la vestimenta religiosa que usan las mujeres dentro de la religión Islámica, particularmente el velo representado por el Hijab y

el velo integral representado por la Burka y el Niqab, (ii) el artículo 9 de la CEDH (libertad religiosa), específicamente el tercer requisito del párrafo segundo del artículo -necesario para una sociedad democrática- como una de las condiciones necesarias para que una interferencia o limitación al derecho por parte del Estado no conlleve a la vulneración de este y (iii) la doctrina del margen de apreciación, la cual se torna relevante en la presente investigación, al ser utilizada por el TEDH como requisito determinante para tomar las decisiones con respecto a los casos de la prohibición del uso del velo y el velo integral en instituciones educativas públicas y espacios públicos.

### **A. Vestimentas religiosas: velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab)**

La presente sección, se divide en tres apartados, el primero, inicia con una breve descripción sobre los orígenes del velo y los tres tipos de velo discutidos en la jurisprudencia del TEDH, es decir, el velo representado por el Hijab y el velo integral representado por la Burka y el Niqab. El segundo, expone de manera general, qué representa el velo y el velo integral, es decir, los diferentes significados de utilizar de dichas vestimentas y finalmente, el tercero, presenta la regulación sobre el velo y velo integral a nivel regional y nacional en Europa. Es importante resaltar que este apartado busca que el lector comprenda el panorama general del uso del velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab), sin que eso implique que se busque favorecer la permisión o prohibición de dichas vestimentas.

#### **a. Orígenes del uso del velo y tipos de velo**

En el plano religioso la vestimenta ha sido un símbolo importante de identificación de creencias durante muchos años, al ser un mecanismo para manifestar identidades personales y sociales, jerarquías sociales y definiciones de sistemas de control y poder (ARTHUR, s.f.). No obstante, los diferentes tipos de vestimentas no solo han sido utilizadas como formas de representar una creencia religiosa, sino han fungido como expresiones culturales, sociales, ambientales, entre otros. Este es el caso de las prendas que buscan cubrir el

cabello, rostro o cuerpo y los cuales erróneamente se ha creído que surgieron junto con la religión islámica.

En ese sentido, y con el fin de darle al lector un contexto general del origen del velo como vestimenta para cubrir el rostro, cabello y cuerpo a continuación se expone una corta línea del tiempo:

- Siglo XII a.C. (Del 1200 a 1101 a.C.): El uso de vestimentas que cubrían cabello, rostro y cuerpo aparecen por primera vez en la Ley asiria atribuible a uno de los reyes más importantes de la época, conocido como Teglafalasar, quien describe, en dos series de tablillas, vestimentas que cubrían diferentes partes del cuerpo y que se asemejaban a los velos (BEDMAR, 2009b).
- Siglo VI a.C. (Del 600 al 501 a.C.): Muchos años después, se evidenció que las tribus nómadas persas utilizaban velos que cubrían completamente el cuerpo y rostro de las mujeres con el fin de protegerlas de asaltantes, dado que en el desierto era común que grupos de hombres secuestraran mujeres en edad de procrear y dejaran atrás ancianas y niñas (JUNQUERA CUBILES, 2016a). Con el fin de evitar esto, la tribu cubría a las mujeres y de esa forma los asaltantes no tenían como reconocer la edad de ellas y por ende dificultaba que fueran raptadas. (JUNQUERA CUBILES, 2016b).
- Siglo V d.C. (Del 400 al 500 d.C.): La Biblia en su libro Génesis hace alusiones al uso del velo así como padres, obispos y maestros tales como San Irineo, Tertulio, San Clemente de Alejandría, San Jerónimo y San Agustín, dejaron constancia en sus escritos religiosos sobre este tipo de vestimentas (BEDMAR, 2009c). Adicionalmente, el apóstol San Pablo instruía a las mujeres a cubrir sus cabezas cuando se encontraran ante Dios (MACDONALD, 2006a).

- Siglo VII d.C. (a partir del año 601 d.C.): Surge la religión islámica y con esta su libro sagrado el Corán, donde aunque no se hace referencia directa a que las mujeres deban usar el velo se observan los siguientes preceptos:

“¡Hijos de Adán! Os hemos hecho descender un vestido que cubre vergüenzas y es un adorno. Pero el vestido de la piedad es mejor. Esto es una de las aleyas de Dios. Tal vez ellos meditarán.” (Corán 7:25) (4). “¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas, a las mujeres creyentes, que se ciñan los velos. Ése es el modo más sencillo de que sean reconocidas y no sean molestadas. Dios es indulgente, remisorio.” (Corán 33:59).

(...)

“Di a las creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve. ¡Cubran su seno con el velo! No muestren sus adornos más que a sus esposos, o a sus hijos, o a los hijos de sus esposos, o a sus hermanos, o a los hijos de sus hermanos, o a los hijos de sus hermanas, o a sus mujeres, o a los esclavos que posean, o a los varones, de entre los hombres, que carezcan de instinto, o a las criaturas que desconocen las vergüenzas de las mujeres; éstas no meneen sus pies de manera que enseñen lo que, entre sus adornos, occultan. Todos volveréis a Dios, ¡oh creyentes! Tal vez seáis bienaventurados.” (Corán 24:31). (BEDMAR, 2009d).

En estas citas se observa que el libro sagrado habla de modestia y de cubrir partes como el busto de la mujer con el fin de evitar que hombres, diferentes a sus maridos las miren con deseo, además, se presenta como una recomendación más no como una orden (BEDMAR, 2009e). No obstante, la imposición del uso del velo aparece como resultado de interpretaciones extremistas de los versos del Corán y de la ley u ordenamiento jurídico islámico conocido como Sharía<sup>1</sup> (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013a).

---

<sup>1</sup> La Sharía es la ley islámica que se construye de la suma del Corán y la Sunna (entendida como todas los dichos, hechos, enseñanzas, aprobaciones o desaprobaciones proferidas por el profeta islámico Mahoma (SOLÍS, 2001)

Actualmente, es la religión que continua utilizando el velo y las prendas de vestir que usan la mujeres musulmanas son muy diversas como se verá más adelante.

- Finalmente, Siglo XVIII (Del 1701 al 1800 d.C.): En Persia, actualmente Irán, se utilizaron velos que cubrían el cuerpo y rostro con el fin de protegerse del sol y de la abrasión que se producía debido a las fuertes tormentas de arena (JUNQUERA CUBILES, 2016c).

Con esta breve línea del tiempo se esbozó el recorrido que han tenido las vestimentas que cubren el cabello, rostro y cuerpo a través del tiempo, demostrando que estas no son exclusivas de la religión islámica y que su uso ha variado pasando por razones de religión, de protección a la mujer e inclusive ambientales.

Ahora bien, pasando al segundo tema del presente apartado, en lo que respecta al mundo islámico las prendas de vestir utilizadas por las mujeres musulmanas son muy diversas debido a las diferentes características que cada una de estas tiene y que responden al contexto en el cual se utilizan. Algunos de los nombres para estas vestimentas dependiendo su diseño son: Chador, Hiyab Burka, Caftán, Djilbab, Melfa, Hayek, Sari, Niqab, entre otros.

No obstante, el presente apartado se enfoca en tres vestimentas en particular que son el Hiyab, la Burka y el Niqab, esto debido a que son estas tres vestimentas sobre las cuales versan las 16 sentencias priorizadas del TEDH para el presente estudio.

En primer lugar, está el Hijab, que en árabe significa ‘velo que cubre la cabeza’, y viene del verbo “hajaba” que significa, ‘esconder’, ‘velar’, y ‘cortina’ (BEDMAR, 2009f) es un tipo de velo que cubre la cabeza y el cuello, dejando visible el rostro de la persona. Estos pueden ser de diferentes colores y su uso es generalizado entre las mujeres musulmanas en todo el mundo (LLANOS, 2015a). Frecuentemente se utiliza con vestidos, faldas o pantalones amplios que no muestren las formas del cuerpo (BEDMAR, 2009g).



Fuente: Observatorio de la Islamofobia en los medios. Instituto Europeo del Mediterráneo.

En segundo lugar, el Niqab es un tipo de velo integral, típico de Arabia Saudí y Yemen (BEDMAR, 2009h) que cubre completamente el rostro, salvo los ojos (como se evidencia en la foto a continuación) y se lleva junto con un vestido largo llamado *abaya* (LLANOS, 2015b). Este tipo de velo es característico de los países árabes del golfo pérsico y se utiliza en lugares tan diversos como África, Asia occidental o el continente indio y su uso se extendió bajo la influencia del islam wahabita, sobre todo en las ciudades (BEDMAR, 2009i).



Fuente: Observatorio de la Islamofobia en los medios. Instituto Europeo del Mediterráneo.

Finalmente, la Burka es, al igual que el anterior, un tipo de velo integral, que cubre todo el cuerpo, desde la cabeza hasta la altura de los pies, y en la parte de los ojos cuenta con una rejilla que permite que la mujer pueda ver, como se muestra en la foto a continuación. Adicionalmente, este tipo de vestimenta es muy utilizado por las tribus pastunes de Afganistán (BEDMAR, 2009j).



Fuente: Observatorio de la Islamofobia en los medios. Instituto Europeo del Mediterráneo.

Con esta última prenda, se finaliza la descripción tanto de los orígenes de atuendos que cubren cabello, rostro y cuerpo, así como de los tres tipos de velo (Hijab, Burka y Niqab) sobre los cuales se concentra la presente investigación.

**b. ¿Qué representa el uso del velo y el velo integral?**

El uso de vestimentas como el velo (Hijab) y el velo integral (Burka y Niqab) han sido tanto defendidas como criticadas por diferentes grupos religiosos, medios de comunicación, investigadores, entre otros, no obstante, el presente trabajo no pretende inclinar la balanza frente a ninguna de estas. Lo que pretende hacer es mostrar las diferentes opiniones y permitir que el lector tenga el panorama general y los argumentos a favor y en contra del uso de estas vestimentas y así pueda entender las discusiones y argumentos que se presentaban durante el tiempo en el cual se tomaron las decisiones por parte del TEDH en las 16 sentencias priorizadas.

En ese sentido, se evidencian dos ópticas, por un lado, una donde se entiende el uso del velo como un símbolo de opresión hacia la mujer, explicado por diferentes autores que han investigado sobre la temática, como Eva Pascual Llanos, Claudia de Miranda, Graciela Medina, Eduardo Junquera, Gema Martín Muñoz, Ramón Grosfoguel y Sonia García. Por otro lado, una óptica donde el uso del velo es voluntario y representa para las mujeres una forma de expresar su religión, cultura, identidad e inclusive oposición a una corriente social

o política; esta perspectiva ha sido estudiada por investigadoras como Laura Navarro García, Myra Macdonald, Homa Hoodfar, Katherine Bullock, María Daniela Ávila, Myra Valcarcel y Vanessa Rivera de la Fuente<sup>2</sup>.

### 2.1. El velo y velo integral como un símbolo de opresión

La visión de estas vestimentas desde un punto de vista de vulneración de los derechos de las mujeres, como símbolo de opresión, inicia a finales del siglo XIX en Egipto cuando las mujeres comienzan a cuestionar el uso del velo y lo clasifican como un símbolo de exclusión a la mujer y un mecanismo para evitar que esta participe en asuntos públicos (DE MIRANDA AVENA, 2010a). A partir de este momento, se comienzan a formar diferentes movimientos feministas que luchando por los derechos de las mujeres se oponían el uso del velo; en 1873 Jedive Ismail funda la primera escuela femenina, en 1899 se publica el libro “Liberación de las mujeres” por el escritor Qasim Amin donde se expone el uso del velo como un símbolo despreciable de la servidumbre femenina y Huda Sha’arawi, presidenta de la Unión Feminista de Egipto, lanza, junto con sus seguidoras sus velos al mar como protesta a la opresión de dicha vestimenta. (DE MIRANDA AVENA, 2010b).

En los años que siguieron, el velo y el velo integral continuaron siendo vistos tanto por las mujeres de oriente como de occidente, como una prenda impuesta por hombres que significaba dominación cultural y constituía una forma de violencia hacia las mujeres, toda vez que, se consideraba que prendas que cubrían el rostro y cuerpo eran una demostración de la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, ya que a estos nadie les imponía u obligaba a utilizar en público prendas que los cubrieran (MEDINA, 2015a).

Esta idea del velo como una prenda opresiva y sinónimo de vulneración de los derechos de las mujeres, fue reforzada por varios sucesos que se dieron con el pasar de los años, tales como, al inicio del siglo XX, cuando 87.000 mujeres en Uzbequistán dejaron de usar sus velos, como consecuencia de una campaña en contra de estas vestimentas, lo que

---

<sup>2</sup> Ambas listas de personas no representan la totalidad de investigadores que han hablado sobre la temática, solo representan los que fueron utilizados en el presente trabajo como fuentes para explicar ambas ópticas.



resultó en que 300 de ellas fueran asesinadas por sus familiares, al considerar que el despojarse del velo era traicionar al Islam (DE MIRANDA AVENA, 2010c). De igual forma, a finales del siglo XX en Afganistán, los talibanes toman el poder y obligan a las mujeres a usar la Burka y a abandonar sus estudios y trabajos (JUNQUERA CUBILES, 2016d), mientras en la Franja de Gaza, el movimiento Hamás imponía el uso de la Burka y el Niqab, con el fin de proyectar al mundo una imagen o mensaje que generara apoyo por parte de organizaciones extremistas (LLANOS, 2015c).

Estos sucesos conllevaron a una ola de rechazo tanto en países de oriente como de occidente. En los países musulmanes, donde se estaban viviendo esta vulneración de derechos, movimientos feministas veían el velo como un claro sinónimo de regímenes patriarcales y un mecanismo para resaltar el rol de los hombres como los guardianes de las mujeres, quienes debían ser decentes y modestas mediante un rígido código de vestimenta (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013b).

Mientras tanto, en los países de occidente -donde los medios de comunicación se enfocaron en transmitir de manera exclusiva estos acontecimientos (GARCÍA, 2012)-, iniciaba una discusión en torno a si efectivamente las mujeres que portaban estas vestimentas en países europeos, lo hacía por voluntad o no, y en muchos casos se llegó a afirmar que aquellas mujeres que apoyaban o defendían el uso del velo y el velo integral, lo hacían por presión familiar o social o por haber sido educadas en entornos patriarcales aprendieron que estas prendas eran lo “normal” o “natural” para ellas y porque entendían que usarlo las haría ver como “buenas musulmanas” ante su marido (JUNQUERA CUBILES, 2016e).

Todo lo anterior, conlleva a que en la actualidad sigan existiendo corrientes que buscan reivindicar los derechos de las mujeres que usan el velo y el velo integral como símbolo de opresión y patriarcado. No obstante lo anterior, esta no es la única versión que existe sobre las prendas como se muestra a continuación.

## 2.2. El velo y el velo integral y su uso voluntario

Como se describió anteriormente, el velo puede llegar a ser visto como una vestimenta opresiva y de sumisión por parte de la mujer hacía el hombre, no obstante, así como varios investigadores y medios de comunicación se centraban en describir los sucesos antes contados, un grupo de investigadoras y movimientos de mujeres musulmanas decidieron mostrar el velo y el velo integral desde una perspectiva completamente opuesta. De ahí surge el concebir el velo y el velo integral como una forma en que las mujeres expresan no solo su religión, sino su identidad como mujer musulmana y en algunos casos como protesta hacía regímenes políticos o inclusive puede llegar a ser simplemente una prenda de vestir que se decide usar (HOODFAR, 1992).

En ese sentido, se destacan tres razones por las cuales las mujeres usan el velo, incluido el velo integral, divididas en: la expresión política, la expresión de una identidad y la expresión religiosa (BULLOCK, 2000a).

### *Expresión Política*

De acuerdo con Bullock, las mujeres usan el velo y el velo integral como protesta política contra programas de occidentalización de élite y el neo-imperialismo de occidente (BULLOCK, 2000b). Estas mujeres consideran que cubrir su cabello y su cuello, o cubrir totalmente su rostro es una forma de mostrar que no están contentas con la situación política actual, ya sea con respecto a las políticas perseguidas por el Estado -como sucedió en Egipto a principios de 1985-, o con respecto a globalización de la cultura occidental, facilitada por el comercio y la tecnología, entre otros factores (BULLOCK, 2000c).

Dentro de este movimiento, se encontraron testimonios tanto de terceros como de las mismas mujeres musulmanas como se presenta a continuación:

Testimonio 1: “No sé por qué a la gente le molesta tanto el pañuelo de las musulmanas, si las mujeres lo llevan como parte de una revolución. No lo

hacen a contrapelo. Lo hacen porque llevan orgullosas la revolución adelante. Y son ministras, ejercen cargos públicos y estudian en las universidades. Todo eso a Occidente le molesta porque quieren ir a robarles sus recursos básicamente. Y se meten con la mujer, pero en realidad, yo he visto que las musulmanas no tienen problema. La mujer lleva con orgullo todo ese atuendo. Llevan a la revolución islámica (...)" (VALCARCEL Y RIVERA DE LA FUENTE, 2014a).

Testimonio 2: "Por tiempo pensamos que las sociedades de occidente tenían todas las respuestas para el éxito y una vida próspera. Si nosotros seguíamos el camino de occidente progresaríamos. Pero ahora vemos que eso no es verdad, occidente está compuesto de sociedades enfermas, inclusive su material de prosperidad se está quebrando. América está lleno de crímenes y promiscuidad. ¿Quién quiere ser así? Nosotras debemos recordar a Dios (...)" (BULLOCK, 2000d Pág. 26). (Traducción libre).

Testimonio 3: "La mujer ha pasado a ser el monigote de vitrina. ¿A qué me refiero con esto? Ya no ocultamos nada. No tenemos pudor. Hasta estamos perdiendo la femineidad por querer ser llamativas. Antes era la minifalda. Ahora queremos la minifalda, escote. Ni hablar de las cirugías estéticas que cada vez se hacen a edades más tempranas. Es como que el hombre no tiene ninguna sorpresa con respecto a nosotras. Entonces, ahí ya estás involucrando el respeto de un género por el otro. Vos fíjate, a los hombres no se los exhibe como se nos exhibe a nosotras las mujeres. Ahora todo tiene que ver con una cola por ejemplo en la publicidad. Y esto hace que se pierda la creatividad (...) Entonces, es como que cada vez denigramos más al género. Y esto tiene que ver con querer ser modernos, estar en contra de la rigurosidad religiosa (...) Porque en Occidente hay que destaparse para taparse (...)" (VALCARCEL Y RIVERA DE LA FUENTE, 2014b, Pág. 150).

En estos tres testimonios de mujeres, se evidencia como el uso del velo (Hijab) y el velo integral (Burka y Niqab) no responde a un acto de coerción por parte de los hombres o de la sociedad, sino que es una forma mediante la cual ellas expresan su inconformismo

frente a las políticas estatales, en este caso particular en Egipto, y frente a las nuevas modas que para ellas son cosificaciones de la mujer.

Paradójicamente, mientras en occidente se asumía que cubrir a la mujer representa violencia y sumisión, muchas mujeres musulmanas desean cubrirse porque consideran que estar al descubierto, mostrarse, operarse el cuerpo y demás, son actitudes de mujeres violentadas, sumisas y obligadas a seguir estándares sociales.

### ***Expresión de identidad personal***

La segunda razón por la cual las mujeres usan el velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab), es la expresión de identidad personal, entendida como un mecanismo por parte de ellas, de mantener sus raíces y arraigo a sus creencias y culturas cuando deciden salir de sus países de origen; en muchos casos es un mecanismo utilizado para permanecer fieles a sus orígenes y manifestar físicamente que desean pertenecer a la comunidad musulmana (ÁVILA ANDRADE, 2017a).

Es una forma de manifestar con orgullo el lugar de donde vienen y la religión que profesan, y que su propia identidad merece tanto respeto como aquellas que profesan las sociedades occidentales (BULLOCK, 2002e, Pág. 37). Frente a esta expresión, las mujeres explican que el velo es un modo de llevar consigo un pedazo del país de dónde vienen y es un recordatorio de lo que fue, es y será.

De igual forma, y atado a esta expresión de identidad personal, su uso también ha sido considerado como un rechazo hacia occidente y hacia el proceso hegemónico de globalización cultural (ÁVILA ANDRADE, 2017b)

### ***Expresión religiosa***

Finalmente, en términos religiosos, las mujeres han comenzado a usar el velo y el velo integral como manifestación de su práctica religiosa del islam verdadero. Un islam que

busca salvar al mundo y que les ofrece una identidad religiosa y un propósito de crear una sociedad mejor. (VALCARCEL Y RIVERA DE LA FUENTE, 2014c, Pág. 27-28).

Quienes usan estas vestimentas como expresión religiosa, resaltan que es una forma de mostrar devoción a Dios. Para ellas, solo Dios puede resolver todas las problemáticas (falta de dinero, de vivienda, de servicios públicos) que viven a diario. El uso del velo (Hijab) y el velo integral (Burka y Niqab) implica un acercamiento a Dios y un acto que Él ve como ofrenda para resolver los males del mundo, sea a través de ellas, mostrándoles qué hacer o a través de los políticos en la toma de decisiones adecuadas. (BULLOCK, 2000f, Pág. 29).

Como muchas de ellas expresaron:

“(...) el uso del velo es el remedio que esta sociedad necesita (...) representa la reconstrucción personal y espiritual de la sociedad a través de una disciplina individual y colectiva que rompa con los malos hábitos y construya unos nuevos, basados en la modestia, el orden, el respeto a Dios y a uno mismo y que terminaran creando un futuro mejor para nosotras y para nuestras sociedades” (BULLOCK, 2000g, Pág. 30).

“(...) El Hijab no es solamente un pañuelo en la cabeza. Es una forma de vida y de comportamiento. El pudor y la modestia en lo exterior es la forma de vestir. En lo interior es una forma de relacionarse con los demás, de relacionarse con Dios. De saber que uno es siervo de Dios. Que una es sierva de Dios y que él da estas herramientas para que una esté más tranquila en la vida, que se pueda contactar mejor con Dios y que no se tenga que estar preocupando de las reacciones de los demás y también de las reacciones de uno. En el sentido de que una no esté pendiente de lo físico, sino que se aboque más a lo intelectual y a lo espiritual. A tratar de desarrollar esas partes (...)” (VALCARCEL Y RIVERA DE LA FUENTE, 2014d, Pág. 149).

Según BULLOCK (2002h), el uso del velo (Hijab) y el velo integral (Burka y Niqab) se concibe pues no solo como un modo de devoción a Dios, sino también como una forma de protegerse a sí misma por medio de su religión. En efecto, mediante esta vestimenta, Dios les concedería ser libres en dos sentidos; primero, al evitar situaciones como el acoso sexual por parte de hombres en las calles, en el trabajo y en las universidades, y, por otro lado, al evitar ser encasilladas en estereotipos de belleza que de no ser alcanzados implican rechazo (Pág. 33).

Así mismo, las mujeres que usan el velo y el velo integral en países de occidente, han descubierto que mediante su devoción a la religión y su manera de manifestarla mediante el uso de estas vestimentas, los hombres, así no sean musulmanes, muestran mayor respeto hacía ellas que hacía otras mujeres, las toman en cuenta por sus opiniones y conocimiento y no por su forma de vestir, evitan tener comentarios sexistas delante de ellas y mantienen su distancia al momento de interactuar (BULLOCK, 2002i, Pág. 33).

Finalmente, feministas musulmanas resaltan que el hecho de que occidente enfoque toda su atención al uso y significado del velo y el velo integral, puede llegar a ser una distracción peligrosa que deja a un lado problemáticas donde realmente se menoscaban los derechos de las mujeres como lo son medidas políticas y económicas de opresión (MACDONALD, 2016b)

Teniendo en cuenta todo lo anterior y con este último argumento, se muestra el panorama general del significado del velo y el velo integral, iniciando con los argumentos en contra de su uso y los significados de opresión y sumisión que estas vestimentas pueden llegar a representar y finalizando con los argumentos a favor de estas y que muestran una óptica desde la perspectiva de mujeres musulmanas que usan el velo como símbolo de amor a su religión, de oposición a un régimen político y como muestra de identidad personal y rechazo a una imposición cultural de occidente. Permitiendo mostrar al lector el contexto en el cual se encuentra esta discusión y que abarca la temporalidad de las 16 sentencias priorizadas para la presente investigación.

Finalmente, es importante resaltar que aunque se observó que el uso de estas prendas puede llegar a tener diferentes significados para las mujeres que los usan, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa el velo y el velo integral son prendas de vestir que se utilizan motivadas por la fe de la persona y su deseo de dar testimonio de esa fe mediante dichas prendas constituye una manifestación de su creencia religiosa protegida por el Artículo 9 (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018b). Esto se confirma cuando, por ejemplo, el TEDH aceptó que el deseo de un musulmán de usar un turbante, aunque podría no representar una fuerte obligación religiosa, si cuenta con fuertes raíces tradicionales que conllevan a que muchas personas consideraban que es un deber religioso y por ende debe ser protegido por el Artículo 9 (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018c).

En ese sentido, aunque el velo y el velo integral hayan evolucionado y en muchos casos puedan llegar a ser usados como forma de expresar sentimientos relacionados con la política o la cultura, su fundamento es religioso y las demandantes en los casos priorizados utilizan dichas prendas como manifestación a su religión, dado que el uso de las mismas expresa aquella creencia de mostrar su cuerpo únicamente a Dios y no a los demás.

### **c. Reglamentación del uso del velo y velo integral**

Como apartado final de la presente sección, se presenta la reglamentación actual sobre el uso del velo y el velo integral tanto a nivel regional como a nivel nacional en algunos países europeos. Este apartado busca complementar el contexto expuesto en el apartado anterior y establecer si en Europa se cuenta o no con un consenso internacional frente a su permisión o prohibición.

## ***Reglamentación Regional***

A nivel regional y en lo que respecta exclusivamente al uso del velo y el velo integral se presentan a continuación los siguientes documentos:

- Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, islamismo y la islamofobia en Europa.

La resolución busca hacer un llamado a todos los musulmanes para que abandonen cualquier tipo de interpretación extremista del islam que vaya en contra de la igualdad entre hombres y mujeres y restrinja los derechos de estas , tanto dentro de la familia como en la vida pública (CONSEJO DE EUROPA (ASAMBLEA PARLAMENTARIA, 2010a). En este sentido, el uso del velo y especialmente el velo integral, no es admitido cuando este se impone como una obligación religiosa y busca limitar la vida profesional, social y económica de las mujeres (CONSEJO DE EUROPA (ASAMBLEA PARLAMENTARIA, 2010b). No obstante lo anterior, la Asamblea señaló que una prohibición general del uso de estas vestimentas, podría tener un efecto contrario, puesto que, las familias y la comunidad musulmana, podrían ver dicha medida como una amenaza a su religión y cultura y presionarían a la mujer a quedarse en casa, generando mayor exclusión a la creada por el uso del velo y el velo integral (CONSEJO DE EUROPA (ASAMBLEA PARLAMENTARIA, 2010c). Por lo tanto, la Asamblea insta a los Estados miembros a desarrollar políticas específicas destinadas a educar a las mujeres musulmanas sobre sus derechos y su activa participación en la vida pública (CONSEJO DE EUROPA (ASAMBLEA PARLAMENTARIA, 2010d).

- Recomendación de 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En esta recomendación la Asamblea invita a los Estados a no adoptar una prohibición general de llevar el velo completo o ciertas vestimentas religiosas, debido a que atentaría contra la vida privada de las mujeres musulmanas y su interacción en la vida



pública (MEDINA, 2015b). De igual forma, resalta que la libertad religiosa puede ser limitada pero solo cuando es necesario en una sociedad democrática, entre otras cosas por razones de seguridad, negocios o funciones públicas que buscan mostrar neutralidad religiosa (MEDINA, 2015c).

### ***Reglamentación Nacional***

A nivel nacional, de los 47 países pertenecientes al Consejo de Europa, sólo se encontró información relacionada con la prohibición del uso del velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab) en 30 de ellos (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018a), como se evidencia a continuación.

Tabla 1. Matriz sobre el uso del velo en diferentes países de Europa.

<b>País</b>	<b>Situación</b>	<b>Prohibición del velo islámico</b>
España	El Tribunal Supremo en 2013 concluyó que el velo integral es un símbolo religioso y por tanto, su prohibición vulneraría el derecho fundamental a la libertad religiosa de quienes lo llevan (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013c). El uso de estas se entiende se da por mujeres adultas, en un ámbito de libertad que se adecua a su propia cultura, religión y visión de la vida (SALAZAR BENITES, 2016). En ese sentido, no hay legislación sobre el uso del velo islámico en los espacios públicos, pero una decena de ayuntamientos, ocho de ellos de Cataluña, prohibieron su uso en las dependencias municipales (EL PERIÓDICO, 2017a)	No

Italia	<p>El gobierno se encuentra en la búsqueda de realizar un cambio a Ley de Seguridad, para prohibir el uso de cualquier tipo de vestimenta que impida el reconocimiento de una persona “sin un motivo justificado” en todos los espacios públicos, considerando que manifestar una religión mediante prendas que impidan dicho reconocimiento no podría reconocerse como “motivo justificado” (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013d). En ese sentido, actualmente no se ha pasado una ley que prohíba el uso del velo, no obstante, la discusión todavía está abierta (EL PERIÓDICO, 2017b).</p>	No
Suiza	<p>En Suiza, en principio, la normativa es favorable al uso del velo para las alumnas musulmanas (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013e) y en el año 2012 la Asamblea Federal rechazó, una iniciativa del Cantón de Aargau que buscaba prohibir el uso público de prendas que cubrían la totalidad o una gran parte de la cara (EL PERIÓDICO, 2017c)</p>	No
Austria	<p>Según un decreto ley, cualquier restricción en las escuelas está considerado ilegal y anticonstitucional en Austria y es contrario a la Declaración Europea de Derechos Humanos. Las autoridades están considerando prohibir el hiyab a las empleadas del Estado. En enero, el Gobierno aprobó prohibir la Burka y el Niqab en los espacios públicos, y en mayo de 2017 el Parlamento aprobó dicha ley, que entró a regir en octubre de 2017. (EL PERIÓDICO, 2017d)</p>	No

Reino Unido	<p>Inglaterra tampoco prohíbe el uso de los símbolos religiosos y es uno de los países que más trabaja por la integración y la buena gestión del pluralismo religioso (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013f), por lo cual a la fecha no existe ninguna ley que prohíba el uso del velo o el velo integral (EL PERIÓDICO, 2017e). Con respecto al uso del velo en escuelas, se estableció que cada escuela puede permitir o restringir la utilización del velo, si consideran que es un obstáculo para la seguridad o la formación académica de las mismas, no obstante, el Ministerio de Educación solicitó a las escuelas que antes de tomar la decisión tomen en cuenta los factores religiosos de cada lugar y permitan que los estudiantes expresen libremente su opción religiosa (BEDMAR, 2009k)</p>	No
Holanda	<p>No prohíbe el uso del Hiyab, aunque lleva varios años debatiendo el tema. Después de Francia y Bélgica, ha sido el último país de la UE en prohibir el uso del velo integral en los medios de transporte, edificios de sanidad y edificios oficiales (EL PERIÓDICO, 2017f). Con respecto a las universidades se prohíben el acceso a las aulas de jóvenes que utilicen la Burka o el Niqab por razones de seguridad y para evitar problemas de comunicación con los estudiantes (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013g)</p>	Parcialmente
Alemania	<p>No se cuenta con ninguna ley estatal que prohíba taxativamente el uso de los símbolos religiosos en general, o del velo islámico en particular, no obstante, algunos estados federados habían</p>	No

	<p>aprobado legislación para prohibir el velo en colegios públicos (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013h). Sin embargo, a la fecha, el Tribunal Constitucional alemán derogó dichas leyes que imperaban en ocho de los 16 estados federados (EL PERIÓDICO, 2017g)</p>	
Francia	<p>Desde el 2004, está prohibido en las escuelas públicas francesas el uso del pañuelo islámico como también del crucifijo o de cualquier otro símbolo religioso. En el 2010 se presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley que buscaba sancionar el uso del velo integral (Burka y Niqab) así como toda prenda que buscara disimular el rostro, en espacios públicos (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013i). El 13 de julio de 2010, la Asamblea francesa aprobó la ley donde se prohíbe el uso del burka y Niqab en todos los espacios públicos (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013k).</p>	Si
Bélgica	<p>En el año 2010 el Parlamento belga estudió la aprobación de una ley para prohibir el uso de la Burka y el Niqab en todos los espacios públicos, incluidas las calles; esta ley contemplaba que aquellas mujeres que no se acogieran a esto podrían afrontar multas de 15 a 25 euros o incluso penas de cárcel entre 1 y 7 días (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013l). En marzo de 2010 la Comisión de Interior de la Cámara de Diputados de Bélgica aprobó por unanimidad la proposición de ley (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013m).</p>	Si
Turquía	<p>Desde 1980, y de acuerdo con el principio de laicidad constitucional del Estado, se prohíbe el</p>	Parcialmente

	acceso a los edificios públicos (escuelas, bibliotecas, universidades) con velo (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013n).	
Dinamarca	En Dinamarca, el uso del velo islámico está permitido en los centros escolares, bajo el principio de no discriminación religiosa, étnica o racial, pero, al igual que Holanda y Bélgica, se han planteado limitar el uso de atuendos islámicos que cubran el rostro (Niqab y Burka) (GARCÍA-VÁZQUEZ, 2013o). En mayo de 2018, el gobierno danés aprobó una ley que prohíbe el uso de velos islámicos (Burka y Niqab), la violación de dicha ley resultará en una multa de 1.000 coronas (€ 134) y se permitirá excepciones durante el invierno o las festividades, dejando que la policía juzgue cuando se viola la ley (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018b)	Si
Bulgaria	En 2016, se pasó un proyecto de ley "Uso de la ropa que cubre u oculta la cara", el cual buscaba una prohibición a nivel nacional del uso de velos faciales en público. En septiembre de 2016, el Parlamento búlgaro legalizó el proyecto de ley (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018c)	Si
Croacia	Croacia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018d)	No
Chipre	Chipre no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018e)	No

República Checa	No hay una prohibición general del uso del velo o velo integral, no obstante el Ministerio de educación estableció que será competencia de cada institución educativa prohibir el uso de estas prendas (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018f)	No
Estonia	Estonia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018g)	No
Finlandia	Finlandia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral, sin embargo, actualmente se encuentran considerando un proyecto de ley presentado en octubre de 2016 que busca modificar el Código Penal finlandés y prohibir el uso del velo en lugares públicos (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018h)	No
Grecia	Grecia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018i)	No
Hungría	Hungría no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018j)	No
Irlanda	No hay una prohibición general del uso del velo o velo integral, no obstante, las escuelas privadas tienen la facultad de decidir si prohíben o no el uso de estas prendas (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018k)	No

Letonia	En Letonia ha habido dos intentos de prohibir el uso de velos islámicos en público, no obstante la mayoría del parlamento rechazó ambas iniciativas y actualmente no se cuenta con una prohibición de estas vestimentas (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018l).	No
Lituania	Lituania no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018m)	No
Luxemburgo	Luxemburgo no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y aunque se han intentado pasar proyectos de ley que buscan dicha prohibición a la fecha ninguno de estos han pasado (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018n)	No
Malta	Malta no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018o)	No
Polonia	Polonia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018p)	No
Portugal	Portugal no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018q)	No
Rumanía	Rumanía no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas	No

	legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018r)	
Eslovaquia	Eslovaquia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018s)	No
Eslovenia	Eslovenia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y a la fecha no hay propuestas legislativas para incluir dicha prohibición (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018t)	No
Suecia	Suecia no prohíbe en ningún caso el uso del velo o velo integral y aunque se han intentado pasar proyectos de ley que buscan dicha prohibición a la fecha ninguno de estos han pasado (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2018u)	No

Como pudo observarse a nivel regional se cuenta con dos reglamentos donde se resalta de manera general la recomendación sobre la no aplicación de leyes o políticas que busquen una prohibición general del uso del velo y el velo integral. A nivel nacional, por un lado, del total de los 47 países del Consejo de Europa, solo se cuenta con información de 30 de ellos, los cuales en algún punto han discutido el uso de estas prendas y por ende sus legislaciones fueron estudiadas tanto por la doctrina como por los medios de comunicación. Por otro lado, de los 30 países, se resalta que:

- Solo en 5 de ellos (Francia, Bélgica, Austria, Dinamarca y Bulgaria) se prohíbe totalmente el uso del velo -en universidades y escuelas públicas- y el velo integral -espacios públicos-.
- En 2 países (Turquía y Holanda) se prohíbe parcialmente el uso del velo y velo integral, limitándolo exclusivamente a escuelas y universidades del Estado y en algunos casos en edificios oficiales.



- En los 23 países restantes no hay a la fecha una ley o reglamentación que prohíba el uso del velo y velo integral. En algunos de estos países se intentaron pasar propuestas de ley que buscaban dicha prohibición, pero estas no prosperaron y en algunos no existe el mandato de prohibir el uso del velo en establecimiento educativos, pero los gobiernos han establecido que serán los colegios y universidades quienes tendrán la potestad para tomar dicha decisión.

Lo que resulta en que, 23 países no prohíben su uso en ninguna circunstancia y 7 países prohíben el uso de estas prendas exclusivamente en edificios o instituciones pertenecientes al Estado tanto por visitantes como por funcionarios públicos y de esos 7, 5 de ellos prohíben completamente su uso en espacios públicos como calles, parques, entre otros.

En ese sentido, aunque efectivamente no se cuenta con una homogeneidad de regulaciones, si puede afirmarse que la mayoría de los Estados donde se estudió la normativa en torno al uso del velo y velo integral, no prohíben este tipo de vestimentas.

## **B. Artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH): Libertad de religión**

En la presente sección, se expone de manera general los componentes que se enmarcan en el artículo 9 de la CEDH; como son la importancia y aspectos del derecho, las acciones que se protegen en el derecho y los tres requisitos necesarios para una debida justificación frente a una interferencia del derecho por parte del Estado. Dentro de este último componente, los dos primeros requisitos – previsto por una ley y fin legítimo- se explicarán brevemente, dado que se enfocará la atención en el tercer requisito – necesario en una sociedad democrática.

Dentro de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el artículo 9 reconoce y garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho según el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) estipula que:

## ARTÍCULO 9

“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 pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás” (Pág. 11)

El desarrollo jurisprudencial de este derecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) aparece recogido en forma sintética en el documento titulado *Guía del Artículo 9: Libertad De Pensamiento, Conciencia y Religión* del año 2018<sup>3</sup>. En este documento el TEDH, conjuntamente con el Consejo de Europa, exponen en cuatro apartados, los elementos centrales que, a su criterio, guían la interpretación del artículo 9 de la Convención; estos se titulan de la siguiente manera: (a) La importancia del artículo 9 en una sociedad democrática, (b) El derecho a mantener una creencia y a manifestarla, (c) Las acciones protegidas por el artículo 9: uso de vestimentas y símbolos religiosos y (d) La debida justificación de la interferencia del derecho protegido, como obligación negativa por parte de los Estados.

---

<sup>3</sup> Este documento es de gran relevancia para el presente estudio dado que como fuente auxiliar del derecho internacional recoge de qué forma el Tribunal ha entendido y desarrollado cada uno de los elementos presentes en el artículo 9 de la CEDH, tal y como la misma guía lo establece al decir: “*Esta Guía forma parte de la serie de Guías de jurisprudencia publicadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para informar a los profesionales de la justicia acerca de las sentencias y decisiones fundamentales emitidas por el Tribunal.. Esta Guía en particular analiza y resume la jurisprudencia en virtud del Artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hasta el 31 de diciembre de 2018. Los lectores encontrarán aquí los principios clave en esta área y los precedentes relevantes. Este documento recoge “Las sentencias y decisiones de la Corte que sirven no solo para decidir los casos que se le presentan, sino de manera más general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas establecidas por el Convenio y contribuir al cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos asumidos por ellos.*”

Es importante aclarar que el uso de la presente Guía como fuente jurídica auxiliar, un análisis hecho por el mismo TEDH sobre la jurisprudencia desarrollada en torno a dicho artículo, no pretende indicarle al lector que esta es la fuente adecuada o correcta para entender el derecho a la Libertad Religiosa, sino que busca mostrar exclusivamente cómo el Tribunal interpretó el artículo y cómo dicha interpretación fue la que conllevó a que se tomaran las decisiones de cada una de las 16 sentencias priorizadas. En ese sentido, el presente trabajo busca analizar y criticar las diferentes decisiones desde la misma interpretación dada por el TEDH.

#### **a. La importancia del artículo 9 en una sociedad democrática**

De acuerdo con el TEDH y el Consejo, la libertad de pensamiento, conciencia y religión representa *uno de los pilares de una "sociedad democrática"* (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018d). Es decir, “es uno de los elementos más importantes que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien valioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los despreocupados (...) El pluralismo indisoluble de una sociedad democrática, que ha sido muy ganada a lo largo de los siglos, depende de ello”. (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018e).

En la guía se resalta que ni el artículo 9, ni la misma guía, definen o establecen criterios mínimos para establecer lo que se entiende por “religión”, dado que una definición podría llegar a limitar o excluir ciertos aspectos, situaciones y actuaciones que hacen parte de ésta. Adicionalmente, justifica dicha falta de definición en el hecho de que, definir religión implicaría que esta sea lo suficientemente flexible como para abarcar el gran número de religiones en todo el mundo (antiguas y nuevas, teístas y no teístas) y, lo suficientemente específica para ser aplicable a casos individuales, lo cual, sería una tarea casi imposible. (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018f).

En ese sentido, se observa como el TEDH y el Consejo, siguiendo la jurisprudencia del primero, logran establecer que la libertad religiosa es un derecho de gran importancia para una sociedad democrática, dado que no solo protege a los creyentes sino a los no creyentes y asegura que los Estados respeten que en sus territorios los ciudadanos y extranjeros tengan el derecho a tener o no una creencia religiosa, así esta sea igual o diferente a la de la mayoría o inclusive a la del mismo Estado. De igual forma, se resalta que ni en el texto del artículo 9º de la Convención, ni en la jurisprudencia del Tribunal se define religión, teniendo en cuenta lo amplia y maleable que debería ser dicha definición para poder incluir a todas las religiones existentes.

Este primer acercamiento a la libertad religiosa y su importancia vista desde el TEDH y el Consejo permite intuir que aunque el derecho es de gran importancia, el margen de interpretación del artículo 9 tiende a ser bastante amplio dado el número de religiones o creencias con las que se cuenta actualmente, lo cual podría dificultar el desarrollo de mínimos dentro de este y por ende la necesidad de estudiarse caso por caso.

#### **b. El derecho a mantener una creencia y a manifestarla**

De acuerdo con la guía, el artículo 9.1 contiene dos aspectos, uno enfocado en el derecho a mantener una creencia y el otro en el derecho a manifestar esa creencia.

Es así como, el derecho a mantener una creencia abarca tanto creencias religiosas como no religiosas y así mismo el derecho a cambiarlas. En este primer sentido, la libertad religiosa y de conciencia es un derecho absoluto e incondicional y el Estado no puede interferir con él.

Por su parte, el derecho a manifestar las propias creencias en privado o en público y a practicarlas en compañía de otros, no es en cambio, absoluto, debido a que la manifestación puede tener impacto en otros. El párrafo segundo del artículo 9 es pues sólo aplicable a esta segunda dimensión de la libertad religiosa. Esta limitación, que sólo

concierno a la manifestación de la creencia, debe estar prescrita por una ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática.

En síntesis, el derecho a la libertad religiosa se limita en términos de su manifestación y no con respecto a la decisión de cada persona de tener o no una religión o creencia. No obstante, dicha limitación debe cumplir con los requisitos establecidos por el mismo artículo con el fin de evitar la vulneración de este.

**c. Acciones protegidas por el artículo 9: Uso de vestimentas y símbolos religiosos.**

Con relación a las acciones que protege el artículo 9, la *Guía del Artículo 9: Libertad De Pensamiento, Conciencia y Religión*, enumera las siguientes (a) Libertad de asuntos religiosos y de salud, (b) Observancia de las leyes dietéticas, (c) El uso de vestimenta religiosa y símbolos, (d) Libertad religiosa, familia y educación de los niños, (e) Predicación y proselitismo, (f) Libertad de culto religioso, y (g) Lugares y edificios de culto. No obstante lo anterior, para la presente investigación se desarrollará exclusivamente lo expuesto en términos del uso de vestimentas y símbolos religiosos, sobre el cual la guía establece que:

“Una sociedad democrática sana necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad en la esfera religiosa. Además, una persona que ha convertido a la religión en un principio central de su vida debe, en principio, ser capaz de comunicar esa creencia a otros, entre otras cosas usando símbolos religiosos y prendas de vestir. El uso de tal símbolo o artículo de vestimenta motivado por la fe de la persona y su deseo de dar testimonio de esa fe constituye una manifestación de su creencia religiosa, en la forma de adoración, práctica y observancia; por lo tanto, es una acción protegida por el artículo 9.1. Sin embargo, el derecho a usar vestimentas y símbolos religiosos no es absoluto y debe ser equilibrado con los intereses legítimos de otras personas físicas y jurídicas” (COUNCIL OF EUROPE/EUROPE COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018d)

En ese sentido, el principio general es: el uso de vestimentas religiosas es una manifestación religiosa protegida por el artículo 9, pero sujeto a las restricciones previstas en el inciso 2do, en función de la debida protección de los intereses legítimos del Estado.

**d. La debida justificación de la interferencia del derecho protegido, como obligación negativa por parte de los Estados.**

Finalmente, la guía aborda la debida justificación por parte de los Estados al momento de interferir con el derecho a manifestar una religión o creencia, establecidas en el párrafo segundo del artículo 9. Este, incluye tres requisitos o criterios para dicha justificación, los cuales son: previsto por una ley, fin legítimo y necesario en una sociedad democrática.

Ahora bien, recordando lo dicho al inicio de la presente sección, los requisitos previsto por una ley y fin legítimo serán abordados únicamente en este capítulo y de manera muy breve, dado que lo que se busca es contextualizar al lector sobre los mismos y de esa forma darle a conocer que hacen parte del artículo 9 y hacen parte del estudio que debe realizarse al momento de evaluar si la interferencia vulneró o no el derecho en cuestión. No obstante, estos no serán abordados posteriormente, toda vez que, el TEDH, en las 16 sentencias priorizadas, no se detiene a estudiar estos dos requisitos, sino que se enfoca en analizar de manera exclusiva el tercero de ellos -necesario en una sociedad democrática-, limitando de esa forma la información que se requiere para poder no solo entender cómo el Tribunal los aplica sino para eventualmente poder llegar a criticar dicha aplicación.

En ese sentido, la presente sección se enfocará principalmente en desarrollar lo elementos en torno al requisito necesario para una sociedad democrática.

### **i. Previsto por una ley**

Se inicia con el requisito previsto por una ley, frente al cual el TEDH ha establecido en su jurisprudencia que “(...) el concepto leyes debe interpretarse según el contexto jurídico existente” (SUNDAY TIMES V UK, 1980a). Es decir, el TEDH se abstiene de proporcionar una definición uniforme de legalidad, otorgando un amplio margen de apreciación a los Estados, lo cual le ha permitido flexibilidad al momento de analizar el mismo en cada caso.

No obstante, doctrinantes como el profesor Cohen-Jonathan, afirman que para el TEDH el significado de ley corresponde a *una norma general, accesible y previsible*, es decir, suficientemente precisa y completa para permitir al ciudadano adaptar su conducta con respecto a ésta (BARBOSA, 2011a). Adicionalmente, en el caso Malone se sostuvo que debe existir una medida de protección legal contra la injerencia arbitraria por parte de las autoridades (MALONE V. THE UNITED KINGDOM, 1984). Es decir, que una disposición que interfiera con los derechos reconocidos en el CEDH debe tener un fundamento legal, el cual esté debidamente justificado y amparado en las normas de una sociedad democrática y que sea relevante, para evitar el ejercicio de acciones arbitrarias (LISBON NETWORK, COUNCIL OF EUROPE, s.f a).

En lo que concierne a la generalidad de la ley, se entiende esta como su aplicabilidad a todos los ciudadanos, sin distinción alguna, es decir neutralmente aplicable en la esfera pública (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018g).

Con respecto al elemento de accesibilidad, se define como la exigencia de publicidad de la norma, es decir, la capacidad de acceder-conocer de su existencia y contenido por parte de las personas que puedan verse afectada por esta (LISBON NETWORK, COUNCIL OF EUROPE, s.f b). Un ejemplo de esto es el caso Silver, donde un grupo de prisioneros demandan a Reino Unido alegando que la retención de la correspondencia vulneraba los artículos 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar),

6 (1) (Juicio justo) y 13 (Remedio efectivo) de la CEDH; ante esto el TEDH analiza los diferentes derechos y frente el artículo 8 específicamente, estudia si la retención de la correspondencia estaba prevista por una ley; ante lo cual establece que aunque la Ley de Prisiones y Normas cumplían con el requisito de accesibilidad, las órdenes e instrucciones - que contenían de manera específica las normas en torno a la retención de correspondencia - no cumplían con el mismo dado que los prisioneros no tenían la capacidad de acceder o conocer sobre estas y la prisión no le dio suficiente publicidad (SILVER V. THE UNITED KINGDOM, 1983).

Por último, en cuanto al tercer elemento, es decir, previsible, se ha interpretado que este implica que la norma debe ser lo suficientemente clara para que las personas comprendan la misma y por ende puedan guiar su propio actuar conforme a esta (LISBON NETWORK, COUNCIL OF EUROPE, s.f c). Esto se evidencia en el caso Sunday Times donde el TEDH sostiene que “(...) una ley debe formularse con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta, es decir, esa persona debe poder, si es necesario con el asesoramiento adecuado, prever, hasta un nivel razonable, las consecuencias que una determinada acción puede implicar” (SUNDAY TIMES V UK, 1980b).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, una interferencia al derecho a la libertad religiosa deberá estar prevista por una norma que sea aplicables a todos por igual, lo suficientemente accesible, es decir que haya tenido publicidad y sea de fácil acceso y por ende que sea previsible, de tal manera que los afectados tengan claridad sobre los efectos de su cumplimiento/incumplimiento.

## **ii. Adecuación a un Fin legítimo**

Como segundo requisito, aparece el fin legítimo, el cual se refiere a las diferentes razones que podrían llegar a justificar la interferencia de un derecho, es decir, el propósito o propósitos que busca obtener el Estado y por la cual decide interferir o limitar un derecho en particular, en este caso, la libertad religiosa (LETSAS, 2006a).



Estos fines son taxativos y se ubican en una lista en el párrafo 2 del artículo 9 de la CEDH, lo que significa que un Estado solo podrá justificar la interferencia si el fin que busca se encuentra efectivamente en dicha lista (LISBON NETWORK, COUNCIL OF EUROPE, s.f. d). En ese sentido, y de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 9 de la CEDH la interferencia deberá perseguir alguno de los siguientes fines: (i) la seguridad pública, (ii) la protección del orden, (iii) de la salud o (iv) de la moral pública, o (v) la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Ahora bien, es importante resaltar que una interferencia podrá tener como fin legítimo uno o más de la lista anteriormente citada y es el Estado quien tiene el peso de argumentar la adecuación entre la restricción y estos fines. (LISBON NETWORK, COUNCIL OF EUROPE, s.f f)

### **iii. Necesario en una sociedad democrática**

Como último requisito, se encuentra *necesario para una sociedad democrática* y con el fin de poder explicar lo que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal han desarrollado en torno a este, es importante partir por la división del requisito en dos, por un lado, enfocándose en sociedad democrática y por el otro, en la palabra necesidad, para darle claridad y entender lo que se busca analizar cuando se está ante este.

En cuanto la definición de sociedad democrática y sin la intención de enfocar mayor atención en esta, inicialmente, en el caso Handyside el Tribunal expresó que la democracia se debía entender como aquella forma de gobierno que *se preocupa por respetar a las personas y dar atención a sus reclamos* lo cual incluye dentro de sus características *el pluralismo y la tolerancia*. (TUMAY, 2008a). No obstante, el TEDH no ahondo en dicha definición, lo que conllevó a que algunos doctrinantes definieran con mayor profundidad dichas características. En este sentido, Veronique Fabre-Alibert define el pluralismo como aquel que: “(...) supone que sean tomadas en cuenta las diferentes tendencias y las corrientes de ideas en una sociedad dada” (BARBOSA, 2011b). Esta definición encuentra

fundamento en algunas decisiones del TEDH donde se analiza el pluralismo en los planos educativo, religioso, sindical, electoral, sexual, entre otros, y se resalta la necesidad de entender, que toda sociedad está compuesta por una pluralidad de ideas, culturas y pensamientos. (BARBOSA, 2011c).

Seguidamente, la misma autora define la tolerancia como “la línea de conducta que consiste en dejar vivir al semejante conforme a principios, con los cuales no se está de acuerdo” (BARBOSA, 2011d); es decir, entender que, en una sociedad pluralista, se debe respetar aquello que es diferente sin rechazarlo o estigmatizarlo por no hacer parte de una mayoría. En otras palabras, la tolerancia es la capacidad como ciudadano de mantener una *actitud de aceptación hacia las creencias y pensamientos tanto de las mayorías como de las minorías* (BARBOSA, 2011e).

Dicho esto, se puede concluir que una sociedad democrática es aquella que se concibe como la suma de diferentes creencias, pensamientos y culturas, y que siendo consiente de esto, decide respetarlo y aceptarlo viviendo en armonía unas con otras. Es decir, que “logra un equilibrio que garantiza el trato justo y adecuado de las minorías y evita cualquier abuso por parte de una posición dominante” (GREER, 2000a).

Ahora bien, con respecto a la palabra *necesario* la doctrina ha entendido que es dentro de esta, donde se verifica la proporcionalidad entre la afectación al derecho y el fin legítimo que se buscaba con dicha afectación (OSTROVSKY, 2005a). Esto ha sido identificado debido a lo dicho por el TEDH en su jurisprudencia cuando en las primera sentencias donde aparecía el análisis del tercer requisito, el Tribunal establecía que una interferencia será necesaria si es proporcional, así como se observa en el caso Handyside al decir:

“Las funciones de supervisión de la Corte le obligan a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan a una sociedad democrática. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (...) Tales son las exigencias de ese pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no existe una "sociedad democrática". Esto

significa, entre otras cosas, que cada "formalidad", "condición", "restricción" o "pena" impuesta en esta esfera debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido" (TEDH, CASO HANDYSIDE V REINO UNIDO, 1976)

Adicionalmente, esta inclusión del principio de proporcionalidad en el elemento necesario se fue reforzando en la diferente jurisprudencia sobre la libertad religiosa, permitiendo que el TEDH y el Consejo de Europa afirmaran que:

En una sociedad democrática, en la que varias religiones coexisten dentro de una misma población, puede ser necesario imponer restricciones a esta libertad para reconciliar los intereses de los diversos grupos y garantizar que se respeten las creencias de todos. Sin embargo, en el ejercicio de su poder regulador en esta esfera y en sus relaciones con las diversas religiones, denominaciones y creencias, el Estado tiene el deber de permanecer neutral e imparcial. Lo que está en juego aquí es la preservación del pluralismo y el correcto funcionamiento de la democracia (Iglesia Metropolitana de Besarabia y Otros c. Moldavia, §§ 115-116). Así como la tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas en principio y son proporcionadas (Leyla Şahin v. Turkey [GC], § 110). (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018h Pg. 17-18) (Traducción libre)

Eso significa, que por un lado, frente a *justificada en principio*, el medio a través del cual se interfirió el derecho, debe ser el menos restrictivo de todos los medios posibles y cualquier interferencia debe corresponder a una "necesidad social urgente"; por lo tanto la noción "necesario" no tiene la flexibilidad de expresiones tales como "útil" o "deseable" sino debe ser indispensable (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018i).

Por otro lado, frente a *medidas proporcionadas*, la jurisprudencia del TEDH ha establecido que:

Lo que tiene que hacer el Tribunal es examinar la interferencia denunciada a la luz del caso en su conjunto y determinar si fue "proporcional a objetivo legítimo perseguido" y si los motivos aducidos por las autoridades nacionales para justificar Son "relevantes y suficientes". Al hacerlo, el Tribunal debe comprobar que las autoridades nacionales aplicaron normas que se ajustaban a los principios consagrados en el artículo 9 y, además, que se basaban en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes. (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018j. Pg.18) (Traducción libre)

Teniendo en cuenta la relación que se presenta entre el elemento necesario y el principio de proporcionalidad, se estudia a continuación, dicho principio y sus diferentes elementos.

### ***1. Ponderación y proporcionalidad***

A nivel doctrinal, el principio de proporcionalidad es una dimensión de la teoría de los principios desarrollada por Robert Alexy. De acuerdo con este autor, el principio de proporcionalidad es el criterio basilar para la distinción entre restricciones legales válidas e inválidas de principios de derecho fundamental, es decir, permite medir si la restricción a un principio o derecho fue o no proporcional y por ende válida o inválida. En ese sentido, para Alexy, a diferencia de las reglas, que son mandatos definitivos que se cumplen a "todo o nada", los principios, en cambio, son mandatos de optimización; es decir, señalan que los objetivos "sean realizados en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes" lo que permite la medición de las restricciones antes expuesta (ALEXY, 2011a, Pág. 12).

Siendo los principios mandatos de optimización, admiten una variedad de modos de cumplimiento; esta variabilidad explica que la ponderación se constituya en el método principal de solución de conflictos entre pretensiones basadas en principios (ALEXY, 2011b, Pág. 13). La ponderación como método de balanceo entre principios utiliza la proporcionalidad con el fin de establecer si la solución del conflicto entre principios, donde se benefició uno sobre el otro, fue proporcional (ALEXY, 2011c, Pág. 19). Es decir, si los

beneficios obtenidos fueron proporcionales a la interferencia o sacrificio de un principio ALEXY, 2011d, Pág. 19).

En ese sentido, y de acuerdo con Alexy, los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza: real o fáctica; e ideal. Son reales-fácticos, pues constituyen una parte del sistema de derecho positivo, y son al mismo tiempo ideales, pues son incorporados a las Constituciones y Convenciones con la intención de orientar la práctica jurídica fáctica a la mayor realización posible de los derechos humanos (ALEXY, 2001e, Pág. 24).

Es con respecto a la dimensión ideal de los derechos fundamentales, siendo los Derechos Humanos su fundamento y objetivo, es donde Alexy deriva cinco características centrales, estableciendo que estos son (i) morales, (ii) universales, (iii) fundamentales, (iv) abstractos y (v) prioritarios sobre los demás tipos de derechos (ALEXY, 2006a). Siendo específicamente en relación con la característica de abstractos donde se vincula directamente la ponderación, particularmente, el principio de proporcionalidad como modo de resolver conflictos.

En efecto, el lenguaje abstracto e indeterminado de los derechos fundamentales - que protegen bienes tales como la libertad e igualdad, la vida y propiedad- (ALEXY, 2011a, Pág. 25); explica su tendencia a colisionar con otros derechos y con bienes colectivos, y la consecuente aplicación de la ponderación como mecanismo de solución ante dichas controversias ALEXY, 2011b, Pág. 25).

Cabe ahora profundizar en el concepto de “proporcionalidad”, que constituye el elemento central de la ponderación.

## ***2. Principio de proporcionalidad o razonabilidad***

Antes de iniciar con el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios es importante establecer dos puntos con respecto a la forma en que se desarrollará el apartado a continuación.

En primer lugar, la teoría que se va a presentar frente a la proporcionalidad o razonabilidad es la desarrollada por el doctrinante Robert Alexy, esto bajo el argumento que, como se observará en el análisis jurisprudencial del capítulo 2, el TEDH realiza una ponderación en los términos en que propone este autor y aunque al estudiar el requisito necesario para una sociedad democrática, no nombra textualmente o se remite de manera directa a la ponderación en sentido estricto de Alexy, se identificaron los elementos de esta teoría en las 16 sentencias priorizadas.

En segundo lugar, frente al desarrollo de los tres subprincipios, los primero dos ( i. adecuación o idoneidad y ii. necesidad o indispensabilidad) se describen brevemente con el de -al igual que con los requisitos previsto por una ley y fin legítimo- contextualizar al lector sobre estos y su importancia en el principio de proporcionalidad desarrollado por Robert Alexy. No obstante, en la jurisprudencia seleccionada se evidenció que el TEDH se enfoca en realizar una ponderación en sentido estricto y aunque realiza una que otra remisión a estos dos primeros subprincipios, no se cuenta con suficientes elementos en la argumentación desarrollada por el Tribunal para poder establecer tendencias con respecto a la aplicación de los mismos o en inclusive llegar a generar críticas en torno a dicha aplicación. En ese sentido, el presente apartado se enfoca principalmente en el tercer subprincipio (proporcionalidad en sentido estricto).

Dicho esto, y dejando claridad sobre el alcance del apartado, la definición del principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios se presentan a continuación.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad reúne un “conjunto de exigencias o test destinados a verificar si la restricción legal de uno o más derechos fundamentales es justificada. Es decir, sólo si una limitación de derechos es proporcionada, se entenderá que es además justificable” (COVARRUBIAS CUEVAS, 2012). De acuerdo con Alexy (2011), el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad, el de necesidad o indispensabilidad y el de proporcionalidad en sentido estricto (Pág.13).

El primer subprincipio, de adecuación o idoneidad, exige que la interferencia debe ser adecuada o idónea para alcanzar el fin o propósito del legislador (Cfr. CIANCIARDO, 2004). Es decir, el TEDH analiza si efectivamente la aplicación de dicha interferencia da como resultado el fin legítimo que el Estado buscaba obtener (Cfr. ALEXY, Pág.11). Cabe recordar, que el TEDH ha señalado que es el Estado el que tiene la carga de demostrar esta adecuación, sin proporcionar mayores criterios acerca de cómo debería proceder esta prueba (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018k).

El segundo subprincipio, necesidad o indispensabilidad, implica evaluar si el legislador eligió la interferencia menos restrictiva, entre las diferentes opciones capaces de obtener el fin buscado (Cfr. CIANCIARDO, 2004); en otras palabras, se busca examinar si la intervención es indispensable, teniendo en cuenta que entre los medios igualmente idóneos se aplicó aquel que representa una menor restricción al derecho (Cfr. ALEXY, Pág.14) y por ende, no se imponga un sacrificio innecesario al mismo (DOMENECH, 1997a).

Finalmente, como tercer subprincipio aparece la proporcionalidad en sentido estricto, la cual se ha entendido de manera general, por la doctrina y la jurisprudencia, como aquella donde se realiza un examen sobre el equilibrio entre las ventajas y desventajas que ocasiona la interferencia, es decir un balance de costos (DOMENECH, 1997b).

Es con respecto a este último, donde Alexy habla nuevamente de la ponderación, la cual incluye la fórmula de peso (es decir, un balance de costos y beneficios) y las cargas de argumentación. La teoría desarrollada por Alexy sobre la proporcionalidad en sentido estricto está compuesta, a su vez, por la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de argumentación.

### **3. La ley de ponderación**

Esta ley exige que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (BERNAL, 2003a), es decir, si tengo dos principios o derechos en conflicto P1 y P2, la ley establece que afectar o interferir con mayor intensidad a P1 significa que mayor debe ser la necesidad o importancia de satisfacer P2 para poder justificar dicha interferencia o afectación sobre el primero, y de esa forma se está ponderando la interferencia de uno frente a la satisfacción del otro.

Frente a esto, Alexy identifica cuatro pasos a seguir para realizar esta ponderación, (a) establecer el grado de afectación de uno de los principios o derechos (P1), (b) definir el grado de satisfacción del principio o derecho opuesto (P2), (c) definir el grado de seguridad de que la medida impuesta por el Estado afecte el derecho o principio y (d) definir y justificar la importancia de satisfacer un derecho (P1) sobre el otro (P2). (BERNAL, 2003b. Pág. 227).

Con el fin de poder aplicar dichos pasos, se hace necesario otorgarle un valor numérico a cada uno de estos para facilitar dicha ponderación. Frente a esto, Alexy y doctrinantes como Bernal Pulido, han establecido que en relación con (a) y (b), la determinación del grado puede darse mediante el uso de la escala tríadica, es decir, clasificarlo como leve, medio o intenso, otorgándole a cada uno los siguientes valores 1, 2 y 4, respectivamente (BERNAL, 2003c. Pág. 228). Con respecto a (c) la misma escala tríadica, sugiere una clasificación de segura, plausible o falsa, otorgándole los valores de 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$ , respectivamente (BERNAL, 2003d. Pág. 228). Y es (d) el que permitirá otorgarle alguno de los valores antes expuestos mediante el análisis de la justificación sobre la importancia de satisfacer uno e interferir el otro.

Ahora bien, surgen como interrogantes, ¿cómo se relacionan estas tres variables para definir y justificar la importancia de satisfacer un derecho o principio sobre otro? y



¿Cómo los valores numéricos otorgados deben ser utilizados para determinar qué derecho o principio debe satisfacerse por encima del otro? Para responder a esta pregunta, aparece la fórmula de peso.

#### 4. La fórmula de peso

La fórmula de peso define que justificar la satisfacción de un derecho o principio sobre la afectación de otro derecho o principio será el resultado de dividir por un lado el producto obtenido de multiplicar: la intensidad de la interferencia del derecho o principio 1 (I1) por el peso abstracto de dicho derecho o principio (P1) por el grado de seguridad de que la medida impuesta por el Estado afecte el derecho o principio (A1), dividido en, el producto obtenido de multiplicar: la intensidad de la satisfacción del derecho o principio 2 (S2), por el peso abstracto del derecho o principio 2 principio (P2) por el grado de seguridad de que la medida impuesta por el Estado afecte el derecho o principio (A2) (CIANCIARDO, 2014a, Pág. 7). Es decir, toma los pasos (a), (b) y (c) expuestos en la ley de ponderación y los coloca en una fórmula matemática y dependiendo el resultado indicará si fue proporcional o no la interferencia de un derecho sobre la satisfacción del otro.

$$\text{formula de peso} = \frac{((I1) \cdot (P1) \cdot (A1))}{((S2) \cdot (P2) \cdot (A2))}$$

Como se expuso anteriormente, Alexy propone representar con números, mediante la escala tríadica, los grados de leve (1), moderado (2) e intenso (4) y los grados: seguro (1), plausible ( $\frac{1}{2}$ ) y falso ( $\frac{1}{4}$ ); y concluye que si el resultado de la ecuación, es mayor que 1, el principio interferido (P1) tendrá precedencia sobre el principio satisfecho (P2), pero si el resultado es menor que 1, el principio satisfecho (P2) tendrá precedencia sobre el principio interferido (P1) (CIANCIARDO, 2014b, Pág. 8).

Con el fin de ejemplificar dicha teoría, Bernal Pulido da como ejemplo el caso de una niña enferma con padres evangélicos quienes no permitían que se le administrara el tratamiento adecuado por vulnerar la libertad religiosa y de acuerdo a la escala tríadica antes

expuesta, le otorga los valores de 1, 2 y 4 para clasificar leve, moderado e intenso con respecto a la interferencia y satisfacción, mientras que con respecto a la seguridad de las premisas fácticas otorga los valores de 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$  para clasificar si estas son seguras, plausibles o falsas (BERNAL, 2003e. Pág. 230). Una vez dicho esto, establece que:

“(…) el peso de la interferencia al derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse como intensa, por lo cual, se le atribuye el valor de 4, al igual que su peso abstracto por tratarse de la vida. Frente a la certeza de las premisas, al existir un riesgo inminente de muerte se le establece el valor de 1. Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media estableciéndose como valor un 2, su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse), siendo el valor nuevamente 2 y la seguridad de las premisas sobre su afectación como segura (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) siendo el valor 1” (BERNAL, 2003f. Pág. 230).

Al realizar la ecuación, dividiendo la interferencia, peso abstracto y seguridad de las premisas del derecho a la vida y la salud, entre la satisfacción, peso abstracto y seguridad de las premisas del derecho a la libertad religiosa de los padres se obtiene un resultado de 4, lo cual implica que, al ser mayor a 1 el principio interferido, es decir, el derecho a la vida y a la salud, cobra mayor peso e importancia con respecto a satisfacer el derecho a la libertad religiosa y por ende los padres deben llevar a la niña al hospital y la afectación a su derecho a la libertad religiosa será proporcional a salvar la vida de su hija.

Finalmente, las cargas de la argumentación se tornan relevantes cuando el resultado de la fórmula de peso da 1, es decir, hay un empate entre los dos principios o derechos. En ese caso, Alexy ha dicho que “estará permitido realizar la medida en cuestión, así como omitirla” (Cfr. ALEXY, 2011, Pág. 16-17), lo que en principio es considerado como un margen de discreción, es decir, que el Estado en este caso cuenta con un margen de apreciación con respecto a la imposición de la interferencia.

Con esto, se finaliza la explicación sobre el tercer requisito del artículo 9 de la CEDH – necesario en una sociedad democrática- y se logra evidenciar la relación entre el elemento necesario de dicho requisito y el principio de proporcionalidad.

En conclusión, la presente sección se centró en el artículo 9 de la CEDH, es decir, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, exponiendo la importancia de dicho derecho en una sociedad democrática y los elementos enmarcados en el mismo. Para poder establecer esto, se utilizó no solamente la doctrina desarrollada sobre el tema sino la Guía sobre el artículo 9 de la CEDH desarrollada por el TEDH y el Consejo de Europa donde recogen la jurisprudencia del Tribunal y exponen la correcta interpretación del derecho.

Dentro de esta sección se discutieron principalmente tres temas, dos de ellos de manera general y un tercero con un nivel de profundidad mayor. Los dos primeros enfocados en las temáticas relacionadas con mantener una creencia y manifestarla y las acciones que se protegen dentro de este derecho y el tercero centrado en la debida justificación cuando un Estado interfiere el correcto desarrollo del derecho a la libertad religiosa.

Ahora bien, con respecto a la debida justificación cuando un Estado interfiere el derecho protegido se concluye que:

- El artículo 9 en su párrafo segundo, estipula los tres requisitos obligatorios que una medida debe cumplir para que su interferencia no vulnere el derecho, los cuales son, previsto por una ley, fin legítimo y necesario en una sociedad democrática.
- Con respecto a los dos primeros requisitos, se mostró que la interferencia debe estar prevista por una ley, lo que a su vez implica que esta sea general, accesible y previsible, y debe buscar obtener un fin legítimo, es decir, el Estado podrá interferir el derecho siempre y cuando su finalidad corresponda con la lista

taxativa que el mismo artículo 9 presenta en su párrafo 2. De igual forma, se aclaró que aunque estos dos requisitos son importantes al momento de evaluar la vulneración o no del derecho, en lo que respecta al uso del velo y velo integral, el TEDH no se detiene a analizar a profundidad dichos requisitos, limitando su estudio en el presente trabajo.

- Con respecto al último requisito, y sobre el cual versa esta investigación, se encuentra necesario para una sociedad democrática, donde en primer lugar, se estableció que tanto el TEDH como la doctrina han identificado una relación entre este y el principio de proporcionalidad. Seguidamente, se expuso la teoría de Alexy frente al principio - recordando que esta es la teoría escogida como metodología de análisis de la jurisprudencial del TEDH seleccionada- y se describieron los tres subprincipio que se desprenden de la misma, es decir, adecuación o idoneidad, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.
- Frente al primer y segundo subprincipio se estableció que su análisis es limitado al no evidenciarse mayor estudio por parte del Tribunal en los casos priorizados.
- Frente a la proporcionalidad en sentido estricto se describió la ley de ponderación y la fórmula de peso como teoría que será comparada con las consideraciones y decisiones en las 16 sentencias del TEDH sobre el velo y velo integral.

### **C. La doctrina del margen nacional de apreciación**

La presente sección tiene como finalidad exponer la doctrina del margen de apreciación, como el último de los temas presentes en la pregunta de investigación expuesta previamente. El margen de apreciación surge como temática relevante, en el presente estudio, al evidenciarse como el TEDH en las 16 sentencias priorizadas, utiliza esta doctrina como la alternativa de decisión determinante para tomar las decisiones con respecto a si la interferencia vulneró o no el derecho a la libertad religiosa.

En ese sentido, se expone la doctrina del margen de apreciación iniciando por sus surgimiento y definición y finalizando con los factores determinantes del mismo, donde se enuncian los que se han identificado pero se centra en el factor consenso internacional, como principal justificante a la hora de aplicar el margen de apreciación en la jurisprudencia seleccionada.

Si bien la comunidad internacional ha propendido en la práctica a generar unos estándares comunes de conceptualización de los derechos humanos y de sus garantías de protección, todavía continúa en buena medida irresuelta la tarea de los Estados de interpretar y entender el alcance y el contenido preciso de estos derechos de una manera homogénea. Esta homogeneización del alcance e interpretación de los Derechos Humanos se ve obstaculizada por la variedad de culturas, sistemas jurídicos y sociedades que conforman la comunidad internacional.

Frente a este desafío, el TEDH, ha generado mecanismos para crear de manera paulatina un orden público internacional en materia de derechos humanos que sea compatible con la natural y valiosa diversidad cultural, dentro de los cuales destaca el margen nacional de apreciación (BENAVIDES 2009a).

#### **a. Surgimiento y definición**

La doctrina del margen de apreciación fue utilizada por primera vez el 26 de septiembre de 1958 por la CEDH en su reporte sobre el caso de Grecia contra el Reino Unido, sobre violaciones de Derechos Humanos denunciadas durante las operaciones de contrainsurgencia en Chipre (GROSS, AOLAIN, 2001a; GREER 2010a; MATTHEW, 2010a). En dicho reporte la Comisión planteó que un “Estado ejerciendo su poder de derogación de ciertos derechos, disfruta de cierto margen de discrecionalidad al momento de evaluar hasta qué punto la situación requiere de una interferencia” (GROSS, AOLAIN, 2001b; GREER 2010b; MATTHEW, 2010b). Dos años después, en el caso *Lawless* contra

Irlanda de 1960, la Comisión indicó que “el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación” (CEDH, 1960).

Seguidamente, en el año de 1971 el TEDH utiliza en su jurisprudencia un término similar al que usó la Comisión en el caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica, donde expone que “Bélgica no había transgredido los límites del poder de apreciación (...) puesto que (...) la medida de detención contra un grupo de vagabundos (...) pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros” (TEDH, 1972).

No obstante, no es sino hasta el año de 1976 donde el TEDH utiliza por primera vez el término “margen de apreciación”, en el caso Handyside contra Reino Unido, en el cual se aplica este a un caso sobre libertad de expresión y posteriormente, en el Irlanda contra el Reino Unido, donde se señaló:

“Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre, evaluar los medios que tiene para disiparlo. [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación (Traducción libre)” (TEDH, CASO HANDYSIDE V REINO UNIDO, 1976).

En esta jurisprudencia inicial del TEDH, se evidencia que la aplicación del margen de apreciación surge con respecto al artículo 15 de la CEDH, el cual trata de manera particular, los casos en los cuales el Estado se encuentra en estado de emergencia (CEDH, ARTÍCULO 15).

No obstante, con el paso del tiempo el TEDH comenzó a generalizar el uso de la doctrina del margen, en decisiones que se relacionaban con derechos que contenían cláusulas de acomodación o limitación, como los artículos 8 al 11 de la CEDH. (DE LA

ROASILLA DEL MORAL, 2006a). A partir de este desarrollo jurisprudencial, la doctrina ha propuesto, entre otras, las siguientes definiciones<sup>4</sup>.

En primer lugar, Callewaert define el margen de apreciación como aquella figura que: “Deja, en efecto, a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la Convención” (CALLEWAERT, 2000).

En segundo lugar, aparece el autor Kastanas, 1996, quien la define como:

“Un concepto de geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permiten a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la Convención”.

En tercer lugar, Arai Takahashi define la figura como: “la posibilidad para el gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos” (BARBOSA, 2012f).

Finalmente, y recolectando elementos de cada una de estas, se entiende que el margen de apreciación es: “el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces nacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado” (BARBOSA, 2012g).

---

<sup>4</sup> Estas definiciones se escogieron bajo el criterio de que se asemejan al entendimiento que le ha dado la CEDH al margen de apreciación y se considera que cumplen con los elementos principales de la figura que se repiten en la doctrina del margen hasta la actualidad.

En ese sentido, se evidencia que estas definiciones, a nivel conceptual destacan como elemento común el principio de subsidiariedad de la maquinaria de protección establecida por la Convención, entendiendo la subsidiariedad como una "relación de procedimiento" entre las autoridades nacionales, quienes son en primera instancia las responsables de la aplicación de la Convención, por un lado, y las instituciones de la CEDH por el otro (LETSAS, 2006b).

Este elemento de subsidiariedad es lo que fundamenta la aplicación de la doctrina del margen de apreciación por parte del TEDH, al observar que la relación procedimental subsidiaria, surge de una lectura cuidadosa de la misma Convención, cuando se presenta la combinación de los artículos 1, 13 y 35. En efecto, según el artículo 1 los Estados Partes están obligados a garantizar los derechos y libertades de la CEDH dentro de su jurisdicción "en cualquier forma que elijan libremente" (TUMAY, 2008b). Seguidamente, el artículo 13 establece la obligación del Estado Parte de ofrecer un recurso de apelación efectivo ante una instancia nacional en los procesos jurisdiccionales por violación de Derechos Humanos. Finalmente, el artículo 35, establece que el TEDH sólo podrá tratar el asunto una vez que se hayan agotado todos los recursos internos (TUMAY, 2008c; BERGER, 2012a).

En ese sentido, los Estados tienen la obligación de asegurar los derechos de la Convención dentro de su esfera doméstica y es por esto por lo que deben tener la oportunidad de reparar cualquier violación de los derechos de esta, antes de ser llevados ante un tribunal internacional (LETSAS, 2006c).

Adicionalmente, la doctrina destaca tres fundamentos adicionales para la aplicación del margen nacional de apreciación y su concreción en el principio de subsidiariedad, por parte del TEDH. En primer lugar, el hecho de que los Estados soberanos siguen siendo los principales actores del derecho internacional público y por ende los actores sus poderes y legitimidad de ellos (BERGER, 2012b). Esto se ve reforzado por el artículo 19, donde se exige que los Estados contratantes cumplan sus compromisos en virtud de la Convención, y se establece que el TEDH no puede sobrepasar los límites de los poderes delegados por los ellos en su voluntad soberana (BERGER, 2012c).



Lo cual conlleva a que, ante la falta de facultades para intervenir directamente en los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, el TEDH debe respetar la autonomía de esos sistemas jurídicos (BERGER, 2012d).

En segundo lugar, el principio de subsidiariedad permite que a nivel procedimental el TEDH asuma su función de órgano jurisdiccional concentrándose en los casos de mayor gravedad (BERGER, 2012e). De no ser así, el TEDH tendría revisar de fondo el sin fin de casos que se presentan en cada Estado, multiplicado por el número de Estados que son parte en la Convención. Además de ser una tarea imposible para una Corte, inevitablemente generaría la impunidad de aquellos casos que sí representen graves violaciones a los derechos reconocidos en la Convención.

En tercer lugar, se señala el hecho de que el Estado, debido a su contacto directo y continuo con las realidades de sus respectivos países, está mejor situado que un tribunal internacional para evaluar los factores y posibles respuestas que rodean cada caso (BERGER, 2012f).

Dicho esto, el propio TEDH ha señalado que la razón de ser del principio de subsidiariedad (DE LA ROASILLA DEL MORAL, 2006b) es que las “autoridades nacionales están en principio mejor situadas que las autoridades internacionales” (LETSAS, 2006d).

En este marco, se observa cómo desde las primeras sentencias, donde se presenta la doctrina del margen de apreciación, el elemento epistémico “Estado en mejor posición” hace parte del fundamento de la misma doctrina.

En los casos *Lawless vs Ireland*, *Irlanda vs Reino Unido*, *Brannigan y McBride y A. y otros v. Reino Unido* se cimentó este criterio al establecer:

“En primer lugar, corresponde a cada Estado contratante ser

responsabilidad de "la vida de [su] nación", y, por ende, determinar si esa vida está siendo amenazada por una "emergencia pública" y, de ser así, hasta qué punto es necesario superar la emergencia. Debido a su contacto directo y continuo con la necesidad apremiante del momento, las autoridades nacionales están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para decidir tanto sobre la presencia de dicha emergencia como sobre la naturaleza y el alcance de las excepciones necesarias para evitarlo". (Traducción libre)

De igual forma, el TEDH fue ampliando las razones por las cuales considera que es el Estado el que está en mejor posición para decidir sobre la restricción o regulación de los derechos. Destacan en este sentido tres argumentos:

- El reconocimiento de la dificultad para replicar las condiciones que el gobierno enfrentó, especialmente, teniendo en cuenta las exigencias del momento y la necesidad de rapidez de la acción frente a una emergencia que puede haber dejado poco tiempo para deliberación (GROSS, AOLAIN, 2001a).
- Las consideraciones de la propia legitimidad del TEDH, en especial partiendo de que es un organismo supranacional que debe intervenir en asuntos que pueden llegar a afectar la soberanía nacional y por ende el cuidado que se debe tener frente a esto (GROSS, AOLAIN, 2001b). Estos asuntos plantean cuestiones políticas extremadamente complejas que requieren la comprensión y el equilibrio los antecedentes socioeconómicos, culturales, políticos e históricos de diversos conflictos (GROSS, AOLAIN, 2001c).
- La constatación de que el funcionamiento adecuado del sistema de la CEDH depende de la cooperación de los Estados en ausencia de mecanismos de aplicación significativos (GROSS, AOLAIN, 2001d).

#### **b. Factores determinantes del margen de apreciación**

Ahora bien, con respecto a los factores determinantes del margen, en la doctrina, con el paso de los años y teniendo como base la jurisprudencia del TEDH, se han

identificado un número importante de factores que el Tribunal utiliza al momento de decidir la amplitud del margen de apreciación. Dentro de estos, se resaltan el análisis textual, las obligaciones positivas, la naturaleza de la actividad afectada, el consenso internacional y la naturaleza del derecho, por ser los que se utilizan con más frecuencia en la jurisprudencia del Tribunal.

No obstante, lo anterior, para la presente investigación y en relación específica con la temática, se estudiará particularmente el consenso internacional; dado que es el factor constante e inherente al análisis sobre el margen de apreciación en lo concerniente a la libertad religiosa.

#### ***i. El margen de apreciación y el consenso internacional***

De las decisiones del TEDH, se desprende que el fundamento de la amplitud o restricción del margen de apreciación es la verificación de la existencia o ausencia de un consenso entre los Estados, sobre el contenido, alcance e interpretación de un derecho específico. La ausencia de un consenso implica que los Tribunales regionales e internacionales carecen de criterio para construir una regla de interpretación unificada (BARBOSA, 2011h). Esta carencia abre al Estado un margen de acción legítimo para fijar de acuerdo con sus propias circunstancias jurídicas, sociales y culturales, el contenido y alcance de ciertos derechos (BENAVIDES, 2009b).

El consenso internacional constituye, en fin, uno de los parámetros esenciales para la fijación de la existencia y extensión del margen nacional de apreciación. Según la jurisprudencia del TEDH, es en primer término, caracterizado como un mecanismo interpretativo fundado en el carácter vivo de la Convención y la evolución de los derechos (CEDH, 2010, párr. 57). Se entiende, así como una base para ajustar las normas fundamentales a la evolución de las sociedades, quienes determinan el alcance de un derecho, y en ese sentido, su núcleo inderogable, con el fin de poder establecer los límites de su aplicación y restricción (BENAVIDES, 2009c).

Esta noción fue identificada por primera vez en *Tyrer vs. el Reino Unido*, donde el Tribunal consideró:

“(…) que el castigo corporal judicial era una pena degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio e indicó que no podía dejar de estar influenciado por la evolución y las normas comúnmente aceptadas en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en este ámbito. Para expresar la naturaleza dinámica inherente de la Convención, el TEDH la describió en dicha sentencia como una "Instrumento vivo que (...) debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales" (SPIELMANN, 2012).

Dado lo anterior, de la jurisprudencia se desprende que, con la finalidad de delimitar el contenido de un derecho de la Convención mediante el consenso internacional, el TEDH busca en la actuación de la comunidad, específicamente en los sistemas legales de los Estados, mediante normas, jurisprudencia, entre otros (BERGER, 2012g), la existencia de una comprensión uniforme del derecho en cuestión (DE LA ROASILLA DEL MORAL, 2006c), es decir, de su alcance, sentido y por ende contenido esencial.

No obstante, el desarrollo no ha sido exclusivamente jurisprudencial y la doctrina ha entendido que la utilización del criterio interpretativo del consenso internacional se fundamenta en que es la comunidad internacional quien le da vida a las normas, vive el derecho y determina su contenido preciso (DE LA ROSILLA DEL MORAL, 2006b).

Así mismo, este autor hace referencia que la teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual (DE LA ROASILLA DEL MORAL, 2006d).

Autores como Benavides y Vila afirman que:

“(…) El estado del consenso europeo debe ser tenido en cuenta en la medida en que pueda reflejar una línea de mejora en el objetivo de incrementar la calidad de los sistemas democráticos en el seno del Consejo de Europa y, al mismo tiempo, rebajar el efecto “sorpresa” que una interpretación evolutiva desvinculada del “estado de la cuestión” en Europa podría provocar. De este modo, la importancia del consenso existente depende de un equilibrio entre seguridad jurídica y contenido, buscando un ajuste mutuo que vaya favoreciendo la consolidación de derechos”  
(VILLA, s.f).

Dicho lo anterior, es el consenso, la herramienta que le permite al TEDH evidenciar las líneas proteccionistas de derechos que comienzan a ser comunes en las sociedades actuales y de esa forma comenzar a desarrollar interpretaciones y obligaciones unificadas a los Estados miembros de la Convención.

En ese sentido, y en términos de margen de apreciación, se comienza a evidenciar que, como factor determinante, si dentro de la comunidad europea no se presenta un consenso frente a un determinado derecho, el margen de apreciación de los Estados se amplía, mientras que si se presenta un consenso el margen de apreciación se reduce.

Aunque dentro de la doctrina y la jurisprudencia se ha hecho un esfuerzo por definir el presente factor, actualmente no se cuenta con una definición que incluya el plano discursivo en el cual habría de evaluarse la existencia y el alcance de un consenso. Así como tampoco se ha logrado establecer con claridad qué aspectos específicos de los sistemas legales internos de los Estados, se evalúan al momento de establecerlo.

Junto a estas referencias singulares, El TEDH comienza a responder de forma genérica, aunque tímidamente esta cuestión, como se evidencia en el caso Schalk and Kopf vs. Austria al decir:

El Tribunal constata que en Europa está generando un consenso sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Esta tendencia se ha desarrollado rápidamente en la última década. No obstante, los Estados que otorgan reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo no son aún mayoría. El área en cuestión debe considerarse aún, por tanto, como un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido, en el que los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación en cuanto al momento de introducir las modificaciones legales (véase *Courten*, anteriormente citada; véase también *M.W. contra el Reino Unido* (dec.), núm. 11313/02, 23 de junio de 2009, ambas relativas a la aprobación de la Ley de Uniones Civiles en el Reino Unido) (CEDH, 2010).

De este párrafo surge que un elemento importante para demostrar la existencia y la extensión del consenso son las propias normas internas de los Estados. Sin embargo, no se proponen claves cuantitativas precisas acerca del nivel de confluencia que permite identificar la existencia del consenso.

Esto, no obstante, no implica que el TEDH y la doctrina no hayan comenzado a generar ciertos acuerdos acerca de los temas en los que se admite una cierta falta de consenso y, correlativamente, un amplio margen nacional de apreciación, como lo son por ejemplo la definición de la moral y los aspectos que la componen (LETSAS, 2006e).

En todo caso, no se ha señalado la existencia de ningún consenso dentro de la cultura jurídica europea sobre si el derecho a usar el velo integral está incluido en las protecciones otorgadas por el Artículo 9 (ORTROVSKY, 2005, Pág. 47), con una fuerza semejante al consenso en torno a la inadmisibilidad de los castigos corporales (ROCA, 2007).

En vistas de la vaguedad de los criterios para identificar la existencia y la extensión del consenso que opera como contracara del margen nacional de apreciación, cabe preguntar ¿Cuántos estados deben compartir entendimientos similares frente a un derecho

para generar consenso?, ¿Se requiere simplemente que no exista homogeneidad o más bien que no pueda identificarse una tendencia clara?, ¿En qué momento se comienza a hablar de consenso, cuando hay 2, 4, 6 o más países? ¿Qué sucede con aquellos países que se han opuesto a las tendencias de los demás Estados de la región, por respeto a sus tradiciones?

Todos estos interrogantes han generado grandes críticas por parte de la doctrina al concepto elaborado jurisprudencialmente por el TEDH (VILA, s.f.).

Finalmente, aunque el TEDH en su diferente jurisprudencia ha definido un número de factores al momento de determinar el margen de apreciación, se puede afirmar que con respecto al artículo 9 párrafo segundo el factor determinante para fijar el margen de apreciación es el consenso internacional, el cual, como se observó, todavía carece de criterios claros para establecerlo.

En conclusión, el presente capítulo buscaba explicarle al lector cada una de las temáticas enmarcadas en la pregunta de investigación ¿Es racionalmente justificado que el TEDH utilice el margen de apreciación al momento de decidir sobre la proporcionalidad entre la interferencia a la libertad religiosa -representada por la prohibición del uso del velo y el velo integral- y el fin que busca obtener con dicha interferencia? Con el fin de poder sentar las bases teóricas que permiten entender el análisis que se realiza en los capítulo 2 (La prohibición del velo y el velo integral en la jurisprudencia del TEDH: Análisis jurisprudencial) y capítulo 3 (Crítica a la aplicación por parte del TEDH del margen de apreciación como factor determinante en las decisiones sobre la prohibición del velo y el velo integral).

Teniendo en cuenta lo anterior, el capítulo explicó el tema del velo y el velo integral, exponiendo el origen de la vestimenta, los tres tipos de velos que se discuten en las 16 sentencias priorizadas (Hijab, Burka y Niqab), los argumentos en contra y a favor de estos y finalmente la reglamentación sobre el uso de estas vestimentas tanto a nivel regional como nacional en países de Europa. Dentro de esta sección se resaltó principalmente que el velo no surge con la religión islámica ni su uso es exclusivamente religioso, que existen un

número importante de argumentos tanto en contra como a favor de estas vestimentas y que aunque no existe una homogenización entre las regulaciones, si se evidencia que una mayoría de Estados europeos no apoyan la prohibición del uso velo y velo integral.

Seguidamente, y buscando abarcar las temáticas libertad religiosa y proporcionalidad, se presentó el artículo 9 de la CEDH, donde se estipula el derecho a la libertad religiosa. En este apartado, se explicaron los requisitos necesarios para que un Estado pueda limitar o interferir el derecho sin vulnerarlo, enfocándose principalmente en el tercer requisito -necesario para una sociedad democrática- dentro del cual se estableció la relación que existe entre este y el principio de proporcionalidad y se explicó la teoría de Robert Alexy sobre la ley de ponderación y la fórmula de peso como metodología que aplica el TEDH en la jurisprudencia seleccionada.

Finalmente, sobre el margen de apreciación -como elemento determinante al momento de tomar las decisiones con respecto a la prohibición del uso del velo y el velo integral- se presentó el surgimiento y definición de la doctrina y los factores determinantes de la misma, enfocándose exclusivamente en el consenso internacional, del cual es importante resaltar tanto las propias normas internas de los Estados, como los instrumentos internacionales negociados o discutidos por estos, son los que en principio pueden llegar a demostrar su existencia y extensión, sin embargo, no se proponen claves cuantitativas precisas acerca del nivel de congruencia que debe existir entre los distintos ordenamientos internos y lo establecido en los foros internacionales, que permita evidenciar la existencia de un inequívoco consenso.

Esta vaguedad de los criterios para identificar la existencia y la extensión de este, genera interrogantes como ¿Cuántos estados deben compartir entendimientos similares frente a un derecho para generar consenso?, ¿Se requiere simplemente que no exista homogeneidad o más bien que no pueda identificarse una tendencia clara?, ¿En qué momento se comienza a hablar de consenso, cuando hay 2, 4, 6 o más países? ¿Qué sucede con aquellos países que se han opuesto a las tendencias de los demás Estados de la región, por respeto a sus tradiciones?



## **CAPÍTULO 2**

### **LA PROHIBICIÓN DEL VELO (HIJAB) Y EL VELO INTEGRAL (BURKA Y NIQAB) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH**

El presente capítulo, busca exponerle al lector las 16 sentencias que el Tribunal ha decidido con respecto a la prohibición del uso del velo y el velo integral; es importante recordar que estas 16 sentencias son la totalidad de casos que el TEDH ha decidido, específicamente sobre la prohibición de estas prendas. En ese sentido, esta exposición no solo se busca mostrar los hechos de cada uno de los casos y sus respectivas decisiones, sino que presenta cómo a nivel práctico y dentro de las consideraciones analizadas por el Tribunal, el requisito necesario para una sociedad democrática, la ponderación en sentido estricto y la doctrina del margen de apreciación se entrelazan y relacionan entre sí conllevando a que el TEDH tome una decisión frente a los conflictos que se le presentan.

Con el fin de poder evidenciar lo antes expuesto, el capítulo abordará el tercer requisito del artículo 9 -necesario en una sociedad democrática-, presentando las 16 sentencias divididas en 4 grupos, los cuales fueron agrupados de acuerdo a la similitud en los hechos, las consideraciones del TEDH y las decisiones. Dentro de cada uno de estos grupos, se inicia con una tabla que contiene el nombre del caso, el año, los hechos y la decisión, seguidamente, se describen los argumentos que el TEDH estudió en sus consideraciones y finalmente, se realiza el análisis de dichas consideraciones resaltando las tendencias identificadas del Tribunal frente a la temática.

#### **A. Necesario en una sociedad democrática**

En seguimiento a lo antes dicho, la presente sección, busca establecer las tendencias por parte del TEDH con respecto al requisito necesario para una sociedad democrática en las 16 sentencias priorizadas. En ese sentido, esta se divide en 4 apartados que corresponden a los 4 grupos conformados de acuerdo a la similitud en los hechos, las consideraciones del TEDH y las decisiones, resultando en las siguientes agrupaciones: (i) Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores en instituciones públicas, (ii)

Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de estudiantes en instituciones públicas, (iii) El caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía y (iv) Prohibición del uso del velo integral en espacios públicos.

**a. Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores en instituciones públicas**

El presente apartado se centra en 2 de los 16 casos priorizados, los cuales son Dahlab vs. Suiza y Kurtulmus vs. Turquía. Ambos casos, fueron agrupados debido a que resuelven situaciones fácticas similares al estar relacionadas con la prohibición del Hijab para profesores en instituciones educativas públicas, la decisión del TEDH en ambos casos es la no vulneración del artículo 9 de la CEDH y la argumentación por parte del Tribunal para llegar a dicha decisión es la misma en las dos sentencias. Todo esto como se muestra a continuación.

Tabla 2. Sentencias sobre la prohibición del velo y velo integral en instituciones públicas y espacios públicos.

<b>Caso</b>	<b>Año</b>	<b>Hechos</b>	<b>Decisión del TEDH</b>
Dahlab vs. Suiza	2001	Una maestra de primaria, después de un período de búsqueda espiritual, abandonó la fe católica y se convirtió al islam. La demandante comenzó a usar un pañuelo islámico. Durante cuatro años, la maestra usó el velo mientras les daba clases a sus estudiantes de primaria hasta que el inspector de escuelas informó a la Dirección General de Educación Primaria que la solicitante llevaba regularmente un pañuelo islámico en la escuela. Con esta información la Directora General solicitó a la demandante que dejara de usar el pañuelo en el desempeño de sus funciones profesionales, por ser incompatible con el artículo 6 de la Ley de educación pública. Ella se rehusó y llevó el caso hasta el Tribunal Federal, quien confirmó que debía retirarse el velo (Hijab) al dar clases.	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH
Kurtulmus vs. Turquía	2006	La demandante era profesora asociada de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Estambul.	No se vulneró el artículo 9

---

Comenzó su carrera en 1982 y afirmó usar el velo (Hijab) desde 1992 cuando obtuvo su doctorado.

de la  
CEDH

En 1998 fue objeto de una investigación disciplinaria debido al incumplimiento de las normas sobre la vestimenta en el desarrollo de sus funciones. El 5 de enero de 1998 fue suspendida como resultado de la investigación. Finalmente, el 27 de mayo de 1998 la Universidad consideró que la demandante había renunciado a su cargo en virtud del párrafo 15 de las Reglas de Procedimiento Disciplinario, puesto que había incumplido voluntariamente las Reglas de vestimenta aplicables al personal en instituciones estatales.

El 30 de julio de 1998 solicitó que se anulara dicha consideración, alegando, entre otras cosas, que no existían fundamentos legales para la medida y que no se había seguido el reglamento interno pertinente.

El 27 de abril de 1999 se celebró una audiencia pública, donde el Tribunal Administrativo desestimó la solicitud de la demandante.

---

Como se observó, ambos casos versan sobre dos mujeres, una de Suiza (Dahlab) y otra de Turquía (Kurtulmus) que ejercían su labor como profesoras en instituciones públicas en sus respectivos países. Dahlab era profesora de primaria mientras que Kurtulmus impartía clases en una universidad. Durante su periodo de trabajo ambas instituciones decidieron prohibir el uso del velo (Hijab) mientras estuvieran en el desempeño de sus funciones como educadoras.

Al llegar los casos al TEDH, el Tribunal inicia su estudio sobre el requisito necesario para una sociedad democrática sobre el cual establece que:

La tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional se justificaron en principio, es decir, si las razones aducidas para justificarlas parecen "relevantes y suficientes" y son proporcionales al objetivo legítimo perseguido. Para pronunciarse sobre este último punto, el Tribunal debe sopesar los requisitos de la protección de los derechos y libertades de los demás contra la conducta de la cual el demandante fue acusado. En el ejercicio de su jurisdicción de supervisión, el Tribunal debe examinar las decisiones judiciales impugnadas en el contexto del caso en su conjunto (CASO DAHLAB VS SUIZA, 2001, CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006).

En ese sentido, el TEDH pasa a analizar la proporcionalidad de la medida estableciendo los derechos que se encontraban en controversia, realizando una ponderación en sentido estricto. En estos casos el TEDH resaltó que efectivamente la prohibición del uso del velo (Hijab) generó un enfrentamiento entre, por un lado, el derecho a manifestar la religión que profesan ambas profesoras y por el otro, los derechos y libertades de los demás (que incluye no solo a sus estudiantes y los padres de estos, sino el principio de neutralidad y secularismo que tanto Suiza como Turquía defienden), así como el orden y seguridad pública en cada país. No obstante, con respecto a este último el TEDH no hace ninguna referencia sobre este fin, enfocándose en la protección de los derechos y libertades de los demás.

Seguidamente y con el fin de sopesar las cargas argumentativas, el TEDH comenzó exponiendo los dos argumentos que justificaron la afectación del derecho a la libertad religiosa. En primer lugar, el Tribunal estableció que, siguiendo la argumentación de los Estados, los profesores de instituciones educativas públicas son funcionarios públicos y por ende representan el Estado. En ese orden de ideas, tienen la obligación de transmitir a los estudiantes la neutralidad y secularidad que se profesa en ambas Naciones, lo que inevitablemente implica ceder sus creencias mientras están en sus funciones como servidores públicos. Esto se evidenció en la cita a continuación:

“La Corte observa que el Tribunal Federal tuvo en cuenta la propia naturaleza de la profesión de los maestros de escuela estatales, que eran ambos participantes en el ejercicio de la autoridad educativa y representantes del Estado, y al hacerlo sopesó la protección del objetivo legítimo de garantizar la neutralidad del sistema educativo estatal contra la libertad de manifestar la propia religión. Observó además que la medida impugnada había dejado al solicitante con una opción difícil, pero consideró que los maestros de escuelas estatales tenían que tolerar restricciones proporcionales a su libertad de religión. En opinión del Tribunal Federal, la injerencia en la libertad del demandante para manifestar su religión se justificaba por la necesidad, en una sociedad

democrática, de proteger el derecho de los alumnos de escuelas estatales a recibir enseñanza en un contexto confesional neutral.

(...)

Se observa que las normas sobre vestimenta se aplican por igual a todos los servidores públicos, independientemente de su función o creencias religiosas. Como los servidores públicos actúan como representantes del Estado cuando desempeñan sus funciones, las reglas requieren que su apariencia sea neutral para poder preservar el principio de secularismo y su corolario, el principio de un servicio público neutral (CASO DAHLAB VS SUIZA, 2001, CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006).

De igual forma, el TEDH resaltó que las medidas adoptadas por los Estados no se dirigen a una religión en particular sino de manera igualitaria a todos los funcionarios públicos.

Como segundo argumento, el Tribunal, específicamente para el caso Dahlab vs. Suiza, resaltó que la profesora impartía clases a niños de 4 a 8 años quienes podrían llegar a ser influenciados y por ende el uso del velo (Hijab) podría llegar a tener un efecto proselitista, así como se evidenció en la siguiente cita:

“Los alumnos del solicitante tenían entre cuatro y ocho años, una edad en la que los niños se preguntan sobre muchas cosas y también son más fácilmente influenciados que los alumnos mayores. En esas circunstancias, no se puede negar abiertamente que el uso de un pañuelo en la cabeza pueda tener algún tipo de efecto proselitista, dado que parece imponerse a las mujeres mediante un precepto que se establece en el Corán y que, como señaló el Tribunal Federal, es difícil cuadrar con el principio de igualdad de género. Por lo tanto, parece difícil conciliar el uso de un pañuelo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los profesores en una sociedad democrática deben transmitir a sus alumnos” (CASO DAHLAB VS. SUIZA, 2001).

Ahora bien, como argumentos en contra de la interferencia, el TEDH resaltó dos. En primer lugar, las demandantes argumentaron que ambas profesoras usaron el velo (Hijab) por un tiempo considerable (más de tres años) en sus respectivos trabajos, sin recibir actitudes de descontento, rechazo o queja por parte de alumnos, padres o inclusive colegas. Lo cual implicaba que las personas con las cuales se relacionaban en su día a día no consideraban el uso de velo (Hijab) como un símbolo que vulnerara sus derechos y libertades (CASO DAHLAB VS SUIZA, 2001, TEDH CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006).

En segundo lugar, con respecto al argumento sobre la influencia que podría tener el uso del velo sobre los niños entre 4 y 8 años, el TEDH estableció que “es muy difícil evaluar el impacto que un poderoso símbolo externo, como el uso del velo, puede tener sobre la libertad de conciencia y la religión de los niños muy pequeños” (CASO DAHLAB VS. SUIZA, 2001).

Dicho esto, el Tribunal entró a ponderar ambos argumentos a favor y en contra de la interferencia con el fin de identificar desde su criterio, cuál argumentación tendría mayor peso y por ende justificaría o no la interferencia. Al momento de ponderar, el TEDH, en primer lugar, consideró que el uso del velo por un tiempo considerable sin recibir reclamos, quejas o comentarios de descontento no tendría fundamento y por ende no podría ser tomado como válido, dado que “está claro que el hecho de que una regla existente se aplique con menos rigor debido a un contexto específico no significa que no exista ninguna justificación para la regla o que ya no sea vinculante por ley” (CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006). En segundo lugar, el TEDH reafirmó que “la elección del alcance y la forma de aplicación de reglamentos dirigidos al uso de vestimentas religiosas en instituciones educativas debe dejarse, hasta cierto punto, a discreción de los Estados, quienes gozan de un margen de apreciación con respecto a esto” (CASO DAHLAB VS SUIZA, 2001, TEDH CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006).

En ese sentido, hasta el momento se puede establecer que al ponderar los argumentos tendrían mayor peso aquellos a favor de la interferencia puesto que de los dos expuestos por las demandantes, se evidenció cómo el TEDH los desvirtúa a ambos, estableciendo que las demandantes no lograron exponer con claridad cómo la interferencia no era proporcional al fin legítimo buscado y por ende vulneraba su derecho a manifestar sus creencias.

No obstante lo anterior, y antes de tomar una decisión o establecer el resultado de la ponderación realizada, el TEDH pasa a discutir como una alternativa de decisión o solución de la controversia el margen nacional de apreciación y la importancia del mismo y de las decisiones por parte de los Estados en lo que respecta a vestimentas religiosas, como se observa en la cita a continuación:

“El Tribunal reitera que, según su jurisprudencia, los Estados contratantes tienen un cierto margen de apreciación al evaluar la existencia y el alcance de la necesidad de una interferencia, pero este margen está sujeto a la supervisión europea, que abarca tanto la ley como las decisiones que la aplican. La tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas en principio, es decir, si las razones aducidas para justificarlas parecen "pertinentes y suficientes" y son proporcionales al objetivo legítimo perseguido (...) Del mismo modo, donde lo que está en juego son las preguntas frente a la relación entre el Estado y las religiones, las opiniones en diferentes sociedades democráticas pueden razonablemente diferir. Esto implica que el papel del organismo nacional de toma de decisiones, con respecto a estas temáticas, es de especial importancia. Este será el caso cuando se trata de regular el uso de símbolos religiosos en instituciones educativas” (CASO DAHLAB VS. SUIZA, 2001, CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006). (Traducción libre)

En ese sentido, el TEDH resaltó el peso que tienen las decisiones internas de los Estados y por ende recalcó su labor subsidiaria al momento de evaluar dichas decisiones.

Una vez incluido la doctrina del margen de apreciación como alternativa de decisión, el TEDH decide que la interferencia aplicada por ambos Estados fue “justificada[s] en principio y en proporción al objetivo declarado de protección de los derechos y las libertades de los demás, el orden público y la seguridad pública. En consecuencia, el Tribunal considera que la medida que prohíbe a las demandantes llevar un pañuelo en la cabeza mientras enseñan es "necesaria en una sociedad democrática" (CASO DAHLAB VS SUIZA, 2001, TEDH CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006). Lo cual culminó en una decisión a favor de los Estados donde estos no vulneraron el artículo 9 de la CEDH y la interferencia fue proporcional.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se puede afirmar, con respecto a estas dos sentencias, que:

- El TEDH utiliza la ponderación en sentido estricto entre el derecho a la libertad religiosa y la protección de los derechos y libertades de los demás con el fin de establecer si la interferencia fue o no proporcional al fin que buscaba obtener.
- Dentro de dicha ponderación se analizó argumentos a favor de la medida y en contra de esta, tales como la secularidad que deben mantener los funcionarios públicos, en este caso los profesores de escuelas y universidades públicas como representantes del Estado laico, la edad de los estudiantes y el uso previo de las vestimentas sin recibir rechazo.
- Al ponderar los argumentos a favor y en contra el Tribunal consideró que los argumentos en contra de la medida no habían sido adecuadamente justificados, no obstante, el TEDH considera que independientemente de lo establecido por ambas partes, es importante incluir como una alternativa de solución a la controversia la doctrina del margen de apreciación, entendiendo que en estos casos son los Estados los que están en mejor posición para decidir. De esta forma el TEDH basándose exclusivamente en el margen de apreciación, resuelve a favor del Estado, estableciendo que la interferencia no vulnera el artículo 9.



Estas afirmaciones permiten concluir principalmente que, en los casos donde se discutió la prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores en escuelas o universidades públicas, aunque el TEDH establece que se utilizará como criterio para fundamentar su decisión la ponderación en sentido estricto -entendiendo que esta permite evaluar si la interferencia cumple con del tercer requisito del artículo 9 de la CEDH-, y se evidencia de manera clara que al utilizar esta, la balanza se inclina hacia la protección de un derecho sobre el otro, decide incluir como alternativa de solución a la controversia el margen nacional de apreciación y opta por resolver esta basándose exclusivamente en dicha doctrina, sin justificar por qué razón decidió basándose exclusivamente en el margen de apreciación, cuando este era una alternativa de decisión que resuelve los casos donde de la ponderación no se obtiene un resultado claro frente al peso de los derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo la teoría de Alexy, el uso del margen de apreciación como alternativa de decisión para la resolución de la controversia se justificaría, si al momento de ponderar los principios o derechos enfrentados, se evidencia que el peso es el mismo, es decir que la balanza no se inclina hacia ninguno de ellos y por ende tanto la aplicación de la interferencia como su omisión da el mismo resultado. Ese caso, efectivamente significaría que la mejor solución es reconocer que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación en lo que respecta a estas prohibiciones y por ende resolver a favor de ellos. No obstante, esto se confirmará o refutará en el capítulo tercero donde se aplicará la fórmula de peso a cada uno de los casos.

#### **b. Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de estudiantes en instituciones públicas**

El presente apartado se centrará en 10 de los 16 casos priorizados, los cuales fueron agrupados debido a que, primero resuelven situaciones fácticas similares al estar relacionadas con la prohibición del Hijab para estudiantes en instituciones educativas públicas, segundo, la decisión del TEDH en los 10 casos ( Leyla Sahin vs. Turquía, Kose y otros vs. Turquía, Dogru vs. Francia, Kervanci vs. Francia, Aktas vs. Francia, Bayrak vs.

Francia, Gamaleddyn vs. Francia, Ghazal vs. Francia, J. Singh vs. Francia, y R. Singh vs. Francia) es la no vulneración del artículo 9 de la CEDH y tercero, la argumentación por parte del Tribunal para llegar a dicha decisión es la misma en la totalidad de las sentencias.

Tabla 3. Sentencias sobre la prohibición del velo y velo integral en instituciones públicas y espacios públicos.

Caso	Año	Hechos	Decisión del TEDH
Leyla Sahin vs. Turquía	2005	Leyla Sahin nació en una familia tradicional musulmana. Ingresó a estudiar Medicina de la Universidad de Estambul en el año de 1993. El 23 de febrero de 1998, cuando estaba cursando el quinto año de carrera, el Vicerrector de la Universidad aprobó una Circular en la que se establecía que los estudiantes que llevaran barba o velo islámico no serían admitidos en clase, seminarios o tutorías. Debido a esta normativa, le fue negado el acceso a varios exámenes y conferencias, así como a matricularse por llevaba el velo (Hijab). La demandante acudió a las diferentes instancias nacionales donde fue desestimado su argumentando con base en que tanto la Constitución de Turquía como la Ley de Educación Superior dieron el poder a las Universidades para que regulen las expresiones religiosas, con el fin de mantener el orden.	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH
Kose y otros vs. Turquía	2006	Los solicitantes eran alumnos de una escuela secundaria estatal. En dicha escuela, siguiendo una directiva emitida por la oficina del gobernador regional, los directores y el personal docente, podrían restringir el ingreso a clases de estudiantes que llevaran el velo (Hijab). Esto con el fin de garantizar el cumplimiento riguroso de las normas vigentes sobre la vestimenta de los alumnos. Seguidamente, se publicó otro memorando en el que se recordaba a los profesores exigir el código de vestimenta o de lo contrario se consideraría como una violación colectiva de los Principios de la República, lo que conllevaría a sanciones. Ambos documentos fueron objeto de denuncias por parte de alumnos y padres, las cuales fueron contestadas concluyendo que dichas normas observaban los derechos humanos, los principios constitucionales del secularismo y la neutralidad en el sistema educativo.	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH
Dogru vs. Francia	2008	Las demandantes en estos dos casos -dos niñas de once y doce años, ambas de la fe musulmana- se inscribieron en	No se vulneró el

Kervanci vs. Francia	<p>una escuela secundaria pública. En enero de 1999 se presentaron varias veces a clase de educación física usando el velo (Hijab). Aunque varias veces se les solicitó se lo retiraran, ellas se negaron a hacerlo. En febrero de 1999, el comité de disciplina de los alumnos de la escuela ordenó la expulsión de las solicitantes por repetidas faltas en las clases de educación física y deportes. En marzo de 1999, el Director de Educación de la zona respaldó esta decisión tras consultar a la Junta de Apelaciones Académicas, que justificó la prohibición del uso del velo (Hijab) durante educación física en el cumplimiento de las normas escolares de seguridad, salud y asistencia.</p> <p>En octubre de 1999, el Tribunal Administrativo desestimó las solicitudes presentadas por los padres de las demandantes que solicitaban la anulación de la decisión del Director de Educación. El tribunal determinó que al presentarse a educación física con prendas que les impedían participar en las actividades en cuestión, las solicitantes habían incumplido su obligación de asistir a clases regularmente y su actitud había creado un clima de tensión en la escuela. Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Apelación confirmó esas resoluciones y señaló que las demandantes habían sobrepasado los límites del derecho a expresar y manifestar sus creencias religiosas.</p>	artículo 9 de la CEDH	
Aktas vs. Francia,	2009	<p>Los y las demandantes se matricularon en varias escuelas estatales para el año 2004-2005. El primer día de clases, las niñas, que son musulmanas, llegaron con su velo y los muchachos llevaban un "keski" (un turbante bajo usado por los sijs).</p>	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH
Bayrak vs. Francia,		<p>Los directores de las escuelas consideraron que tanto los velos como los turbantes infringían la legislación que prohíbe el uso de vestimenta u otros símbolos que manifiestan la afiliación religiosa y no sólo durante las clases de educación física, sino en todas las clases, de conformidad con ley francesa de 2004. Cuando los alumnos se negaron a quitarse sus prendas, los maestros principales le negaron el acceso al aula. La señorita Bayrak, la señorita Gamaleddyn y la señorita Aktas decidieron posteriormente usar sombreros en lugar de sus velos.</p>	
Gamaleddyn vs. Francia,			
Ghazal vs. Francia, J.			
Singh vs. Francia y			
R. Singh vs. Francia		<p>Después de un período de diálogo con las familias, los consejos disciplinarios de las escuelas tomaron la decisión, en fechas diferentes entre octubre y noviembre de 2004, de expulsar a los alumnos por incumplimiento</p>	

---

de las disposiciones del artículo L. 141-5-1 del Código de Educación Código.

Los y las demandantes apelaron ante el Consejo de Estado, quien desestimó sus llamamientos, estimando que el velo (Hijab) y el "keski" sij, aunque era más pequeño que el turbante tradicional y de color oscuro, no podía calificarse de símbolo "discreto".

---

Una vez recibidos y estudiados los hechos el TEDH comienza a estudiar el requisito necesario para una sociedad democrática sobre el cual establece que:

La tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional se justificaron en principio y fueron proporcionales. Al delimitar el alcance del margen de apreciación en el presente caso, la Corte debe tener en cuenta lo que está en juego, a saber, la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás, preservar el orden público y garantizar la paz civil, frente al verdadero pluralismo religioso, que es vital para la supervivencia de una sociedad democrática (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS. FRANCIA, 2009; CASO GAMALEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009).

Esto evidencia, nuevamente, la relación entre el requisito y el principio de proporcionalidad, como método para estudiar la interferencia al derecho.

Una vez dicho esto, en cada uno de los casos el TEDH resaltó el deber de neutralidad y el respeto al pluralismo por parte de los Estados, resaltando que en una sociedad democrática se debe proteger y respetar la pluralidad de religiones y creencias que pueden converger en un mismo lugar como se muestra en la siguiente cita:

“En las sociedades democráticas, en las que varias religiones conviven dentro de una misma población, puede ser necesario imponer restricciones a la libertad de manifestar su religión o creencia para reconciliar los intereses de los diversos grupos y garantizar que se respeten las creencias

de todos. Esto se deriva tanto del párrafo 2 del artículo 9 como de la obligación positiva del Estado en virtud del artículo 1 de la Convención de garantizar a todos los que se encuentran dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el mismo. En consecuencia, el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino asegurar que los grupos en competencia se toleren mutuamente (...) El pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras son el sello distintivo de una "sociedad democrática". Aunque los intereses individuales deben en ocasiones subordinarse a los de un grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de una mayoría siempre deben prevalecer: debe lograrse un equilibrio que garantice el trato justo y adecuado de las personas de las minorías y evite cualquier abuso de las mismas” (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS. FRANCIA, 2009; CASO GAMALEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009).

A renglón seguido, el TEDH hizo un intento por presentar las ventajas y desventajas con respecto a la interferencia, no obstante, terminó exponiendo seis argumentos que justificaban, exclusivamente, la satisfacción del derecho a la protección de los derechos y libertades de otros, sobre la afectación de la libertad religiosa.

En primer lugar, argumentó que las diferentes medidas tomadas tanto en la universidad como en las escuelas, respetaban el derecho a la igualdad y no eran discriminatorias con respecto a una religión en particular, puesto que “la resolución adoptada por la Universidad de Estambul el 9 de julio de 1998 muestra que otras formas de vestimenta religiosa también están prohibidas en diferentes zonas de la universidad”(CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005), “(...) la prohibición de llevar el pañuelo en la cabeza durante las clases de educación física se da debido a la necesidad de dar cumplimiento de las normas escolares sobre salud, seguridad y asiduidad, que eran

aplicables a todos los alumnos sin distinción” (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS. FRANCIA, 2009; CASO GAMALLEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009)..

En segundo lugar, expuso que las diferentes medidas que prohíben el uso del velo (Hijab) tuvieron en cuenta no solo la evolución de las sociedades sino también los contextos de ambos países (Turquía y Francia). La aplicación de dichas medidas tuvo un extenso trabajo de estudio, análisis y discusión, con el fin de evitar que estas fueran arbitrarias o afectaran de manera desproporcional el derecho a manifestar la religión de los estudiantes. Esto se evidenció cuando el TEDH estableció que:

“(…) el proceso por el que se aplicaron los reglamentos que dieron lugar a las decisiones tomó varios años y fue acompañado por un amplio debate en la sociedad y la profesión docente. Los dos tribunales más importantes, el Tribunal Administrativo Supremo y el Tribunal Constitucional, han logrado establecer jurisprudencia reiterada sobre esta cuestión (...) Está bastante claro que a lo largo de ese proceso de toma de decisiones las autoridades universitarias trataron de adaptarse a la situación en evolución de una manera que no impediría el acceso a la universidad a los estudiantes que usan el velo” (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005).

(...)

“(…) el procedimiento contra los demandantes cumplía plenamente con el deber de llevar a cabo un ejercicio equilibrado de los diversos intereses en juego. Posteriormente, de acuerdo con la información proporcionada por el Gobierno, las autoridades interesadas hicieron muchos intentos infructuosos durante un largo período de tiempo para entablar diálogos con las demandantes (...)” (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS. FRANCIA, 2009; CASO

GAMALLEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009).

Como tercer argumento, el TEDH resaltó que, tanto Francia como Turquía, son países que tienen como valores democráticos la neutralidad y el secularismo, por lo cual, está dentro de su obligación respetar y mantener dichos principios, sin favorecer o afectar una religión en particular. En esa línea, las escuelas públicas, al ser del Estado, deben mantener estos mandatos y limitar, si es necesario, la manifestación religiosa que pueda ponerlos en riesgo.

Esto se evidencia al Tribunal establecer:

“(…) no son escuelas religiosas y son parte del sistema de educación estatal, en consecuencia, ellos no están exentos del principio de secularismo. Un Estado que establece escuelas estatales no puede liberarlas de su papel como árbitro neutral y garante del pluralismo religioso. A ese respecto, incumbe a las autoridades competentes tener mucho cuidado de garantizar, dentro de los límites de su margen de apreciación, que cuando, por respeto al pluralismo y la libertad de los demás, permiten a los estudiantes manifestar sus creencias religiosas en las instalaciones escolares, tal manifestación no se convierte en ostentosa y por lo tanto una fuente de presión y exclusión (…). La necesidad de tal cuidado se vuelve aún más aguda por el hecho de que el significado o el impacto de la expresión pública de una creencia religiosa diferirán según el tiempo y el contexto” (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005).

En cuarto lugar, el TEDH resalto el argumento de ambos Estados con respecto a la protección los derechos de las mujeres y el respeto de sus ideas y su liberación de las limitaciones religiosas, como se evidenció a continuación:

“La característica definitoria del ideal republicano era la presencia de las mujeres en la vida pública y su participación en la sociedad. En

consecuencia, las ideas de que las mujeres deberían liberarse de las restricciones religiosas y de que la sociedad debería modernizarse tenían un origen común. La protección de los derechos de las mujeres... La igualdad de género, reconocida por el Tribunal Europeo como uno de los principios fundamentales subyacentes (...) como un principio implícito en los valores subyacentes al Convenio de Constitución y un objetivo de ser logrado por los Estados miembros del Consejo de Europa” (CASO LEYLA SAHIN V, TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA ).

Como quinto argumento el TEDH expuso que la medida buscaba prevenir el ejercicio de una presión sobre los estudiantes que no practicaban la religión islámica o que pertenecían a otra religión, al establecer que “debe tenerse en cuenta el impacto que el uso de tal símbolo -pañuelo islámico- puede tener sobre aquellos que eligen no usarlo, especialmente cuando este se presenta o se percibe como un deber religioso obligatorio” (CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005).

En sexto y último lugar, el TEDH desvirtuó lo expuesto con respecto a la gravedad de las penas impuestas a los diferentes estudiantes; en el caso de la universidad a la estudiante le fue prohibido el ingreso a sus clases lo que conllevó a que se retirara de la misma y en los casos de los estudiantes de las escuelas, la mayoría de ellos fueron suspendidos al decir:

“En cuanto a la elección de la pena más severa, debe señalarse que, cuando en lo que respecta a los medios para garantizar el respeto de las normas internas, no corresponde a la jurisdicción de la Corte sustituir su propia visión por la de las autoridades disciplinarias que, estando en contacto directo y continuo con la comunidad educativa, están mejor situadas para evaluar necesidades y condiciones locales o los requisitos de una capacitación en particular” (CASO LEYLA SAHIN V, TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA ).



Adicionalmente, el TEDH reconoció que aunque los estudiantes proponían cambiar el velo por una gorra o un sombrero, con el fin de no usar un símbolo impactante -como argumentaban las escuelas- pero conservando los mandatos religiosos en torno a cubrir su cabello, “la propuesta del solicitante de sustituir el pañuelo por una gorra, aparte de que es difícil para la Corte juzgar si el uso de un sombrero sería compatible con las clases deportivas o no, estas decisiones caen directamente dentro del margen de apreciación del Estado” (CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS. FRANCIA, 2009; CASO GAMALEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009).

Finalmente, como la alternativa de decisión determinante en los 10 casos, el TEDH hizo mención de la doctrina del margen de apreciación y expresó que:

“(…) cuando se trata de cuestiones relativas a la relación entre el Estado y las religiones, cuya opinión en una sociedad democrática puede diferir razonablemente ampliamente, se debe otorgar especial importancia al papel del órgano nacional de adopción de decisiones. Este será especialmente el caso cuando se trate de regular el uso de símbolos religiosos en las instituciones educativas, especialmente, en vista de la diversidad de enfoques adoptados por las autoridades nacionales sobre la cuestión. No es posible discernir en toda Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia religiosa diferirá según el tiempo y el contexto (...) Teniendo en cuenta lo anterior y teniendo en cuenta el margen de apreciación de los Estados contratantes en este ámbito, el Tribunal considera que la interferencia en cuestión se justificó en principio y fue proporcional al objetivo perseguido.” (CASO LEYLA SAHIN V, TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS.

FRANCIA, 2009; CASO GAMALEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009).

Dicho esto, el TEDH decidió en los 10 casos que la medida impuesta por el Estado, aunque interfiere con el derecho a la libertad de religión, no vulnera el artículo 9 de la CEDH y por ende fue proporcional al fin que buscaba, siendo entonces, necesaria en una sociedad democrática.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se puede afirmar, con respecto a estas 10 sentencias, que:

- El TEDH utiliza nuevamente la ponderación en sentido estricto entre el derecho a la libertad religiosa y la protección de los derechos y libertades de los demás con el fin de establecer si la interferencia fue o no proporcional al fin que buscaba obtener.
- Dentro de dicha ponderación el Tribunal intentó sopesar argumentos a favor y en contra de la medida, no obstante, en los 10 casos se evidenció que los 6 argumentos expuestos eran a favor de la interferencia. Siendo los argumentos los siguientes:
  - La medida era igualitaria, al enfocarse de manera general a cualquier forma de manifestación de creencias religiosas, es decir, abarcaba todas las religiones y no el Islam en particular o sus vestimentas.
  - La medida tuvo en cuenta no solo los contextos políticos y sociales, sino que fue estudiada y debatida por un tiempo considerable.
  - Los dos Estados que son demandados en los 10 casos (Turquía y Francia) son países que han luchado por tener sociedades neutrales y seculares, por lo cual, no pueden permitir que sus instituciones apoyen o permitan la manifestación de una religión sobre las otras.
  - La medida busca proteger los derechos de las mujeres, dado que este tipo de vestimentas tienen un significado de opresión hacia la mujer y hacia su participación en la vida pública.

- La medida busca evitar que aquellos estudiantes que profesen otras religiosas, vean estas vestimentas como una especie de presión o una expresión de proselitismo.
- Aunque la medida contemplaba penas para aquellas personas que no la cumplieran, el TEDH considero que estas penas no eran excesivas y correspondían con lo que se buscaba con la medida.
- Aunque el TEDH no presentan argumentos en contra de la interferencia y de sus consideraciones se puede intuir el peso que le otorga a los argumentos a favor, el Tribunal considera que independientemente de lo establecido, es importante incluir considerar como alternativa de solución a la controversia, la doctrina del margen de apreciación, entendiendo que en estos 10 casos son los Estados los que están en mejor posición para decidir. De esta forma el TEDH decide a favor del Estado, estableciendo que las interferencias no vulneraron el artículo 9.

Estas afirmaciones permiten concluir principalmente que, frente a los casos que tratan la prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de estudiantes en escuelas o universidades públicas, aunque el TEDH establece que se utilizará como criterio para fundamentar su decisión la ponderación en sentido estricto y nuevamente se evidencia que la protección de uno de los derechos tiene mayor peso que la protección del otro, incluye el margen nacional de apreciación como alternativa de decisión y opta por resolver la controversia basándose exclusivamente en este, sin justificar por qué razón la decisión debe basarse en aquella alternativa de solución y no en el criterio central que era la ponderación en sentido estricto.

Al igual que lo establecido en el grupo de sentencias del apartado anterior, teniendo en cuenta esta decisión, y siguiendo la teoría de Alexy, el haberle decidido basándose en el margen de apreciación se justificaría, si al momento de ponderar los principios o derechos enfrentados, se evidencia que la balanza no se inclina hacia ninguno de ellos y por ende la mejor solución es reconocer que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación en lo que respecta a estas prohibiciones y por ende

resolver a favor de ellos. No obstante, esto se confirmará o refutará en el capítulo tercero donde se aplicará la fórmula de peso a cada uno de los casos.

### c. El caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía

El tercer apartado de la presente sección, se centra exclusivamente en el caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía debido a que solo en esta sentencia el TEDH falló a favor de los demandantes, condenando al Estado por la vulneración del artículo 9 de la CEDH.

Es importante aclarar que este caso, aunque no versa sobre el uso del velo (Hijab) o velo integral (Burka y Niqab), fue incluido dentro del presente estudio por dos razones, la primera debido a que la vestimenta que se analiza en esta sentencia se asemeja a la Burka, al ser una prenda que cubre el cuerpo completo de los demandante y en segundo lugar, porque es un caso donde se discute el uso de prendas que cubren completamente el cuerpo en espacios públicos, como calles, parques, entre otros.

Tabla 4. Sentencias sobre la prohibición del velo y velo integral en instituciones públicas y espacios públicos.

Caso	Año	Hechos	Decisión del TEDH
Ahmet Arslan y otros vs. Turquía	2010	Los demandantes nacionales turcos, en octubre de 1996 se reunieron en Ankara para una ceremonia religiosa celebrada en la mezquita de Kocatepe. Recorrieron las calles de la ciudad con el traje distintivo de su grupo, que evocaba el de los principales profetas y se componía de un turbante, "salvar" (pantalones "harem" holgados), una túnica y un palo. Tras varios incidentes ocurridos el mismo día, fueron detenidos y puestos bajo custodia policial. En el marco de los procedimientos iniciados contra ellos por infracción de la legislación antiterrorista, comparecieron ante el Tribunal de Seguridad del Estado en enero de 1997, vestidos de acuerdo con el código de vestimenta de su grupo. A raíz de esa audiencia, se iniciaron procedimientos contra ellos y fueron condenados por incumplimiento tanto de la	Se vulneró el artículo 9 de la CEDH

---

ley sobre el uso del sombrero como de las reglas sobre el uso de determinadas prendas de vestir, específicamente prendas religiosas, en público, salvo en ceremonias religiosas.

El caso fue estudiado por el TEDH, y en este se condena al Estado por vulneración del artículo 9 de la CEDH.

Dicho esto, el TEDH en su decisión estipula que:

(a) el Estado demandado pagará a los solicitantes, dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que la sentencia se convierta en definitiva de conformidad con el artículo 44, párrafo 2, del Convenio, las siguientes cantidades, que se convertirán en liras turcas a la tasa aplicable en la fecha de liquidación:

i. 10 euros (diez euros) a cada uno de los solicitantes, más cualquier impuesto que pueda ser imputable, por daños materiales;

ii. 2.000 euros (dos mil euros) a los solicitantes, más cualquier impuesto que pueda cargarse a ellos por costos y gastos.

---

Cuando el TEDH recibir el caso y pasa a estudiar el requisito necesario para una sociedad democrática, comienza resaltando nuevamente que dentro de este se debe determinar que la medida adoptada por el Estado, sea justificada en principio y proporcional al fin que buscaba alcanzar (CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010a).

Ante estos hechos, el TEDH inició su análisis en torno a los argumentos a favor y en contra de la medida impuesta por el Estado, y resaltó, por un lado, dos argumentos que justificaron la satisfacción de la protección a los derechos y libertades de otros, sobre la afectación de la libertad religiosa, y por el otro, tres argumentos que desacreditaron el hecho de satisfacer los derechos de otros sobre la libertad religiosa de los demandantes.

En primer lugar, con respecto a los argumentos a favor de la interferencia se encontró por un lado, el deber del Estado de proteger los valores de neutralidad y secularidad y por el otro, prevenir que la manifestación de la religión mediante vestimentas generaran provocación, proselitismo o propaganda, así como se evidenció en la siguiente cita: “La Corte tiene en cuenta en segundo lugar el argumento del gobierno según el cual la

aplicación de las disposiciones mencionadas tenía como fin el hacer respetar los principios laicos y democráticos de la República y de impedir actos de provocación, de proselitismo y de propaganda por parte de los demandantes” (CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010b).

Ahora bien, frente a los tres argumentos que desvirtúan dicha satisfacción de los derechos y libertades de otros sobre la afectación de la libertad de religión, el TEDH desarrolló lo siguiente; primero, argumentó que los demandantes no son representantes del Estado y por ende no tienen los mismos deberes que tendrían aquellos funcionarios que trabajan para el gobierno ya sea en oficinas o en entidades educativas públicas, esto se evidenció cuando el TEDH estableció:

“En su evaluación de las circunstancias del asunto, la Corte encuentra primero que los demandantes son simples ciudadanos: ellos no son de ninguna manera representantes del Estado en el ejercicio de una función pública; ellos no se han afiliado a ningún estatus que procurara a sus titulares la calidad de detentor de la autoridad del Estado. Ellos no pueden pues ser sometidos, debido a un estatus oficial, a una obligación de discreción en la expresión pública de sus convicciones religiosas” (CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010c).

Como segundo argumento, el TEDH resaltó que los demandantes no se encontraban con dichas vestimentas en establecimientos públicos o en instituciones educativas públicas, por el contrario, se encontraban en vías y espacios públicos abiertos a todos, por lo cual, las reglas de vestimenta en dichos espacios variaban y por ende, no se podría aplicar lo antes dicho sobre universidades o colegios. Esto se evidenció al TEDH decir:

“La Corte recuerda enseguida su declaración según la cual los demandantes han sido sancionados por el atuendo indumentario que utilizaban en los lugares públicos abiertos a todos como las vías o las plazas públicas. No se trata pues de la reglamentación del porte de símbolos religiosos en establecimientos públicos, en los cuales el respeto de la neutralidad en

cuanto a las creencias puede primar sobre el libre ejercicio del derecho de manifestar su religión. De esto se sigue que la jurisprudencia de la Corte haciendo énfasis en la particular importancia del rol del responsable nacional en cuanto a la prohibición del porte de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza pública no halla el medio para aplicarse en el asunto presente” (CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010d).

Finalmente, el Tribunal, como tercer y último argumento, expuso que el usar dichas vestimentas no evidenciaba una intención por parte de los demandantes de amenazar el orden público u obligar a los demás a usarlas o a adherirse a dicha religión, como lo estableció la siguiente cita:

“La Corte encuentra finalmente que no resulta del proceso que la forma en la cual los demandantes han manifestado sus creencias por un atuendo específico constituía u osaba en constituir una amenaza para el orden público o una presión sobre los demás. En efecto los demandantes, al principio del periodo en el que cometieron las infracciones previstas por las leyes n° 671 y 2596, se habían reunido delante de una mezquita, en el atuendo en causa, con el solo fin de participar en una ceremonia de carácter religioso.

(...)

En cuanto a la tesis del Gobierno sacada de un eventual proselitismo de parte de los demandantes, la Corte observa que ningún elemento del expediente muestra que los demandantes habían intentado hacer someter a presiones abusivas a los peatones en las vías y plazas públicas en el deseo de promover sus creencias religiosas. De hecho, el efecto de su movimiento había sido restringido e incluso reducido a una “curiosidad” por el anuncio expresado por la dirección de asuntos religiosos según el cual las vestimentas utilizadas por los demandantes no representaban ningún poder o autoridad religiosos reconocidos por el Estado” (CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010e).

Una vez el TEDH analizó los argumentos a favor y en contra, y sin utilizar la doctrina del margen de apreciación, decidió que “la necesidad de la restricción litigiosa no se encuentra establecida de manera convincente, por lo cual, considera que la violación al derecho de los demandantes de la libertad de manifestar sus convicciones no se fundaba en motivos suficientes ante el artículo 9 de la Convención (...) En consecuencia, la medida en cuestión ha infringido el artículo 9 de la Convención” (CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010f), lo cual implicó una condena al Estado y se le ordenó el pago a los demandantes por los daños causados.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se puede afirmar, con respecto a este caso que:

- El TEDH utiliza, como lo hizo en los dos grupos de sentencias anteriores, la ponderación en sentido estricto entre el derecho a la libertad religiosa y la protección de los derechos y libertades de los demás con el fin de establecer si la interferencia fue o no proporcional al fin que buscaba obtener.
- Dentro de dicha ponderación el Tribunal sopesa dos argumentos a favor y tres en contra de la medida. Frente a los argumentos a favor, se establece que la medida buscaba proteger y respetar los principios de secularidad que rigen el Estado y al mismo tiempo evitar que dichas vestimentas como actos de proselitismo generaran presión sobre las personas que caminaran por las calles durante la procesión. Ahora bien, con respecto a los argumentos en contra de la medida se resaltó que primero, los demandantes no eran representantes del Estado ya que no eran ni funcionarios públicos, ni profesores de escuelas o universidades públicas y por ende no tenían esa obligación de respetar los principios de laicidad y neutralidad del Estado, en segundo lugar, se encontraban en la vía pública y no en edificios públicos o escuelas y universidades públicas, por lo cual el código de vestimenta no era el mismo y en tercer lugar, que el uso de este tipo de vestimentas religiosas no representaban actos de proselitismo ni buscaban ofender otras religiones.



- El TEDH dentro de las sentencias pondera la totalidad de argumentos y decide que teniendo en cuenta que tienen mayor peso los argumentos en contra de la medida y los argumentos a favor no fueron sustentados de manera suficiente y adecuada, la medida no es proporcional y vulnera el artículo 9 de la CEDH.

Estas afirmaciones permiten concluir que, en el presente caso, donde se discutió el uso de prendas religiosas en espacios públicos, la protección del principio de secularidad y neutralidad no es aplicable cuando las personas que utilizan las vestimentas no son funcionarios públicos ni se encuentran utilizando dichas prendas en edificios oficiales (lo cual incluye colegios y universidades públicas). En este caso, el TEDH pondera los derechos en discusión y toma una decisión basándose exclusivamente en dicho criterio de análisis, sin utilizar o añadir como alternativa de decisión la doctrina del margen de apreciación.

#### **d. Prohibición del uso del velo integral en espacios públicos**

El último apartado de la presente sección, se centra en 3 sentencias con las cuales se completan los 16 casos priorizados, las sentencias son S.A.S. vs. Francia, Belcacemi y Oussar vs. Bélgica y Dakir vs. Bélgica, y se basan en la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos.

Tabla 5. Sentencias sobre la prohibición del velo y velo integral en instituciones públicas y espacios públicos.

Caso	Año	Hechos	Decisión del TEDH
S.A.S. vs. Francia	2014	La Ley no. 2010-1192 de 11 de octubre de 2010 entró en vigor en Francia el 11 de abril de 2011. Dicha ley estipula la prohibición de cualquier persona de ocultar su cara en público. La ley surgió tras un largo período de consideración y debate. En 2009, una comisión parlamentaria fue establecida por el	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH

---

presidente de la Asamblea Nacional para considerar el uso del velo integral en territorio francés. La comisión informó que la práctica era un fenómeno reciente que no era muestra de una creencia religiosa, sino que surgió de la radicalización y el extremismo. Varios otros órganos publicaron informes, antes de la introducción de la ley, incluida la Comisión Nacional Asesora de Derechos Humanos que no apoyaban una prohibición general del velo integral.

La demandante vive en Francia y es de nacionalidad francesa. Ella se presentó ante el Tribunal de Justicia argumentando que usa el Niqab y la Burka según su fe religiosa, su cultura y convicciones personales y que bajo ningún motivo el uso de dichas prendas era resultado de la presión por parte de algún miembro de su familia o por su marido.

De hecho, afirmó que el uso del velo integral es una forma de expresar su religión y sentirse en paz interior consigo misma y no tenía la intención de molestar a otros al hacerlo. Sin embargo, desde el 11 de octubre no había podido salir de su casa dado la aprobación de la ley que incluía dichas vestimentas.

---

Belcacemi y Oussar vs. Bélgica	2017	<p>El 1 de junio de 2011 Bélgica promulgó una ley que prohíbe el uso, en lugares públicos, de la ropa que cubre parcial o totalmente la cara.</p> <p>La Sra. Belcacemi y la Sra. Oussar se presentan como musulmanes que han decidido por su propia iniciativa llevar el Niqab.</p> <p>Tras la promulgación de la ley en cuestión, la Sra. Belcacemi decidió inicialmente seguir usando el velo en la calle. Sin embargo, debido a la presión, posteriormente decidió quitárselo temporalmente, temiendo que pudiera</p>	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH
--------------------------------	------	--	--

---

---

		<p>ser detenida y luego multada o incluso enviada a prisión. La Sra. Oussar, por su parte, declara que ha decidido quedarse en casa.</p> <p>El 26 de julio de 2011, la Sra. Belcacemi y la Sra. Oussar interpusieron recursos de suspensión y anulación de La ley ante el Tribunal Constitucional. Sus casos fueron desestimados por ese órgano jurisdiccional.</p>	
Dakir vs. Bélgica	2017	<p>En junio de 2008 los municipios de Pepinster, Dison y Verviers adoptaron un reglamento municipal, que prohíbe el uso de ropa que oculte la cara, en todos los lugares públicos.</p> <p>En agosto de 2008, la Sra. Dakir, presentándose como musulmana que había decidido por iniciativa propia llevar el Niqab, interpuso recurso ante el Consejo de Estado para anular dicha prohibición. Afirmó, entre otras cosas, que la disposición se refería expresamente al velo integral que llevaba y que la prohibición resultante constituía una injerencia en los derechos garantizados por los artículos 8, 9, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.</p> <p>Ella también sostuvo que la interferencia no tenía un objetivo legítimo, ya que el secularismo no era un principio y el uso del velo no puede ser objeto de una prohibición general.</p>	No se vulneró el artículo 9 de la CEDH

---

En los tres casos, como se puede observar, se discutió la promulgación de leyes, que prohíben el uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos. En los tres casos, las demandantes reclamaron su derecho a manifestar sus creencias, mediante las vestimentas y se opusieron a las sanciones impuestas por ambos Estados (Francia y Bélgica) frente al uso de estas.

Al TEDH recibe los tres casos y una vez analizados los hechos, pasa a estudiar el requisito necesario para una sociedad democrática y al igual que con las 13 sentencias anteriores, reitera que:

La tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional se justificaron en principio y fueron proporcionales. Al delimitar el alcance del margen de apreciación en el presente caso, la Corte debe tener en cuenta lo que está en juego, a saber, la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás, preservar el orden público y garantizar la paz civil, frente al verdadero pluralismo religioso, que es vital para la supervivencia de una sociedad democrática (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA 2017).

Al analizar los hechos en los tres casos, el TEDH expuso tres argumentos en contra de la medida y uno a favor de esta.

Frente al primer argumento en contra, para los Estados, la medida buscaba satisfacer la necesidad de identificar a las personas a fin de prevenir el peligro para la seguridad de estas, los bienes y para combatir el fraude de identidad (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA 2017). Con respecto a esto, las demandantes argumentaron que “no se podía decir que esta interferencia tenía el objetivo legítimo de "seguridad pública", ya que no era una medida destinada a abordar problemas de seguridad específicos en lugares de alto riesgo como los aeropuertos, sino una prohibición general aplicable a casi todos los lugares públicos” (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA 2017).

Ante lo expuesto anteriormente, el TEDH estudió ambas posiciones y estableció que en lo que respecta a la seguridad pública:

“Un Estado puede considerar esencial poder identificar a las personas a fin de evitar peligros para la seguridad de personas y bienes y para combatir el fraude de identidad. Por lo tanto, no ha violado el artículo 9 del Convenio

en relación con la obligación de quitar prendas con una connotación religiosa en el contexto de los controles de seguridad y la obligación de aparecer con la cabeza descubierta en las fotos de identidad para utilizarlas en documentos oficiales. Sin embargo, en vista de su impacto sobre los derechos de las mujeres que desean usar el velo integral por razones religiosas, una prohibición general del uso en lugares públicos de ropa diseñada para ocultar la cara puede considerarse como proporcional solo en un contexto donde hay una amenaza general a la seguridad pública. En ese sentido, el objetivo aludido por el Gobierno podría alcanzarse mediante una mera obligación de mostrar su rostro e identificarse donde se ha establecido un riesgo para la seguridad de personas y bienes, o cuando circunstancias particulares implican una sospecha de fraude de identidad” (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017).

Como segundo y tercer argumento en contra, el TEDH comienza explicando que el fin “respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática”, de acuerdo con los Estados demandados en las tres sentencias, incluye los siguientes tres valores: el respeto de la igualdad entre hombres y mujeres, el respeto de la dignidad humana y el respeto de los requisitos mínimos de la vida en la sociedad. De estos tres valores, los argumentos en contra se centraron en los dos primeros.

Frente al respeto entre hombres y mujeres los Estados argumentaban que: “(...) La prohibición buscaba proteger la igualdad entre hombres y mujeres, ya que considera que las mujeres, por el mero hecho de ser mujeres, deben ocultar sus rostros en lugares públicos, lo que equivale a negarles el derecho a existir como individuos y reservar la expresión de su individualidad en el espacio familiar privado o en un espacio exclusivamente femenino” (CASO S.A.S. vs. FRANCIA, 2014, CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017, Y CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017). (Traducción libre)

Ante esta argumentación, el TEDH estableció en los casos S.A.S. vs. Francia, Belcacemi y Oussar vs. Bélgica y Dakir vs. Bélgica, lo siguiente:

“El Tribunal no está convencido de la presentación del Gobierno en lo que respecta al respeto de la igualdad entre hombres y mujeres. No cabe duda de que la igualdad entre hombres y mujeres podría justificar correctamente una injerencia en el ejercicio de ciertos derechos y libertades consagrados en la Convención. (...) prohibir el hecho de forzar a las mujeres a ocultar su rostro persigue un objetivo que corresponde a la "protección de los derechos y libertades de los demás" en el sentido del segundo párrafo de los artículos 8 y 9 de la Convención. La Corte considera, sin embargo, que un Estado Parte no puede invocar la igualdad entre hombres y mujeres para prohibir una práctica defendida por mujeres, como la demandante, en el contexto del ejercicio de los derechos consagrados en esas disposiciones”.

Expuestas ambas opiniones, puede observarse que el TEDH, frente a la igualdad entre hombre y mujeres argumenta que no podría ser utilizada para justificar la interferencia al derecho, con base en la búsqueda de la protección de los derechos y libertades de los demás. Esto debido a que, aunque reconoce que la igualdad entre hombres y mujeres es un tema de gran importancia para los derechos humanos y alcanzar esta finalidad permitiría que se interfiriera con ciertos derechos, en el presente caso no se puede pretender proteger a las mujeres de un acto que estas defienden.

Es decir, el Estado no puede argumentar que el uso del velo integral (Burka y Niqab) es opresivo y denigrante para las mujeres, cuando son ellas las que están escogiendo por voluntad propia usarlo.

Con relación al segundo valor, es decir, respeto por la dignidad humana, el TEDH estableció que:

“(…) por esencial que sea el respeto por la dignidad humana no puede legítimamente justificar una prohibición general del uso del velo integral en lugares públicos. La Corte es consciente de que la ropa en cuestión es percibida como extraña por muchos de los que la observan. Señalaría, sin embargo, que es la expresión de una identidad cultural que contribuye al pluralismo que es inherente a

la democracia. Toma nota a este respecto de la variabilidad de las nociones de virtuosidad y decencia que se aplican al descubrimiento del cuerpo humano. Por otra parte, no lo hace tener alguna evidencia capaz de llevarlo a considerar que las mujeres que visten el velo integral buscan expresar una forma de desprecio contra los demás o de otra manera ofender la dignidad de otros” (CASO S.A.S. vs. FRANCIA, 2014, CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017, Y CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017). (Traducción libre).

Al igual que en el argumento anterior, el TEDH consideró que los argumentos presentados por los Estados no eran suficientes para demostrar que las vestimentas de las demandantes buscaban ofender la dignidad humana de los demás y resaltó que dichas vestimentas lo que implicaban era una manifestación de una religión como una contribución esencial al pluralismo de una sociedad.

Ahora bien, con respecto al argumento a favor de la medida, este se enfocó en el tercer valor, es decir, el respeto de los requisitos mínimos de la vida en la sociedad, frente al cual, los gobiernos argumentaron que:

“La observancia de los requisitos mínimos de la vida en sociedad donde la cara desempeña un papel importante en la interacción humana: más que cualquier otra parte del cuerpo, la cara expresa la existencia del individuo como una persona única, y refleja la humanidad compartida con el interlocutor. El efecto de ocultar la cara en lugares públicos es romper los lazos sociales y manifestar un rechazo del principio de "vivir juntos"” (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017).

Con respecto a este argumento, el TEDH estableció que:

“Este es un objetivo al que las autoridades han otorgado gran importancia. Esto puede verse, en particular, en el memorando explicativo que acompaña la ley. Ciertamente, es competencia del Estado asegurar las condiciones para que las personas puedan vivir juntas en su diversidad.

Además, la Corte puede aceptar que un Estado puede considerar esencial otorgarle al rostro un peso especial en la interacción entre individuos y puede considerar que esto se ve negativamente afectado por el hecho de que algunos ocultan sus rostros en lugares públicos. Por consiguiente, el Tribunal considera que la prohibición impugnada puede considerarse justificada en principio únicamente en la medida en que pretende garantizar las condiciones de "convivencia" (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017).

No obstante, lo anterior, el TEDH, a diferencia de las demás sentencias, no se limitó a exponer los argumentos a favor y en contra, sino que añadió a su análisis dos consideraciones importantes para tener en cuenta<sup>5</sup>:

- “(...) Es cierto que solo un pequeño número de mujeres se ven afectadas, debido a que el porcentaje de mujeres que usan esta vestimenta en ambos países es muy bajo, por lo tanto, puede parecer excesivo responder a esa situación imponiendo una prohibición general (...) Además, no hay duda de que la prohibición tiene un impacto negativo al generar un dilema complejo puesto que la idea de ser procesado puede ser traumático para las mujeres que han elegido usar el velo integral por razones relacionadas con sus creencias y puede resultar en aislamiento y restricción a su autonomía.
- (...) la Corte está muy preocupada por las indicaciones de algunos terceros intervinientes en el sentido de que ciertas observaciones islamofóbicas marcaron el debate que precedió a la aprobación de la Ley (...) un Estado que participa en un proceso legislativo de este tipo corre el riesgo de contribuir a la consolidación de los estereotipos que afectan a determinadas categorías de la población y de fomentar la expresión de la intolerancia” (S.A.S. VS. FRANCIA 2014; BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017 Y DAKIR VS. BÉLGICA 2017).

---

<sup>5</sup> Las citas que se colocan a continuación fueron obtenidas de las tres sentencias (S.A.S. vs. Francia (2014), Belcacemi y Oussar vs. Bélgica (2017) y Dakir vs. Bélgica (2017)), toda vez que, el TEDH expone de manera casi exacta dichas observaciones en cada una de ellas.



Dicho esto, el TEDH dejó claro que, aunque la medida puede conllevar a una afectación grave a los derechos de las mujeres que deciden usar el velo integral (Burka o Niqab), generando contextos de discriminación e islamofobia, no puede desconocerse que el Estado es el que tiene la última palabra, y es allí donde introduce como alternativa de decisión la doctrina del margen de apreciación estableciendo lo siguiente:

“En tales circunstancias, la Corte tiene el deber de ejercer un cierto grado de moderación en su revisión del cumplimiento de la Convención, ya que dicha revisión lo llevará a evaluar un equilibrio que ha sido alcanzado por medio de un proceso democrático dentro de la sociedad en cuestión. Además, el Tribunal ya tuvo ocasión de observar que, en cuestiones de política general, sobre qué entra dentro de una sociedad democrática pueden presentarse amplias diferencias, por lo cual se debe otorgar un peso especial al papel del responsable de la formulación de políticas nacionales (...) Ahora bien, es particularmente cierto que hay pocos puntos en común entre los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la cuestión del uso del velo integral en público. Por lo tanto, se puede decir que en Europa no existe un consenso sobre si debe o no prohibirse en general el uso del velo completo en los lugares públicos. (...) También es importante enfatizar el rol fundamentalmente subsidiario del mecanismo de la Convención. Las autoridades nacionales tienen una legitimación democrática directa y, como la Corte ha sostenido en muchas ocasiones, en principio están mejor posicionadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales (...) Con respecto al artículo 9 de la Convención, el Estado debería, en principio, gozar de un amplio margen de apreciación al decidir si es "necesaria" una limitación del derecho a manifestar su religión o sus creencias y en qué medida. Dicho esto, al delimitar el alcance del margen de apreciación en un caso determinado, el Tribunal también debe tener en cuenta lo que está en juego”. (S.A.S. VS. FRANCIA 2014; BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017 Y DAKIR VS. BÉLGICA 2017).

El TEDH decidió que en ninguno de los tres casos analizados se presentó una vulneración al artículo 9 de la CEDH y por ende las medidas tomadas por ambos Estados, fueron proporcionales y necesarias en una sociedad democrática.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se puede afirmar, con respecto a estas 3 sentencias, que:

- Con estos 3 últimos casos se observa cómo en las 16 sentencias el TEDH utiliza la ponderación en sentido estricto entre el derecho a la libertad religiosa y la protección de los derechos y libertades de los demás con el fin de establecer si la interferencia fue o no proporcional al fin que buscaba obtener.
- Dentro de dicha ponderación el Tribunal estudia el argumento presentado por los Estados y el contraargumento presentado por las demandantes.
  - Con respecto a los argumentos en contra, el TEDH resaltó que una prohibición total del velo integral no era proporcional al fin que buscaba puesto que:
    - Si era cuestión de seguridad, era bien sabido que en los controles de seguridad, en aeropuertos e inclusive en lugares públicos se podía solicitar a las personas, que durante la requisa, dejaran al descubierto su rostro y con esto sería suficiente para proteger a los ciudadanos y a su territorio en general.
    - Estas prendas no podían considerarse opresivas hacia las mujeres, ni afirmar que vulneraban sus derechos cuando eran ellas quienes las defendían y de manera consiente y libre decidían usarlas como manifestación de su religión.
    - En ningún caso el uso de dichas vestimentas tenía como finalidad afectar o violentar la dignidad humana de los otros.
  - Con respecto al argumento a favor de la medida, el Estado argumentó que la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos tenía como fundamento garantizar el respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática la cual se materializaba mediante la

interacción entre las personas, basada en el rostro. Esto, entendiendo que la cara expresa la existencia del individuo como una persona única, y refleja la humanidad compartida con el interlocutor y por ende, ocultarla en lugares públicos es romper los lazos sociales y manifestar un rechazo del principio de "vivir juntos". Este argumento fue aceptado por el Tribunal y fue dentro de este que se incluye como factor determinante la doctrina del margen de apreciación, la cual conlleva a que el TEDH decida que no hubo vulneración al artículo 9 de la CEDH y que la interferencia es proporcional y por ende necesaria en una sociedad democrática.

- Adicionalmente a los argumentos en contra y a favor de la medida, el TEDH añade, antes de decidir a favor de los Estados, que una prohibición general del uso del velo integral podría generar discriminación, islamofobia y un impacto negativo en las mujeres que han decidido usar estas vestimentas al verse obligadas a quedarse en casa por no poder salir a las calles por temor a ser sancionadas. Sin embargo, en estos casos los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación y ellos se encuentran en mejor posición para decidir sobre estos temas.

Estas afirmaciones permiten concluir principalmente que, frente a los casos que tratan la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos, al igual que con las 12 sentencias antes analizadas que resuelven sobre la prohibición del uso del Hijab por parte profesores y estudiantes, aunque el TEDH establece que se utilizará como criterio para fundamentar su decisión la ponderación en sentido estricto y nuevamente evidencia que la protección de un derecho prevalece sobre la protección del otro, incluye el margen nacional de apreciación como alternativa de decisión determinante y opta por resolver la controversia basándose exclusivamente en este, sin justificar por qué razón una solución al alternativa de decisión fue más determinante que el criterio de ponderación.

De igual forma, como se concluyó en los apartado anteriores, teniendo en cuenta esta decisión, y siguiendo la teoría de Alexy, el haber decidido basándose exclusivamente en el margen de apreciación se justificaría, si al momento de ponderar los principios o derechos enfrentados, se evidencia que la balanza no se inclina hacia ninguno de ellos y por

ende la mejor solución es reconocer que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación en lo que respecta a estas prohibiciones y por ende resolver a favor de ellos. No obstante, esto se confirmará o refutará en el capítulo tercero donde se aplicará la fórmula de peso a cada uno de los casos.

Como conclusión del presente capítulo, se evidenció que dentro de cada apartado se describieron los hechos y las decisiones, se expusieron las consideraciones del TEDH y se realizó un análisis en torno a estas. Una vez desarrollados los 4 apartados, se puede concluir que con respecto al requisito necesario para una sociedad democrática en los casos sobre la prohibición del velo y el velo integral se evidenciaron las siguientes tendencias:

- El TEDH establece la relación que existe entre el requisito necesario para una sociedad democrática y el principio de proporcionalidad, especialmente la ponderación en sentido estricto, al estipular en todos los casos que analizar este requisito implica mirar que la interferencia fue justificada en principio y proporcional al fin que buscaba obtener.
- El TEDH utiliza en los 16 casos, la ponderación en sentido estricto como método para decidir sobre cual derecho o principio prevalece entre los dos derechos o principios en controversia. Esto se evidencia cuando:
  - En la totalidad de las sentencias se inicia estableciendo los derechos en controversia, siendo en este caso en particular la libertad religiosa vs. La protección de los derechos y libertades de los demás, representado por distintos principios o derechos como lo son la secularidad, igualdad entre hombres y mujeres, dignidad humana, vivir juntos, entre otros.
  - Se establece que efectivamente la medida afecta el derecho a la libertad religiosa y a su vez esta satisface la protección de los derechos y libertades de los demás.
  - Mediante la presentación por parte del Tribunal de los argumentos que ofrecen cada una de las partes (Estado y demandantes) se analiza la justificación frente al por qué se debe satisfacer o no un derecho sobre el otro y de esa forma el TEDH logra establecer el peso que le correspondería a

cada argumento basándose en el caso como un todo, en el contexto social y político en el cual se encuentran en cada uno de los casos y en su posición como garante de derechos humanos, con el fin de tomar una decisión.

Estos pasos permiten mostrar que el TEDH, aunque no lo dice expresamente en la jurisprudencia, utiliza lo expuesto por Alexy en su teoría sobre la proporcionalidad en sentido estricto.

- De las 16 sentencias, en 15 de ellas el TEDH incluye como alternativa determinante de decisión el margen nacional de apreciación y en los 15 casos decide exclusivamente con base a este, dándole mayor peso a esta doctrina que al criterio de ponderación en sentido estricto, no obstante, no expone las razones o justificaciones de por qué el margen de apreciación que era una solución alternativa termina siendo la determinante de la decisión. Esto, siguiendo la teoría de Alexy, significaría que en las 15 sentencias al ponderar los argumentos a favor y en contra y otorgarle el peso correspondiente a cada uno de los derechos en controversia, se obtuvo un empate y la balanza no se inclinó a satisfacer un derecho sobre la afectación del otro, por lo cual se justificaría reconocer a los Estados un amplio margen de apreciación como solución a la controversia presentada. No obstante, esto solo podrá confirmarse una vez se aplique la fórmula de peso en el siguiente capítulo.

Con este último punto, se finaliza el análisis jurisprudencial de las sentencias priorizadas y a continuación se pasa al último capítulo de la presente investigación, donde se aplica la fórmula de peso de Alexy, expuesta en el capítulo 1, a la jurisprudencia analizada en el presente capítulo, con el fin de confirmar la hipótesis planteada, es decir, que no fue racionalmente justificado el uso del margen de apreciación como alternativa de decisión determinante al momento de resolver sobre las controversias en las 16 sentencias priorizadas.

### CAPÍTULO 3

#### **CRÍTICA A LA APLICACIÓN POR PARTE DEL TEDH DEL MARGEN DE APRECIACIÓN COMO FACTOR DETERMINANTE EN LAS DECISIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO Y EL VELO INTEGRAL**

El presente y último capítulo tiene como objetivo, aplicar la fórmula de peso a las 16 sentencias analizadas para confirmar si efectivamente el resultado daba 1 y por ende era racionalmente justificado que el margen de apreciación fuera la alternativa de decisión determinante al momento de solucionar la controversia, resolviendo a favor de los Estados y reconociendo el amplio margen de apreciación con el que contaban, o si por el contrario y como se intuye después del análisis jurisprudencial realizado, los resultados de la fórmula no serán 1 y por ende no era racionalmente justificado la aplicación de esta doctrina.

##### **A. Necesario para una sociedad democrática**

Con respecto al requisito necesario para una sociedad democrática, en los capítulos anteriores, se expuso que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, este requisito tiene relación directa con el principio de proporcionalidad, específicamente con la proporcionalidad en sentido estricto.

A nivel doctrinal, se ha afirmado que estudiar el requisito: necesario para una sociedad democrática, implica verificar la proporcionalidad entre la afectación al derecho y el fin legítimo que se buscaba con dicha afectación (OSTROVSKY, 2005b). Esto fue corroborado del estudio de la jurisprudencia del TEDH donde el ente judicial regional confirma la relación entre el requisito y el principio de proporcionalidad al decir:

“Las funciones de supervisión de la Corte le obligan a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan a una sociedad democrática. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (...) Tales son las exigencias de ese pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no existe una "sociedad democrática".

**Esto significa, entre otras cosas, que cada "formalidad", "condición", "restricción" o "pena" impuesta en esta esfera debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido”** (TEDH, CASO HANDYSIDE V REINO UNIDO, 1976) (Negrilla fuera de texto original)

Adicionalmente, esta relación del principio de proporcionalidad con el requisito *necesario en una sociedad democrática* se fue reforzando en la diferente jurisprudencia sobre el artículo 9 de la CEDH, permitiendo que el TEDH y el Consejo de Europa afirmaran que:

En una sociedad democrática, en la que varias religiones coexisten dentro de una misma población, puede ser necesario imponer restricciones a esta libertad para reconciliar los intereses de los diversos grupos y garantizar que se respeten las creencias de todos. Sin embargo, en el ejercicio de su poder regulador en esta esfera y en sus relaciones con las diversas religiones, denominaciones y creencias, el Estado tiene el deber de permanecer neutral e imparcial. Lo que está en juego aquí es el la preservación del pluralismo y el correcto funcionamiento de la democracia (Iglesia Metropolitana de Besarabia y Otros c. Moldavia, §§ 115-116). Así como la tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas en principio y son proporcionadas (Leyla Şahin v. Turkey [GC], § 110). (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018l Pg. 17-18) (Traducción libre)

Eso significa, que por un lado, frente a *justificada en principio*, el medio mediante el cual se interfirió el derecho, debe ser el menos restrictivo de todos los medios posibles y cualquier interferencia debe corresponder a una “necesidad social urgente”; por lo tanto la noción "necesario" no tiene la flexibilidad de expresiones tales como "útil" o "deseable" sino debe ser indispensable (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018m).

Por otro lado, frente a *medidas proporcionadas*, la jurisprudencia sistematizada del TEDH ha establecido que:

Lo que tiene que hacer el Tribunal es examinar la interferencia denunciada a la luz del caso en su conjunto y determinar si fue "proporcional a objetivo legítimo perseguido" y si los motivos aducidos por las autoridades nacionales para justificar Son "relevantes y suficientes". Al hacerlo, el Tribunal debe comprobar que las autoridades nacionales aplicaron normas que se ajustaban a los principios consagrados en el artículo 9 y, además, que se basaban en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes. (COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018n. Pg.18) (Traducción libre)

Adicionalmente a lo expresado por la Guía del artículo 9 y la doctrina, en el análisis jurisprudencial del capítulo 2, se reafirmó la relación entre el requisito y el principio de proporcionalidad, puesto que el TEDH establece en las 16 sentencias que necesario para una sociedad democrática implica mirar que la interferencia fue justificada en principio y fue proporcional, lo que requiere sopesar los requisitos de la protección de los derechos y libertades de los demás contra la conducta de la cual el demandante fue acusado (CASO DAHLAB VS SUIZA, 2001, CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006, CASO LEYLA SAHIN V, TURQUÍA, 2005; CASO DOGRU V. FRANCIA, 2008; CASO KERVANCI V. FRANCIA, 2008; CASO KOSE Y OTROS VS. TURQUÍA; CASO AKTAS VS. FRANCIA, 2009; CASO BAYRAK VS. FRANCIA, 2009; CASO GAMALEDDYN VS. FRANCIA, 2009; CASO GHAZAL VS. FRANCIA, 2009; CASO J. SINGH VS. FRANCIA, 2009; CASO R. SINGH VS. FRANCIA, 2009, CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010, CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA 2017).

En ese sentido se observa que, no solo existe una relación entre el requisito y el principio de proporcionalidad sino que con respecto a la prohibición del uso del velo y velo integral, el TEDH incluye los subprincipios de necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad en sentido estricto, al momento de analizar necesario para una sociedad democrática. No obstante, como se ha resaltado y evidenciado en lo capítulos anteriores del presente trabajo, a nivel práctico, el TEDH no analiza el subprincipio de necesidad o



indispensabilidad, sino que se enfoca exclusivamente en realizar una ponderación en sentido estricto entre los derechos en controversia y con base en esta tomar una decisión.

Por lo anterior, la presente sección se centra en la proporcionalidad en sentido estricto, específicamente en la fórmula de peso.

### **La fórmula de peso**

La fórmula de peso descrita por Alexy, busca justificar, mediante una fórmula matemática, la satisfacción de un derecho o principio sobre la afectación de otro. Es decir, permite medir de manera objetiva si la interferencia fue proporcional al fin que busca alcanzar. En ese sentido, el presente apartado, como se expuso anteriormente, tiene como finalidad aplicar la fórmula de peso a las 16 sentencias estudiadas, no obstante, antes de pasar a dicha aplicación, a continuación se explica la fórmula- de manera abstracta- así como los valores que serán asignados.

Recordado lo expuesto en el capítulo 1, justificar la satisfacción de un derecho o principio sobre la afectación de otro derecho o principio será el resultado de dividir por un lado el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la interferencia del derecho o principio 1 (I1) por el peso abstracto de dicho derecho o principio (P1); y por el grado de seguridad de que la medida impuesta por el Estado afecte el derecho o principio (A1), entre, el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la satisfacción del derecho o principio 2 (S2), por el peso abstracto del derecho o principio 2 principio (P2) y por el grado de seguridad de que la medida impuesta por el Estado afecte el derecho o principio (A2) .

Es decir la siguiente fórmula:

$$\frac{I1 \times P1 \times A1}{S2 \times P2 \times A2} = \text{Peso concreto}$$

Ahora bien, con el fin de otorgarle un valor numérico a cada uno los elementos de esta (I1, P1, A1, S2, P2, A2), se seguirá la asignación numérica de la escala tríadica propuesta por Alexy y utilizada por Bernal Pulido, donde a la intensidad de la interferencia y satisfacción del derecho y al peso abstracto de estos se le otorgará los siguientes valores: 1 (leve), 2 (medio) y 4 (intenso) (BERNAL, 2003g. Pág. 228) y al grado de seguridad de que la medida impuesta por el Estado afecte los derechos en controversia, se le otorgará los siguientes valores: 1(segura), ½ (plausible) y ¼ (falsa) (BERNAL, 2003h. Pág. 228).

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de aplicar la fórmula de la manera más cercana a lo expuesto en la teoría de Alexy, en el presente apartado se utilizarán los mismos valores numéricos utilizados por Alexy y Bernal Pulido en su doctrina, aclarando que estos son expresión de una valoración, y que por lo mismo no pretenden neutralidad, por lo cual, las fórmulas que se presentaran a continuación tendrán los siguientes valores:

- Frente a la intensidad de la interferencia del derecho o principio 1 (I1), la intensidad de la satisfacción del derecho o principio 2 (S2) y el peso abstracto de los derechos o principios (P1 y P2) se representará por medio de los grados leve, moderado e intenso que corresponderán a los números 1, 2 y 4, respectivamente (BERNAL, 2003i, Pág. 230).
- Con respecto al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A1 y A2), este será representado mediante los grados seguro, plausible y falso que corresponderán a los números 1, 0.5, 0.25, respectivamente (BERNAL, 2003j, Pág. 230).

Dicho esto y siguiendo la teoría de Alexy, si el peso concreto, es decir, el resultado de la ecuación, es mayor que 1, la interferencia no es proporcional al fin buscado y por

ende se está ante una vulneración del derecho protegido por el artículo 9 de la CEDH, pero si el resultado es menor que 1, la interferencia es proporcional al fin buscado y por ende no se está vulnerando el derecho protegido por el artículo 9.

$$\frac{I1 \times P1 \times A1}{S2 \times P2 \times A2} > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

$$\frac{I1 \times P1 \times A1}{S2 \times P2 \times A2} < 1 = \textit{Interferencia es proporcional}$$

Finalmente, si el resultado da 1, eso implica que hay un empate entre los dos principios o derechos y en ese caso, Alexy ha dicho que estará permitido realizar la medida en cuestión, así como omitirla (CFR. ALEXY, 2011), lo que significa que puede aplicarse la doctrina del margen nacional de apreciación. Esto debido a que, el peso de la limitación y el peso del fin que se busca es exactamente el mismo y por ende limitar una determinada conducta o no limitarla sería igualmente proporcional, por lo cual en estos casos, puede dejarse a discreción del Estado tomar esta decisión .

$$\frac{I1 \times P1 \times A1}{S2 \times P2 \times A2} = 1 = \textit{Margen nacional de apreciación}$$

Adicionalmente, es importante aclarar que la asignación de leve, moderado, intenso seguro, plausible y falso se determinó de acuerdo a la misma argumentación que el TEDH ofrece en sus consideraciones, especialmente en lo que respecta al peso abstracto de los derechos (P1 y P2). Es decir, se tomó la argumentación del Tribunal y con base en lo que se exponía en sus consideraciones se determinó si para cada elemento de la fórmula el valor debía ser leve, moderado, intenso, seguro, plausible o falso.

Ahora bien, para facilitar la aplicación de la fórmula a continuación se dividen las sentencias en 3 grupos, siendo el primero, donde se agrupan las sentencias sobre la prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores y estudiantes, el segundo, dedicado exclusivamente al caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía y el último donde se discuten las sentencias sobre la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos.

Finalmente, y antes de iniciar con la aplicación de la fórmula de peso a cada una de las sentencias priorizadas, es importante aclarar que el valor numérico que se otorgará en cada una de las variables de dicha fórmula y por ende el peso que obtendrá cada derecho o principio en controversia, se obtiene como respuesta exclusivamente a lo expuesto por el TEDH dentro de sus consideraciones. Es decir, no se busca otorgar una numeración “objetiva” entendiendo dicha objetividad como la suma de un exhaustivo estudio de la doctrina, y jurisprudencia que se ha desarrollado en torno a los derechos o principios en controversia, sino que se busca otorgarle el valor que más se ajusta a lo que expresa el Tribunal en la argumentación ofrecida en las 16 sentencias priorizadas. En ese sentido, no se pretende objetivizar el resultado, sino exponer cómo la misma argumentación del TEDH permite asignarle valores a cada variable y por ende un peso a cada principio y cómo al aplicar dichos valores a la fórmula, el resultado efectivamente corresponden o no a la decisión que profiere el Tribunal.

**a. Prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores y estudiantes en instituciones públicas.**

Las 12 sentencias sobre las que versa este apartado tratan sobre la prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesores y estudiantes en escuelas y universidades públicas. En dichos casos las diferentes instituciones mediante reglamentos internos solicitan que sus profesores y estudiantes que dejaran de usar el Hijab en el ejercicio de sus funciones como funcionarios públicos so pena de ser sancionados.

En estos casos el TEDH decidió que la interferencia por parte del Estado, manifestada a través de una circular donde se prohibía el uso de dicha vestimenta no vulneraba el artículo 9 de la CEDH, puesto que dicha medida estaba prevista por una ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria para una sociedad democrática, bajo el entendido que *“la elección del alcance y la forma de aplicación de reglamentos dirigidos al uso de vestimentas religiosas en instituciones educativas debe dejarse, hasta cierto punto, a discreción de los Estados, quienes gozan de un margen de apreciación con respecto a esto”* (TEDH CASO DAHLAB VS. SUIZA, 2001; CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA , 2006).

En ese sentido, las decisiones por parte del Tribunal se fundamentaron en la aplicación, como alternativa de decisión determinante, del margen nacional de apreciación del cual gozan los Estados. Lo cual implica que bajo la fórmula de peso del Alexy, al hacer la operación matemática esta debe dar igual a uno.

En primer lugar, se debe determinar los derechos o principios que se encuentran en conflicto con respecto al uso del velo (Hijab) por parte de profesoras y estudiantes de escuelas y universidades públicas. Frente a esto, de acuerdo a lo expuesto en el capítulo 2, el TEDH en las 12 sentencias determina que los derechos que se encuentran en conflicto son, por un lado la libertad religiosa y por el otro los derechos y libertades de los demás expresados mediante el principio de neutralidad y secularismo de ambos Estados y la igualdad entre hombres y mujeres.

Teniendo en cuenta esto, a continuación se expondrán dos fórmulas, una donde se enfrente el derecho a la libertad religiosa con la igualdad entre hombres y mujeres, y otra donde se enfrenta el derecho a la libertad religiosa vs el principio de neutralidad y secularismo de los Estados.

Es importante aclarar que los Estados incluyen como fin legítimo el orden público o seguridad pública, no obstante, el TEDH no hace referencia a las mismas por lo cual no se cuenta con argumentos suficientes para poder aplicar la fórmula a estos.

i. ***Libertad religiosa vs Igualdad entre hombres y mujeres***

En primer lugar, iniciamos con el derecho a la libertad religiosa; en cuanto a la intensidad de la interferencia (I1) se asigna el número 4 (intenso) entendiendo que la afectación será grave puesto que las circulares en todos los casos interferían directamente con el derecho a manifestar la religión al prohibir el uso de una vestimenta que representa la misma. Frente al peso del derecho (P1) el TEDH en repetida jurisprudencia ha establecido que:

“(…) la libertad de pensamiento, conciencia y religión representa *uno de los pilares de una "sociedad democrática"*”(COUNCIL OF EUROPE/ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2015a) en el sentido de la Convención. Es decir, es “*uno de los elementos más importantes que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien valioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los despreocupados (…)* El pluralismo indisociable de una sociedad democrática, que ha sido muy ganada a lo largo de los siglos, depende de ello” (COUNCIL OF EUROPE/ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2015b).

En ese sentido, se le otorga un 2 (moderado), puesto que aunque es considerado un derecho de suma importancia para las sociedades democráticas en la actualidad, el hecho de que contenga dentro de sus artículo la posibilidad de ser limitado indica que no tendría el mismo peso que un derecho que no tiene cláusulas de acomodación (como el derecho a la vida).

Finalmente, con respecto al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A1) se le otorga un 1 (seguro) puesto que es seguro que la medida afectará el derecho a la libertad religiosa. Dicho esto, la parte superior de la fórmula tendría los siguientes valores: I1: 4; P1: 2; A1: 1.

En segundo lugar, en relación con la igualdad entre hombres y mujeres y la intensidad de la satisfacción de esta con la medida (S2), el valor otorgado es de 1, es decir, leve. Esto debido a que la medida que prohíbe el uso del velo (Hijab) no satisface el derecho a la igualdad entre hombre y mujeres, como el mismo TEDH lo indica:

No cabe duda de que la igualdad entre hombres y mujeres podría justificar correctamente una injerencia en el ejercicio de ciertos derechos y libertades consagrados en la Convención. (...) sin embargo, un Estado Parte **no puede invocar la igualdad entre hombres y mujeres para prohibir una práctica defendida por mujeres**, como la demandante, en el contexto del ejercicio de los derechos consagrados en esas disposiciones (COUNCIL OF EUROPE/ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2015c).

(Subrayado y negrilla por fuera de texto original)

En ese sentido, la medida interpuesta por los Estados donde se prohíbe el uso del velo (Hijab) no satisface la igualdad entre hombres y mujeres, puesto que, el uso de dicha prenda está siendo defendido por mujeres y por el contrario la medida iría en contra de la satisfacción de la igualdad entre hombres y mujeres.

Con respecto al peso del derecho o principio (P2), en este caso, al igual que con la libertad religiosa, es de gran importancia como lo resaltó la cita anterior, pero no se equipara con derechos que no permiten interferencia alguna como el derecho a la vida, por lo cual, se le asigna un valor de 2 (moderado).

Finalmente, con respecto al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A2), siguiendo la misma línea de la intensidad de la interferencia, el valor sería 0.25 al ser falsa dicha premisa, puesto que, la prohibición del uso del velo (Hijab) no estaría afectando la igualdad entre hombres y mujeres al ser una manifestación de la religión defendida por las mismas mujeres. Dicho esto, la parte inferior de la fórmula tendría los siguientes valores: S2: 1; P2: 2; A2: 0.25.

Dado todo lo anterior la fórmula y su resultado sería el siguiente:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{1 \times 2 \times 0.25} = \frac{8}{0.5} = 16$$

Al introducir los valores obtenidos para cada uno de los derechos o principios, el resultado fue 16, es decir, de acuerdo a lo establecido por Alexy:

$$16 > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

El resultado anterior, se traduce en que una medida que interfiera con la vestimenta usada por mujeres para manifestar su derecho a la libertad religiosa, fundamentado en el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, donde son las mujeres quienes defienden su derecho a usar dichas prendas, no es considerada como proporcional y por ende vulneraría el artículo 9 de la CEDH debido a que al no ser proporcional, no cumple con el requisito de necesario para una sociedad democrática.

No obstante lo anterior, como se mostró al inicio del apartado, la libertad religiosa no se enfrentó exclusivamente al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, este también fue analizado a la luz del principio de neutralidad y secularismo de los Estados. Por lo cual se entrará a estudiar el enfrentamiento entre estos.



## ii. *Libertad religiosa vs Principio de neutralidad y secularismo de los Estados*

Con respecto a la libertad religiosa, los valores antes definidos para dicho derecho se mantienen, puesto que los argumentos son los mismos, es decir, la parte superior de la fórmula se mantiene con los siguientes valores, I1: 4; P1: 2; A1: 1.

Ahora bien, es con respecto al principio de neutralidad y secularismo de los Estados al que se le deberá asignar los valores correspondientes, iniciando con la intensidad de la satisfacción del principio con la medida (S2). En este caso, se puede afirmar que la prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesoras y estudiantes, en instituciones educativas públicas, satisface el principio de secularidad y neutralidad de los Estados, puesto que asegura que dentro de sus instalaciones no se favorece a ninguna religión (TEDH CASO LEYLA SAHIN V. TURQUÍA, 2005). y asegura que los representantes del Estado que son los funcionarios públicos en cada institución, incluidas las escuelas y universidades públicas, representan un Estado laico (TEDH CASO DAHLAB VS. SUIZA, 2001; CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006), lo cual implica que el valor otorgado será de 4 (intenso).

De ese mismo modo, se mide el peso del derecho (P2) cuando el TEDH establece que:

“El secularismo, como garante de los valores democráticos, fue el punto de encuentro de la libertad y la igualdad. Dicho principio impidió que el Estado manifestara una preferencia por una religión o creencia particular; por lo tanto guio al Estado en su papel de árbitro imparcial, y necesariamente implicó la libertad de religión y de conciencia. También sirvió para proteger al individuo no solo contra interferencias arbitrarias por parte del Estado sino de presiones externas de movimientos extremistas” (TEDH CASO DAHLAB VS. SUIZA, 2001; CASO KURTULMUS VS. TURQUÍA, 2006).

En ese sentido, el valor será 4 (intenso), puesto que el contexto e historia particular de los Estados demandados en las 12 sentencias, evidencia que el principio de neutralidad y secularidad adquiere una importancia constitucional por lo cual se le da el mismo peso que tendrían derechos como la vida.

Finalmente, frente al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A2), el valor otorgado es 1 (seguro), al ser seguro que la medida favorece y por ende afecta positivamente el principio de neutralidad y secularidad de los Estados. Dicho esto, los valores de la parte inferior de la fórmula serían los siguientes, S2: 4; P2: 4; A2: 1. Lo cual da como resultado la siguiente fórmula:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{8}{16} = 0.5$$

Al introducir los valores obtenidos para cada uno de los derechos o principios, el resultado fue 0.5, es decir, de acuerdo a lo establecido por Alexy:

$$0.5 < 1 = \textit{Interferencia es proporcional}$$

El resultado anterior, se traduce en que una medida que interfiera con el derecho a la libertad religiosa, fundamentado en el principio de neutralidad y secularidad de los Estados, donde se vivieron contextos y procesos históricos importantes con respecto a la lucha entre la separación de los Estados y la religión, será considerado como proporcional y por ende no vulneraría el artículo 9 de la CEDH al cumplir con el requisito de necesario para una sociedad democrática.

Todo lo anterior, permite concluir que, al aplicar la fórmula de peso a las 12 sentencias que trataban la prohibición del uso del velo (Hijab) por parte de profesoras y estudiantes en escuelas y universidades públicas, el resultado de la fórmula, en términos de la decisión, fue el mismo que obtuvo el TEDH en estos casos, es decir, la no vulneración del artículo 9 de CEDH, por lo cual, la interferencia era proporcional al fin que buscaba proteger.

No obstante, la diferencia radica en que, al aplicar la fórmula de peso se evidenció que no era necesario incluir como alternativa de decisión la doctrina del margen de apreciación, puesto que en ninguno de los casos la fórmula daba 1 y al evaluar la justificación por parte del Tribunal con respecto a su uso o la razón por la cual esta alternativa fue determinante dejando de lado la ponderación en sí, no se encontró una argumentación que justificara racionalmente la aplicación de esta, simplemente se limita a decir que el Estado está en mejor posición.

Por otro lado, si el argumento principal para justificar la interferencia en los 12 casos hubiese sido la igualdad entre hombres y mujeres, no habría sido proporcional y el Estado estaría vulnerando el derecho a la libertad religiosa, como se observó en la aplicación de la fórmula frente a este fin legítimo perseguido. Sin embargo, como se evidencia en el capítulo 2, el argumento principal de los Estados para justificar la interferencia, en las 12 sentencias, fue el principio de neutralidad o secularidad de los países, por lo cual en el presente trabajo se le otorga mayor peso a este en comparación con la igualdad entre hombres y mujeres.

Esto nos lleva a afirmar que el TEDH no justificó racionalmente la aplicación de la doctrina del margen de apreciación y su decisión aunque obtuvo el mismo resultado que el obtenido por la fórmula, no presentó una argumentación jurídica en torno a la aplicación de dicha doctrina, otorgando a los Estados un amplio rango de discrecionalidad que en realidad en este caso en específico no les era atribuible. Esto, pudo llegar a ocasionar una vulneración al derecho, como habría sucedido si el Tribunal no le hubiese dado mayor peso al principio de secularidad y neutralidad, sino le hubiese dado prevalencia a la igualdad entre hombres y mujeres, el cual se comprobó no contaba con un adecuado sustento jurídico para buscarse su satisfacción por encima de la afectación de la libertad religiosa.

Es debido a esto, que el TEDH debe ser más riguroso al momento de justificar la razón por la cual decide otorgar un amplio margen de apreciación, puesto que en el presente caso, al fundamentar la decisión en esta doctrina, se envió el mensaje que el argumento de

la igualdad entre hombres y mujeres fue tan válido como el de la secularidad y neutralidad, cuando en realidad no es así.

### **b. El caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía**

En el presente caso, como se evidenció en el capítulo 2, se trata de un grupo de personas que pertenecientes a una religión y en el marco de una celebración religiosa recorrieron las calles de la ciudad con el traje distintivo de su grupo, compuesto por pantalones holgados, una túnica y un palo, hasta llegar a la mezquita de Kocatepe. Todos los participantes fueron juzgados por transgredir la ley sobre el uso del sombrero y las reglas sobre el uso de determinadas prendas de vestir, específicamente prendas religiosas, en público.

Ante estos hechos, el TEDH en su sentencia decide que “la necesidad de la restricción litigiosa no se encuentra establecida de manera convincente, por lo cual, considera que la violación al derecho de los demandantes de la libertad de manifestar sus convicciones no se fundaba en motivos suficientes ante el artículo 9 de la Convención (...) y en consecuencia, la medida en cuestión ha infringido el derecho a la libertad religiosa” (TEDH CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010a).

En este caso, como se expone en el capítulo 2, no se utiliza como argumento la aplicación del margen nacional de apreciación, lo que implica que al aplicar la fórmula, el resultado que debería obtenerse será un número mayor a 1.

El TEDH inicia estableciendo que los derechos o principios que se contraponen en el presente caso, son el derecho a la libertad religiosa frente a la protección de los derechos y libertades de otros, representando por el principio de secularidad de los Estados.

Con respecto al derecho a la libertad religiosa, al igual que con las 12 sentencias del subtema anterior, en la presente sentencia el TEDH argumenta de la misma manera la importancia de esta y por ende se pueden mantener los valores antes definidos para dicho

derecho, es decir, la parte superior de la fórmula continua con los siguientes números, I1: 4; P1: 2; A1: 1. Esto debido a que la medida efectivamente afecta de manera intensa el derecho a manifestar una creencia o religión, el peso del derecho sigue siendo moderado al ser importante la libertad religiosa pero permitir interferencias y es seguro que la medida afectará el derecho.

Ahora bien, es con respecto al principio de neutralidad y secularismo de los Estados al que se le deberá asignar los valores correspondientes, iniciando con la intensidad de la satisfacción del principio con la medida (S2). En este caso, se puede afirmar que la prohibición de las vestimentas religiosas por parte del grupo de personas, a diferencia del subtema anterior, no satisface el principio de secularidad y neutralidad de los Estados, puesto que el TEDH establece que dichas personas en primer lugar, no son funcionarios públicos y por ende no representan al Estado; dado que al no tener un estatus oficial no pueden ser obligados ni adquieren los mismos deberes que un miembro del Estado (TEDH CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010c).

En segundo lugar, no se encontraban en establecimientos públicos como escuelas, universidades o entidades del gobierno, sino que se encontraban en las vías o espacios públicos (TEDH CASO AHMET ARSLAN Y OTROS VS. TURQUÍA, 2010d) donde el Estado no puede imponer las mismas reglas de vestimentas. Todo lo anterior, implica que el valor otorgado será de 1(leve), al no satisfacer dicho principio.

Con respecto al peso del derecho (P2) en el presente caso se mantiene el valor de 4 (intenso) al igual que en el subtema anterior, dado que el contexto e historia particular del Estado demandado (Turquía), evidencia que el principio de neutralidad y secularidad adquiere una importancia constitucional por lo cual se le da el mismo peso que tendrían derechos como la vida.

Finalmente, frente al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A2), el valor otorgado es 0.25, al ser falso que la medida favorezca efectivamente el principio de neutralidad y secularidad por las razones expuestas en torno

al primer elemento de la fórmula. Dicho esto, los valores de la parte inferior de la fórmula serían los siguientes, S2: 1; P2: 4; A2: 0.25. Lo cual da como resultado la siguiente fórmula:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{1 \times 4 \times 0.25} = \frac{8}{1} = 8$$

Al introducir los valores obtenidos para cada uno de los derechos o principios, el resultado fue 8, es decir, de acuerdo a lo establecido por Alexy:

$$8 > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

El resultado anterior, se traduce en que la prohibición del uso de vestimentas que cubren el rostro y el cuerpo, fundamentada en el principio de neutralidad y secularidad de los Estados, no es proporcional cuando las personas que usan las vestimentas no son funcionarios que representan al Estado y se encuentran ejerciendo su derecho en vías y espacios públicos y por ende vulneraría el artículo 9 de la CEDH al no cumplir con el requisito de necesario para una sociedad democrática.

A diferencia de los casos anteriores, en este, se evidencia como el TEDH prescinde de la doctrina del margen de apreciación y toma una decisión basada exclusivamente en la ponderación realizada entre los derechos en controversia. Como se expone, la fórmula da como resultado un número mayor a 1, es decir, que prevalece la libertad religiosa y por ende no se justificaría incluir como alternativa de decisión determinante la doctrina del margen de apreciación, dado que la ponderación se justifica jurídicamente y es esto lo que se observa de manera clara por parte del TEDH en la argumentación del presente caso.

### **c. Prohibición del uso del velo integral en espacios públicos**

Finalmente, con respecto al último grupo de sentencias, se agruparon las tres restantes, es decir, S.A.S. vs. Francia, Belcacemi y Oussar vs. Bélgica y Dakir vs. Bélgica, las cuales

tratan sobre la promulgación de dos leyes, una en Francia y otra en Bélgica, que prohíben el uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos. En dichas sentencias, las mujeres que cubrían su rostro y cuerpo con aquellas prendas y salían a las vías públicas eran sancionadas, obligando a que mantuvieran en el ámbito privado la manifestación de su religión por medio del velo integral.

En las tres sentencias el TEDH decide que no se vulneró el artículo 9 de la CEDH, debido a que la interferencia fue proporcional y por ende necesitaría en una sociedad democrática. Esta decisión se fundamentó en que:

“(…) La Corte tiene el deber de ejercer un cierto grado de moderación en su revisión del cumplimiento de la Convención, ya que dicha revisión lo llevará a evaluar un equilibrio que ha sido alcanzado por medio de un proceso democrático dentro de la sociedad en cuestión. Además, el Tribunal ya tuvo ocasión de observar que, en cuestiones de política general, sobre qué entra dentro de una sociedad democrática pueden presentarse amplias diferencias, por lo cual se debe otorgar un peso especial al papel del responsable de la formulación de políticas nacionales (...) Con respecto al artículo 9 de la Convención, el Estado debería, en principio, gozar de un amplio margen de apreciación al decidir si es "necesaria" una limitación del derecho a manifestar su religión o sus creencias y en qué medida” (TEDH, S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017; Y DAKIR VS. BÉLGICA, 2017).

Como se evidenció en la cita y en el capítulo 2, el TEDH utiliza como alternativa de decisión el margen nacional de apreciación y la falta de consenso internacional con respecto al uso del velo integral (Burka y Niqab). Debido a esto, se pasa a aplicar la fórmula con el fin de demostrar que con esta, el resultado de la ecuación no es igual a 1 y por ende no se debió otorgarle mayor peso al margen de apreciación sobre la ponderación en sentido estricto.

En estas tres sentencias, el TEDH identificó que la libertad religiosa colisionaba con, en primer lugar, la igualdad entre hombres y mujeres y la dignidad humana, en segundo lugar, la seguridad pública y en tercer lugar, la protección de los derechos y libertades de otros representado por el respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática entendido como vivir juntos.

***i. Libertad religiosa vs igualdad entre hombres y mujeres y dignidad humana***

Con respecto al derecho a la libertad religiosa, al igual que con las 13 sentencias expuestas en los dos subtemas anteriores, en las presentes sentencias el TEDH argumenta de la misma manera la importancia de esta y por ende se pueden mantener los valores antes definidos para dicho derecho, es decir, la parte superior de la fórmula continua con los siguientes números, I1: 4; P1: 2; A1: 1. Esto debido a que la medida efectivamente afecta de manera intensa el derecho a manifestar una creencia o religión, el peso del derecho sigue siendo moderado al ser importante la libertad religiosa pero permitir interferencias y es seguro que la medida afectará el derecho.

Ahora bien, en relación con los derechos a la dignidad humana y la igualdad entre hombres y mujeres, los valores serán los mismos, dado que el TEDH presenta una argumentación similar en ambos derechos.

En primer lugar, con respecto a la intensidad de la satisfacción de ambos derechos (igualdad entre hombres y mujeres y dignidad humana) con la medida (S2), el valor otorgado es de 1, es decir, leve. Esto, debido a que la medida que prohíbe el uso del velo (Hijab) no satisface el derecho a la igualdad entre hombre y mujeres ni el de la dignidad humana, puesto que como dice el mismo TEDH:



“No cabe duda de que la igualdad entre hombres y mujeres podría justificar correctamente una injerencia en el ejercicio de ciertos derechos y libertades consagrados en la Convención. (...) sin embargo, un Estado Parte **no puede invocar la igualdad entre hombres y mujeres para prohibir una práctica defendida por mujeres**, como la demandante, en el contexto del ejercicio de los derechos consagrados en esas disposiciones” (TEDH, S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017; Y DAKIR VS. BÉLGICA, 2017). (Subrayado y negrilla por fuera de texto original)

(...)

“Por esencial que sea el respeto por la dignidad humana no puede legítimamente justificar una prohibición general del uso del velo integral en lugares públicos. (...) Por otra parte, no lo hace tener alguna evidencia capaz de llevarlo a considerar que las mujeres que visten el velo integral buscan expresar una forma de desprecio contra los demás o de otra manera ofender la dignidad de otros” (TEDH, S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017; Y DAKIR VS. BÉLGICA, 2017). (Traducción libre).

En ese sentido, la medida interpuesta por los Estados donde se prohíbe el uso del velo integral (Burka o Niqab) no satisface la igualdad entre hombres y mujeres ni la dignidad humana, puesto que, en primer lugar, el uso de dicha prenda está siendo defendido por mujeres y en segundo lugar, dichas vestimentas no buscan ofender la dignidad de los demás, simplemente buscan manifestar la religión que cada una de ellas profesa.

Con respecto al peso del derecho o principio (P2), en este caso, al igual que con la libertad religiosa, ambos son de gran importancia como lo resalta el Tribunal en varia de su jurisprudencia, no obstante, si es importante aclarar que en este caso con respecto a la igualdad entre hombres y mujeres el valor otorgado sería 2, pero con respecto a la dignidad humana sería 4 al ser esta un derecho inviolable e inherente al ser humano.

Finalmente, con respecto al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A2), siguiendo la misma línea de la intensidad de la interferencia, el valor sería 0.25 al ser falsa dicha premisa, puesto que, la prohibición del uso del velo integral (Burka o

Niqab) no afectaría ni la igualdad entre hombres y mujeres ni la dignidad humana. Dicho esto, la parte inferior de la fórmula con respecto a la igualdad entre hombres y mujeres tendría los siguientes valores: S2: 1; P2: 2; A2: 0.25, y con respecto a la dignidad humana S2: 1; P2: 4; A2: 0.25

Dado todo lo anterior las fórmulas y su resultado serían las siguiente:

Igualdad entre hombres y mujeres:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{1 \times 2 \times 0.25} = \frac{8}{0.5} = 16$$

Dignidad Humana:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{1 \times 4 \times 0.25} = \frac{8}{1} = 8$$

Al introducir los valores obtenidos para cada uno de los derechos o principios, el resultado para el enfrentamiento entre la libertad religiosa y la igualdad entre hombres y mujeres fue 16 y para la libertad religiosa y la dignidad humana 8, es decir, de acuerdo a lo establecido por Alexy:

$$16 > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

$$8 > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

El resultado anterior, se traduce en que la interferencia por parte del Estado mediante la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos, vulnera el artículo 9 de la CEDH, puesto que usar como fundamento la protección de la igualdad entre hombres y mujeres no es aplicable al ser las mujeres quienes defienden

dichas prendas y por otro lado, no se demuestra de manera suficiente que dichas prendas vulneren la dignidad humana de los demás. En ese sentido, al no ser proporcional, no cumpliría el requisito de necesario en una sociedad democrática. No obstante, dado que en esos casos hubo otros principios que colisionaban, se pasará a analizar estos.

## *ii. Libertad religiosa vs seguridad pública*

Con respecto al derecho a la libertad religiosa, al igual que con las 13 sentencias expuestas en los dos apartados anteriores, en las presentes sentencias el TEDH argumenta de la misma manera la importancia de esta y por ende se pueden mantener los valores antes definidos para dicho derecho, es decir, la parte superior de la fórmula continua con los siguientes números, I1: 4; P1: 2; A1: 1. Esto debido a que la medida efectivamente afecta de manera intensa el derecho a manifestar una creencia o religión, el peso del derecho sigue siendo moderado al ser importante la libertad religiosa pero permitir interferencias y es seguro que la medida afectará el derecho.

Ahora bien, en relación con la seguridad pública, se observó que con respecto a la intensidad de la satisfacción de este fin con la medida (S2), el valor otorgado es de 2, es decir, moderado. Esto, debido a que la medida que prohíbe el uso del velo integral aunque satisface la protección a la seguridad pública, no es la medida menos restrictiva y por ende no es necesaria o indispensable, como lo dice el mismo TEDH al establecer:

“Un Estado puede considerar esencial poder identificar a las personas a fin de evitar peligros para la seguridad de personas y bienes y para combatir el fraude de identidad. Por lo tanto, no ha violado el artículo 9 del Convenio en relación con la obligación de quitar prendas con una connotación religiosa en el contexto de los controles de seguridad y la obligación de aparecer con la cabeza descubierta en las fotos de identidad para utilizarlas en documentos oficiales. Sin embargo, en vista de su impacto sobre los derechos de las mujeres que desean usar el velo integral por razones religiosas, una prohibición general del uso en lugares públicos de ropa

diseñada para ocultar la cara puede considerarse como proporcional solo en un contexto donde hay una amenaza general a la seguridad pública. En ese sentido, el objetivo aludido por el Gobierno podría alcanzarse mediante una mera obligación de mostrar su rostro e identificarse donde se ha establecido un riesgo para la seguridad de personas y bienes, o cuando circunstancias particulares implican una sospecha de fraude de identidad” (CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA 2017; CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017).

En ese sentido, la medida interpuesta por los Estados donde se prohíbe el uso del velo integral (Burka o Niqab) aunque satisface la protección de la seguridad pública no es la única ni la mejor medida para llegar a dicho fin y si restringe derechos que también deben ser protegidos. Como el TEDH lo afirma, una prohibición total del uso del velo integral no es la medida menos restrictiva al momento de buscar proteger a sus ciudadanos y bienes, debido a que en primer lugar, no se encontraban en un estado de emergencia donde la seguridad de sus ciudadanos corre peligro y deben imponerse medidas especiales y en segundo lugar, las mismas demandantes reconocieron que en los puntos de seguridad y requisa siempre retiraban sus velos para mostrar su rostro y en caso de ir por la vía pública y ser detenidas para la solicitud de documentos, se retirarían el velo mientras transcurre dicha revisión , por lo tanto, una prohibición general es excesiva y más cuando se cuenta con otras medidas que pueden satisfacer este fin sin vulnerar los derechos de las demandantes.

Con respecto al peso del derecho o principio (P2), en este caso y como lo resalta el Tribunal es de gran importancia para los Estados la protección de sus ciudadanos y bienes, y se entiende que este debe ser protegido pues de su protección se desprende la protección de derechos como la vida, la salud, entre otros; por lo cual, el valor otorgado sería 4.

Finalmente, con respecto al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A2), siguiendo la misma línea de la intensidad de la interferencia, el valor sería

0.5 al ser plausible que la prohibición del uso del velo integral (Burka o Niqab) afecte positivamente la seguridad pública pero no es la medida adecuada o idónea y existen otros mecanismos que con seguridad afectarían positivamente la seguridad pública.

Dicho esto, la parte inferior de la fórmula con respecto a este fin tendría los siguientes valores: S2: 1; P2: 2; A2: 0.5.

Dado todo lo anterior la fórmula y su resultado sería la siguiente:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{2 \times 4 \times 0.5} = \frac{8}{4} = 2$$

Al introducir los valores obtenidos para cada uno de los derechos o principios, el resultado para el enfrentamiento entre la libertad religiosa y la seguridad pública es 2, es decir, de acuerdo a lo establecido por Alexy:

$$2 > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

El resultado anterior, se traduce en que la interferencia por parte del Estado mediante la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos, vulnera el artículo 9 de la CEDH, puesto que usar como fundamento la protección de la seguridad pública no es aplicable al no ser la medida menos restrictiva para alcanzar dicho fin. En ese sentido, al no ser proporcional, no cumple el requisito de necesario en una sociedad democrática.

En este punto, de los tres argumentos utilizados por parte de los Estados, dos de ellos ya han sido ponderados y se ha encontrado que no fueron proporcionales. En ese sentido, se pasa a analizar el último de ellos a continuación.

**iii. *Libertad religiosa vs respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática entendido como vivir juntos***

Como ha podido observarse en los casos anteriores, los valores que se otorgan a la libertad religiosa no varían, dado que el TEDH en las 16 sentencias habla de este derecho de manera uniforme. Debido a esto, en estos casos no se presenta una excepción y los valores que le otorgan a la parte superior de la fórmula continua con los siguientes números, I1: 4; P1: 2; A1: 1.

Ahora bien, es en relación con el respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática entendido como vivir juntos, que se evidencia una diferencia en la designación de valores. Frente a la intensidad de la satisfacción del derecho o principio con la medida, en este caso el valor que será otorgado, tendrá en consideración varios factores que se evidenciaron en la argumentación presentada por el Tribunal.

En primer lugar, dentro de la argumentación que los Estados presentan ante el TEDH, como se expuso en el capítulo 2, se resalta el hecho de que estos afirman que “dentro de los requisitos mínimos de la vida en sociedad la cara desempeña un papel importante en la interacción humana: más que cualquier otra parte del cuerpo, la cara expresa la existencia del individuo como una persona única, y refleja la humanidad compartida con el interlocutor” (TEDH CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017; Y CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017) y por ende, “ocultar la cara implica romper lazos sociales y rechazar el vivir juntos” (TEDH CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017; Y CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017).

Con respecto a esto, en principio se podría decir que la definición de vivir juntos se plantea de forma muy general y ambigua, y no se establece de manera clara los mínimos que esta implica, como indica el salvamento de voto de la sentencia S.A.S vs Francia (2014):

“(…) difícilmente se puede argumentar que un individuo tiene derecho a entrar en contacto con otras personas, en lugares públicos, en contra de su voluntad. De lo contrario, ese derecho debería ir acompañado de una obligación correspondiente. Si bien es cierto que la comunicación es esencial para la vida en la sociedad, el derecho al respeto por la vida privada también comprende el derecho a no comunicarse y a no entrar en contacto con otras personas en lugares públicos: el derecho a ser un extraño. (...) Es cierto que "vivir juntos" requiere la posibilidad del intercambio interpersonal. También es cierto que la cara juega un papel importante en la interacción humana. Pero esta idea no puede llevar a la conclusión de que la interacción humana es imposible si no se muestra la cara completa”

En ese sentido, una medida que le prohíba el uso de la Burka o Niqab a un grupo minoritario de mujeres, bajo el argumento que se debe satisfacer el derecho de los demás a vivir juntos mediante mostrar el rostro como medio de interacción, carece de argumentación jurídica y no puede entenderse como satisfactoria si no establece de manera mínima que requiere el vivir juntos. Adicionalmente, se entiende que una interferencia como esta no satisface un elemento tan amplio como aquel y por ende, el valor que se otorgaría sería de 1 (leve).

En segundo lugar, frente al peso del derecho o principio (P2) el TEDH no establece en ningún lugar la importancia del mismo, de hecho, al momento de hablar sobre este, introduce el margen de apreciación para justificar la interferencia bajo dicho fundamento. Por el contrario, dentro de la argumentación que expone el TEDH en las tres sentencias, se

entendería que con respecto a este en particular, el peso del derecho a la protección de los derechos y libertades de otros entendido como “vivir juntos” es mínimo, por no decir nulo, puesto que satisfacer este generaría espacios discriminatorias y xenófobos en ambos países, como lo expresa el Tribunal al decir:

“(…)Es cierto que solo un pequeño número de mujeres se ven afectadas, debido a que el porcentaje de mujeres que usan esta vestimenta en ambos países es muy bajo, por lo tanto, puede parecer excesivo responder a esa situación imponiendo una prohibición general (...) Además, no hay duda de que la prohibición tiene un impacto negativo significativo en la situación de las mujeres (...) El Tribunal también es consciente ciertas observaciones islamofóbicas marcaron el debate que precedió a la aprobación de la Ley (...) y que un Estado que participa en un proceso legislativo de este tipo corre el riesgo de contribuir a la consolidación de los estereotipos que afectan a determinadas categorías de la población y de fomentar la expresión de la intolerancia, cuando tiene un deber, por el contrario, promover la tolerancia” (TEDH CASO S.A.S. VS. FRANCIA, 2014; CASO BELCACEMI Y OUSSAR VS. BÉLGICA, 2017; Y CASO DAKIR VS. BÉLGICA, 2017)

Dicho esto, el peso del del derecho a la protección de los derechos y libertades de otros entendido como “vivir juntos” se valora en 1 (leve) como puntaje mínimo a ser aplicado, puesto que la aplicación de un derecho o principio que per se genere discriminación y xenofobia no puede ser considerado como vital o moderadamente necesario, sino todo lo contrario.

Finalmente, con respecto al grado de seguridad de que la medida afecte el derecho o principio (A2), siguiendo la misma línea de la intensidad de la interferencia y el peso de este, el valor sería 0.25 siendo el valor más bajo por todo lo expuesto anteriormente.



Dicho todo esto, la fórmula que se obtiene cuando se contrapone la libertad religiosa con la protección de los derechos y libertades de otro entendido como vivir junto es:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{1 \times 1 \times 0.25} = \frac{8}{0.25} = 32$$

Al introducir los valores obtenidos para cada uno de los derechos o principios, el resultado fue 32, siendo el número más alto entre todas las ecuaciones realizadas en el presente capítulo. Es decir, de acuerdo a lo establecido por Alexy:

$$32 > 1 = \textit{Interferencia no es proporcional}$$

El resultado anterior, se traduce en que la interferencia por parte del Estado mediante la prohibición del uso del velo integral (Burka y Niqab) en espacios públicos, vulnera el artículo 9 de la CEDH, puesto que no se demuestra jurídicamente que dichas prendas afecten efectivamente el principio a vivir juntos defendido por los Estados. En ese sentido, al no ser proporcional, no cumple el requisito de necesario en una sociedad democrática.

No obstante lo anterior, y aunque al aplicar la fórmula de peso se demostró que al ponderar la libertad religiosa con la igualdad entre hombres y mujeres, la dignidad humana, la seguridad pública y el principio a vivir juntos, tiene mayor peso el derecho a manifestar una creencia religiosa, el TEDH decide que no hubo vulneración del derecho y considera que es necesario incluir como alternativa de decisión la doctrina de margen de apreciación, la cual permite establecer que los Estados estaban en mejor posición para decidir y por ende la interferencia fue proporcional, lo que permite que se prohíba el uso del velo integral en espacios públicos.

Dicho esto, se puede concluir que en este apartado el TEDH no solo no tenía una justificación jurídica para aplicar el margen de apreciación como alternativa de decisión determinante, sino que al aplicarlo vulneró el derecho de las demandantes y abrió la puerta para que los Estados generen leyes o políticas sobre la prohibición general del uso del velo integral en espacios públicos lo que podría conllevar a situaciones de discriminación y xenofobia.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y una vez terminado el análisis propuesto para el presente capítulo se concluyen los siguientes puntos:

- La aplicación de la fórmula de peso permitió evidenciar que en ninguno de los casos fue racionalmente justificado otorgarle mayor peso a la doctrina del margen de apreciación como alternativa determinante de decisión, sino que por el contrario la misma ponderación realizada por el TEDH en su argumentación, habría sido suficiente para llegar a una decisión coherente con la Convención.
- Se evidenció la falta de coherencia que presenta el TEDH entre la argumentación que expone en las consideraciones frente a la decisión que profiere una vez expuestas estas, lo cual permite intuir que en las consideraciones se realiza una adecuada aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto pero una vez se llega al punto de tomar la decisión se flexibilizan los argumentos y la ponderación realizada, mediante la inclusión de del margen de apreciación como alternativa de decisión determinante.

## **CONCLUSIONES**

El presente trabajo de investigación buscaba responder a la pregunta: ¿Es racionalmente justificado que el TEDH utilice el margen de apreciación como alternativa de decisión determinante al momento de decidir sobre la proporcionalidad entre la interferencia a la libertad religiosa -representada por la prohibición del uso del velo y el velo integral- y el fin que busca obtener con dicha interferencia? En respuesta a esta pregunta se planteó como hipótesis que no fue racionalmente justificado el uso del margen

de apreciación como alternativa de decisión determinante al momento de decidir la proporcionalidad entre prohibir el uso del velo y el velo integral, afectando el derecho a la libertad religiosa, con el fin de proteger los derechos y libertades de los demás.

En ese sentido, el presente estudio giró en torno a las siguientes tres grandes temáticas enmarcadas en la pregunta de investigación: (i) el velo y velo integral, (ii) el derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 9 de la CEDH y (iii) el margen nacional de apreciación. Estas permitieron establecer las bases teóricas sobre las que se fundamentó el análisis que se realizó frente la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición del uso del velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab) en instituciones educativas públicas y espacios públicos, para así poder llegar confirmar la hipótesis planteada.

El primer capítulo del estudio, se enfocó, a nivel teórico, en explicar las tres temáticas, dividiéndose en tres grandes secciones donde se expuso, en primer lugar, los orígenes del uso del velo y el velo integral, los tipos de velo, el significado de su uso y la reglamentación a nivel regional y nacional, en algunos países de Europa, sobre dichas prendas. En segundo lugar, se presentó el artículo 9 de la CEDH, donde se desarrolló la libertad religiosa desde su importancia en una sociedad democrática, pasando por el derecho a mantener una creencia, manifestarla y las acciones protegidas por el artículo, hasta llegar a la debida justificación de una interferencia al derecho por parte de un Estado. En este último apartado, se desarrollaron los tres requisitos obligatorios para dicha justificación, siendo estos, previsto por una ley, fin legítimo y necesario en una sociedad democrática, dentro de los cuales, se prestó especial atención al último de ellos por ser el elemento sobre el cual giraba la investigación.

Dentro de este requisito se estableció la relación que existe entre este y el principio de proporcionalidad y se ahondo en este principio desde la perspectiva del doctrinante Robert Alexy, cuya teoría sobre la proporcionalidad en sentido estricto, ley de ponderación y fórmula de peso, se vio reflejada en la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición del velo y velo integral.

Finalmente, la tercera sección se centró en la doctrina del margen de apreciación, puesto que, el TEDH utilizó esta como factor determinante al momento de tomar las decisiones con respecto a la prohibición del uso del velo y el velo integral, en ese sentido, esta sección incluyó el surgimiento y definición de la doctrina y los factores determinantes de esta, específicamente el consenso internacional, como factor preponderante y que sirvió de fundamento por parte del TEDH, para la aplicación del margen en las sentencias priorizadas.

El segundo capítulo de la presente investigación, se centró en realizar un análisis jurisprudencial con el fin de poder obtener tendencias y líneas de pensamiento por parte del TEDH sobre la temática. Para esto, se realizó una búsqueda de las sentencias que el Tribunal había fallado con respecto a la prohibición del uso del velo y el velo integral y se encontró que sobre este tema, solamente se han estudiado 16 casos, siendo estos la totalidad de sentencias con las que hasta el momento se cuenta. En ese sentido, el capítulo evidenció a nivel práctico, la teoría expuesta en el capítulo anterior, confirmando la relación entre el requisito necesario para una sociedad democrática del artículo 9 de la CEDH, el principio de proporcionalidad y el margen de apreciación, todo en torno a la prohibición del uso del velo y el velo integral.

El tercer y último capítulo se enfocó en, -mediante la aplicación de la fórmula de peso de Alexy- comparar la teoría sobre la proporcionalidad en sentido estricto, expuesta en el capítulo 1, con las tendencias y líneas de pensamiento obtenidas del análisis jurisprudencial del capítulo 2, y así poder confirmar la hipótesis de la investigación.

A continuación se enumeran las diferentes conclusiones a las cuales se llegó en la presente investigación, no sin antes aclarar, que estas corresponden tanto a cada uno de los capítulos como a resultados generales.

1. El uso del velo o de prendas que se utilizan para cubrir rostro, cabello y cuerpo no surgieron, ni pertenecen exclusivamente a la religión islámica. Dichas prendas han sido utilizadas desde muchos años antes de la aparición del Islam por religiones como el cristianismo y su uso no siempre tuvo una connotación religiosa, en algunos casos su finalidad era protegerse de tormentas o proteger a las mujeres de ser secuestradas por asaltantes. (Capítulo 1)
2. Aunque se evidenció que el uso del velo y el velo integral, pueden llegar a tener una variedad de razones por las cuales puede ser utilizado, es importante recalcar que las demandantes pertenecían a la religión islámica y este tipo de prendas en el Islam son reconocidas como una manifestación de su religión y su cultura, y sin estas, no podrían expresar adecuadamente su respeto a Dios y a su convicción religiosa. (Capítulo 1)
3. Existen posiciones tanto a favor como en contra del uso del velo y velo integral, por lo cual, el deber de los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como regionales, no es favorecer uno sobre el otro, sino centrarse en proteger, de acuerdo al contexto de dicho Estado, el derecho de las mujeres a escoger libremente si usan o no estas prendas. (Capítulo 1),

Es importante recordar que aunque existen movimientos religiosos y políticas estatales que imponen el uso del velo y el velo integral como se dio y se da en algunos países del medio oriente, los Estados donde estas prácticas opresivas y de imposición no se dan (como el caso de la mayoría de países de Europa), no pueden ser paternalistas e imponer leyes que buscan reivindicar los derechos de libertad y decisión de las mujeres en contextos donde dichos derechos no están siendo vulnerados. Es decir, si en Europa los Estados no obligan a las mujeres a usar el velo o velo integral, y por ende aquellas que deciden usarlo lo hacen de manera libre y consiente, no tendría justificación prohibirles que lo usaran, puesto que, esto genera que dichas leyes de prohibición del uso del velo y el velo integral terminen siendo tan opresivas como aquellas en donde se obliga el uso de estas prendas. (Capítulo 1)

En ese sentido, es necesario que los Estados al momento de imponer una ley que prohíba vestimentas religiosas, analicen el contexto actual en el cual se enmarcaría dicha prohibición y tengan presente que las realidades en cada país son diferentes y no pueden basar o fundamentar leyes en pro de la protección de derechos que están siendo vulnerados en un Estado diferente al donde se planean aplicar dichas normativas.

4. La libertad religiosa, consagrada en el artículo 9 de la CEDH es considerado como uno de los derechos más importantes dentro de una sociedad democrática dado que protege no solo a creyentes sino a no creyentes siendo el fundamento de un Estado pluralista. No obstante, no es un derecho absoluto y puede ser interferido o limitado siempre y cuando dicha interferencia cumpla con tres requisitos, es decir, que la medida este prevista por una ley, busque un fin legítimo y sea necesaria para una sociedad democrática. (Capítulo 2)
5. Con respecto al requisito necesario para una sociedad democrática se evidenció a nivel teórico (doctrina) y práctico (jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 9 y las 16 sentencias priorizadas) la relación directa entre este requisito y el principio de proporcionalidad, especialmente la ponderación en sentido estricto. (Capítulo 1)

En ese sentido, el principio de proporcionalidad, desde la teoría de Alexy, cuenta con tres subprincipios: (i) adecuación o idoneidad que exige analizar si efectivamente la aplicación de dicha interferencia es adecuada para obtener el resultado que el Estado buscaba obtener (ii) necesidad o indispensabilidad, que implica evaluar si el legislador eligió la interferencia menos restrictiva, entre las diferentes opciones capaces de obtener el fin buscado y (iii) proporcionalidad en sentido estricto que requiere realizar un examen sobre el equilibrio entre las ventajas y desventajas que ocasiona la interferencia, es decir un balance de costos. Dentro de este último subprincipio y con el fin de realizar dicho balance aparece la ley de ponderación y la fórmula de peso; la cuales buscan, mediante una fórmula matemática establecer si efectivamente el grado de la no

satisfacción o de afectación de uno de los principios es proporcional a la importancia de la satisfacción del otro.

En la presente investigación, se limitó a estudiar a profundidad el último subprincipio, toda vez que, los dos primeros subprincipios no son analizados por el Tribunal en los casos priorizados. Esta teoría de la ponderación en sentido estricto, se utilizó como metodología de análisis dado que en las consideraciones de las 16 sentencias se observó como el TEDH la utiliza como método para llegar a una solución.

6. Pasando del artículo 9 de la CEDH a la doctrina del margen de apreciación, como el último de los temas presentes en la pregunta de investigación, se observó que este se entiende como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, del cual gozan las autoridades soberanas del Estado y los jueces nacionales al momento de concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la Convención.

De esta definición, se desatacó tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial que el fundamento de la aplicación de la doctrina es el principio de subsidiariedad, toda vez que las autoridades nacionales son en primera instancia las responsables de la aplicación de la Convención y por ende los Estados están en mejor posición de decidir que beneficia más a sus propios ciudadanos. (Capítulo 1)

Adicionalmente, dentro de esta doctrina se resaltó que el factor determinante de la amplitud del margen es el consenso internacional, sobre el cual se concluyó que aunque dentro de la doctrina y la jurisprudencia se ha hecho un esfuerzo por definirlo, actualmente no se cuenta con una definición que incluya su existencia y alcance conllevando a cuestionamientos como: ¿Cuántos Estados deben compartir entendimientos similares frente a un derecho para generar consenso?, ¿Se requiere simplemente que no exista homogeneidad o más bien que no pueda identificarse una tendencia clara?, ¿En qué momento se comienza a hablar de consenso, cuando hay 2, 4, 6 o más países? ¿Qué sucede con aquellos países que

se han opuesto a las tendencias de los demás Estados de la región, por respeto a sus tradiciones? (Capítulo 1)

No obstante lo anterior, en 15 de las 16 sentencias priorizadas, el TEDH utilizó el margen de apreciación como elemento determinante de la decisión y justificó su aplicación en la no existencia de un consenso internacional sobre la prohibición del uso del velo y el velo integral. Sin embargo, como se concluyó en el capítulo 1, a nivel regional se evidenció que de manera general la recomendación es la no aplicación de leyes o políticas que busquen una prohibición general del uso del velo y el velo integral y a nivel nacional de los 30 países de Europa que han discutido el uso de estas prendas, en 23 países no prohíben su uso en ninguna circunstancia (siendo este número la mayoría), en 2 países se prohíbe el uso de estas prendas exclusivamente en edificios o instituciones pertenecientes al Estado, tanto por visitantes como por funcionarios públicos, y solo en 5 países se prohíben completamente su uso en espacios públicos como calles, parques, entre otros (siendo esta prohibición general una minoría). Por lo cual, no quedan claros los parámetros que usa el TEDH para decidir cuando hay y cuando no hay un consenso internacional, dado que en este caso se puede afirmar que existe un consenso en la no prohibición del uso del velo, específicamente del velo integral en espacios públicos. (Capítulo 1 y 2)

Por todo lo anterior expuesto, se concluye que el TEDH está aplicando de manera confusa la doctrina del margen de apreciación, al no evidenciarse parámetros claros al momento de decidir cuándo se le debe otorgar a los Estados el margen y cuando no y que tan amplio puede llegar a ser este. Un ejemplo de esto fue la decisión a la que llegó el Tribunal en las sentencias sobre la prohibición del uso del velo integral en espacios públicos, donde la ponderación de los argumentos no solo inclinaba la balanza hacía satisfacer la libertad religiosa sobre la protección de los derechos y libertades de los demás, sino que el mismo TEDH resaltó que esta prohibición conllevaría por un lado, a la vulneración de los derechos de las mujeres que usan estas prendas y que son



minoría en dichos países, pues las obligaría a quedarse en sus hogares por miedo a salir y ser sancionadas y por el otro, generaría situaciones de discriminación y xenofobia hacia una religión y cultura en particular. Mas sin embargo, el TEDH decide otorgarle un amplio margen de apreciación a Francia y Bélgica, basado en la no existencia de un consenso internacional sobre este tema en específico, y resuelve que no se vulneró la libertad religiosa al prohibir el uso de la Burka y el Niqab en espacios públicos.

Esto permite afirmar que el TEDH con respecto a la libertad religiosa, específicamente en lo que respecta a la prohibición del uso del velo (Hijab) y velo integral (Burka y Niqab) en universidades, escuelas y espacios públicos, resuelve las controversias basándose por regla general en la doctrina del margen de apreciación, como alternativa de decisión determinante dejando de lado la ponderación en sentido estricto.

7. A nivel general se observa que existe una falta de justificación en la aplicación del margen de apreciación como alternativa de decisión al momento de resolver la controversia. Aunque el TEDH resalta que es importante tener en cuenta el margen de apreciación como elemento para establecer el campo de acción dentro del cual se puede mover un Estado, este no es ilimitado y la ponderación en sentido estricto permite evaluar si efectivamente el Estado se mantuvo dentro de dicho campo argumentando su interferencia o en su defecto se extralimitó.

En estos casos, la ponderación permitía establecer si la argumentación por parte de los Estados era coherente y debidamente justificada y efectivamente podía entrar dentro de los límites del amplio margen de apreciación con el que cuentan los Estados con respecto al uso de vestimentas religiosas. Sin embargo, el TEDH a pesar de realizar la ponderación en sentido estricto y encontrar resultados claros que evidenciaban cual derecho prevalecía sobre el otro, decide flexibilizar o inclusive obviar completamente dicho resultado y fundamenta su decisión en la existencia de un amplio margen de apreciación.

En ese sentido, el Tribunal incluye como alternativa de decisión dicha doctrina y se fundamenta en ella, desvirtuando completamente el análisis hecho

previamente en sus consideraciones, sin justificar jurídicamente porqué teniendo claridad frente a cual derecho debería prevalecer sobre el otro, es necesario aplicar como alternativa de decisión determinante la doctrina del margen de apreciación.

8. En esa misma línea, la aplicación de la fórmula de peso en el capítulo 3 permitió evidenciar que en ninguno de los casos la fórmula dio como resultado 1, el cual de acuerdo con Alexy, es el único escenario donde se justifica jurídicamente utilizar el margen de apreciación como una alternativa de decisión, toda vez que, dado que los derechos en controversia tienen el mismo peso, es efectivamente el Estado quien está en mejor posición para decidir lo que considera más adecuado dentro de su jurisdicción y soberanía.

Teniendo en cuenta todas estas conclusiones, se confirma la hipótesis de la presente investigación, y se finaliza afirmando que no fue racionalmente justificado el uso del margen de apreciación como alternativa de decisión determinante al momento de decidir la proporcionalidad entre prohibir el uso del velo y el velo integral, afectando el derecho a la libertad religiosa, con el fin de proteger los derechos y libertades de otros. Esta aplicación indistinta e injustificada generó la vulneración del derecho y sentó un precedente peligroso en torno a políticas prohibitivas del velo y velo integral que pueden llegar a generar situaciones de islamofobia, rechazo y discriminación.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, R. (2006). *Discourse Theory and Fundamental Rights. In Arguing Fundamental Rights*, ed. Agustín Menéndez and Erik Oddvar Eriksen, 15-29. Dordrecht: Springer.

ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-29. Pg. 12, 13, 25.

ARTHUR, L. B. (s.f). “*Religion and Dress*”. Or Encyclopedia of Clothing and Fashion Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos.

ÁVILA ANDRADE, M. D. (2017). La globalización de los derechos humanos como una posible amenaza a los derechos de las mujeres en Medio Oriente (Bachelor's thesis, PUCE).

BARBOSA, F. R. (2011). *Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y el TEDH Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales*. Revista Derecho del Estado, (26), 107-135.

BARBOSA, F. R. (2012). *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*. Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel (coord.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 57.

BEDMAR, V. L. (2009). Utilización de signos religiosos en los centros escolares de Alemania y reino Unido: El velo islámico. Educación XX1, 12(1).

BENAVIDES, M. A. (2009). *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. Ius et praxis, 15(1), 295-310. Pg. 300-301.

BERGER, V. (2012). *Interlaken Follow-Up–Principle Of Subsidiarity–Note by the Jurisconsult*

BERNAL, C. (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. Pg. 230.

BULLOCK, K. (2000). *Challenging Media representations of the veil: contemporary Muslim women's re-veiling movement*. American Journal of Islamic Social Sciences, 17(3), 22. Pg. 26 - 29, 33.

BULLOCK, K. (2002). *Rethinking Muslim women and the veil: Challenging historical & modern stereotypes*. IIIT

BULLOCK, K. (2002). *Rethinking Muslim women and the veil: Challenging historical & modern stereotypes*. III. Pg. 4-5

CALLEWAERT, J (2000), —*La subsidiarité dans l 'Europe des droits de l 'homme: la dimension substantielle*», en VERDUSSEN (ed.), *L 'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, pp. 13-61. [SEP]

Caso Handyside c. Royaume-Uni, arret del 7 diciembre de 1976, párr. 49.

CEDH, caso *Lawness c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.

CEDH, *Case of Schalk and Kopf vs. Austria*, Merits, 24 jun., Application n° 30141/04, 2010. párr. 105.

CEDH. *Case of Christine Goodwin vs the United Kingdom*, Merits, 11 jul., Application n° 28957/95, 2002. párr. 74-5; *Case of Schalk and Kopf vs Austria*, Merits, 24 jun., Application n° 30141/04, 2010. párr. 57

CEDH, *Case of Schalk and Kopf vs. Austria*, Merits, 24 jun., Application n° 30141/04, 2010

CIANCIARDO, J. (2014). *Argumentación jurídica y principio de proporcionalidad*. Pg. 7-8

CIANCIARDO, J. (2009). *The Principle of Proportionality: its Dimensions and Limits*. Expresso, [http://works.bepress.com/juan\\_cianciardo/1](http://works.bepress.com/juan_cianciardo/1).

CIANCIARDO, J. (2009). *The Principle of Proportionality: its Dimensions and Limits*. Expresso, [http://works.bepress.com/juan\\_cianciardo/1](http://works.bepress.com/juan_cianciardo/1) (accessed June 24, 2012).

CIANCIARDO, J. (2010). *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*. J. Civ. L. Stud., 3, 177

CIANCIARDO, J. (2004). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Editorial Ábaco de R. Depalma.

COUNCIL OF EUROPE/ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2018). *Guide to Article 9: Freedom of Thought, Conscience and Religion*. Case-law Guides. Research and Library Division, within the Directorate of the Jurisconsult of Council of Europe/ European Court of Human Rights. [En línea]: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#> Recuperado el 18 de enero de 2019.

Consejo de Europa (1950): Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1953. [En línea]: [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf&ved=2ahUKEwjtxvDf05vfAhXQneAKHfLMDwQQFjAKegQIARAB&usg=AOvVaw0HTns9SCdOUfl-9E2\\_vlrt](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf&ved=2ahUKEwjtxvDf05vfAhXQneAKHfLMDwQQFjAKegQIARAB&usg=AOvVaw0HTns9SCdOUfl-9E2_vlrt) recuperado en abril de 2018

CONSEJO DE EUROPA (ASAMBLEA PARLAMENTARIA): Resolución 1743 (2010) Islam, Islamism and Islamophobia in Europe, de 23 de junio de 2010. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. (24)

COVARRUBIAS, I. (2012). *La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación*. Revista chilena de derecho, 39(2), 447-480

DE LA ROASILLA DEL MORAL, I. (2006). *The increasingly marginal appreciation of the margin-of-appreciation doctrine*. German LJ, 7, 611. Pg. 616-617

DE MIRANDA AVENA, C. (2010). Perspectivas sobre el velo islámico: especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional. Anuario de derechos humanos, (11), 13-78

DOMENECH, I. P. (1997). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Jueces para la democracia, (28), 69-75

Dudgeon v. the UK, 22 Okt. 1981, Series A, no. 45, para. 53.

[EL PERIÓDICO \(2017\)](https://www.elperiodico.com/es/internacional/20170314/la-prohibicion-del-hiyab-en-europa-5896695/). [En línea]:  
<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20170314/la-prohibicion-del-hiyab-en-europa-5896695/> Recuperado en abril de 2018

Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, ECHR 2013 (extracts)

FASSBENDER, B. (1998). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos de derecho público, (5), 51-73

GARCÍA-VÁZQUEZ, S. (2013). El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial.

GARCÍA, L. N. (2012). Islamofobia y sexismo. Las mujeres musulmanas en los medios de comunicación occidentales. La islamofobia a debate, 141. En: Muñoz, G. M., &

Grosfoguel, R. (Eds.). (2012). La islamofobia a debate: la genealogía del miedo al islam y la construcción de los discursos anti islámicos. Casa Árabe

GROSS, O., & AOLAIN, N. (2001). *From discretion to scrutiny: Revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Quarterly, 23(3), 625-649.

GREER, S. C. (2000). *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights* (Vol. 17). Council of Europe

GREER, S. (2010) “*The interpretation of the european convention on human rights: universal principle or margin of appreciation?*”, UCL Human rights Review, vol. 3, 2010, p. 2, [En línea]: <https://www.ucl.ac.uk/human-rights/research/ucl-hrr/docs/hrreviewissue3/greery> recuperado en abril de 2018

Handyside v Reino Unido, sentencia del 25 de enero de 1976 (Traducción Libre)

Hanse L. Rev., 1, 47. Pg. XXX

HARBO, T. I. (2010). *The function of the proportionality principle in EU law*. European Law Journal, 16(2), 158-185.

HOODFAR, H. (1992). The veil in their minds and on our heads: The persistence of colonial images of Muslim women. Resources for Feminist Research, 22(3/4), 5.

INSTITUTO EUROPEO DEL MEDITERRÁNEO. (s.f). *Observatorio de la Islamofobia en los medios*. [En línea]: <http://www.observatorioislamofobia.org/2018/01/30/analisis-velo-islamico-trabajo/> Recuperado el 30 de enero de 2018

JUNQUERA CUBILES, E. L. (2016). Una interpretación histórica de los códigos éticos y el uso de las prendas en el ámbito islámico. Encuentros Multidisciplinares.

KASTANAS, E (1996), *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant.

LA RAZÓN (2018). [En línea]: [https://www.larazon.es/historico/172-asi-es-el-mapa-del-velo-islamico-en-espana-PLLA\\_RAZON\\_279801](https://www.larazon.es/historico/172-asi-es-el-mapa-del-velo-islamico-en-espana-PLLA_RAZON_279801) recuperado en abril de 2018

Lawless v. Ireland (Commissioni, 1 Eur. Ct. HR (servicio B) a 56 (1960-1961);  
Lawless c. Irlanda [Tribunal], 3 Eur. Ct. HR (servicio A) (1960-1961). / Ireland v. United Kingdom, 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 207, at 78-79. / Brannigan & McBride v. Reino Unido, 258 Eur. Connecticut. H.R. (ser. A) (1993). / (A. y otros v. Reino Unido [GC], n. ° 3455/05, § 184, ECHR 2009

LETSAS, G. (2006). *Two concepts of the margin of appreciation*. Oxford Journal of Legal Studies, 26(4), 705-732.

LISBON NETWORK, COUNCIL OF EUROPE. (s.f) *The Margin Of Appreciation*. [En línea]: <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork> Recuperado en abril de 2018

LLANOS, E. P. (2015). *El Hiyab*. Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones, 20, 165-191.

MALONE V. THE UNITED KINGDOM (1984). Aplicattion No 8691/79. Judgment, Strasbourg of 02.08.1984

MARTÍNEZ, I. M. B. (2009). *El uso del velo islámico en Europa: Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia*. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia. Anuario de derechos humanos, (10), 17-82.



MACDONALD, M. (2006). Muslim women and the veil: Problems of image and voice in media representations. *Feminist Media Studies*, 6(1), 7-23

MEDINA, G. (2015). Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres: Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la corte de derechos humanos de Europa. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (19), 164-181

OIM -Organización Internacional para las Migraciones- (2018). Informe Sobre las Migraciones en el Mundo 2018. Recuperado de:

[https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2018\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf)

OPEN SOCIETY FOUNDATION (2018). Restrictions on Muslim women's dress in the 28 EU Member States: Current law, recent legal developments, and the state of play. Recuperado de: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/restrictions-on-muslim-womens-dress-in-28-eu-member-states-20180709.pdf>.

OSTROVSKY, A. A. (2005). *What's So Funny about Peace, Love, and Understanding-How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals*. *Hanse L. Rev.*, 1, 47.

RAMÍREZ, J. M. P. (2005). *La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional europeo*. *Revista de derecho constitucional europeo*, (4), 255-276.

RAZ, J. (1979): *"The rule of law and its virtue"*, en: Raz , Joseph, *The authority of law: essays on law and morality* (Oxford, Clarendon Press)

ROCA, F. J. G. (2007). *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. *Teoría y realidad constitucional*, (20), 117-143

SAUL MATTHEW. “*The European Court of Human Rights’ Margin of appreciation and the Processes of National Parliaments*”, *Oxford Human Rights Law Review*, 2015, 1-30, October 22, 2015, p. 5. [En línea]: <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/early/2015/10/22/hrlr.ngv027.full.pdf?keytype=ref&ijkey=cGnhnKC5hxGr4gP> recuperado en abril de 2018

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2016). La autonomía relacional de las mujeres como límite de la diversidad cultural y religiosa: a propósito de la polémica prohibición del velo integral.

Silver v. The United Kingdom (1983). Application No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75. Judgment Strasbourg of 23.03.1983

SPIELMANN, D. (2012). *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*. Cambridge yearbook of European Legal studies, 14, 381-418.

SUNDAY TIMES V UK (1980) 2 EHRR 245. Case of Sunday Times V The United Kingdom. Application No 6538/74. Judgment, Strasbourg, 26 April 1979. (Traducción Libre).

SOLÍS, Z. C. (2001). Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico. *AequAlitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (6), 14-20.

TEDH Caso Dahlab vs. Suiza (2001). Application n° 42393/98

TEDH Caso Leyla Sahin v. Turquía (2005). Application n° 44774/98

TEDH Caso Kurtulmus vs. Turquía (2006). Application n° 65500/01

TEDH Caso Dogru v. Francia (2008). Application n° 27958/05

TEDH Caso Kervanci v. Francia (2008). Application n° 31645/04

TEDH Caso Kose y otros vs. Turquía. (2006) Application n° 26625/02  
TEDH Caso Aktas vs. Francia (2009). Application n° 43563/08  
TEDH Caso Bayrak vs. Francia (2009). Application n° 14308/08  
TEDH Caso Gamaleddyn vs. Francia (2009). Application n° 18527/08  
TEDH Caso Ghazal vs. Francia (2009). Application n° 29134/08  
TEDH Caso J. Singh vs. Francia (2009). Application n° 25463/08  
TEDH Caso R. Singh vs. Francia (2009). Application n° 27561/08  
TEDH, Caso Ahmet Arslan y otros vs. Turquía (2010) Application n° 41135/98  
TEDH, CASO S.A.S. vs. Francia (2014), Application n° 43835/11  
TEDH, CASO Belcacemi y Oussar vs. Bélgica (2017) Application n° 37798/13  
TEDH, CASO Dakir vs. Bélgica (2017) Application n° 4619/12  
TEDH, caso De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica, sentencia del 10 de marzo de 1972.

TEDH, caso Handyside v Reino Unido, sentencia del 25 de enero de 1976.

TEDH. Landvreugd vs. The Netherlands, 4/06/2002, & 54; Maestri v. Italy, 17/0

TODO NOTICIAS (s.f). [En línea]: [https://tn.com.ar/internacional/polemica-por-el-uso-del-velo-islamico-en-europa\\_053366\\_11\\_de\\_abril\\_de\\_2011](https://tn.com.ar/internacional/polemica-por-el-uso-del-velo-islamico-en-europa_053366_11_de_abril_de_2011) recuperado en abril de 2018

TÜMAY, M. (2008). *The “Margin of Appreciation Doctrine” developed by the case law of the European Court of Human Rights*. Ankara Law Review, 5(2), 201-234.

VALCARCEL, M. S., & RIVERA DE LA FUENTE, V. A. (2014). *Feminismo, identidad e Islam: encrucijadas, estrategias y desafíos en un mundo transnacional*. Tabula Rasa, (21). Pg. 149

VILA, M. I. (S.f). *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*.

YOWELL, P. (2012). *Legislación, common law, y la virtud de la claridad*. Revista chilena de derecho, 39(2), 481-512.