

# El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

## The national margin of appreciation and the content of freedom of thought, conscience and religion in the European Convention on Human Rights

Sergio Alejandro Fernández Parra\*  
 Universidad Externado de Colombia  
 ORCID ID 0000-0001-5543-2458  
[sergio.fernandez@uexternado.edu.co](mailto:sergio.fernandez@uexternado.edu.co)

### Cita recomendada:

Fernández Parra, S. A. (2019). El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 68-99.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4992>

Recibido / received: 07/05/2019  
 Aceptado / accepted: 02/07/2019

### Resumen

En el presente escrito se estudiará la figura del margen nacional de apreciación y su aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este estudio tiene como objeto demostrar que la utilización frecuente de esta figura impide que exista una interpretación uniforme del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Para probar la hipótesis planteada, la figura aludida será comparada

\* Abogado y especialista en Derecho público de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho público de la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Becario de la Fundación Carolina. Asistente de investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

Quiero agradecer de forma especial a la profesora de la Universidad de Chile Constanza Núñez Donald y a Diego Xavier Gudiño Valdiviezo por los comentarios y observaciones que realizaron al borrador de este escrito. Las sugerencias aportadas por estas dos personas fueron importantes para la consolidación de las ideas que se defienden en este trabajo.

con el control de convencionalidad y la forma en que se ha aplicado esta última figura por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último se realizará con el fin de evidenciar las falencias interpretativas y de protección de los derechos que genera la utilización del margen nacional de apreciación.

### Palabras clave

Margen nacional de apreciación, control de convencionalidad, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, libertad de pensamiento, conciencia y religión, Estado laico.

### Abstract

*This paper will study the figure of the national margin of appreciation and its application by the European Court of Human Rights. The purpose of this study is to show that the frequent use of this figure prevents a uniform interpretation of the right to freedom of thought, conscience and religion in the European System of Human Rights. To test this hypothesis, the aforementioned figure will be compared with the control of conventionality and the way in which the latter figure has been applied by the Inter-American Court of Human Rights. The latter in order to highlight the interpretative and protection flaws of the rights generated by the use of the national margin of appreciation.*

### Keywords

*National appreciation margin, control of conventionality, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, freedom of thought, conscience and religion, secular State.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la figura del control de convencionalidad. 3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el margen nacional de apreciación. 4. Aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos relacionados con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) utiliza, cada vez con mayor frecuencia, la teoría del margen nacional de apreciación en los asuntos relacionados con la posible vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres, los derechos de la comunidad LGTBI y la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Por ejemplo, esta figura fue utilizada por el TEDH para establecer que los Estados tienen un amplio margen de actuación para regular y restringir la eutanasia, el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo y el uso de vestuario religioso en el espacio público<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre el margen nacional de apreciación y el matrimonio entre personas del mismo sexo, véase el asunto Schalk and Kopf contra Austria, demanda No. 30141/04, Sentencia 24 de junio de 2010. También se puede consultar el asunto Chapin et Charpentier contra Francia, demanda No. 40183/07, Sentencia de 9 de junio de 2016. Sobre el margen nacional de apreciación y la eutanasia, véase el asunto Lambert et Autres contra Francia, demanda No. 46043/14, Sentencia del 5 de junio del 2015. A su vez, sobre aborto y margen nacional de apreciación se puede consultar el asunto A, B and C contra Irlanda, demanda No. 25579/05, Sentencia del 16 de diciembre del 2010.

El anterior hecho convierte en relevante el estudio de la naturaleza y la estructura de esta figura jurídica, pues solo así se podrá comprender el alcance de algunos de los derechos establecidos en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Así las cosas, en este escrito se realizará un análisis crítico de la figura del margen nacional de apreciación con el fin demostrar que el resultado de la aplicación de esta teoría es la expedición de sentencias contradictorias que no permiten establecer de manera uniforme el alcance de los derechos. Se sostendrá que la utilización del margen nacional de apreciación es contraria a una de las principales funciones que tienen los tribunales regionales de derechos humanos, que es la interpretación de los derechos convencionales.

Para probar la hipótesis planteada se efectuará un estudio comparado de la figura del margen nacional de apreciación con la teoría del control de convencionalidad, que es aplicada principalmente en el Sistema Americano de Derechos Humanos. Lo anterior con el fin de evidenciar que mientras el control de convencionalidad pretende que los derechos tengan un alcance y contenido similar en todos los Estados partes, el margen nacional de apreciación permite que cada Estado regule y limite los derechos convencionales de manera casi discrecional según sus tradiciones y contexto interno. Este hecho genera una ausencia de uniformidad de los derechos en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Con el fin de comprobar la tesis esbozada, se tomará como ejemplo la jurisprudencia del TEDH relacionada con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>2</sup>. Esta jurisprudencia evidencia de forma clara las contradicciones que se presentan con la aplicación frecuente de la figura del margen nacional de apreciación. Comportamientos amparados por el contenido de este derecho en un Estado son excluidos del objeto de protección en otros Estados que también forman parte del Sistema Europeo. Situación que es agravada por el TEDH al avalar los comportamientos contradictorios.

El presente escrito se dividirá en tres partes. Como se reseñó, en la primera parte del trabajo se estudiará la figura del control de convencionalidad, su aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y su estrecha relación con la función de interpretación de los derechos. En la segunda parte se realizará un estudio de la teoría del margen nacional de apreciación, su aplicación por parte del TEDH y la desconfiguración de la función interpretativa que genera la aplicación de esta figura. Por último, se hará un estudio casuístico de los efectos que se presentan al aplicar la teoría del margen nacional de apreciación en los casos relacionados con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Estos ejemplos permitirán evidenciar de forma clara los problemas planteados a lo largo del escrito.

---

<sup>2</sup> Es importante señalar que se comparte la postura de Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla (2011) y Souto Paz (1992). Estos autores consideran que la libertad religiosa no es un derecho autónomo, sino una libertad que forma parte del contenido del derecho a la conciencia. Lo anterior porque el objeto de protección de esta libertad son las convicciones profundas de las personas, independientemente de que sean religiosas o no. Por ende, no se protege al fenómeno religioso, sino a las convicciones y creencias de las personas (conciencia). Sobre este punto, Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla (2011) sostienen lo siguiente: «La religión es una forma de cultura o parte de la cultura. Una y otra tienen su fuente en la conciencia. Una y otra forman parte de la identidad individual o colectiva. El pluralismo no es ya solo multireligioso, sino también multicultural y los principios de separación y de neutralidad son aplicables tanto a las creencias religiosas como a las no religiosas y a los valores diferentes, distinto de los comunes» (p. 13).

## 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la figura del control de convencionalidad

La Corte IDH es un tribunal internacional encargado de establecer la responsabilidad de los Estados en los casos en que se discute la posible vulneración de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) u otros tratados internacionales de derechos humanos expedidos en el marco de la OEA<sup>3</sup>. La Corte IDH también es competente para realizar una valoración abstracta entre la compatibilidad de una ley o un proyecto legislativo de un Estado parte y la CADH<sup>4</sup>.

Mediante la competencia contenciosa, la Corte IDH establece si se configura la responsabilidad internacional del Estado en los eventos en que es acusado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) por la violación, en un caso concreto, de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, es preciso resaltar que la Corte IDH, para poder establecer la responsabilidad internacional del Estado, debe previamente interpretar los derechos establecidos en la CADH con el fin de establecer su alcance y límites. Antes de establecer la responsabilidad del Estado se debe determinar el contenido de los derechos con el fin de poder evaluar si estos fueron desconocidos o vulnerados.

La segunda función de la Corte IDH es la de emitir opiniones consultivas sobre la compatibilidad de una ley o proyecto legislativo con la CADH<sup>5</sup>. En estos eventos, la Corte IDH realiza un análisis abstracto sobre la correcta interpretación de la CADH<sup>6</sup>. Así las cosas, fácilmente se puede advertir que tanto la función contenciosa como la consultiva implican la interpretación de los derechos establecidos en la CADH. Lo anterior dado que para establecer la responsabilidad del Estado o para emitir un concepto sobre la compatibilidad entre una ley interna y la CADH, es necesario previamente interpretar el alcance y el contenido de los derechos. La Corte IDH, sin una interpretación previa de los derechos, no puede ejercer ninguna de las dos funciones para la que fue creada. En consecuencia, se puede sostener racionalmente que una de las principales funciones de la Corte IDH es la interpretación de la CADH pues sus dos labores conllevan la interpretación de las garantías convencionales.

No se desconoce que la labor de establecer la responsabilidad internacional del Estado es importante y ayuda a la materialización de la justicia en el Sistema Interamericano. Tal como lo pone de presente Quinche Ramírez (2016), la labor contenciosa de la Corte IDH ha servido entre otras cosas para combatir las políticas estatales de desapariciones forzadas llevadas a cabo en El Salvador y Guatemala,

<sup>3</sup> La CADH no es el único tratado de derechos humanos que otorga competencia a la CIDH. Sin embargo, en este escrito se hará referencia únicamente a la CADH bajo el entendido que las afirmaciones realizadas son extensibles a todos los tratados de derechos humanos que otorguen competencia a la CIDH.

<sup>4</sup> CADH. Artículo 62.3: (...) 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

<sup>5</sup> La Corte IDH en la primera opinión consultiva que emitió amplió el marco de su competencia consultiva. En dicha ocasión precisó que ese Tribunal se podía pronunciar e interpretar cualquier tratado de derechos humanos del que sea parte un Estado miembro. En consecuencia, la Corte IDH determinó que el alcance de la expresión del artículo 64 del Convenio "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" era la siguiente: "la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano" (Corte IDH, Opinión Consultiva 01/82).

<sup>6</sup> Para un estudio detallado de la función consultiva de la Corte IDH, véase: Roa Roa (2011) y Romero Pérez (2011).

para poner en evidencia la alianza entre los grupos paramilitares y el Estado colombiano, y para luchar contra las leyes de amnistía que permitían la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos en Perú, Uruguay y Brasil. No obstante, la labor interpretativa que se realiza de forma previa al establecimiento de la responsabilidad del Estado, o en el ejercicio de la función consultiva, es igual de relevante porque gracias a esta se establecen unos estándares que sirven de parámetro de actuación para que los Estados partes puedan prevenir futuras vulneraciones de los derechos humanos en su territorio.

La finalidad del Derecho internacional de los derechos humanos no es la determinación de la responsabilidad de los Estados, sino la prevención y protección de los derechos. Este objetivo se cumple de forma más acertada cuando existen unos criterios y estándares claros del contenido y de los límites de los derechos que puedan servir a los Estados como marco de referencia para sus actuaciones y procedimientos. Lo anterior abre la posibilidad a que los Estados ajusten sus legislaciones y actuaciones nacionales conforme a los estándares jurisprudenciales en materia de derechos humanos. Este hecho ayuda a evitar que se cometan las conductas censuradas por la jurisprudencia de la Corte IDH.

Lo anterior es muy relevante porque permite comprender la naturaleza y la finalidad de la figura jurídica del control de convencionalidad. En efecto, el control de convencionalidad es una consecuencia lógica de la función interpretativa de la Corte IDH. Al establecer que los funcionarios internos deben aplicar los criterios y parámetros jurisprudenciales establecidos por ese tribunal con el objeto de velar por la compatibilidad de las normas y procedimientos nacionales con los estándares internacionales, lo que se pretende es reforzar la fuerza vinculante de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH.

Antes de desarrollar con más detalle la hipótesis planteada sobre la naturaleza del control de convencionalidad, es conveniente señalar que esta figura jurídica fue creada y es utilizada de forma recurrente por la Corte IDH<sup>7</sup>. Si bien es cierto que la figura no tiene un reconocimiento expreso en la CADH, la Corte IDH pudo establecer que se deduce de los artículos 1, 2 y 29 de la CADH<sup>8</sup>. Estas disposiciones obligan a los Estados partes a respetar y garantizar los derechos convencionales y adecuar el

<sup>7</sup> Para una recopilación de los principales fallos en los que la Corte IDH ha utilizado la figura del control de convencionalidad, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). En el mismo sentido, para un estudio detallado de la construcción jurisprudencial del concepto de control de convencionalidad, véase Santofimio Gamboa (2017).

<sup>8</sup> CADH. «Artículo 1.1: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

«Artículo 2: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

«Artículo 29: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

ordenamiento jurídico interno para hacerlo compatible con los deberes de respeto y garantía.

Para Quinche Ramírez (2016), el origen y desarrollo del control de convencionalidad se puede dividir en dos etapas. En la primera, la Corte IDH no utilizó la expresión “control de convencionalidad”, pero sí creó los presupuestos de esta figura al establecer que la expedición por parte de los Estados de normas –legales o constitucionales– contrarias a la CADH da lugar a la responsabilidad internacional del Estado. En esta primera etapa, el autor citado destaca que la Corte IDH estableció, en la Opinión Consultiva 14/94, los siguientes estándares:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto (Corte IDH, Opinión Consultiva 14/94).

Una vez determinó que se podía presentar la eventual responsabilidad del Estado por la incompatibilidad del derecho interno con la CADH, la Corte IDH pasó a aplicar la teoría en varios asuntos contenciosos. En estos casos, declaró la responsabilidad del Estado por tener vigentes normas que permitían la vulneración de los derechos garantizados por la CADH. Uno de los casos más destacados de esta etapa fue el asunto que dio lugar a la Sentencia Olmedo Bustos y otros contra Chile (La última tentación de Cristo). En esa providencia, la Corte IDH ordenó al Estado chileno reformar un artículo de su Constitución que era contrario a la CADH<sup>9</sup>.

En la segunda etapa, la Corte IDH empezó a utilizar la expresión “control de convencionalidad” para señalar que el ordenamiento interno de los Estados se debía ajustar a lo establecido en la CADH, y que los jueces nacionales tenían que estudiar la compatibilidad entre las leyes internas y la CADH. El primer caso en el que se utilizó el nombre de esta figura fue en el asunto que dio origen a la Sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile. En esta providencia la Corte IDH señaló lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

<sup>9</sup> La Corte IDH en este asunto consideró que: «72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial» (Corte IDH, Sentencia del caso Olmedo Bustos y otros contra Chile [la última tentación de Cristo], fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 72).

Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124).

El concepto y las principales características de la figura del control de convencionalidad establecidos en la sentencia que se acaba de transcribir han sido pacíficos en la jurisprudencia interamericana. Los elementos principales de esta figura no han sido modificados en las providencias posteriores a la sentencia citada<sup>10</sup>. Tal como lo pone de presente Núñez Donald (2016), después de la Sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile, la Corte IDH se encargó de ampliar el número de funcionarios obligados aplicar la figura<sup>11</sup>. Lo anterior porque en principio parecía que la figura iba dirigida únicamente a los tribunales de cierre de los países partes. Por ende, la Corte IDH aclaró que este control debía ser realizado por todos los funcionarios judiciales<sup>12</sup>. Por último, en las sentencias Gelman contra Uruguay y Atala Rifo y niñas contra Chile, se precisó que el control de convencionalidad lo debían realizar todos los funcionarios públicos de los Estados partes<sup>13</sup>.

En definitiva, con la figura jurídica del control de convencionalidad se pretende evitar la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Para tal fin, los jueces y demás funcionarios públicos tienen la obligación de interpretar y adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales establecidos por la Corte IDH. Para realizar el control de convencionalidad no solo hay que tener en cuenta la CADH, sino

<sup>10</sup> Para Nash Rojas (2013), las características principales del control de convencionalidad son las siguientes: «a). Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. b). Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. c). Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas, incompatibles con las obligaciones internacionales, constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado. d). Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH» (p. 496).

<sup>11</sup> La Corte IDH, en sentencias proferidas con posterioridad al Asunto Almonacid Arellano y otros contra Chile, también aclaró que el control de convencionalidad debía realizarse de manera oficiosa por los funcionarios internos y de conformidad con su respectiva competencia procesal.

<sup>12</sup> Sobre este punto, la Corte IDH en la Sentencia Cabrera García y Montiel Flores contra México señaló lo siguiente: «225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (Corte IDH, Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225).

<sup>13</sup> Sobre este punto Núñez Donald (2016) sostiene lo siguiente: «En este sentido, la Corte IDH señala que el control de convencionalidad debe ser ejercido por toda autoridad. La afirmación es lógica, por cuanto si entendemos que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la CADH son mandatos para el Estado en su conjunto, no tiene sentido que el control de convencionalidad corresponda tan solo al Poder Judicial» (pp. 43-44).

también la interpretación que la Corte IDH ha realizado de esta en los asuntos abordados en ejercicio de sus competencias<sup>14</sup>.

En consecuencia, para poder ejercer el control de convencionalidad es indispensable que existan unos estándares jurisprudenciales indubitables por parte de la Corte IDH. La existencia de un control interno o difuso de convencionalidad obliga a la Corte IDH a establecer unos parámetros o estándares claros del contenido de cada derecho<sup>15</sup>. Lo anterior con el fin posibilitar que los funcionarios nacionales puedan tomar como marco de referencia esos criterios en el momento de someter las disposiciones nacionales a la evaluación del control de convencionalidad. Sin una interpretación uniforme de los derechos, los funcionarios nacionales no podrían realizar un control estricto de convencionalidad porque no tendrían las herramientas adecuadas para contrastar la compatibilidad de las normas internas y los estándares jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH.

La relación que existe entre la función interpretativa de los derechos y el control de convencionalidad explica la razón por la que la Corte IDH no ha accedido a las diversas solicitudes realizadas por algunos Estados americanos de flexibilizar el control de convencionalidad y, en consecuencia, otorgar un cierto margen de deferencia o apreciación a los Estados Partes en materia de regulación y limitación de los derechos convencionales<sup>16</sup>. Por ejemplo, en el asunto *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, el Estado demandado alegó que no existía un consenso internacional sobre los derechos de los embriones humanos y por ende se debía otorgar a los Estados un amplio margen nacional de apreciación para regular ese tema. De forma similar, en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, el Estado alegó que la falta de consenso respecto de los derechos de la población LGTBI permitía a los Estados restringir a los miembros de ese grupo el goce de la custodia de los

<sup>14</sup> Es importante resaltar que la Corte IDH aclaró que los estándares interpretativos establecidos en las opiniones consultivas también deben ser tenidos en cuenta cuando se efectuó el control de convencionalidad. Al respecto la Corte IDH expresamente señaló: «Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos» (Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, párrafo 31).

<sup>15</sup> Algún sector de la doctrina ha distinguido entre control de convencionalidad interno y externo. El primero es realizado por los funcionarios judiciales y administrativos de los Estados miembros. El externo es ejercido por la Corte IDH. Al respecto, véase Rey Cantor (2008, pp.46-48) y Núñez Donald (2016, pp. 59-66). Otro sector de la doctrina ha preferido hablar de control concentrado de convencionalidad y del control difuso. El primero lo realizaría únicamente la Corte IDH como auténtica intérprete de la CADH. El difuso sería el realizado por todos los funcionarios público de los Estados partes y se realizaría de conformidad con lo establecido en la CADH y en los estándares establecidos por la Corte IDH. Para un estudio detallado de las características del control difuso de convencionalidad, véase el voto razonado del Juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*.

<sup>16</sup> En una reciente declaración conjunta Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay solicitaron expresamente la adopción de la figura del margen nacional de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La declaración puede consultarse en: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>

propios hijos. La Corte IDH en ambos casos negó la solicitud de los Estados. Sobre este último caso en particular, la Corte IDH expresamente señaló:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (Corte IDH, Sentencia del Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2014, párrafo 92).

Algún sector de la doctrina ha criticado la postura de la Corte IDH de no flexibilizar su examen estricto de convencionalidad en algunos casos en lo que consideran que el contexto y las particularidades ameritaban una cierta deferencia con los Estados<sup>17</sup>. Por ejemplo, uno de los casos más criticados por parte de la doctrina a la Corte IDH, por no permitirle a los Estados un cierto margen de deferencia o apreciación en materia de regulación y limitación de los derechos convencionales, es el asunto que dio lugar a la Sentencia del caso Gelman contra Uruguay. La Corte IDH en esa providencia tuvo que establecer si una ley que aprobó una amnistía para los delitos graves contra los derechos humanos cometidos en ese país durante la dictadura era contraria al estándar establecido previamente por esa Corporación, según el cual las leyes de amnistías vulneraban varios derechos establecidos en la CADH. Las particularidades de este caso –que según Gargarella (2013), lo hacen diferente a otros asuntos en que la Corte IDH determinó que las leyes de amnistías eran contrarias a la CADH– son las siguientes: 1. La Corte IDH en los casos de Perú y Brasil conoció de leyes de auto amnistías, expedidas por gobiernos totalitarios que buscan encubrir sus propios crímenes. En contraste, en el caso uruguayo la ley de amnistía fue expedida en el régimen de un gobierno democrático y por un parlamento con una clara legitimidad popular. 2. En el caso uruguayo la ley de amnistía fue sometida en dos ocasiones a un mecanismo de participación popular directa (referendo), lo que permitió una deliberación y discusión ciudadana amplia. En ambas ocasiones, el pueblo se manifestó a favor de la ley. Para el autor citado, las particularidades reseñadas justificaban que la Corte IDH estudiara este caso de una forma diferente del análisis realizado en los asuntos de Brasil y Perú<sup>18</sup>.

Aunque Gargarella (2013) no invoca la figura del margen nacional de apreciación, sí señala que se debió aplicar un criterio de deferencia muy similar a la que se utiliza en el Sistema Europeo. En consecuencia, este autor sostiene que se debía flexibilizar el control de convencionalidad por las particularidades del caso. Estas particularidades permitirían, según el autor citado, válidamente realizar una excepción a la regla jurisprudencial establecida previamente por la Corte IDH, según

<sup>17</sup> Para un estudio detallado de los casos ante la CIDH y la Corte IDH en los que eventualmente se pudo haber aplicado la teoría del margen nacional de apreciación, véase a Núñez Poblete (2012). Para un estudio de las razones por las que era imposible aplicar la teoría del margen nacional de apreciación en los casos contenciosos tramitados por Corte IDH contra Colombia, véase a Acosta Alvarado (2012).

<sup>18</sup> Al Respecto véase, Corte IDH, Sentencia del caso Gomes Lund y otros contra Brasil, Sentencia de Barrios Altos contra Perú y Sentencia de la Cantuta contra Perú.

la cual, las leyes de amnistías contra los graves crímenes de derechos humanos son contrarias a la CADH<sup>19</sup>.

A pesar de las críticas, en este caso la Corte IDH fue muy clara al señalar que, independientemente de la legitimidad democrática de las normas y del debate público interno, son contrarias a la CADH todas las leyes de amnistías que favorecen la impunidad de graves delitos cometidos contra los derechos humanos. Para la Corte IDH, en estos eventos el procedimiento legislativo para la expedición de la ley nacional es un hecho irrelevante que no afecta el estudio de la compatibilidad de la norma interna con los estándares establecidos por ese tribunal<sup>20</sup>. La Corte IDH, ni siquiera en casos que se presentan en el contexto de procesos de justicia transicional, ha permitido que se tengan en cuenta las particularidades de la transición para realizar un examen menos riguroso del control de convencionalidad<sup>21</sup>.

Para Roa Roa (2018), el margen nacional de apreciación no ha sido aplicado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la falta de legitimidad democrática de algunos de los órganos de los Estados partes y por la ausencia en algunos Estados de la garantía de la independencia judicial. Para este autor, estos factores influyen para que la teoría del margen no sea tenida en cuenta por la Corte IDH. No se comparte esta postura porque independientemente de los derechos implicados y de la legitimidad del procedimiento legislativo y judicial, la teoría del margen nacional de apreciación desnaturaliza la función interpretativa que deben desempeñar los tribunales regionales de derechos humanos y, en consecuencia, choca con la aplicación del control de convencionalidad. Si se aplica la teoría del

<sup>19</sup>Al respecto Gargarella (2013) señaló lo siguiente: «Cuando la decisión que es objeto de análisis escaso producto de un proceso complejo, difícil, pero a la vez transparente, limpio y ampliamente participativo (como el que pudo encontrarse en Uruguay, al tiempo en que se plebiscitaba la Ley de Caducidad). Frente a este tipo de decisiones, los tribunales internacionales deberían ser especialmente cuidadosos, respetuosos y deferentes – características que no han sido las distintivas de la decisión de la Corte IDH en Gelman» (p. 20).

<sup>20</sup> La Corte IDH sobre este punto señaló lo siguiente: «238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (...)» (Corte IDH, Sentencia del caso Gelman contra Uruguay, fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos 238-239).

<sup>21</sup> Ejemplo de este último caso fue el proceso de paz adelantado por el gobierno colombiano con los grupos paramilitares. La Corte IDH, en el estudio de un asunto relacionado con unos hechos que se presentaron en ese contexto, señaló lo siguiente: «La Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atravesaba y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente» (Corte IDH, Sentencia de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, fondo. Sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 146).

margen nacional de apreciación u otra figura de deferencia, los funcionarios internos no tendrían unos criterios o estándares claros para poder realizar adecuadamente el control de convencionalidad.

En los casos *Atala Riffo y niñas contra Chile* y *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, se advierte que la Corte IDH no aplicó la teoría del margen para asuntos que tienen su origen en Estados con altos estándares democráticos y en los cuales la garantía de independencia del poder judicial es alta. Estos casos “no tan trágicos”<sup>22</sup> son similares a los asuntos en los que se ha aplicado el margen de apreciación en el Sistema Europeo. Por ende, hubiese sido la oportunidad precisa para introducir la figura del margen nacional de apreciación o al menos para intentar flexibilizar el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Sin embargo, la Corte IDH, de forma categórica, se abstuvo de aplicar la teoría del margen y, en su lugar, aplicó de manera rigurosa el control de convencionalidad<sup>23</sup>.

La negativa de la Corte IDH a flexibilizar el control de convencionalidad y, en consecuencia, otorgarle cierto margen de apreciación o deferencia a los Estados Partes se explica por el buen entendimiento que ha tenido la Corte IDH sobre su función de intérprete de los derechos convencionales y las contradicciones que se presentarían entre el margen y el control de convencionalidad. En efecto, para que los funcionarios internos apliquen el control de convencionalidad a las normas y procedimientos nacionales deben existir unos estándares claros sobre el contenido y alcance de los derechos. Estos estándares, como se verá más adelante, se vuelven borrosos cuando los tribunales regionales de derechos humanos empiezan a aplicar con frecuencia la teoría del margen nacional de apreciación. Así las cosas, la adopción de la figura del control de convencionalidad y su utilización estricta por parte de la Corte IDH permite entender una de las razones por las cuales no se ha acogido en el Sistema Interamericano la figura del margen nacional de apreciación. Esta figura no podría ser adoptada en este sistema pues es contraria a los objetivos que se pretenden defender con el control de convencionalidad. Si se permite que los jueces y funcionarios internos interpreten los límites de los derechos convencionales de conformidad con las particularidades de cada Estado, no tendría sentido el control de convencionalidad dado que los estándares de la Corte IDH pasarían a un segundo plano respecto a las circunstancias de cada Estado y sus realidades concretas. Situación que desnaturaliza la razón de ser de los sistemas regionales de derechos humanos, que es el reconocimiento de unos derechos y su garantía homogénea en un sistema determinado.

En conclusión, la figura del control de convencionalidad es una teoría creada por la Corte IDH y que se aplica de forma estricta en el Sistema Interamericano. Esta figura pretende reforzar la importancia de la función interpretativa de la Corte IDH al señalar que todos los funcionarios nacionales están en la obligación de examinar la compatibilidad de las normas nacionales con la CADH y la interpretación de esta realizada por la Corte IDH<sup>24</sup>. Los criterios establecidos en la interpretación de los derechos convencionales constituyen unas pautas que deben seguir todas las autoridades de los Estados partes. En consecuencia, el control de convencionalidad

<sup>22</sup> Aunque todos los casos estudiados por los tribunales regionales de Derechos Humanos son graves e importante porque en ellos se estudia la posible violación por parte del Estado de un derecho humano, en este escrito se entenderá por casos trágicos aquellos asuntos en los que están comprometidos el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de tortura y la desaparición forzada.

<sup>23</sup> Para un estudio de la nula recepción de la teoría del margen nacional de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, véase Nash Rojas (2018).

<sup>24</sup> En virtud del principio *pro homine*, únicamente cuando las interpretaciones de los derechos realizadas por los tribunales nacionales sean más garantistas que las efectuadas por la Corte IDH, se podrá apartarse válidamente del estándar interamericano.

es opuesto a la figura del margen nacional de apreciación, ya que esta última figura permite que los Estados interpreten y establezcan límites a los derechos convencionales según las particularidades de cada Estado. Como se demostrará a continuación, con el margen nacional los criterios y pautas interpretativas establecidas por el tribunal internacional pasan a un segundo plano dado que el papel principal es otorgado al contexto jurídico y político de cada Estado.

### 3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la teoría del margen nacional de apreciación

De forma similar a la Corte IDH, el TEDH es el encargado de establecer la responsabilidad de los Estados partes en los casos en que se discute la posible vulneración de los derechos establecidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)<sup>25</sup>. El TEDH también cuenta con una competencia consultiva<sup>26</sup> que lo faculta para pronunciarse en abstracto sobre el alcance y el contenido de los derechos establecidos en el CEDH<sup>27</sup>. Esta modalidad de opinión consultiva, *mutatis mutandis*, puede ser considerada como una especie de cuestión de inconstitucionalidad en el contexto de Sistema Europeo, pues de forma similar a la cuestión de inconstitucionalidad española, los máximos tribunales nacionales están legitimados para solicitar al TEDH que interprete el alcance de un derecho, el cual debe ser aplicado en un asunto que está bajo su examen<sup>28</sup>. Este hecho explica la razón por la que algunos autores, como por ejemplo Ruiz Ruiz (2018), denominan a esta competencia consultiva del TEDH como una cuestión de convencionalidad<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> CEDH. Artículo 34: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

<sup>26</sup> CEDH. Artículo 47: «1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité».

<sup>27</sup> En principio, en el Sistema Europeo la petición de opinión consultiva solo podía ser solicitada por el Comité de Ministros. Con el fin de ampliar los sujetos legitimados para solicitar al TEDH una opinión consultiva, se expidió el Protocolo No. 16, adicional al CEDH. Este nuevo tratado internacional otorgó a las instancias judiciales nacionales de mayor rango de los Estados partes la facultad de solicitar al TEDH opiniones consultivas sobre la interpretación de los derechos en el trámite de un caso que estén conociendo. Según la página web oficial del Consejo de Europa, el Protocolo No. 16 entró a regir el 01 de agosto de 2018, fecha en que alcanzó el número de ratificaciones mínimas requeridas por parte de los Estados miembros. Según esta misma página, el Reino de España no ha suscrito este protocolo. Información recuperada de [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=vSTtbNuQ](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=vSTtbNuQ)

<sup>28</sup> La Constitución Española establece la cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: «Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos». Para un estudio detallado de las funciones del Tribunal Constitucional y de la figura de la cuestión de inconstitucionalidad, véase Pérez Tremps (2016, pp. 70-88).

<sup>29</sup> Para un estudio detallado de la nueva función consultiva del TEDH, véase a Ruiz Ruiz (2018).

Así las cosas, el TEDH por expreso mandato del CEDH debe interpretar el alcance de los derechos cuando realice alguna de sus dos funciones principales (contenciosa y consultiva). Los argumentos y razonamientos realizados en el apartado anterior para justificar el deber de la Corte IDH para interpretar los derechos son trasladables al TEDH. Para establecer la responsabilidad internacional del Estado es indispensable que el TEDH establezca previamente el contenido de los derechos. Así mismo, la función consultiva es una herramienta útil que permite aclarar las dudas que los Estados tengan sobre la correcta interpretación de los derechos convencionales.

Por regla general, el TEDH ha cumplido con su función interpretativa y ha establecido de forma clara el alcance de algunos derechos. Sin embargo, en lo relativo a la utilización cada vez más frecuente de la figura del margen nacional de apreciación, el TEDH se ha inhibido de establecer si ciertas limitaciones de los derechos establecidas por algunos Estados Partes vulneran el contenido mínimo o esencial de esas garantías<sup>30</sup>. Este hecho desnaturaliza una de las funciones principales del TEDH: la interpretación uniforme del alcance de los derechos establecidos en el CEDH.

Antes de desarrollar con más detalle la anterior idea, es conveniente señalar que el margen nacional de apreciación es una figura jurídica de origen jurisprudencial utilizada por primera vez por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>31</sup>. Rápidamente esta figura fue adoptada y aplicada por el TEDH. Recientemente, esta tuvo reconocimiento expreso por parte del artículo 1 del Protocolo. No. 15. Esta nueva norma agregó al preámbulo del CEDH la expresión margen de apreciación en los siguientes términos:

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primordial de garantizar los derechos y libertades definidos en esta Convención y sus Protocolos, y que al hacerlo gozan de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción supervisora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por esta Convención. (Artículo 1 del Protocolo No. 15 que modifica el CEDH).

Pese a su utilización frecuente y a su reciente positivización, el TEDH no ha definido de manera unívoca el concepto y las características de esta figura. En los casos en que la ha aplicado, el TEDH no ha hecho un esfuerzo argumentativo fuerte para explicar con profundidad sus presupuestos, sino que se ha limitado a utilizarla. El vacío teórico ha sido suplido por algunos autores que han podido deducir que el margen nacional de apreciación es una figura mediante la cual el TEDH se inhibe de conocer un asunto y determinar si el contenido de los derechos en disputa ha sido vulnerado<sup>32</sup>. Este hecho se presenta cuando se constata que no existe un consenso

<sup>30</sup> La teoría del núcleo o contenido esencial como límites de los derechos fundamentales tiene su origen en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Esta cláusula fue trasladada al ordenamiento jurídico español por el artículo 51.1 de la Constitución Española, disposición que señala lo siguiente: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1º». Para Prieto Sanchís (2000) la teoría del núcleo esencial es un concepto jurídico indeterminado que puede ser entendido de la siguiente manera: «La existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificativas de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate» (p. 438).

<sup>31</sup> La Comisión Europea utilizó por primera vez esta figura en el asunto Grecia contra Reino Unido, aplicación No. 176/56, Vol. II. Reporte del 26 de septiembre de 1958, párrafo 318.

<sup>32</sup> Uno de los autores que más ha estudiado la figura del margen nacional de apreciación en España es García Roca (2007 y 2010). Para Pascual Vives (2013), el margen nacional de apreciación se puede

europeo en relación con el alcance de los derechos involucrados en el caso objeto de estudio. En estos eventos, el TEDH se abstiene de establecer si se ha violado un derecho convencional y le confiere al Estado tal facultad. Como sostiene García Roca (2010), el margen de apreciación “consiste en un espacio de maniobra que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio Europeo” (pp. 107-108).

Para el autor citado, cuando no existe un consenso europeo sobre una determinada materia, el TEDH es deferente con los Estados y su soberanía, lo que implica otorgar cierto margen de apreciación para que regulen y limiten los derechos convencionales conforme con las particularidades sociales y culturales de cada país. Sobre la falta de consenso como justificación de esta figura, Barbosa Delgado (2011), sostiene lo siguiente:

El margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o "criterio" de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada (pp. 109-110).

Una vez explicada la figura del margen nacional de apreciación, es relevante resaltar que no se comparte la postura que sostiene que el margen nacional de apreciación se encuentra justificado por la ausencia de un consenso europeo sobre el contenido de un derecho<sup>33</sup>. Se difiere de esta corriente porque justamente la función interpretativa que cumplen los tribunales regionales de derechos humanos tiene como finalidad el establecimiento de unos estándares jurisprudenciales homogéneos en todo el sistema para que las personas puedan disfrutar del mismo contenido de derecho, sin importar el Estado en el que se encuentren. Ante la ausencia de un acuerdo europeo en algunas materias de derechos humanos, es el TEDH el llamado a establecer los parámetros o estándares mínimos de protección que los Estados deben garantizar a todos los ciudadanos. La ausencia de consenso debe ser entendida como una justificación más para que el TEDH establezca unos estándares mínimos aplicables para todo el Sistema Europeo y no como una excusa para no cumplir con la función interpretativa de los derechos.

Una de las razones que explican la contradicción entre la figura del margen nacional de apreciación y el deber del TEDH de interpretar de manera uniforme el alcance de los derechos convencionales, es la desnaturalización de la figura del margen. En efecto, esta figura surgió para un fin diferente a la de interpretación de los derechos. Al comienzo, el margen se aplicó para reconocerle a los Estados la capacidad de evaluar las circunstancias fácticas que ameritan la suspensión de los derechos y las garantías establecidas en el CEDH. Como quiera que el artículo 15 del

---

definir de la siguiente manera: «Al invocar el margen de apreciación nacional, con carácter general, el operador jurídico se muestra deferente con la posición mantenida por el Estado respecto a los límites que pueden imponerse a un derecho fundamental bajo unas circunstancias determinadas, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil» (p. 224).

<sup>33</sup> La ausencia de consenso como justificación del margen nacional de apreciación ha sido sostenido por otros autores de la siguiente forma: «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 integran al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual» (Benavides Casals, 2009, p. 301).

CEDH permite que los Estados puedan suspender las garantías y los derechos en casos de guerra o grave alteración del orden público, son los propios Estados lo que deben determinar cuándo se presentan las circunstancias fácticas que dan lugar a la suspensión de algunos de los derechos convencionales<sup>34</sup>.

Para la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, los Estados partes contaban con mejores herramientas para evaluar las circunstancias fácticas que posibilitan la aplicación del artículo 15 CEDH<sup>35</sup>. Por ende, de forma deferencial otorgaron a los Estados la potestad de evaluar si se configuraban las circunstancias de hecho que daban lugar a la suspensión de los derechos establecidos en el CEDH<sup>36</sup>. Sobre este punto, García Roca (2007) ha expresado lo siguiente:

En ese contexto, el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen trágico o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de suspensión de derechos. Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad (p. 122).

Como afirma el autor citado, cuando el margen nacional de apreciación fue creado no tenía como finalidad permitir que el TEDH se inhibiera de determinar si se había presentado una vulneración de los derechos por parte de un Estado, sino que tenía como fin permitir que los Estados evaluaran las circunstancias fácticas que podían dar lugar a la aplicación del artículo 15 del CEDH. Sin embargo, el TEDH amplió el espectro de utilización de esta figura y la empezó a utilizar para casos en los que no se discutía la aplicación del artículo 15, sino para eventos en que se debía definir si los Estados con su regulación habían desconocido el contenido de los derechos establecidos en el CEDH.

Se pasó de otorgar una cierta deferencia a los Estados para que valoraran los hechos que dan lugar a la aplicación del artículo 15 de la CEDH a permitirles que interpretaran y regularan arbitrariamente el alcance de los derechos en los casos en que no existe un consenso europeo<sup>37</sup>. En la evolución de la figura está una de sus grandes fallas, pues no es lo mismo que los Estados puedan valorar una situación fáctica a que puedan regular el alcance y contenido de los derechos convencionales únicamente de conformidad con su contexto social y jurídico, sin tener en cuenta los criterios interpretativos establecidos por el TEDH.

<sup>34</sup> CEDH. Artículo 15: «1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

<sup>35</sup> Para un análisis detallado del artículo 15 del CEDH, véase Fernández Sánchez (2009, pp. 765-784).

<sup>36</sup> Al respecto véase Comisión Europea de Derechos Humanos, *Grecia vs. Reino Unido*, No. 176/56, vol. II, reporte del 26 septiembre de 1958.

<sup>37</sup> La evolución de la forma en que se aplicó la figura del margen de apreciación ha sido dividida en tres grandes etapas por autores como Benavides Casals (2009) y Núñez Poblete (2012). En la primera etapa, el TEDH utilizó la figura del margen para casos en los que se discutía la aplicación del artículo del 15 del CEDH (análisis fáctico). Después en casos en los que estudiaba la limitación por parte del Estado de alguno de los derechos establecidos en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH. Por último, esta teoría también se ha aplicado para el estudio de casos en que querían hacer efectivos los derechos establecidos en los artículos 12 y 14 del CEDH.

Como se ha anotado la ausencia de un consenso sobre el alcance de algunos de los derechos en los ordenamientos de los diferentes Estados no es un argumento fuerte que justifique la teoría del margen nacional de apreciación porque el objetivo de los sistemas regionales de derechos humanos es establecer unos estándares comunes que garanticen el disfrute de los derechos para todos los países que forman parte del sistema. Este fin se consigue estableciendo unos criterios homogéneos de interpretación aplicables en todos los países partes. Por ende, es contraria a la lógica de la integración en materia de derechos humanos que el tribunal regional se abstenga de interpretar el alcance de los derechos con el fin de permitir que cada Estado realice esta labor.

Una de las consecuencias de la desnaturalización de la figura es que da lugar a que se presenten estándares contradictorios sobre el contenido de los derechos, pues al permitir que cada Estado los regule y limite según sus propias particularidades, surgen regulaciones abiertamente contradictorias. Como se podrá observar en el último apartado de este escrito, las conductas amparadas por el contenido de un derecho en un Estado pueden ser válidamente restringidas por otros Estados. Por ende, la abstención que realiza el TEDH a favor de los Estados ha tenido como consecuencia la falta de unos criterios uniformes que permitan determinar el contenido mínimo o esencial de algunos derechos como, por ejemplo, la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En consecuencia, se desnaturaliza el papel que deben cumplir los tribunales regionales de derechos humanos, organismos que tienen como una de sus funciones principales interpretar el contenido de los derechos convencionales con el fin de que exista un consenso sobre el alcance de esos derechos en todos los países que conforman el respectivo sistema regional.

La labor interpretativa del TEDH cuando ejerce sus funciones es indispensable para que todos los Estados puedan tener un conocimiento previo del alcance de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Solo cuando el intérprete autorizado establezca los límites de los derechos, los Estados podrán contar con unas reglas claras sobre el alcance de la facultad reguladora de los derechos. Es decir, en aras de evitar la responsabilidad internacional del Estado por posible vulneración de los derechos con la actividad reguladora que compete al propio Estado, es recomendable que el TEDH señale el contenido y límites de los derechos de manera similar a la forma en que lo realiza la Corte IDH con la figura del control de convencionalidad. No se desconoce que los Estados tienen la facultad de limitar los derechos, ni que en ejercicio de esa labor los Estados cuentan con una amplia libertad configurativa sobre el alcance de los límites. Tampoco se desconoce que en muchas situaciones el contexto social y político de cada Estado puede llegar a tener un papel importante al momento de llevar a cabo la regulación y el establecimiento de los límites. Sin embargo, en estos casos los Estados deben procurar que su regulación no afecte el contenido de los derechos convencionales. La mejor manera para que esto ocurra es que el TEDH establezca unos criterios interpretativos claros para que los jueces internos puedan realizar un adecuado control de convencionalidad.

Justamente en este momento cobra gran importancia la función interpretativa de los tribunales regionales de derechos humanos porque con esa labor se establecen los estándares que permitirán determinar si la regulación realizada por los Estados es acorde con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Lo anterior explica la razón de que la labor que realizan los tribunales regionales de derechos humanos sea equiparable a la función de control de constitucionalidad que ejercen los tribunales constitucionales<sup>38</sup>. De forma análoga a la función que realizan

---

<sup>38</sup> Sobre el papel del TEDH como una especie de Tribunal Constitucional internacional, García Roca (2010) sostiene lo siguiente: «Es evidente que el TEDH no es un Tribunal Constitucional europeo ni por

las cortes constitucionales, los tribunales regionales al interpretar los derechos deben señalar el contenido de los derechos que debe ser respetado, incluso por el órgano de representación democrática de los Estados. Por esta razón es importante que el TEDH adopte de manera clara la figura del control de convencionalidad y efectúe el juicio de proporcionalidad o test de Estrasburgo para determinar si la regulación o limitación establecida por los Estados es acorde con el CEDH<sup>39</sup>. La no adopción por parte del TEDH de la figura del control de convencionalidad es una de las circunstancias que ha abierto la posibilidad a la utilización, cada vez más frecuente, del margen nacional de apreciación. Lo anterior porque la figura del control de convencionalidad es incompatible con la posibilidad de que los criterios y requisitos para limitar los derechos se ajusten a las particularidades de cada Estado, dado que uno de los presupuestos del control de convencionalidad es que son los Estados los que deben acatar y aplicar los criterios interpretativos establecidos por los tribunales regionales de derechos humanos.

En el Sistema Europeo es el propio CEDH el que estableció que las limitaciones de los derechos deben tener como propósito la conservación de la seguridad pública, la protección del orden, la salud, la moral pública, o la protección de los derechos de los demás en el marco de una sociedad democrática. Así las cosas, el TEDH debe establecer cuando las limitaciones son proporcionales con los propósitos que se persiguen y que justifican la limitación de los derechos (test de Estrasburgo). Lo anterior permite sostener que, en aras de cumplir la función interpretativa de los derechos, el TEDH debería aplicar más el test de proporcionalidad y abstenerse de utilizar la figura del margen nacional de apreciación. Con este cambio los jueces y demás funcionarios de los Estados parte podrían realizar de forma eficaz un control de convencionalidad en los casos de su competencia, lo que ayudaría a evitar muchos casos de vulneración del CEDH.

En definitiva, en los sistemas regionales de derechos humanos debe existir un órgano jurisdiccional que defina el contenido de los derechos para que estos puedan ser disfrutados y protegidos de forma similar en todo el sistema. Si esa labor es delegada a cada uno de los Estados partes no se tendrá una protección homogénea ni similar. Con una interpretación uniforme se evita que los derechos varíen según las diversas interpretaciones que realicen los tribunales y funcionarios de los diferentes Estados. Si se pretende que el contenido de los derechos sea igual en todo el espacio que conforma el sistema regional es necesario abandonar la teoría del margen nacional de apreciación y en su lugar aplicar de forma estricta el control de convencionalidad. Lo anterior para que los criterios y pautas establecidas por el TEDH sean vinculantes en todo el sistema europeo. Solo con unas pautas claras y

---

el mucho más reducido arsenal de instrumentos procesales de que gozan ni por la naturaleza de su jurisdicción. Pero, por otro lado, es no menos cierto que sus enjuiciamientos, ponderaciones de derechos e interpretaciones de normas reconocedoras, se aproximan a los típicos de un amparo constitucional" (p. 217). Sobre este tema, el ex magistrado de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en un voto razonado señaló lo siguiente: "En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía» (Corte IDH, Sentencia del Caso Tibi vs Ecuador. Voto razonado de Sergio García Ramírez, párrafo 3).

<sup>39</sup> Para un estudio detallado del principio de proporcionalidad y su uso por parte del Tribunal Constitucional español, véase Bernal Pulido (2007).

homogéneas los funcionarios estatales podrán contrastar de forma inequívoca la compatibilidad de las normas internas con los criterios jurisprudenciales internacionales<sup>40</sup>.

#### 4. Aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación por parte del Tribunal Europeo de Derechos humanos en los casos relacionados con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión

En este apartado se abordará el estudio de algunos de los asuntos en los que el TEDH ha aplicado la teoría del margen nacional de apreciación en casos relacionados con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 9 del CEDH)<sup>41</sup>. Lo anterior con el objeto de evidenciar que la utilización de esta teoría ha dado lugar a que se presenten soluciones contradictorias que no permiten establecer de manera uniforme que actuaciones están amparadas por el derecho a la libertad religiosa en Europa, pues el contenido y las limitaciones de este derecho quedan subordinadas a las circunstancias sociales y políticas de cada país<sup>42</sup>.

Antes de abordar el estudio de los casos mencionados, es conveniente precisar que, para la mayoría de los autores que se han dedicado al estudio del Derecho eclesiástico del Estado, la libertad de conciencia en su ámbito religioso comprende la facultad de profesar una religión, la libertad de realizar actos de culto de forma individual o colectiva –privados o públicos–, y la libertad de comportarse y de tener una vida acorde con los dogmas religiosos que se estiman verdaderos. Su límite es, como todo derecho fundamental, los derechos de los demás y el orden público<sup>43</sup>. El Tribunal Constitucional español ha establecido que el derecho a la

<sup>40</sup> Es conveniente aclarar que, en virtud del principio *pro homine*, se podrá aplicar válidamente los estándares nacionales cuando estos sean más garantista que los establecidos por el TEDH. En estos casos la protección mínima establecida por el TEDH es homogénea para todo el sistema regional, sin perjuicio que algunos Estados decidan ampliar la protección de esas garantías.

<sup>41</sup> CEDH. 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 públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

<sup>42</sup> En este apartado se realizará un estudio parcial de algunos de los casos más relevantes en los que se ha aplicado la figura del margen nacional de apreciación para asuntos relacionados con la libertad religiosa en el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos. Para un estudio detallado de la mayoría de los asuntos estudiados por el TEDH sobre esta materia, véase Celador Angón (2011).

<sup>43</sup> Por ejemplo, Barrero Ortega (2006), define la libertad religiosa de la siguiente manera «La libertad religiosa, como se observa, se refiere a tres cosas diferentes, aunque íntimamente relacionadas entre sí: libertad para creer o no creer, para tener unas u otras convicciones religiosas; libertad para expresar y manifestar esas convicciones y para hacer partícipes de ellas a otros; y libertad para comportarse de acuerdo con esas convicciones y para no ser obligado actuar en contra de las mismas» (p. 95). En la misma línea, Celador Angón (2018) señala: «Desde esta perspectiva, la libertad de conciencia puede definirse, en un primer nivel, como la libertad para tener unas u otras creencias o convicciones (o ninguna), para cambiar las mismas y para formar libremente la propia conciencia; en un segundo nivel, y una vez organizado el sistema interno de creencias y convicciones, se hace necesario que el ordenamiento jurídico garantice tanto la libre y voluntaria expresión y manifestación de las creencias o convicciones, como el derecho a no ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencia (16.2 CE); en un tercer nivel, con el objeto de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y siempre que se respeten el orden público y los principios constitucionales, los individuos tienen derecho a comportarse y a desarrollar su personalidad conforme a su sistema de creencias o convicciones personales; y por último, desde la perspectiva comunitaria, estaría la libertad para asociarse para ejercer de forma colectiva el derecho a la libertad de conciencia» (p. 455).

libertad religiosa se manifiesta en dos dimensiones: interna y externa. La primera dimensión comprende la existencia de un fuero íntimo e interno de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso. Por su parte, la dimensión externa abarca la facultad de las personas de actuar con arreglo a sus convicciones religiosas y mantenerlas ante terceros. Esto se traduce en actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos<sup>44</sup>. No es apresurado señalar que existe un amplio consenso en la doctrina sobre el contenido mínimo que abarca la libertad religiosa y que ese contenido incluye la facultad de los particulares de usar un vestuario acorde con las creencias religiosas.

A pesar de lo señalado, el TEDH ha permitido, en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación, que los Estados impongan restricciones al ejercicio de la libertad religiosa en lo relativo al vestuario de las personas. Esta limitación al vestuario afecta gravemente el derecho de las personas de adecuar sus vidas conforme con sus creencias. Así, por ejemplo, el TEDH en el asunto Dahlab contra Suiza examinó el caso de una profesora de primaria que fue sancionada por utilizar como prenda de vestir un pañuelo islámico en el aula de clase. El Gobierno suizo alegó que esa vestimenta podía afectar la conciencia de los niños y el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias religiosas. Aunque el caso fue inadmitido, el TEDH estableció que la prohibición de la prenda religiosa en el aula escolar tenía un fin legítimo como es el de garantizar la neutralidad del sistema educativo<sup>45</sup>. De esta providencia se puede inferir que el TEDH estableció la regla consistente en que el vestuario religioso por parte de los profesores en el espacio educativo puede afectar la conciencia de los estudiantes, sobre todo, la de los más pequeños, y el derecho de los padres de educar a los hijos conforme a sus creencias y convicciones. Por tanto, el Estado y sus funcionarios se deben comportar de forma neutral en el contexto escolar para no influenciar a los niños en materia religiosa. La vestimenta religiosa usada por la educadora no fue considerada neutral y en consecuencia se determinó que era legítima su prohibición.

La regla establecida por el TEDH permite deducir que, si el vestuario religioso de los profesores tiene la potencialidad de afectar la conciencia de los niños, también se deberían prohibir del ámbito escolar los símbolos religiosos estáticos que, con frecuencia, son expuestos en las aulas escolares. Así por ejemplo, los crucifijos, los cuadros que recrean escenas bíblicas y los mandamientos deben ser retirados de las aulas porque estos símbolos pueden afectar la conciencia de los niños y en consecuencia el respectivo derechos de los padres de educar a los menores según sus creencias y convicciones<sup>46</sup>. No obstante la claridad de la regla, este estándar no fue aplicado en el asunto Lautsi y otros contra Italia. En este caso, el TEDH utilizó la figura del margen nacional de apreciación para inhibirse de estudiar si los símbolos

<sup>44</sup> Al respecto véase: Tribunal Constitucional Español, sentencias TC 24/1982, 120/1990, 166/1996 y 152/2002.

<sup>45</sup> El argumento relevante señalado por el TEDH para justificar la restricción del velo en este caso fue el siguiente: «El Tribunal observa en el presente caso que la medida por la que se prohibió a la demandante, en el contexto de sus obligaciones profesionales, llevar un pañuelo islámico no estaba dirigida a ella como miembro del sexo femenino, sino que perseguía el objetivo legítimo de garantizar la neutralidad del sistema estatal de educación primaria. Tal medida también podría aplicarse a un hombre que, en circunstancias similares, llevaba ropa que lo identificaba claramente como un miembro de una fe diferente» (TEDH, asunto Dahlab contra Suiza. Demanda 42393/98, sentencia de 15 de febrero de 2001).

<sup>46</sup> Para Llamazares Calzadilla (2015) por símbolo religioso: «se entiende por símbolo religioso la representación de una creencia religiosa, un significante cuyo significado es fruto de la convención social, no importa cuán amplia sea la base social de la convención (la sociedad en su conjunto, o sólo quienes pertenecen a un grupo concreto, en este caso, confesional)» (p. 157). Para la autora citada, los símbolos religiosos se pueden dividir en estáticos y dinámicos. Los primeros se encuentran fijos en un sitio determinado y los segundos son portados por las personas.

religiosos estáticos e institucionales en las aulas escolares podían afectar la conciencia de los estudiantes.

Los hechos que dieron lugar a este asunto fueron los siguientes: El Estado italiano, por expreso mandato de una norma expedida durante el régimen fascista, está en la obligación de exponer en las aulas escolares un crucifijo. La señora Lautsi se opuso a que sus hijos fueran sometidos a la exposición de esa imagen durante la jornada escolar porque no comparte las creencias cristianas y porque estimaba que una imagen de una persona crucificada era muy fuerte para niños tan pequeños (once y trece años). También alegó que el centro educativo era público y, por ende, debía ser neutral en materia religiosa. Por su parte, el gobierno adujo que la obligación de imponer la presencia del crucifijo tenía por objeto resaltar la tradición cristiana de Italia.

Este asunto llegó hasta la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala que en Sentencia del 18 de marzo de 2011 dejó sin efectos una sentencia previa de la Sección Segunda de esa misma corporación. En su lugar, la Gran Sala determinó que en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación el Estado italiano puede someter a los niños a que convivan con crucifijos en la jornada escolar. Según el TEDH, la larga tradición cristiana de la sociedad italiana otorga al Estado un amplio margen para imponer los crucifijos en las aulas escolares en aras de resaltar sus tradiciones culturales<sup>47</sup>. Para construir la solución de caso el TEDH reconoce que no existe duda que se está ante la presencia de un símbolo religioso<sup>48</sup>. Después determinó lo siguiente:

70. En el presente caso, el Tribunal deduce de ello que la opción de la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos compete, en principio, al margen de apreciación del Estado demandado. Por lo demás, la circunstancia de que no exista un consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en los colegios públicos (apartados 26-28 *supra*), confirma este enfoque. (TEDH, asunto Lautsi contra Italia. Demanda 30814/06, sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 70).

En el párrafo transcrito se puede advertir que, ante la ausencia de consenso en los Estados partes sobre la admisibilidad de símbolos religiosos en el sistema educativo, el TEDH optó, en virtud de la figura del margen nacional de apreciación, por permitir a los Estados que regularan ese tema a su arbitrio. Este estándar es contradictorio con el establecido en el caso del vestuario de la profesora suiza porque si una prenda de vestir usada por los profesores en las aulas escolares, tienen la capacidad de afectar la neutralidad del Estado y el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias religiosas. La conclusión lógica es que los símbolos cristianos, como los crucifijos también deberían tener ese mismo efecto en la formación de la conciencia de los niños. Mientras que el uso del velo islámico por parte de las profesoras en las aulas escolares constituye una amenaza para formación de la conciencia de los niños, los crucifijos son inofensivos y tienen su fundamento en la defensa de las tradiciones culturales e históricas de Italia<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Para un estudio detallado de los argumentos a favor y en contra de exposición de crucifijos en las aulas escolares en Italia, véase a Llamazares Fernández(2012) y Weiler (2012).

<sup>48</sup> Al respecto el TEDH señaló lo siguiente: «el Tribunal estima que el crucifijo es ante todo un símbolo religioso. Los tribunales internos también lo estimaron así y, por lo demás, el Gobierno no lo niega. Si el simbolismo religioso agota o no el significado del crucifijo, no es algo decisivo en esta fase del razonamiento» (TEDH, asunto Lautsi contra Italia. Demanda 30814/06, sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 66).

<sup>49</sup> Sobre las contradicciones que se presentan entre el Asunto Dahlab contra Suiza y el Asunto Lautsi contra Italia, Vásquez Alonso (2012) sostiene lo siguiente: «A la luz de esta jurisprudencia, parece que

Como se ha reseñado a lo largo de este trabajo, la utilización de la figura de margen nacional de apreciación genera las consecuencias contradictorias expuestas en el párrafo anterior. En efecto, si un símbolo como la prenda de vestir tiene la capacidad de afectar la conciencia de los niños, otros símbolos religiosos presentes en el ámbito escolar y muchos más explícitos como los crucifijos deberían tener las mismas consecuencias que el pañuelo islámico. Ahora bien, si el vestuario religioso de la profesora no hubiese sido islámico, sino cristiano ¿la aplicación de la teoría del margen hubiese permitido ese vestuario no obstante ya se determinó el posible riesgo para la conciencia de los niños?

En el ámbito europeo no está claro si los educadores, en virtud de su derecho a la libertad religiosa, pueden portar símbolos religiosos en las aulas escolares. Para el TEDH, la respuesta a este interrogante es negativa en Suiza dado que se vulneraría el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias. En Italia, en contraste, como quiera que se pueden imponer símbolos cristianos en las aulas dado la larga tradición católica de ese país, también sería admisible el vestuario religioso cristiano de los profesores. Sin embargo, la pregunta lógica que se deduce es si otro tipo de vestuario religioso por parte de los profesores, diferente al cristiano, podría ser aceptado en las aulas escolares italianas.

En los siguientes casos ya no se tratará de establecer si el vestuario religioso de los funcionarios públicos, como los profesores, afecta la conciencia de los niños. En los próximos asuntos se estudiarán eventos en los que se prohibió directamente a los jóvenes utilizar vestuario religioso en las aulas escolares y en las universidades. Es importante tener en cuenta que existe una trascendental diferencia entre los casos estudiados en los párrafos anteriores y los que se estudiarán a continuación. Esta diferencia radica en que los niños y jóvenes no son funcionarios públicos y, por ende, no están en la obligación de comportarse de forma neutral en materia religiosa dado que la neutralidad solo se predica del Estado y de sus funcionarios. De los particulares se predica el derecho a la libertad de conciencia, tanto en su esfera religiosa como secular.

Uno de los primeros asuntos en que el TEDH conoció sobre la prohibición para los particulares de portar prendas religiosas en las aulas escolares fueron los casos que dieron origen a las sentencias Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia<sup>50</sup>. En ambos casos las demandantes eran alumnas de colegios públicos y fueron expulsadas de sus instituciones educativas por no quitarse su velo islámico en la clase de educación física. Entre las cosas que alegó el Estado para defender su postura era que los símbolos religiosos en la escuela pública atentaban contra la larga tradición republicana y laica del Estado francés<sup>51</sup>. El TEDH, luego de hacer un largo análisis de la historia de la laicidad en Francia llegó a la siguiente conclusión:

63. Cuando están en juego cuestiones sobre las relaciones entre el Estado y las religiones, sobre las que pueden existir profundas divergencias en una sociedad democrática, procede conceder una importancia particular al papel del legislador nacional. Este es el caso cuando se trata de la regulación del uso de símbolos religiosos en los centros de enseñanza, en los que, en Europa, los enfoques sobre

---

el Tribunal Europeo ha querido dar a entender que es mayor la exigencia de neutralidad que puede imponerse a los funcionarios del estado que la que han de asumir las propias instituciones estatales, algo que, en mi opinión, constituye un serio traspié argumental que nubla la coherencia de la doctrina sobre la relación entre libertad de conciencia y neutralidad estatal que ha ido elaborando el juez europeo» (p. 623).

<sup>50</sup> TEDH, asunto Kervanci contra Francia. Demanda 31645/04, sentencia de 4 de diciembre de 2008. TEDH, asunto Dogru contra Francia. Demanda 27058/05, sentencia de 4 de diciembre de 2008.

<sup>51</sup> Para un estudio riguroso de los orígenes históricos del principio de laicidad y su evolución en Francia, véase a Celador Angón (2017).

esta cuestión son diversos. La reglamentación en la materia puede, en consecuencia, variar de un país a otro en función de las tradiciones nacionales y de las exigencias impuestas por la protección de los derechos y libertades ajenos y el mantenimiento del orden público. (...)

72. El Tribunal señala igualmente que en Francia, como en Turquía o en Suiza, la laicidad es un principio constitucional, fundador de la República, a la que el conjunto de la población se adhiere y cuya defensa parece primordial, particularmente en el colegio. El Tribunal reitera que una actitud que no respete este principio no será necesariamente admitida como parte de la libertad de manifestar su religión, y no se beneficiará de la protección que garantiza el artículo 9 del Convenio previamente citado. Teniendo en cuenta el margen de apreciación que debe dejarse a los Estados miembros en el establecimiento de las delicadas relaciones entre el Estado y las iglesias, la libertad religiosa así reconocida y limitada por los imperativos de la laicidad parece legítima con respecto a los valores subyacentes al Convenio. (TEDH, asunto *Kervanci contra Francia*. Demanda 31645/04, sentencia de 4 de diciembre de 2008, párrafos 63 y 72).

De la lectura de los argumentos expuestos por el TEDH, se advierte su preocupación por la defensa de la laicidad en Francia, asunto que no forma parte de las garantías establecidas en el CEDH y, en consecuencia, no es de su competencia. En contraste, es paradójico que, en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación, el TEDH permita que el contenido del derecho a la libertad de conciencia y religiosa esté subordinado al concepto de laicidad. Es decir, los derechos convencionales están sometidos a las características orgánicas de los Estados, hecho curioso porque en el constitucionalismo moderno se predica que la parte orgánica de cualquier organización política debe estar al servicio de los derechos fundamentales. En este caso, el TEDH únicamente debió estudiar si el uso del velo en la asignatura de deportes era legítima dado que buscaba proteger la integridad de los estudiantes prohibiendo el uso de vestuario inadecuado para la realización de actividad física. Las referencias al carácter laico del Estado y al margen de apreciación eran innecesarias y su uso no permitió un adecuado estudio de la proporcionalidad de la medida.

En la misma línea de los casos anteriores, el TEDH en el asunto *Leyla Sahin contra Turquía* estudió el caso de una joven universitaria que no pudo terminar la carrera de medicina por causa de la prohibición general de portar el velo islámico dentro de los campus de las universidades de Turquía. El Estado alegó que la prohibición se justificaba por el carácter laico del Estado y con el objetivo de evitar actos de discriminación contra las mujeres que no usan el velo. Toda vez que la mayoría de la población de ese país es musulmana, con la prohibición del velo se evita que las mujeres que decidan voluntariamente no portarlo sean objeto de discriminación. El TEDH al estudiar este caso consideró que el carácter laico del Estado turco y la finalidad de la medida justificaba la aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación. En consecuencia, declaró que no se había vulnerado el artículo 9 del CEDH al prohibir a las estudiantes usar prendas religiosas en los campus universitarios<sup>52</sup>.

De las sentencias estudiadas se advierte que los Estados laicos como Francia o Turquía pueden limitar el derecho a usar prendas religiosas en el ámbito escolar o universitario. Para el TEDH, esta prohibición se justifica por el amplio margen de apreciación que gozan estos Estados, lo que les permite regular y limitar los derechos convencionales de conformidad con las particularidades de cada sociedad. En estos

<sup>52</sup> Al respecto el TEDH manifestó lo siguiente: «122. A la luz de lo que procede y teniendo en cuenta el margen nacional de apreciación de los Estados partes, el Tribunal concluye que la limitación del derecho está justificada y es proporcional al objetivo perseguido. 123. Por tanto, no hubo violación del artículo 9 del CEDH» (TEDH, asunto *Leyla Sahin contra Turquía*. Demanda 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005, párrafos 122 y 123).

asuntos se permitió que un derecho convencional se encuentre subordinado al alcance de una garantía orgánica establecida en algunas de las constituciones de los Estados partes. Que los Estados sean laicos o confesionales es un hecho irrelevante para el TEDH, cuya única competencia en estos casos es interpretar de manera uniforme el alcance de las libertades establecidas en el artículo 9 del CEDH, para después determinar si las limitaciones del Estado vulneran el contenido mínimo de ese derecho.

La utilización de la figura del margen en estos casos no permitió que el TEDH estudiara la compatibilidad de las medidas adoptadas en el ámbito escolar con el artículo 9 del CEDH. Esta disposición establece que las restricciones a la libertad religiosa serán válidas cuando sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública. Si se hubiese aplicado el denominado test de Estrasburgo, en vez del margen, se hubiese podido establecer si las limitaciones eran proporcionales al fin pretendido. El hecho de que las personas utilicen prendas de vestir con connotación religiosa en el ámbito escolar es una simple manifestación de sus creencias, conducta que no impide que las demás personas puedan disfrutar de sus derechos, no obstaculiza la convivencia democrática, ni atenta contra el orden, la seguridad, la moralidad o la salud pública.

En los siguientes dos casos se podrán evidenciar las contradicciones que se presentan cuando el TEDH aplica el margen nacional de apreciación en asuntos relacionados con el porte de vestimenta religiosa en el espacio público. En estos casos es relevante destacar que los ciudadanos no estaban al interior de edificios públicos, ni eran funcionarios estatales. Simplemente eran personas que querían llevar puesto sus atuendos religiosos en la calle. Aunque ambos casos son similares las reglas establecidas por el tribunal son abiertamente contradictorias como consecuencia de la utilización de la teoría del margen.

El primer proceso es el asunto Ahmet Arslan y otros contra Turquía. En esta providencia el TEDH estudió el caso de varias personas de una comunidad religiosa que fueron arrestadas y después condenadas a penas de prisión y multa por transitar en una calle de Ankara con un vestuario que fácilmente permitía identificarlos con una determinada secta religiosa. El Estado alegó que las mencionadas personas fueron condenadas por incumplir una prohibición tipificada en el código penal, por la cual se restringía el uso de vestimenta religiosa en lugares públicos como plazas y calles.

El TEDH en este asunto aplicó el test de Estrasburgo, por lo que examinó si la prohibición establecida por el Estado era necesaria en una sociedad democrática para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública. El examen realizado permitió determinar que la prohibición establecida por parte del Estado tendiente a prohibirle a los particulares que utilizaran atuendos religiosos en el espacio público era desproporcionada e innecesaria porque no tenía como finalidad la protección de algunos de los fines establecidos en el artículo 9 del CEDH. Sobre este punto el TEDH señaló:

47. En este caso, la Corte tomará en cuenta, en segundo lugar, el argumento del Gobierno de que el propósito de aplicar las disposiciones mencionadas fue hacer cumplir los principios seculares y democráticos de la República, en consecuencia, prevenir actos de provocación, proselitismo y propaganda por parte de los demandantes. (...)

49. La Corte recuerda su conclusión de que los demandantes fueron castigados por la vestimenta que usaron en lugares públicos abiertos a todos, como caminos o plazas públicas. Por lo tanto, no se trata de la regulación del uso de símbolos religiosos en

establecimientos públicos, en los que el respeto por la neutralidad de las creencias puede tener prioridad sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar la religión. (...)

50. Por último, el Tribunal observa que no se desprende del expediente del caso que la forma en que los solicitantes manifestaron sus creencias mediante una vestimenta específica constituía una amenaza para el orden público o una presión sobre los derechos de los demás. Los solicitantes cometieron los delitos previstos por las Leyes Nos. 671 y 2596, porque se reunieron frente a una mezquita con el único propósito de participar en una ceremonia de carácter religioso. (TEDH, asunto Ahmet Arslan contra Turquía. Demanda 41135/98, sentencia de 23 de febrero de 2010, párrafos 47- 50).

La regla que se deduce de la sentencia citada es la siguiente: es desproporcional, y por ende vulnera el artículo 9 del CEDH, prohibirles a los particulares que lleven atuendos religiosos en el espacio público porque ellos no están obligados a ser neutrales en materia religiosa. Además, el uso de vestuario religioso no constituye *per se* un riesgo para la seguridad, salubridad o moralidad pública. No obstante, el TEDH con posterioridad y en abierta contradicción con lo establecido en la providencia que se acaba de transcribir, determinó que era legítima la prohibición establecida por el Estado francés de cubrirse el rostro en el espacio público. En efecto, en este asunto una disposición de rango legal estableció la prohibición de usar en el espacio público prendas que cubran totalmente el rostro. Aunque la norma no hacía referencia a prendas religiosas, en la práctica la prohibición solamente afectaba a las mujeres musulmanas que usan el burka y el niqab, tipos de velo islámico que cubren totalmente la cara. Lo anterior porque la norma tenía excepciones para los demás casos en que se cubre el rostro como por ejemplo para los cascos de motocicletas, bomberos, disfraces para fiestas y carnavales.

La demandante en este asunto alegó que era ciudadana francesa y que portaba el velo islámico de forma voluntaria. Por ende, estimaba que la prohibición vulneraba su derecho a la libertad religiosa por no poder llevar en el espacio público el atuendo que prescriben sus creencias. Por su parte, el gobierno alegó que la prohibición se justificaba por razones de seguridad, para combatir la violencia y las presiones que sufren algunas mujeres musulmanas por parte de su familia, que llegan incluso a obligarlas a usar algún tipo de velo islámico. A su vez, también señaló que la medida busca garantizar un espacio de convivencia democrático que es imposible si las personas tenían cubierto su rostro<sup>53</sup>.

El TEDH en la Sentencia SAS contra Francia no realizó el test de Estrasburgo por lo que no determinó, como en el caso anterior, si la limitación establecida era necesaria en una sociedad democrática para garantizar la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública. Sin embargo, descartó las razones de seguridad alegadas por el Estado porque las consideró innecesarias dado que es suficiente que las personas muestren en ciertos sitios y circunstancias su rostro como por ejemplo en los aeropuertos o en los eventos en que se requiera su identificación plena.

Fueron dos los argumentos utilizados en este caso por el TEDH para justificar la prohibición establecida por el Estado. El primero señala que la medida de cubrir el rostro se justifica dado que este hecho impide la socialización entre las personas en el espacio público. Para el TEDH, el Estado puede prohibir que las personas se cubran totalmente la cara porque este hecho obstaculizaba la creación de un espacio de convivencia. Por otra parte, el segundo argumento utilizado para justificar la prohibición fue la figura del margen nacional de apreciación. Según el TEDH en este caso se debía otorgar a Francia un amplio margen de apreciación toda vez que no

<sup>53</sup> Para un estudio detallado del asunto SAS contra Francia, véase a Camarero Suárez y Zamora Cabot (2015).

existe un consenso entre los Estados europeos sobre la prohibición de cubrirse el rostro en el espacio público. Al respecto el TEDH sostuvo:

156. Se da la circunstancia de que no hay ninguna comunidad de opiniones entre los Estados miembros del Consejo de Europa (véase, *mutatis mutandis*, X, Y y Z contra Reino Unido, 22 de abril de 1997, ap. 44, *Repertorio* 1997 II) sobre la cuestión del uso del velo integral en los espacios públicos. De hecho, este Tribunal señala que, contrariamente a lo mantenido por uno de los intervinientes (ap.105), no hay ningún consenso europeo contra la prohibición. Ciertamente, desde un punto de vista estrictamente normativo, Francia se encuentra en una posición muy minoritaria en Europa: excepto Bélgica, ningún otro Estado miembro del Consejo de Europa ha optado hasta la fecha por esta medida. Cabe señalar que la cuestión del uso del velo integral en los espacios públicos está o ha estado en debate en varios países europeos. En algunos, se ha decidido no optar por una prohibición general. En otros, esta prohibición se ha propuesto (ap. 40). A esto debe añadirse que, ciertamente, la cuestión del uso del velo integral en los espacios públicos simplemente no se plantea en ciertos Estados miembros, donde esta práctica es inexistente. Parece que en Europa no existe un consenso sobre este asunto, ya sea a favor o contra una prohibición general sobre el uso del velo integral en los espacios públicos en Europa.

157. En consecuencia, teniendo en cuenta en particular la amplitud del margen de apreciación otorgado al Estado demandado en el presente caso, el Tribunal considera que la prohibición impuesta por la Ley del 11 de octubre de 2010 puede considerarse proporcional al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones de “convivencia” como elemento de “protección de los derechos y libertades de los demás” (TEDH, asunto SAS contra Francia. Demanda 43835, sentencia de 1 de julio de 2014, párrafo 157).

La providencia que se acaba de transcribir amerita dos comentarios adicionales. El primero es sobre la supuesta falta de un consenso en los Estados europeos sobre la posibilidad de cubrirse el rostro en el espacio es falsa. Tal como lo evidencian algunos autores como Camarero Suárez y Zamora Cabot (2015), la premisa no es cierta porque existe en Europa un amplio consenso a favor de permitir el uso de prendas religiosas que cubran el rostro en el espacio público. El propio TEDH, en los párrafos transcritos, señaló que solo Bélgica y Francia prohíben cubrirse el rostro en el espacio público. Por tanto, en esta materia si existe un consenso, pero a favor de permitir que las personas lleven puestas prendas que cubran el rostro en el espacio público, sin perjuicio que en algunos lugares como los aeropuertos puedan ser requeridos para su identificación plena<sup>54</sup>.

Por otra parte, el segundo comentario contra la sentencia SAS es que esta se apartó de forma ilegítima del precedente y de los estándares establecidos en el asunto Ahmet Arslan y otros contra Turquía. En efecto, en este fallo no se indicó que se estaba cambiando o revaluando el precedente establecido en el asunto turco. En el caso SAS, el TEDH debió indicar que estaba apartándose de la regla que establecía que la prohibición de usar prendas de vestir de contenido religioso en el espacio público era desproporcionada. Lo anterior porque la medida adoptada en Francia no es neutral ya que afecta a un determinado tipo de vestuario religioso. Con la aplicación de la teoría del margen se puede inferir que la regla de la desproporcionalidad de la prohibición del uso del vestuario solo aplica para el caso turco. En contraste, en

<sup>54</sup> Sobre este punto Celador Angón (2017) apuntó lo siguiente: «En este caso concreto, el tribunal no solo reconoció un excesivo margen de apreciación al gobierno francés, sino que, además, lo hizo ante la falta de un consenso europeo sobre la materia, pese a que a la vista de los hechos y a la falta de legislación similar a la francesa en la casi totalidad de los países europeos parece evidente la existencia de cierto consenso europeo, pero en sentido opuesto al señalado por el Tribunal» (pp. 273-374).

Francia el Estado puede prohibir algunos atuendos religiosos que cubren el rostro como el niqab o burka.

El problema evidente que se presenta en estos asuntos es que en algunos eventos el TEDH realiza un examen riguroso para determinar si la restricción al vestuario religioso es proporcional con los motivos que permiten su limitación, establecidos en el artículo 9 del CEDH. En contraste, cuando se aplica el margen el TEDH no realiza un examen riguroso, en una clara deferencia hacia los Estados partes. Un ejemplo claro de la rigurosidad del examen que realiza el TEDH cuando no aplica el margen es el asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*<sup>55</sup>. En esta providencia se estudiaron varios casos relacionados con la posible vulneración del artículo 9 del CEDH. Aquí solo se hará referencia a los casos que tienen relación con el vestuario religioso.

El primero de ellos se presentó porque una azafata de una compañía aérea fue sancionada por portar un crucifijo en la jornada laboral. No obstante, la compañía permitía a las trabajadoras musulmanas utilizar el velo y a los trabajadores sijes el turbante. Cuando el asunto fue conocido por la opinión pública, la compañía aérea cambió sus estatutos internos y permitió el uso de crucifijos. A pesar del cambio, el TEDH determinó que en este caso se había vulnerado el derecho a la libertad religiosa porque la prohibición era desproporcionada dado que no perseguía ninguno de los fines que permiten limitar esta libertad. Para el TEDH, la prohibición resultaba tan innecesaria que otros trabajadores ya habían logrado excepciones a la limitación, razón que motivo la derogación definitiva de la prohibición cuando el caso fue conocido por la opinión pública.

En el segundo caso, a una enfermera que trabajaba en una unidad geriátrica le fue prohibido el porte de un crucifijo en el ejercicio de sus labores porque las personas que ella atendían regularmente entraban en crisis de ansiedad y por ende llevar un objeto metálico constituía un riesgo para la integridad de la trabajadora y los pacientes. El hospital también justificó la prohibición por razones sanitarias dado que existía la posibilidad que el crucifijo pudiese tener contacto con las heridas abiertas de los pacientes. En este caso, el TEDH consideró que la restricción era proporcionada dado que buscaba proteger la salud de los pacientes y de la misma enfermera. En ambos casos, el margen de apreciación no fue aplicado, lo que llevó a realizar un examen riguroso del test de Estrasburgo con el fin de establecer si la medida restrictiva era proporcionada.

En definitiva, cuando el TEDH aplica la figura del margen nacional de apreciación es cuando se presentan los casos con soluciones contradictorias como consecuencia de la ausencia de un estudio riguroso acerca de la prohibición establecida y su proporcionalidad. Los asuntos analizados son un claro ejemplo de la forma en que la figura del margen nacional de apreciación ha servido para desnaturalizar el contenido de un derecho aparentemente claro como lo es la libertad religiosa. En efecto, para la doctrina esta libertad incluye la potestad de adecuar el proyecto de vida y los comportamientos externos -entre ellos las prendas de vestir- a los dogmas establecidos por las creencias que se comparten. Por ende, la prohibición establecida que impide que los particulares usen las prendas de vestir que más se adecuan con sus creencias religiosas es una violación del derecho a la libertad de conciencia en su ámbito religioso. Lo anterior porque el uso de estas prendas no afecta los derechos de terceros, ni el orden, moralidad o salud pública.

---

<sup>55</sup> TEDH, asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*. Demanda 48420/10, sentencia de 15 de enero de 2013.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede sostener que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos no existe un estándar claro por parte del TEDH sobre la libertad de usar ciertas prendas que prescriben los mandatos religiosos. Aunque en la mayoría de los países está permitido el uso del velo islámico sin restricción alguna, el TEDH ha permitido que algunos Estados, que tienen la particularidad de ser laicos, puedan, en virtud de la teoría del margen nacional de apreciación, limitar el uso de las prendas religiosas en ciertos ámbitos. Si el TEDH hubiese adoptado de una forma clara, y en similares términos que la Corte IDH la figura del control de convencionalidad, no se presentarían las contradicciones evidenciadas en este acápite porque la existencia de unos criterios claros y homogéneos para todo el sistema impediría que el TEDH estableciera decisiones opuestas en casos semejantes.

Para finalizar el escrito, es importante resaltar que en estos casos el carácter laico del Estado (Francia, Turquía) o confesional sociológico (Italia) ha tenido un papel sustancial al momento de decidir si se aplica el margen y en consecuencia flexibilizar el examen de la compatibilidad de la medida restrictiva y el artículo 9 del CEDH. Este hecho representa un gran desacierto por parte del TEDH porque el contenido y los límites de los derechos convencionales no pueden estar sometidos al carácter laico o confesional de los Estados. Aunque no exista un consenso europeo sobre la mejor forma de relación entre el Estado y el fenómeno religioso es evidente que si existe un acuerdo para la protección de la libertad de conciencia, hecho que se vio reflejado en el artículo 9 del CEDH. Por ende, este derecho debe ser protegido en términos iguales en toda Europa, independientemente de si el Estado es laico o confesional<sup>56</sup>. Para el TEDH debe ser irrelevante que existan o no privilegios por parte de los Estados al fenómeno religioso dado que la laicidad y la confesionalidad están presentes en las diferentes constituciones de los Estados europeos. Lo importante es que no existan obstáculos para el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, cuyos únicos límites válidos deben ser los necesarios para compatibilizar esta libertad con los derechos de los demás y el orden público.

## 5. Conclusiones

1. Los tribunales regionales de derechos humanos tienen como una de sus principales funciones la interpretación de los derechos convencionales. Esta labor es necesaria para el correcto ejercicio de las diferentes funciones de estos tribunales. Para que se pueda declarar la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, los tribunales regionales deben previamente haber establecido el alcance y el contenido de los derechos convencionales. La función interpretativa también permite establecer unos estándares jurisprudenciales inequívocos que pueden servir de marco de referencia para el momento en que los Estados vayan a ejercer su potestad reguladora y limitadora de los derechos. Aquí, los estándares indicarán a los Estados hasta dónde pueden regular o limitar los derechos.

2. La figura del control de convencionalidad utilizada por la Corte IDH es coherente con la función interpretativa que deben desempeñar los tribunales regionales de derechos humanos. Gracias a esta teoría, la Corte IDH ha establecido unos estándares claros sobre la interpretación del contenido y de los límites de los derechos establecidos en la CADH. Estos criterios obligatoriamente deben ser tenidos

<sup>56</sup> Para un estudio detallado de los diferentes tipos de Estado según su relación con el fenómeno religioso y el CEDH, véase a Vásquez Alonso (2008).

en cuenta por los funcionarios nacionales al momento de interpretar y aplicar el Derecho interno. En el Sistema Interamericano existen unos estándares que no pueden ser desconocidos por los Estados. Las circunstancias nacionales y el contexto particular de cada Estado no pueden ser invocados como excusa para apartarse de los estándares interamericanos.

3. En contraste, la teoría del margen nacional de apreciación, utilizada por el TEDH, desnaturaliza la función interpretativa de los tribunales regionales de derechos humanos, pues la frecuente utilización de esta figura no permite establecer el contenido de los derechos convencionales. En algunos casos, el TEDH ha entrado en abierta contradicción con los estándares establecidos previamente en casos en los que aplicó de forma estricta el test de Estrasburgo con el fin de determinar la proporcionalidad de la medida reguladora. La ausencia de una interpretación homogénea y estudiar los casos según el contexto interno de cada Estado impide que las personas que habitan el continente europeo puedan disfrutar de unas garantías de protección similares en el espacio que conforma su sistema regional de derechos humanos.

4. Uno de los ejemplos más paradigmáticos sobre la falta de un contenido uniforme del alcance de un derecho en el Sistema Europeo de Derechos Humanos es el caso de la libertad de conciencia, pensamiento y religión (Art 9 CEDH). Gracias a la utilización frecuente de la teoría del margen nacional de apreciación por parte del TEDH en casos relacionados con esta materia, se ha llegado a prohibir el vestuario religioso en el ámbito escolar en Suiza, pero a su vez ha permitido el uso de símbolos estáticos con connotación religiosa en las aulas escolares en Italia. Por otra parte, el TEDH determinó que la prohibición establecida por el Estado turco de prohibir el uso de prendas religiosas en el espacio público era desproporcionada. Sin embargo, negó el amparo solicitado por una ciudadana francesa que alegó que no podía salir a la calle con un elemento importante de su vestuario religioso porque una ley de ese país prohíbe cubrirse el rostro en el espacio público.

5. El TEDH debería adoptar de forma expresa, y en similares términos que la Corte IDH, la figura del control de convencionalidad. Esta figura ayudaría a entender de una forma más adecuada la importancia de la función interpretativa de los derechos y la incompatibilidad de la función interpretativa con la figura del margen nacional de apreciación. Es el TEDH el que debe establecer los límites y los criterios interpretativos de los derechos. En consecuencia, los Estados deben ajustarse a estos criterios, por tanto el contexto interno no debe ser un factor relevante a la hora de establecer los límites de los derechos convencionales.

## Bibliografía

- Acosta Alvarado, P. A. (2012). Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano y el uso del margen de apreciación ¿ausencia justificada?. En P.A. Acosta Alvarado y M. Núñez Pablote (eds.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales* (pp. 183-238). México D. F., México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barbosa Delgado, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista de Derecho del Estado*, 26, pp. 109-110. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881>

- Barrero Ortega, A. (2006). *La libertad religiosa en España*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius Et Praxis*, 15 (1), pp. 295-310. Recuperado de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/203/196>
- Camarero Suárez, V. y Zamora Cabot, J. (2015), La Sentencia del TEDH en el caso S.A.S. C. Francia: un análisis crítico. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 37. Recuperado de [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=415537](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415537)
- Celador Angón, O. (2011). *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio de las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, España: Dykinson.
- Celador Angón, O. (2017). *Orígenes histórico-constitucionales del principio de la laicidad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Celador Angón, O. (2018). Libertad ideológica, religiosa y de culto. En J. de Lucas y J.M. Rodríguez Uribe (eds.), *Derechos Humanos y Constitución* (pp. 449-467). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 7: Control de convencionalidad*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Fernández Sánchez, P. A. (2009), La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15). En J. García Roca y P. Santolaya (eds.), *La Europa de los derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 765-784). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Roca, J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 27, pp. 117-143. doi <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6778>
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor, España: Civitas Thomson Reuters.
- Gargarella, R. (2013). Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. *Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política*. Recuperado de [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=y\\_l\\_s\\_sela](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=y_l_s_sela) (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Llamazares Calzadilla, M. C. (2015). *Ritos, signos e invocaciones: Estado y simbología religiosa*. Madrid, España: Dykinson.
- Llamazares Fernández, D. y Llamazares Calzadilla, M. C. (2011). *El Derecho a la libertad de Conciencia. Tomo I*. 4ª ed., Madrid, España: Civitas Thomson Reuters.
- Llamazares Fernández, D. (2012). De la verdadera tolerancia en materia de libertad religiosa. Réplica a Weiler. *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 27, pp. 37-42.
- Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, pp. 489-509.
- Nash Rojas, C. (2018). La doctrina del margen nacional de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, pp. 71-100. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>

- Núñez Donald, C. (2016). *Control de convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile*. Santiago, Chile: Librotecnia.
- Núñez Poblete, M. (2012). Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. En P.A. Acosta Alvarado y M. Núñez Poblete (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales* (pp. 3-49). México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pascual Vives, F. J. (2013). El margen nacional de apreciación en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29, pp. 217-262. Recuperado de <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/37319/1/201412%20AEDI%2029%20%282013%29%20-%205.pdf> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Pérez Tremps, P. (2016). *Sistema de Justicia Constitucional* (2ª ed.). Cizur Menor, España: Civitas Thomson Reuters.
- Prieto Sanchís, L. (2000). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Revista Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/1395> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Quinche Ramírez, M. F. (2016). *El control de convencionalidad*. México: Ubijus.
- Rey Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa.
- Roa Roa, J. E. (2011). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Roa Roa, J. E. (2018). La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiaridad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2 (8), pp. 800-823. Recuperado de <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5643/4001> (fecha de la consulta: 10 de abril de 2019).
- Ruiz Ruiz, J. J. (2018). El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al protocolo No. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 453-482. doi: <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23639>
- Romero Pérez, X. L. (2011). *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos Humanos, ideas fuerzas rectoras*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Souto Paz, J. A. (1992). *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Vásquez Alonso, V. J. (2008). Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil. *Revista Estudios de Deusto*, 56(2), pp. 135-164. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-56\(2\)-2008pp135-164](http://dx.doi.org/10.18543/ed-56(2)-2008pp135-164)
- Vásquez Alonso, V., J. (2012). *Laicidad y Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Weiler, J. (2012). Estado y Nación; iglesia, mezquita y sinagoga: la sinopsis. *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 27, pp. 28-33.

## Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del caso Olmedo Bustos y otros contra Chile [la última tentación de cristo], fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos contra Perú, fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, fondo. Sentencia de 31 de enero de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Almonacid Arellano y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta contra Perú, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") contra Brasil, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, excepción preeliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay, fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) contra Costa Rica, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rifo y niñas contra Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 01/82.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 04/84.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 12/91.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 14/94.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 21/14.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24/17.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Dahlab contra Suiza. Demanda 42393/98. Sentencia de 15 de febrero de 2001.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Leyla Sahin contra Turquía. Demanda 44774/98. Sentencia de 10 de noviembre de 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Kervanci contra Francia. Demanda 31645/04. Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Dogru contra Francia. Demanda 27058/05. Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Ahmet Arslan contra Turquía. Demanda 41135/98. Sentencia de 23 de febrero de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Schalk and Kopf contra Austria. Demanda No. 30141/04. Sentencia 24 de junio de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto A, B and C contra Irlanda. Demanda No. 25579/05. Sentencia del 16 de diciembre del 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Lautsi contra Italia. Demanda 30814/06. Sentencia del 18 de marzo de 2011.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Eweida y otros contra Reino Unido. Demanda 48420/10. Sentencia de 15 de enero de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto SAS contra Francia. Demanda 43835. Sentencia de 1 de julio de 2014.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Lambert et Autres contra Francia. Demanda No. 46043/14. Sentencia del 5 de junio del 2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Chapin et Charpentier contra Francia. Demanda No. 40183/07. Sentencia de 9 de junio de 2016.