

Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional

Marisa Iglesias Vila

La interpretación y aplicación de Convenios Internacionales de Derechos Humanos es una tarea especialmente delicada. Aunque los Tribunales internacionales encargados de interpretarlos tienen, en su ámbito de competencia, la función de proteger derechos humanos frente a posibles interferencias estatales, el ejercicio de su rol jurisdiccional no es posible sin una conciliación constante de elementos y valores que pueden estar en tensión. Estos Tribunales requieren gran maestría para conjugar expectativas ciudadanas de protección de derechos, consideraciones democráticas en coyunturas sociales plurales y cambiantes y voluntades tanto individuales como conjuntas de los estados.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que será el objeto de este trabajo, es un ejemplo de estas dificultades. Determinar cuáles son las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el momento de analizar si un estado miembro del Consejo de Europa ha violado un derecho convencional supone un ejercicio de equilibrio constante entre democracia y derechos humanos en la región. Esta dualidad axiológica inherente al CEDH ha marcado desde sus inicios la jurisprudencia del TEDH. Aunque el Tribunal ha ido adquiriendo una “narrativa constitucional” en su razonamiento, algo que incentiva una exigencia cada vez mayor en la garantía de derechos convencionales en Europa, esta narrativa ha sido debilitada por el propio Tribunal de Estrasburgo, para mantener su “auctoritas” frente a los estados, a partir del recurso

hermenéutico a la doctrina del margen de apreciación estatal¹. La forma en que el TEDH ha usado esta doctrina, especialmente en ámbitos como el de la libertad religiosa, es uno de los aspectos más controvertidos de su jurisprudencia. En este trabajo desarrollaré las características principales de esta doctrina, distinguiré dos versiones del margen de apreciación y utilizaré los parámetros de lo que voy a denominar “una versión racionalizada” de este margen para valorar la jurisprudencia del TEDH en materia de simbología religiosa en los centros educativos públicos.

I. Algunas acotaciones sobre los derechos convencionales

Aunque la idea de los derechos humanos es básica para subrayar el valor moral de la vida humana, reclamar compromisos institucionales e incentivar el activismo², las cláusulas relativas a derechos que encontramos en un instrumento internacional como el CEDH distan mucho de reflejar una comprensión moral fuerte de los derechos. Los derechos convencionales no engarzan bien con una concepción de los derechos como *triumfos* frente al interés colectivo (esto es, con la idea de que los derechos no son balanceables con consideraciones externas a los propios derechos) o, usando otras caracterizaciones afines, con visiones de los derechos como “firewalls”, “*side constraints*”, *razones excluyentes* o “*reason blocking*”³. Por lo general, el propio articulado del CEDH refleja unos derechos endebles que son fácilmente balanceables frente a razones estatales de interés público y otras consideraciones de valor. Esta debilidad queda plasmada en muchas disposiciones del Convenio pero, especialmente, en los artículos 8 a 11, que contienen las denominadas *cláusulas de acomodación o limitación*. Como es bien conocido, la dinámica de cada uno

¹ Sobre los equilibrios que informan la arquitectura del sistema de protección de derechos humanos en Europa véase, por ejemplo, Krisch (2010, cap. 4).

² Véase Raz (2010).

³ Sobre las diversas formas de comprender los derechos convencionales, véanse, por ejemplo, McHarg (1999), Greer (2003), Kumm (2007), Legg (2012).

de estos artículos es la de reconocer derechos en su primer párrafo para establecer en un segundo párrafo una amplia lista de razones que pueden justificar la interferencia estatal en estos derechos.

Pensemos por ejemplo en la estructura del 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 demás⁴.

Derechos como los reconocidos en el artículo 9 no se ajustan a la imagen de un derecho como triunfo ni siquiera interpretándolos en su mejor luz. Para una caracterización razonable de su estatus jurídico que pudiera tener algún apoyo textual deberíamos acudir a concepciones alternativas que reflejen mejor su fuerza relativa. La cuestión de cómo podemos ofrecer una comprensión de los derechos fundamentales o de los derechos humanos que de cuenta i) de la práctica de balancearlos con razones de interés público pero que, a su vez, ii) permita seguir manteniendo la prioridad de los derechos frente a estos intereses colectivos está generando últimamente una amplia literatura.

⁴ En la aplicación de las cláusulas de acomodación, el TEDH valora la medida impugnada siguiendo siempre la misma estructura de cuestiones: 1) ¿Hay interferencia estatal en un derecho convencional? 2) ¿Esta interferencia está prescrita por el Derecho? 3) ¿Tiene un fin legítimo? y 4) ¿La medida es proporcionada y necesaria en una sociedad democrática para conseguir este fin? Un buen desarrollo general de estos pasos puede encontrarse en Evans (2001, 136-164).

Algunos autores defienden una versión atenuada de los derechos como triunfos que pretende compatibilizar la importancia prioritaria de los derechos con un ejercicio de balance y proporcionalidad en su confrontación con otras consideraciones sociales⁵. El mismo objetivo podría buscarse desde otras teorías sustantivas de los derechos que permitan una mayor flexibilidad en su confrontación con las razones de interés colectivo. Alguna versión de la teoría raziana de los derechos como intereses protegidos o de la visión de los derechos como metas sociales en la línea iniciada por Amartya Sen podrían servir para este fin. La primera permite otorgar prioridad a un derecho en su núcleo central por el valor del interés que lo sostiene, pero también medir qué deberes justifica o qué derechos derivados comporta teniendo presente otras consideraciones de deber⁶. La segunda, al concebir los derechos como metas sociales con valor intrínseco que el Estado debe perseguir atribuye un disvalor muy alto al resultado social de su no satisfacción. Pero desde esta concepción parece plausible asumir que puedan darse otras consideraciones de valor capaces de limitar el alcance del derecho⁷.

Otra opción para caracterizar derechos como los reconocidos en art. 9 del CEDH sería huir de una noción sustantiva de los derechos y limitarse a adoptar, en la línea de Robert Alexy,

⁵ Diferentes estrategias para conseguir esta compatibilidad han sido propuestas con mayor o menor éxito en Greer (2003); Klatt y Moritz (2012, cap. 2).

⁶ Esta conclusión puede seguirse de la concepción de los derechos de Raz. Este autor asume que tanto la existencia de un derecho como la consideración de qué deberes justifica están sujetas a un balance de razones que pueden incluir otras consideraciones de deber externas a los derechos. Véase, por ejemplo, Raz (1984, 209-214). De hecho, su concepción de los derechos le ha conducido a una visión de los derechos humanos mucho más debilitada que las tradicionales y que se acerca más al funcionamiento práctico de los instrumentos internacionales que los regulan. Aunque Raz considera que la idea de derechos humanos es importante porque permite resaltar el valor moral de la vida humana e incentiva el activismo, ofrece dos razones que debilitan el estatus que suele otorgárseles. Por una parte, un derecho humano deja de ser tal, aunque siga siendo un derecho, si no hay la posibilidad de una estructura equitativa y confiable de implementación. Por otra parte, cuáles sean los deberes que podemos asociar a cada derecho humano dependerá de su valor específico y de las circunstancias políticas y culturales de su contexto de aplicación. También dependerá de qué otras metas sociales sea valioso perseguir, así como de cuestiones de factibilidad y legitimidad institucional. Véase Raz (2010, 41-47). Véase también su concepción política de los derechos humanos en Raz (2007). Para algunas críticas a la viabilidad de usar la teoría de los intereses para dar cuenta de los derechos convencionales véase, por ejemplo, McHarg (1999, 678-680).

⁷ Esta concepción, centrada en la importancia moral de las capacidades para el funcionamiento humano, podría tener muchas variantes y algunas de ellas ser muy cercanas a la idea de derecho como *side constraint*, como es el caso de la teoría de Martha Nussbaum (1997, 300), pero sus presupuestos me parecen compatibles con una visión más flexible de los derechos. Ello explica, por ejemplo, porque Sen, cuando se refiere a los derechos humanos como exigencias éticas, considera que, en tanto razones para la acción, lo que justifican es el deber de dar una consideración razonable a las acciones que dirigen a satisfacer el derecho. Véase Sen (2004, 323 y 338-345).

una concepción estructural que los percibe como principios. Podríamos entenderlos como meros mandatos de optimización, de cumplimiento gradual, que deben ser balanceados con otros principios, sean éstos principios referidos a otros derechos convencionales o a intereses colectivos. Desde esta perspectiva, la aplicación de los derechos convencionales requeriría siempre un ejercicio de proporcionalidad o balance con otras razones valiosas. Las cláusulas convencionales de acomodación actuarían aquí como guías que explicitan qué tipo de razones deben ser balanceadas por el TEDH en los casos de interferencia estatal en los derechos protegidos.

Pero la teoría estructural de Alexy no otorga ninguna prioridad a los derechos frente a otros principios relativos a intereses colectivos. De este modo, aunque puede resultar satisfactoria para dar cuenta de la lógica del sistema de protección de derechos de la Constitución alemana, quizá resulte un mal apoyo si se pretende resaltar la prioridad de los derechos en un instrumento internacional con la estructura del CEDH⁸. Por esta razón, autores como Mathias Kumm insisten en que una teoría estructural como la de Alexy debería ser complementada con consideraciones de justicia política que justifiquen la prioridad de los principios relativos a derechos en la aplicación del test de proporcionalidad cuando entran en conflicto con otros principios⁹.

A pesar de la importancia de esta discusión no me detendré en esta problemática. Con independencia de cuál sea la forma más adecuada de concebir los derechos del CEDH, en

⁸ Percibir los derechos fundamentales como principios que pueden ser balanceados en un test de proporcionalidad con cualquier otro principio es una buena forma de explicar el funcionamiento de una estructura constitucional como la alemana donde los derechos tienen una naturaleza expansiva y son concebidos de forma amplia. Si cualquier interferencia institucional en la libertad individual adquiere relevancia constitucional, la aplicación de un test de proporcionalidad en la interpretación de los derechos constitucionales puede ser un buen mecanismo para evitar una tiranía de los derechos. Sobre esta concepción véase Alexy (1993, 111-138). Sobre este punto véase también Kumm (2004, 582-584; 2006, 574-596). Pero el CEDH es un contexto regulativo distinto. Aquí no resulta que la naturaleza de los derechos convencionales sea expansiva ni que la jurisprudencia del TEDH tienda por lo general a concebir todos los derechos de forma amplia.

⁹ Kumm (2004; 2007) está pensando en argumentos antiperfeccionistas, antiolektivistas y anticonsecuencialistas que justifican otorgar prioridad a los derechos frente a los intereses colectivos. La idea de fondo es que para poder priorizar los derechos convencionales frente a otras consideraciones de valor necesitamos recurrir a argumentos de moralidad política que nos respondan a la cuestión de cuál es el valor intrínseco e instrumental de estos derechos en la organización de una asociación de estados que sea equitativa con los individuos que la conforman.

este trabajo me interesa hacer hincapié en otro aspecto del acercamiento a los derechos convencionales por parte del TEDH. Además de que estos derechos no casan bien con su concepción como triunfos, la jurisprudencia del TEDH ha ido creando un mecanismo adicional, la doctrina del margen de apreciación, que puede redundar en un debilitamiento todavía mayor de la fuerza de los derechos convencionales frente al interés público y la voluntad estatal de los miembros del Consejo de Europa. La doctrina del margen de apreciación parece inicialmente ligada a la presencia de las cláusulas de acomodación del CEDH, disposiciones que por su naturaleza otorgan un margen de maniobra a los estados para decidir cuándo y en qué medida cabe limitar un derecho convencional. Pero el TEDH ha realizado un uso expansivo de esta doctrina y la ha aplicado a ámbitos donde el texto del Convenio no incorpora una cláusula de acomodación. Ello ha generado un amplio debate acerca de si el TEDH está comprometiendo con esta doctrina su propia función de órgano jurisdiccional de protección de derechos humanos en Europa.

II. La doctrina del margen de apreciación estatal

Desde los inicios de su andadura, y ya con mayor articulación desde el asunto *Handyside c. Reino Unido*, el TEDH ha adoptado la doctrina del margen de apreciación con la finalidad de otorgar deferencia al criterio de los estados en la protección de los derechos del CEDH¹⁰. El Tribunal ha ofrecido varias razones para justificar esta deferencia. Por una parte, ha observado que el sistema de protección de derechos humanos en Europa es fruto de una división del trabajo entre los estados y el TEDH. Los estados son los responsables primarios de esta protección y el Tribunal de Estrasburgo sólo interviene de forma subsidiaria, por vía contenciosa, y una vez se han agotado los recursos judiciales internos. Por otra parte, en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión no hay consenso

¹⁰ Para una caracterización general de la doctrina del margen de apreciación, véanse Arai-Takahashi (2002, cap. 1); Brauch (2005, 114-121); Legg (2012, parte I).

entre los estados en los modos de regulación y las autoridades nacionales, al estar en contacto directo con las fuerzas vitales de su país, se hallan mejor situadas para conocer su coyuntura social y decidir la forma adecuada de gestionar situaciones conflictivas. No obstante, según el propio TEDH, este margen es limitado, sujeto a supervisión y variará en función de lo sensible que sea la cuestión a decidir, el tipo de derecho en juego, el carácter más o menos objetivable de los intereses legítimos perseguidos por el estado y la evolución del consenso europeo en la materia¹¹.

Como producto de esta doctrina jurisprudencial, la función judicial que el TEDH se arroga no es la de realizar un examen abstracto de compatibilidad entre una medida estatal y las disposiciones del Convenio. Su tarea consiste en revisar si el estado se ha extralimitado en su margen de apreciación en la protección de derechos convencionales. Ello marca una diferencia importante respecto al tipo de argumentación que podría llevar a cabo un tribunal constitucional nacional. Al mismo tiempo, conlleva una revisión particularizada o en contexto de la medida estatal impugnada, atendiendo a la coyuntura interna de cada país y a sus circunstancias jurídicas, políticas y sociales. Este examen contextual de compatibilidad con el Convenio hace posible que el TEDH ofrezca respuestas distintas a casos similares que se producen en coyunturas nacionales diferenciadas.

La doctrina del margen de apreciación ha sido criticada como recurso hermenéutico por dificultar la generalización de las respuestas jurídicas del TEDH, provocar incoherencias estructurales y, en general, poner en peligro la seguridad jurídica e impedir que el CEDH consolide un sistema fiable de protección de derechos en la región¹². Esta doctrina también ha sido alabada por ser un mecanismo que asegura la flexibilidad argumentativa necesaria para, por un lado, legitimar la autoridad del TEDH frente a la voluntad estatal en la

¹¹ Asunto Handyside c. Reino Unido (7 de diciembre de 1976), párrfs. 48 y 49.

¹² Véanse, por ejemplo, Brauch (2005, 113-150); Hutchinson (1999, 638-650); Kratochvíl (2011, 324-357).

protección de derechos y, por otro, reflejar el pluralismo democrático existente en Europa¹³.

Uno de los ámbitos en los que la doctrina del margen de apreciación ha tenido mayor incidencia en los últimos años ha sido en la comprensión del derecho a la libertad religiosa reconocido en el art. 9 del CEDH y en la interpretación del artículo 2 de su Protocolo 1, que establece el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Aquí la jurisprudencia del TEDH ha dejado una amplísima autonomía a los estados para interferir en la libertad religiosa con leyes seculares, ha dado vía libre a la sobreprotección estatal de los sentimientos religiosos mayoritarios frente a la libertad de expresión, ha refrendado las normativas que imponen la presencia de un crucifijo en las escuelas públicas y no ha puesto objeciones a la restricción estatal del uso del velo y otras prendas religiosas en el contexto educativo¹⁴.

En este texto voy a centrarme especialmente en dos líneas jurisprudenciales del TEDH. Una primera es la trazada a partir del asunto *Lautsi* y otra la que el Tribunal ha adoptado respecto a las normativas nacionales que restringen el uso del velo islámico en los centros educativos públicos. En ambos supuestos, que pasaré a resumir a continuación, el uso de la doctrina del margen de apreciación ha jugado un papel trascendental en la orientación de los fallos del TEDH.

III. El margen de apreciación y la jurisprudencia del TEDH sobre simbología religiosa en los centros docentes

3.1. El asunto Lautsi c. Italia

¹³ Especialmente, McGoldrick (2011, 451-502); Gerards (2011, 80-120); Mahoney (1998).

¹⁴ Sobre esta jurisprudencia véanse, por ejemplo, el panorama general actualizado que trazan Solar (2009) y Martínez-Torrón (2012).

El 18 de Marzo de 2011, la Gran Sala del TEDH sorprendió a muchos rectificando la sentencia de la Sala del Tribunal, de 3 de noviembre de 2009, que había establecido por unanimidad que la normativa reglamentaria italiana, que impone desde los años 20 la presencia del crucifijo en las escuelas públicas, había violado el derecho de la señora Lautsi a educar a sus hijos conforme a sus convicciones laicas y la libertad religiosa de sus hijos, de 11 y 13 años en ese momento.

Los argumentos que la sentencia de la Sala (en adelante Lautsi 2009) utilizó para justificar la existencia de una violación del CEDH son un típico ejemplo de una valoración abstracta de compatibilidad entre la normativa italiana y los derechos convencionales. La Sala mantuvo que un crucifijo en un aula pública, en tanto símbolo religioso, podía perturbar emocionalmente a los estudiantes no creyentes y generarles justificadamente la percepción de que su contexto educativo estaba marcado por la religión. Esta intromisión vulnera derechos de libertad religiosa porque contradice el deber de neutralidad estatal en esta materia, que impide al estado imponer creencias religiosas, aunque sea indirectamente, en contextos de personas especialmente vulnerables o que dependen de él.

La Gran Sala rectificó esta sentencia inicial matizando sus argumentos e incorporando la doctrina del margen de apreciación en la valoración de la normativa italiana. En primer lugar, el Tribunal matiza cuáles son las exigencias convencionales de neutralidad religiosa en el ámbito educativo. Utilizando su jurisprudencia en los asuntos Folguero y Zengin¹⁵, indica que esta exigencia consiste en la prohibición de hacer proselitismo o adoctrinar en el marco educativo, algo compatible con establecer una enseñanza obligatoria de religión y otorgar mayor preponderancia al conocimiento de la religión mayoritaria.

¹⁵ Folguero c. Noruega (29 de junio de 2007, GS) y Zengin c. Turquía (9 de octubre de 2007).

En segundo lugar, la Gran Sala defiende que el crucifijo es un símbolo religioso pasivo cuya influencia no puede compararse a la que ejercen la educación y participación en actividades religiosas. Por esta razón, contradice la sentencia de la Sala y mantiene que no hay evidencias suficientes ni para afirmar ni para negar que la presencia de este símbolo religioso en las aulas “pueda” afectar a los alumnos o influir en ellos. En este sentido, aunque le parece comprensible que los padres tengan la percepción subjetiva de que el crucifijo supone una falta de respeto a su derecho, esta percepción subjetiva no basta para considerar que hay una vulneración del Convenio¹⁶.

En tercer lugar, la Gran Sala recurre a la doctrina del margen de apreciación. Según el Tribunal de Estrasburgo, siempre que no haya pretensión de adoctrinamiento, el estado goza de un margen de apreciación para decidir sobre la permanencia del crucifijo en las aulas. El estado italiano lo considera un aspecto de su tradición y seña de identidad, y le corresponde al estado decidir qué peso va a otorgar a la tradición. Le corresponde asimismo decidir cómo va a compatibilizar el lugar que asigne a la religión en el entorno educativo con los derechos de padres y estudiantes. El TEDH considera que en apoyo de este margen está también la falta de consenso entre los estados sobre la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas y sobre el mantenimiento de las tradiciones.

Por último, aunque la Gran Sala admite que el crucifijo otorga mayor visibilidad a la religión católica en el entorno escolar, indica, aplicando de nuevo la doctrina del margen de apreciación, que este extremo debe ponerse en perspectiva teniendo presente cuál es la actitud del estado italiano ante el pluralismo religioso en las escuelas. En el caso de Italia el crucifijo no está vinculado a ninguna enseñanza obligatoria de la religión católica, el

¹⁶ Lautsi 2009 había utilizado el asunto Dahlab (donde en 2001 el TEDH confirmó que era compatible con el Convenio que las autoridades suizas impidiesen a una profesora de una escuela pública llevar velo en clase) para apoyar la idea de que los símbolos religiosos pueden afectar a los niños. Pero el TEDH resalta ahora que el asunto Dahlab era un caso diferente, donde el derecho nacional asumía la neutralidad denominacional en materia religiosa y, dada la tierna edad de los niños (4 a 8 años), la prohibición entraba dentro de su margen de apreciación.

ambiente escolar está abierto a otras religiones, no se impide que los alumnos usen otros símbolos religiosos como el velo, se permiten celebraciones de otras religiones y podría haber educación religiosa alternativa para todos los credos.

Todos estos elementos le parecen suficientes a la Gran Sala de TEDH para concluir que el Estado italiano está respetando el pluralismo religioso en las escuelas, que la señora Lautsi sigue pudiendo ejercer el derecho a educar a sus hijos de conformidad con sus creencias y que la libertad religiosa negativa de sus hijos no ha sido vulnerada.

Tanto Lautsi 2009 como Lautsi 2011 han sido ampliamente criticadas. La primera fue criticada por ser una manifestación de cristianofobia, por imponer un modelo de laicismo estricto que no respeta ni el pluralismo de tradiciones existente en Europa ni su diversidad de relaciones Estado-religión y, en definitiva, por exceder las competencias del TEDH en la protección de los derechos del Convenio¹⁷. La Sentencia de la Gran Sala, en cambio, ha sido criticada por suponer un retroceso para el laicismo en Europa, tener un mero carácter político, ceder a las presiones de algunos estados e instituciones europeas y, en general, por suponer una dejación de funciones por parte del TEDH¹⁸.

Con independencia ahora de estas críticas, lo cierto es que la principal diferencia entre ambas resoluciones reside en el rol que desempeña la doctrina del margen de apreciación estatal en la decisión final de la Gran Sala, recurso hermenéutico que está ausente en Lautsi 2009. ¿Está justificado el amplio uso que la Gran Sala realiza de esta doctrina? Antes de entrar a valorar esta cuestión me detendré brevemente en la segunda línea de decisiones que comentaba anteriormente.

¹⁷ Sobre estas críticas véase, especialmente, McGoldrick (2011, pp. 470-475). También fue bienvenida por ser un paso valiente del TEDH en defensa del laicismo, la neutralidad estatal y la protección de las minorías religiosas en Europa. Véase Andreescu y Andreescu, (2010b, 47-74).

¹⁸ Sobre estas objeciones véanse, entre otras, las recientes aportaciones de Panara (2011, pp. 259-265); Zuca (2013).

3.2. La jurisprudencia del TEDH sobre el velo islámico en el contexto educativo

La restricción del uso del velo y otras prendas religiosas en los centros educativos públicos ha generado una extensa controversia en Europa, polémica que la jurisprudencia del TEDH ha zanjado siempre acogiendo el criterio estatal¹⁹. Las normativas francesa y turca, que abogan por un laicismo activo que es restrictivo con la expresión religiosa en el espacio público, son las que han generado mayor número de recursos ante el Tribunal de Estrasburgo, muchos de los cuáles no han sido admitidos a trámite por estar “manifiestamente” mal fundados.

De esta jurisprudencia cabe extraer que los estados tienen autonomía para limitar el uso del velo en algunas clases o en todas, tanto en la escuela pública como en la universidad; esta restricción puede abarcar a profesoras y puede extenderse a escuelas de base religiosa islámica financiadas por el Estado. Los argumentos que se han considerado legítimos y proporcionados para justificar limitaciones en el uso escolar del velo son muy variados. La razón más genérica es la presencia de una opción estatal por el laicismo activo (asuntos Kervanci, Dogru, Şahin, Köse y Dahlab). También de forma general se ha apelado a razones de orden público, a los derechos de otros y a la defensa de la democracia (especialmente en el asunto Şahin). Finalmente, otros argumentos que han sido utilizados como razón para prohibir el uso del velo son la promoción de la igualdad de género (asuntos Dahlab y Şahin) y consideraciones de higiene y seguridad en la práctica del deporte (asuntos Kervanci y Dogru).

En el asunto Şahin c. Turquía, que es en el que me detendré brevemente, la polémica se originó a partir de una circular de la autoridad académica de la Universidad de Estambul prohibiendo el uso del velo islámico dentro del recinto. A partir de entonces, a la

¹⁹ Asuntos Dahlab c. Suiza (15 de febrero de 2001), Şahin c. Turquía (10 de noviembre de 2005, GS), Köse y 93 más c. Turquía (4 de noviembre de 2006), Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia (4 de diciembre de 2008) y Aktas c. Francia, Bayrak c. Francia, Gamaleddyn c. Francia y Ghazal c. Francia (30 de Junio de 2009).

recurrente, ya en sus últimos años de estudio de la carrera de medicina y habiendo usado el velo en la universidad hasta ese momento, se le impidió examinarse y matricularse en algunos cursos por seguir llevando velo.

Al igual que en el resto de asuntos relativos al velo islámico, los argumentos del TEDH para refrendar esta restricción a la libertad religiosa en la universidad están orientados por un recurso constante a la doctrina del margen de apreciación estatal. El Tribunal asocia la necesidad de usar esta doctrina a la ausencia de un consenso europeo en esta materia y a la idea de que el estado y las autoridades universitarias están mejor situados que un órgano internacional para decidir sobre esta polémica. Aunque el Tribunal recuerda el deber estatal de neutralidad religiosa e indica que su función en este caso consiste en corroborar si la medida institucional está justificada en principio y es proporcionada, no entra a efectuar un análisis pormenorizado de esta justificación y proporcionalidad. Apoyándose en la doctrina del margen, el Tribunal asume en primer lugar que la opción política por el laicismo de estado puede justificar por sí misma restricciones a la libertad religiosa y exigir sacrificios a los individuos en aras de salvaguardar la tolerancia y la armonía religiosa. En segundo lugar, no entra a valorar con detalle la aplicabilidad al caso concreto de las alegaciones generales del estado turco: el peligro del islamismo radical para el orden público y la democracia, el respeto por la igualdad de género y la protección de los derechos del resto de estudiantes. El TEDH concluye que el laicismo de estado junto con estos argumentos generales resultan suficientes para considerar que la prohibición, aunque restringe la libertad religiosa de Leyla Şahin, no vulnera el CEDH²⁰.

3.3. ¿Un margen de apreciación amplio para los estados?

²⁰ Cabe advertir que en este asunto el Tribunal (pár. 78) tampoco mostró un convencimiento claro de que llevar el velo islámico fuera un acto de manifestación de práctica religiosa y no un mero acto inspirado o motivado por una religión, acto que no estaría protegido por el art. 9.

De forma paralela a lo que sucede en el asunto Lautsi, la jurisprudencia sobre el velo islámico es un ejemplo de la importancia de la doctrina del margen de apreciación en la forma de razonar y valorar las restricciones estatales a los derechos convencionales por parte del TEDH. Por lo que respecta al velo, no sólo teóricos sino también organizaciones de derechos humanos han denunciado reiteradamente que este razonamiento comporta una clara desprotección del derecho a la libertad religiosa en Europa. El razonamiento del TEDH en el asunto Lautsi ha recibido críticas similares. Sin embargo, como ya he mencionado, muchos otros defienden que este razonamiento deferente es el vehículo adecuado para que el TEDH, como institucional internacional, mantenga una narrativa constitucional sin perder legitimidad frente a los estados.

Estemos de acuerdo con unos o con otros, lo cierto es que el TEDH está ejerciendo su función de interpretar el CEDH tratando de buscar a la vez legitimación y calidad sustantiva en sus decisiones. Esta pretensión conciliadora parece ser inherente al propio Convenio desde el momento en que su preámbulo afirma que el mantenimiento de las libertades y derechos básicos que contiene reposa, de un lado, en un régimen político verdaderamente democrático y, de otro, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos. Esta dualidad axiológica podría contemplarse como una de las especificidades del Convenio en tanto objeto jurídico de interpretación, característica que, por tanto, debería estar presente en cualquier teoría que se ocupe de la comprensión de las exigencias que derivan de este instrumento²¹.

La cuestión es no obstante si el Tribunal ha tenido éxito en este empeño conciliador en su jurisprudencia sobre simbología religiosa. En el asunto Lautsi la estrategia de la Gran Sala, que ha sido determinante para su fallo, es la de desplazar la cuestión de si se ha afectado de

²¹ Véase, especialmente, Arai-Takahashi (2002, cap. 13). Como observa este autor (p. 243), la búsqueda de un balance equitativo o adecuado entre un derecho individual y los intereses generales de la sociedad como un todo es inherente al propio CEDH.

forma injustificada el foro interno de la libertad religiosa, derecho que el texto del CEDH no sujeta a restricciones de interés público, a una cuestión de si el estado ha sido suficientemente neutral en el respeto al pluralismo religioso de sus ciudadanos en el ejercicio de su margen de apreciación. Este desplazamiento permite al Tribunal entrar a valorar en concreto la importancia que el crucifijo pueda poseer como tradición cultural y signo de identidad colectiva en Italia. También le permite poner en contexto la normativa italiana analizando en qué medida su entorno educativo está abierto al pluralismo religioso. La Gran Sala acaba utilizando lo que se ha denominado una “teoría de la neutralización”, que resalta aquellos aspectos en los que el sistema educativo italiano es equitativo en su apertura al pluralismo religioso en la escuela para contrarrestar su falta de neutralidad con la religión mayoritaria respecto a la simbología²².

También en el asunto Şahin el TEDH utiliza una estrategia equiparable cuando evita entrar en un examen detallado de proporcionalidad, que es a lo que le exhorta el artículo 9.2, y se decanta por asumir de forma más bien acrítica las razones generales aportadas por el Estado. Estas estrategias, que no encuentran apoyo en el texto del Convenio, podrían explicarse si pensáramos la doctrina del margen de apreciación como un recurso hermenéutico general en la labor jurisdiccional del TEDH, un recurso que actuaría más allá de las cláusulas de acomodación. Otorgar un margen amplio al Estado en materia religiosa podría apoyarse en dos elementos de esta doctrina, la falta de consenso y la idea de que el estado está mejor situado para decidir cómo gestionar los conflictos sobre simbología religiosa en los centros educativos.

Por la información recabada por el propio TEDH, es claro que no hay consenso en Europa sobre la exhibición del crucifijo en las escuelas públicas. Su exposición está prohibida en Estados como Macedonia, Georgia y Francia (y en este último se exceptúan Alsacia y

²² Véase Andreescu y Andreescu (2010a, 210).

Moselle), es obligatoria en Italia, Austria, Polonia y en algunos landers alemanes y cantones suizos, y algunos crucifijos están presentes, sin regulación estatal expresa, en España, Grecia, Irlanda, San Marino y Rumanía. También es claro que no hay un consenso unánime sobre la permisión del uso del velo en las instituciones educativas. Si bien las regulaciones versan sobre diferentes tipos de vestimentas, usuarias y centros públicos, cabe encontrar medidas prohibitivas o ejemplos de restricciones en Francia, Turquía, Alemania, Bélgica, Gran Bretaña y Suiza.

Parece, entonces, que para el TEDH la falta de consenso justifica conceder mayor amplitud al margen estatal. Pero la jurisprudencia del TEDH ha sido ambivalente respecto al papel del consenso europeo en la comprensión del Convenio. Aunque el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado con frecuencia el recurso a la ausencia de consenso o se ha preocupado de la evolución del consenso europeo como elemento importante en su jurisprudencia, ha sido un poco errático en su uso como razón interpretativa. En este sentido, hoy por hoy no queda claro, en primer lugar, qué grado de falta de consenso puede ser determinante para ampliar el margen estatal. ¿Se requiere simplemente que no haya homogeneidad entre los Estados o más bien que no pueda identificarse una tendencia clara y progresiva hacia una determinada respuesta? El TEDH ha sido muy variable en este punto²³. En segundo lugar, tampoco queda claro en qué nivel debe producirse la falta de consenso en una materia para justificar una mayor deferencia. En muchas de las ocasiones en que el TEDH ha utilizado este argumento en conflictos religiosos, a pesar de que en el nivel regulativo general no había homogeneidad entre los estados, sí cabía encontrar un consenso más bien contrario en relación a la medida particular impugnada (ejemplos de ello son los asuntos Şahin c.

²³ Véase Gerards (2011, 109); Spielmann (2012, 18-22); Brauch (2005, 45-147). El argumento de la falta de consenso le ha servido por ejemplo para refrendar las medidas institucionales dirigidas a proteger los sentimientos religiosos mayoritarios frente a la libertad de expresión en Reino Unido, Austria, Irlanda y Turquía, a pesar de que el TEDH ha admitido que hay una clara tendencia europea a eliminar la prohibición de la mera ofensa religiosa. Véanse, especialmente, los asuntos Otto-Preminger-Institut c. Austria (20 de septiembre de 1994), Wingrove c. Reino Unido (25 de noviembre de 1996), Murphy c. Irlanda (10 de junio de 2003) y I.A. c. Turquía (13 de septiembre de 2005).

Tuquía, Dahlab c. Suiza, Valsamis c. Grecia, Köse c. Turquía o Kervanci c. Francia)²⁴. Por último, el estado del consenso en temas socialmente sensibles no parece haber tenido una relevancia estable para el TEDH. No siempre que el TEDH ha otorgado un margen de apreciación amplio se ha preocupado por el nivel de homogeneidad regulativa en Europa ni ha reducido este margen cuando el consenso contrario ha resultado patente²⁵.

Podríamos decir que, en general, el TEDH ha analizado la falta de consenso europeo o la evolución del consenso con miras a favorecer el margen de apreciación estatal y uniéndolo a la asunción, muchas veces automática, de que las autoridades nacionales están mejor situadas que un órgano alejado de la realidad concreta de un país para dirimir conflictos religiosos altamente sensibles²⁶. Como voy a insistir más adelante, esta última vinculación también puede resultar muy problemática. Al mismo tiempo, que el TEDH se resista a imponer el consenso europeo a los Estados disidentes parece sensato en su intento de contentar a los Estados. Imponer el consenso externo no deja de ser un instrumento contramayoritario respecto a la voluntad democrática interna al Estado disidente²⁷.

Los equilibrios del TEDH para poder aplicar la doctrina del margen de apreciación en ámbitos como el de la gestión estatal del pluralismo religioso han conducido a una jurisprudencia con un alto grado de incoherencia axiológica que va en detrimento del

²⁴ También en el asunto Lautsi, como se sostiene en el voto disidente, si lo que nos estamos preguntando es sobre la falta de consenso respecto a la imposición del crucifijo en las escuelas públicas en Europa, los estados que lo imponen son una minoría. En el mismo sentido, véase el voto disidente de la juez Tulkens en el asunto Şahin.

²⁵ Esto ha sido así en materia de aborto, por ejemplo, donde a pesar de admitir la existencia de un consenso contrario, el TEDH ha validado la prohibición estricta de Irlanda amparándola en el sustrato profundamente religioso de ese país. Véase A. B. y C. c. Irlanda (16 de diciembre de 2010). En cambio, la evolución del consenso europeo sobre la posibilidad de objeción de conciencia al servicio militar por motivos religiosos ha contribuido a que la Gran Sala del TEDH (7 de julio de 2011) haya fallado contra Armenia en el asunto Bayatyan, revisando la sentencia de la Sala que lo ignoró favoreciendo el margen de apreciación de Armenia que no preveía esta posibilidad de objeción.

²⁶ Algunos jueces del TEDH han criticado el automatismo con el que muchas veces se ha alegado que el estado está mejor situado. El Juez Rozakis, por ejemplo, ha insistido en que la doctrina del margen de apreciación sólo debería aplicarse cuando los estados estén realmente mejor situados para decidir sobre una situación conflictiva que afecta a los derechos del CEDH, y ello sólo puede dirimirse después de una valoración cuidadosa del caso por parte del TEDH y no de forma automática. Véase su opinión concurrente en Egeland y Hanseid c. Noruega (16 de abril de 2009).

²⁷ Podría incluso darse el caso de que el estado disidente otorgue un estándar más elevado de protección del derecho a la libertad religiosa que el que poseen el resto de estados miembros. Aquí, la imposición del consenso europeo iría en detrimento de la calidad sustantiva en la protección de derechos humanos. Véase, sobre este punto, Arai-Takahashi (2002, 15). Sobre la idea de que la evolución del consenso europeo no tiene por qué conllevar un avance en la protección de los derechos convencionales véase, también, Brauch (2005, 146).

principio convencional de protección efectiva de los derechos individuales²⁸. Es cierto que esta incoherencia axiológica es más fiel a los desacuerdos valorativos existentes entre los Estados que la alternativa de un juicio abstracto de compatibilidad, pero la ambivalencia del Tribunal de Estrasburgo ante el rol que desempeña el consenso desdibuja incluso este efecto legitimador. ¿Debería el TEDH abandonar la doctrina del margen de apreciación?

IV. Dos versiones de la doctrina del margen de apreciación estatal

Para valorar adecuadamente esta doctrina y contestar a la pregunta anterior es importante distinguir dos versiones del margen de apreciación. La primera es una versión que podríamos denominar “voluntarista”. Se centra en el hecho de que el TEDH es un órgano internacional y asume una visión normativa y no meramente temporal o procedimental del principio de subsidiariedad²⁹. Desde esta perspectiva, el Tribunal reconoce que su legitimidad política es meramente derivada y otorga una presunción de partida a favor del Estado, evitando realizar una valoración independiente de compatibilidad entre las medidas impugnadas y el Convenio. Esta presunción sólo se rompe cuando hay razones especialmente fuertes para concluir que el Estado se ha extralimitado en el ejercicio de su autonomía. Desde esta concepción, factores como la falta de consenso europeo o la idea de que el Estado está mejor situado adquieren importancia por razones de legitimidad institucional.

La versión voluntarista del margen (en adelante VVM) es la que cabe encontrar detrás de la oposición pública que recibió Lautsi 2009 por parte de muchos estados del Consejo de Europa y otras instituciones europeas. La opinión de Dominic McGoldrick expresa la

²⁸ Véanse, por ejemplo, los análisis del tratamiento del factor religioso por parte del TEDH en Martínez-Torrón (2012); Solar (2009). Sobre el principio convencional de protección efectiva como un principio central que da sentido al CEDH véase Greer (2003).

²⁹ Una distinción similar entre un concepto estructural y un concepto sustantivo del margen de apreciación puede encontrarse en Letsas (2006, 709-715 y 720-724).

VVM cuando afirma que el TEDH debe poseer una antena política porque “judicial authority ultimately depends on the confidence of citizens and there is no real link between the European judges and the European population. If the Court’s interpretations deeply differ from the convictions of the people, the people (and their governments) will start resisting judicial decisions”³⁰. También la expresa Janneke Gerards cuando afirma que el margen de apreciación es un instrumento atractivo “to negotiate between the court’s task to protect human rights as effectively as possible, and its need to respect national sovereignty and make its judgments acceptable for national authorities”³¹.

La segunda es una versión racionalizada del margen de apreciación estatal. La doctrina del margen se percibe aquí como el resultado de efectuar un balance entre los valores en juego en la protección de derechos convencionales más que una presunción fuerte de partida a favor del Estado. Esta versión racionalizada (en adelante VRM) es por ejemplo la que inspira las cláusulas de acomodación previstas en los artículos 8 a 11 del Convenio y, en general, la que se ajustaría a la dualidad axiológica expresada en el preámbulo de este tratado internacional. Desde esta concepción, el razonamiento del TEDH se centra en examinar si la medida estatal impugnada consigue alcanzar un balance equitativo entre derechos individuales y valores democráticos. Aquí la argumentación del Tribunal no tiene por qué estar mediatizada por consideraciones generales acerca de su legitimidad institucional ni la voluntad estatal tiene por qué adquirir un valor independiente. Su valor será funcional al éxito del Estado en conseguir este equilibrio axiológico inherente a una sociedad democrática. La finalidad de la VRM no es simplemente la justificación de la “deferencia” al Estado sino el reconocimiento equilibrado de los valores democráticos en el seno del CEDH.

³⁰ McGoldrick (2011, 449-501).

³¹ Gerards (2011, 114).

La adopción de una VVM por parte del Tribunal de Estrasburgo, algo habitual en materia de libertad religiosa, es claramente cuestionable porque le ha conducido a renunciar a su rol jurisdiccional más que a consolidar su legitimación institucional frente a los estados³². Una jurisprudencia tan pegada a las coyunturas y particularidades estatales es preocupante porque impide al TEDH articular un marco estable de mínimos constitucionales que defina el umbral donde pueden moverse los Estados en la gestión de su pluralismo religioso interno. El asunto Lautsi y la jurisprudencia sobre el velo reflejan esta dejación de funciones. El giro abrupto de la Gran Sala respecto a Lautsi 2009, su distanciamiento ad hoc del criterio usado en Dahlab y el desplazamiento del objeto de discusión muestran esta ausencia de un modelo constitucional de mínimos que permita valorar el margen que cabe otorgar al Estado italiano sin caer en la mera concesión política. Algo parecido sucede con la jurisprudencia sobre el velo y con la renuencia del Tribunal a involucrarse en un análisis concreto de proporcionalidad entre las medidas prohibitivas y las razones aportadas por los estados. La VVM usada en estos asuntos, dado su déficit de fundamento axiológico, corre el peligro de acabar en un “casi todo vale” para los Estados.

Estos defectos de una VVM ha provocado que algunos comentaristas y jueces de este órgano internacional insistan en que el TEDH debería ir abandonando el recurso a la doctrina del margen de apreciación, doctrina que en su opinión sólo tenía sentido en los inicios de su andadura como forma de asegurar su estabilidad institucional y en un contexto de mayor homogeneidad valorativa entre un número de Estados más reducido³³.

Esta reflexión me parece claramente acertada por lo que se refiere a la VVM. Pero yo diría

³² Sobre estas críticas véanse, especialmente, Brauch (2005, 147-150); Solar (2009, 160-161).

³³ Véanse, por ejemplo, Brauch (2005, 147-150), quien insiste en que el TEDH debe ceñirse a la letra del Convenio; Martínez-Torrón (2003, 17). En este sentido se expresa también el juez De Mayer en su opinión parcialmente disidente en el asunto Z. c. Finlandia (25 de febrero de 1997). Aquí afirma lo siguiente: “I believe that it is high time for the Court to banish that concept from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies. (...) But where human rights are concerned, there is no room for a margin of appreciation which would enable the States to decide what is acceptable and what is not. On that subject the boundary not to be overstepped must be as clear and precise as possible. It is for the Court, not each State individually, to decide that issue, and the Court’s views must apply to everyone within the jurisdiction of each State”.

que la VRM, en cambio, sigue teniendo cabida en la valoración de las restricciones que un derecho convencional como el de libertad religiosa ejerce sobre la autonomía estatal. Ya he indicado que el art. 9.2 refleja la dualidad axiológica del CEDH, que hace razonable afirmar que la aplicación del derecho a la libertad religiosa está sujeta a criterios de proporcionalidad en la persecución de diversas metas sociales, con lo que “interferir” en este derecho no implica automáticamente “violarlo”. ¿En qué medida esta consideración hace entrar en juego una doctrina racionalizada del margen de apreciación?

Para autores como George Letsas, por ejemplo, una VRM sería en realidad superflua. Sólo nos indicaría que el juicio del TEDH debe basarse en un test de proporcionalidad, algo que ya prevén las cláusulas de acomodación del Convenio, disposiciones que serían el ámbito natural de aplicación de esta doctrina³⁴. A diferencia de lo que opina Letsas, creo que una VRM no es redundante respecto a las cláusulas de acomodación porque puede generalizarse como forma de orientar teleológicamente la jurisprudencia del TEDH. Este autor alcanza esta conclusión considerando de la mejor forma de entender los derechos del CEDH es concebirllos como triunfos, comprensión que como el mismo reconoce tiene poco encaje en la normativa convencional³⁵. A su vez, la VRM puede evidenciar que un juicio abstracto de compatibilidad como el que la Sala llevó a cabo en Lautsi 2009 resulta inadecuado o apoyar el rechazo a un escrutinio estricto de proporcionalidad en la interpretación del 9.2. Como explicaré a continuación, tomando siempre como base la libertad religiosa, esta versión favorece valorar el balance efectuado por el Estado desde sus circunstancias políticas, sociales y culturales internas, atender a cómo el Estado

³⁴ Véase, Letsas (2006, 709-715).

³⁵ La visión de los derechos convencionales como triunfos o, en la terminología que adopta Letsas de Waldron, su comprensión desde un modelo “reason-blocking”, obligan a este autor a ser muy restrictivo respecto a las posibilidades de acomodación con otras metas sociales. De ahí que este autor admita que esta visión de los derechos encuentra muy poco apoyo tanto en el texto del CEDH como en la jurisprudencia del TEDH y ofrezca argumentos muy débiles para justificar que este modelo podría dar cuenta de cláusulas de acomodación como la del art. 9.2, que incluye intereses colectivos que, desde este concepto de los derechos serían un caso claro de preferencias externas de carácter colectivo que no pueden ser balanceadas con derechos individuales (las consideraciones de moralidad pública, por ejemplo). Letsas (2006, 717, 719-720 y 731-732).

gestiona en conjunto su pluralismo religioso interno y apreciar la importancia del pluralismo externo a nivel europeo. Por último, y aunque no desarrollaré este punto, la VRM sería especialmente aplicable a los conflictos entre derechos e intereses colectivos, con lo que quedaría abierta la cuestión de si es también aplicable a los conflictos entre derechos convencionales³⁶.

V. La dinámica de una versión racionalizada del margen de apreciación estatal

La VRM podría funcionar como recurso interpretativo general del TEDH en materia de libertad religiosa bajo ciertas premisas previas que marcan la función del Tribunal. Por una parte, debemos asumir que la finalidad del CEDH, en tanto instrumento coadyuvante para el afianzamiento de la democracia en la región, es consolidar un umbral “mínimo” de calidad formal y sustantiva en la protección de derechos en el seno del Consejo de Europa. Sin embargo, como observa Michael Hutchinson, ello no implica que la labor del TEDH consista en concretar, según su criterio, cuál es este umbral mínimo de protección universal a través de sus decisiones particulares. En ese caso no sería necesario efectuar ningún tipo de balance con otras consideraciones y la ponderación efectuada por el Estado no adquiriría realmente ninguna trascendencia; el TEDH se encargaría de decidir cuál es este mínimo y el resto quedaría en manos de las autoridades nacionales. El problema sigue siendo que este mínimo no se determina en abstracto. En consecuencia, tendrá cierto grado de movilidad y sus contornos seguirán dependiendo de un equilibrio entre democracia y derechos³⁷.

³⁶ Sobre las razones por las que una doctrina del margen de apreciación no resultaría claramente aplicable a los conflictos entre derechos convencionales véase, por ejemplo, Greer (2003, 431 y 432).

³⁷ Véase Hutchinson (1999, 642-644). También Brems (2009, 358-359).

Por otra parte, afirmaba al inicio del trabajo que debemos tener en cuenta que la lógica dual del Convenio hace difícil defender una caracterización jurídica del derecho a la libertad religiosa como triunfo o como *side constraint*. De nuevo, esta visión resulta demasiado restrictiva para pensar en derechos jurídicos protegibles judicialmente que puedan entrar en competición directa con razones de interés público. Se ha observado que resulta algo paradójico que una estructura internacional específicamente diseñada para la protección de derechos básicos, que como tales se espera que establezcan los límites al interés colectivo de los Estados, de tantas facilidades para su restricción por estas mismas consideraciones de interés colectivo³⁸. Obviamente no es fácil escapar a esta paradoja general del constitucionalismo a nivel internacional. Pero para dar cuenta de la lógica de funcionamiento del Convenio necesitamos asumir alguna concepción más débil de los derechos convencionales, que pueda tener valor crítico sin acabar desdibujando este instrumento internacional.

Desde estas dos premisas, la VRM atribuye al TEDH la función de supervisar el equilibrio axiológico interno de los Estados frente a las demandas de protección de derechos por parte de sus ciudadanos. Pero su función es también sistémica. El TEDH tiene la labor de consolidar una estructura jurídica de protección de derechos en Europa que pueda constituir una guía general de actuación para los Estados. ¿Qué elementos o variables deberían estar presentes en la implementación de esta versión del margen de apreciación en el razonamiento del TEDH para llevar a cabo estas funciones?

Un elemento básico en la valoración de una medida estatal restrictiva de derechos ponderables es el uso del principio de proporcionalidad. Ya he comentado que en materia religiosa es muy frecuente que el TEDH minimice su examen de proporcionalidad y recurra a la VVM. Ello le permite deferir al criterio estatal en la determinación de cuándo

³⁸ McHarg (1999, 672).

una restricción a la libertad religiosa es necesaria dentro de una sociedad democrática³⁹. Son muchos los que reclaman que el TEDH debe aplicar un test más estricto de proporcionalidad que actúe como límite a la discreción del Estado. Pero la cuestión es cómo debería ser este escrutinio de proporcionalidad desde una VRM que se tome en serio la dualidad axiológica del CEDH.

Una vez constatamos que una medida restrictiva de derechos persigue un fin legítimo, el análisis de proporcionalidad se suele concebir como el examen de tres cuestiones: 1) si la medida es “idónea” para alcanzar el fin, 2) si es “necesaria” para obtener ese fin (si había otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el fin con la misma eficacia) y 3) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si es equilibrada respecto al grado de afectación del derecho y el grado de satisfacción del interés colectivo que se persigue. Este test, denominado habitualmente test alemán de proporcionalidad, es usado por muchos Tribunales Constitucionales y también, con mayor o menor profundidad, por el Tribunal de Justicia de la UE⁴⁰. Pero el TEDH no se ha involucrado en un examen tan estructurado para entender las exigencias convencionales del principio de proporcionalidad. Cuando ha mencionado este principio en el momento de juzgar si la medida estatal restrictiva de derechos era “necesaria en una sociedad democrática”, su razonamiento ha girado en torno a cuestiones como la de si hay una necesidad social imperiosa (*pressing social need*), si la restricción al derecho ha sido la mínima posible en atención a las alternativas disponibles para el estado y si se ha alcanzado un balance equitativo (*fair balance*) entre el fin legítimo

³⁹ Sobre esta minimización del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH sobre el velo islámico, véase Martínez-Torrón (2012, 18-19).

⁴⁰ Para la dinámica del examen de proporcionalidad véanse, en general, Alexy (1993, 111-115); González Beilfuss (2003); Klatt y Miester (2012, cap. 1); Barak (2012, 243-420).

y el derecho ⁴¹. Estas cuestiones, sin embargo, no han sido valoradas conjunta o consecutivamente por parte del Tribunal de Estrasburgo.

Sin cuestionar ahora esta visión algo difusa del principio de proporcionalidad, la primera pretensión de una VRM, a diferencia de lo que suscribiría una VVM, es que el TEDH se embarque efectivamente en una valoración de proporcionalidad de la medida impugnada. Esto supone un paso importante en la protección efectiva de los derechos convencionales frente a la voluntad estatal. Ahora bien, dado que sigue siendo una doctrina del margen de apreciación, la versión que defiende asume que en el examen de proporcionalidad es necesario balancear tanto razones de primer orden como razones de segundo orden para la acción ⁴². Así, en el momento de resolver un eventual conflicto entre derechos convencionales e intereses colectivos cabe utilizar, junto a las razones de primer orden, algunas razones de segundo orden que otorgan a los estados y a las consideraciones democráticas cierto protagonismo. Estas razones de segundo orden, que podrían carecer de peso si rechazáramos frontalmente cualquier doctrina del margen de apreciación en el marco del CEDH, serían relevantes al analizar tanto el nivel tolerable de restricción como las alternativas disponibles para el estado.

En primer lugar, resulta razonable que en el examen de proporcionalidad el Tribunal tenga presente el marco general de protección que el estado ofrece al derecho individual que ha restringido. Esta consideración adquiere trascendencia cuando asumimos que la protección de derechos convencionales es fruto de una división del trabajo entre los estados y el

⁴¹ En el asunto *Handyside c. Reino Unido*, pár. 48, el TEDH interpreta la idea de “necesaria para una sociedad democrática” no en el sentido de indispensable o absolutamente necesaria, sino utilizando la terminología “pressing social need”. También asume que le corresponde al estado, en aplicación de la doctrina del margen de apreciación, la valoración inicial de esta necesidad social imperiosa. Como observa Greer, la exigencia de que haya una necesidad social imperiosa permite otorgar prioridad a los derechos frente a las finalidades colectivas porque impone al estado la carga de probar esa necesidad imperiosa. Greer (2003, 409 y 428). Sobre el principio de proporcionalidad y el resto de cuestiones que se valoran en el razonamiento del TEDH véanse, también, Arai-Takahashi (2002, 15 y 99-100); Spielmann (2012, 22), Legg (2012, cap. 7).

⁴² Sobre la importancia de las razones de segundo orden en la valoración del margen de apreciación estatal véase, especialmente, la reciente aportación de Legg (2012).

TEDH. Si en términos globales el Estado facilita un acceso seguro y equitativo a este derecho, en algunos casos donde la restricción al derecho no sea muy intensa, podría entrar en juego una “teoría de la neutralización” como la que la Gran Sala usó en Lautsi 2011. Cuando por contra este nivel general de protección es bajo, el TEDH tiene razones para ser más riguroso con el estado en su juicio concreto de proporcionalidad. Esta última situación le exigirá ejercer su rol de garante de la protección efectiva de los derechos convencionales y tendrá que suplir, desde su ámbito de competencia jurisdiccional, la inacción del estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales. El resumen de esta idea es que a medida que las autoridades nacionales vayan mostrando un mayor nivel de protección general del derecho en cuestión su criterio se vuelve más confiable.

En segundo lugar, el TEDH también puede recurrir en el examen de proporcionalidad a lo que suele denominarse “método comparativo”, prestando atención a cómo actúan otros países europeos para analizar si se ha utilizado la mínima coerción posible y si otras alternativas menos gravosas eran viables⁴³. Dado que el CEDH surge para mejorar en conjunto el nivel de protección de derechos en Europa, una razón para poner en duda que el estado denunciado careciera de otra alternativa menos restrictiva es constatar que otros estados, en situaciones equiparables, han conseguido la misma finalidad social con medidas diferentes que no han implicado esa restricción del derecho.

En tercer lugar, el estado del consenso europeo en una determinada materia también puede ser relevante para relajar el juicio de proporcionalidad, aunque por razones distintas a las que ofrecería la VVM. Esta relevancia estará condicionada a la presencia de un vínculo entre la formación de consensos y la dinámica de un progreso paulatino en el sistema general de protección de derechos humanos en Europa. Así, sería funcional a la lógica de una interpretación evolutiva del CEDH, otro recurso interpretativo primordial en la

⁴³ Véase Arai-Takahashi (2002, 15).

jurisprudencia del TEDH⁴⁴. Atender a la falta de consenso para ampliar la libertad del estado resultaría en cambio cuestionable si ello acaba redundando en una paulatina disminución del estándar de protección en la región.

El estado del consenso europeo debe ser tenido en cuenta en la medida en que pueda reflejar una línea de mejora en el objetivo de incrementar la calidad de los sistemas democráticos en el seno del Consejo de Europa y, al mismo tiempo, rebajar el efecto “sorpresa” que una interpretación evolutiva desvinculada del “estado de la cuestión” en Europa podría provocar. De este modo, la importancia del consenso existente depende de un equilibrio entre seguridad jurídica y contenido, buscando un ajuste mutuo que vaya favoreciendo la consolidación de derechos. Si este ajuste mutuo no se produce, algo que corresponde valorar al TEDH, la falta de consenso debería carecer de relevancia interpretativa porque sólo reflejaría el uso de la VVM. Al mismo tiempo, las razones de legitimidad institucional y las consideraciones democráticas tampoco son suficientes para justificar la imposición de un consenso europeo a un estado disidente porque, como he indicado antes, imponer un consenso externo al estado disidente tiene un efecto contramayoritario en relación con la voluntad democrática expresada por ese estado⁴⁵.

En cuarto lugar, la cuestión de si el Estado está realmente mejor situado para decidir también puede ser clave para orientar el juicio de proporcionalidad. Si después de considerarlo detenidamente, el TEDH percibe que una situación conflictiva no puede ser resuelta de manera adecuada sin un conocimiento profundo de las circunstancias de vida de una sociedad concreta, tiene una razón fuerte para efectuar un escrutinio menos estricto del

⁴⁴ Sobre la relación entre interpretación evolutiva y consenso europeo véase Dzehtsiarou (2011).

⁴⁵ Ya he apuntado que ese estado podría incluso poseer un estándar más elevado de protección del derecho que el del resto de estados. Para una visión más crítica del uso del consenso como elemento relevante en la comprensión del CEDH, véase Letsas (2004, 204-305). En contraste, una defensa de que el TEDH debe atenerse generalmente a los consensos puede encontrarse en Hutchinson (1999, 648-649).

balance axiológico emprendido por el estado⁴⁶. Aun así, y centrándonos en la libertad religiosa, esta razón adquiere fuerza sólo cuando la imparcialidad del Estado frente a la religión no se haya visto comprometida. En aquellos casos en los que el Estado tiende a privilegiar la religión mayoritaria o cede ante la presión de la confesión con mayor arraigo, no parece razonable afirmar que el Estado siga estando mejor situado que un órgano externo para resolver la conflictividad interna que este falta de imparcialidad pueda comportar⁴⁷. Lo mismo cabría afirmar cuando la medida restrictiva a la libertad religiosa proviene de un estado confesional o semi-confesional. Cuando el propio estado aboga por una asimetría entre las diversas religiones practicadas por sus ciudadanos y esta asimetría ha sido refrendada por sus tribunales internos no parece plausible afirmar que las autoridades nacionales están mejor situadas que un órgano internacional para fiscalizar la gestión de su pluralismo religioso interno. El mismo razonamiento puede ser aplicado respecto al estado que ha optado ideológicamente por un laicismo militante o activo. Un estado que aboga por una secularización estricta de todo el espacio público tampoco puede ser percibido como un garante imparcial del derecho a la libertad religiosa.

En todos estos casos, el TEDH debería ser más estricto en su test de proporcionalidad porque adquiere la función de velar por la neutralidad del estado frente al hecho religioso. Esta conclusión viene amparada por la propia visión del TEDH sobre el rol que corresponde al estado en la gestión de su pluralismo religioso interno. De un lado, el TEDH ha resaltado el vínculo entre la libertad religiosa y la democracia, remarcando el papel de este derecho para asegurar el pluralismo inherente a una sociedad democrática⁴⁸.

⁴⁶ Algunos jueces del TEDH, por ejemplo, Rozakis y Spielmann, consideran que el hecho de que un estado esté “realmente” mejor situado que un órgano internacional para decidir sobre una cuestión es el principal motivo para justificar un margen de apreciación estatal, especialmente cuando los tribunales nacionales se han pronunciado sobre este balance.

⁴⁷ Como observa Mancini (2010, 25), en estos casos si el TEDH otorga un amplio margen de apreciación está en realidad teniendo también un rol contramayoritario, ya que este órgano fue creado desde el consenso de los estados para corregir las deficiencias de la democracia mayoritarista.

⁴⁸ Por ejemplo, asuntos Kokkinakis c. Grecia (25 de mayo de 1993), pág. 31; Manoussakis y otros c. Grecia (29 de agosto de 1996), pág. 44; Serif c. Grecia (14 de diciembre de 1999), pág. 49.

De otro lado, el TEDH ha insistido en que la responsabilidad del Estado es asegurar, neutral e imparcialmente, el ejercicio de las diferentes religiones y creencias, así como contribuir a mantener el orden público, la armonía religiosa y la tolerancia, especialmente cuando hay grupos en oposición⁴⁹. En este sentido, la idea de que el estado está mejor situado sólo adquiere fuerza si su posición institucional y prácticas previas le permiten ejercer confiablemente esta responsabilidad.

Por último, para que la VRM constituya un buen recurso hermenéutico en el equilibrio entre democracia y derechos, el TEDH debe ser coherente en su utilización y ofrecer pautas generalizables que puedan servir de guía a los Estados y a sus ciudadanos. Ciertamente, el examen de proporcionalidad requiere tomar en consideración el contexto social, jurídico y político de la medida impugnada. Por esta razón, el Tribunal no puede limitarse a efectuar un análisis abstracto de compatibilidad entre el derecho individual y la disposición nacional. Pero también forma parte de la función del Tribunal moldear a través de sus fallos un marco general de comprensión de cada uno de los derechos convencionales. Siguiendo la terminología de Greer, podríamos distinguir dos formas de balance axiológico: a) un balance “ad hoc”, donde la ponderación está plenamente centrada en el caso particular, y b) un balance “estructurado”, donde la ponderación particular entre derechos e intereses públicos está mediatizada por la pretensión de asentar una doctrina general sobre estándares de protección de derechos en Europa⁵⁰.

Este balance estructurado es lo muchas veces reclaman del TEDH, no sólo por simples razones de racionalidad discursiva, sino por la propia finalidad del CEDH de obtener una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa a través de una concepción y respeto comunes de los derechos humanos. Quienes recelan de que un órgano

⁴⁹ Asuntos Lautsi c. Italia (18 de marzo de 2011, GS), pár. 60; Şahin c. Turquía (10 de noviembre de 2005, GS), pár. 107.

⁵⁰ Greer (2003, 413).

internacional pueda tener la última palabra en materia de derechos, incluso cuando sus sentencias no posean el mismo valor jurídico que las de los tribunales internos, pueden percibir como una virtud que el TEDH se limite a buscar soluciones particulares razonables, desde lógica del caso a caso, más que preocuparse por sentar doctrinas generales. Pero ello acaba erosionando su propia función jurisdiccional de intérprete del Convenio porque le acercan a un simple órgano de arbitraje. El TEDH sólo puede mantener su legitimidad en tanto institución judicial consolidada si la producción de doctrina es tan importante como la producción de resultados particulares⁵¹. En este sentido, su rol es tener un ojo puesto en la cuestión material de equilibrar derechos individuales y valores democráticos en cada supuesto particular y otro ojo puesto en la cuestión estructural de ofrecer respuestas generalizables y estables a nivel europeo. De ahí que la jurisprudencia del TEDH en materia religiosa haya recibido tantas críticas por su incoherencia axiológica, su variabilidad de un asunto a otro y su déficit de predictibilidad⁵².

A diferencia de la VVM, que está abocada a un particularismo irrestricto, la VRM que he defendido tiene la capacidad de ofrecer estos estándares de protección más generalizables y estables que, al mismo tiempo, atiendan al dualismo axiológico del CEDH. Su adopción por parte del Tribunal de Estrasburgo le dirigiría a valorar las medidas estatales que se impugnan desde parámetros equiparables y con miras a ir construyendo un marco constitucional de mínimos en la protección de derechos en Europa. Este marco, además de ir conformando una teoría acerca del valor y propósito específico de cada derecho, debería ser lo suficientemente comprensivo como para dar cabida a una pluralidad de finalidades sociales legítimas sin dejar de preservar una mínima calidad sustantiva en los estándares de protección. El resto del trabajo en la cobertura institucional de los derechos en el seno de

⁵¹ En esta línea véase McHarg (1999, 696).

⁵² Sobre estas críticas, véanse, especialmente, Brauch (2005, 125-147); Kratochvíl (2011, 343 y 351-352).

Consejo de Europa, así como la decisión sobre cuál es el estándar óptimo de protección más allá de este umbral, ya es una cuestión interna a cada Estado.

VI. Los asuntos Lautsi y Şahin desde la versión racionalizada del margen de apreciación

Una vez explorada la dinámica de la VRM mi sugerencia es utilizarla, aunque sea brevemente por motivos de espacio, para mostrar por qué la lógica deferente que el TEDH empleó en los asuntos Lautsi y Şahin no resulta jurídicamente razonable.

En el asunto Lautsi se produce una afectación al foro interno de la libertad religiosa en aras de preservar una tradición cultural de origen religioso. Aunque la posibilidad de este tipo de afectación carece de apoyo textual en el Convenio, no se trata de una restricción especialmente intensa ya que, ciertamente, el efecto adoctrinador de un crucifijo no es nada obvio si lo comparamos con la imposición de una práctica o actividad religiosa. Parece sensato asumir que el carácter activo o pasivo de un símbolo religioso depende en gran medida de su contexto particular de uso. Pero la cuestión es si en este asunto hay suficientes razones para apoyar la deferencia al estado en su opción de imponer el crucifijo en las aulas de las escuelas públicas. Utilizando los parámetros anteriores, el argumento de la falta consenso no sería un buen apoyo para esta deferencia. Aunque no hay consenso regulativo en Europa respecto a la simbología religiosa, la imposición del crucifijo es más bien excepcional ya que sólo se produce en una minoría de países europeos. Esto disminuye la fuerza de las razones de seguridad jurídica que podrían favorecer al estado italiano. Además, la falta de homogeneidad regulativa respecto al crucifijo es debida a la presencia de diversos modelos y tradiciones de relación estado-iglesia en Europa más que a la existencia de un genuino pluralismo valorativo en torno a los límites del derecho a la libertad religiosa individual. De este modo, esta ausencia de homogeneidad debería jugar

un papel menor dentro de la lógica de una consolidación paulatina del derecho a la libertad religiosa en la región.

También cabe dudar de que un estado cuyas tradiciones culturales privilegian la simbología de una determinada confesión religiosa en detrimento de los no creyentes u otras minorías religiosas esté realmente mejor situado para resolver de forma imparcial los conflictos que el uso institucional de esta simbología ha generado. En este sentido, ni el argumento de la falta de consenso ni la idea de la mejor situación del estado justificarían en este caso otorgar una deferencia amplia, teniendo en cuenta, asimismo, que la normativa italiana tiene un pedigree democrático débil al provenir principalmente de reglamentaciones de los años veinte, del período fascista, carecer de confirmación parlamentaria y no haber sido valorada por el Tribunal Constitucional italiano⁵³.

A partir de aquí cabe preguntarse si el estado italiano ha utilizado el mecanismo menos restrictivo posible en su afectación al foro interno de la libertad religiosa para mantener sus tradiciones culturales. Como el TEDH ha reconocido acertadamente, mantener las tradiciones culturales es algo que forma parte de los fines legítimos de un Estado democrático⁵⁴. Pero la cuestión es si el Estado italiano no disponía de otras alternativas menos gravosas que no impliquen renunciar a este objetivo y si ha utilizado la mínima coerción posible. Utilizando el método comparativo, parece falso que no haya otras alternativas para mantener la tradición cultural del crucifijo en Italia. De hecho, ya he comentado que en España, Grecia, Irlanda, San Marino y Rumanía, que no poseen una regulación expresa, este tipo de simbología sigue estando presente en algunas escuelas públicas. La imposición normativa no resulta entonces necesaria (o al menos el estado italiano no ha probado esa necesidad en su coyuntura social). La imposición normativa

⁵³ Véase, a este respecto, el voto disidente a Lautsi 2011, pár. 1. Curiosamente, dado que este asunto no fue analizado siguiendo los pasos de la cláusula de acomodación del art. 9.2, el TEDH se ahorró de tener que valorar si la medida estaba prevista por un Derecho de mínima calidad.

⁵⁴ Asunto Lautsi c. Italia, pár. 68.

tampoco es seguramente el mejor medio para mantener las tradiciones culturales de una sociedad democrática. La persistencia de las tradiciones está vinculada a muchos factores entrelazados y, en gran parte, depende de su arraigo popular y de la existencia de un sustrato social basado en la tolerancia y el respeto mutuos. Dado que hay otras opciones menos gravosas y coercitivas, la desproporción de una medida que afecta al foro interno no puede compensarse por una apertura al pluralismo religioso en otras esferas educativas, con lo que una teoría de la neutralización adquiere poca fuerza en este caso. Lo que realmente está en juego, entonces, es la voluntad del Estado italiano expresada en el recurso a Lautsi 2009, algo que, como he comentado más arriba, no tiene valor por sí mismo desde una versión racionalizada del margen de apreciación⁵⁵.

En lo que atañe al asunto Şahin diría que estamos ante una restricción más intensa, en este caso al foro externo de la libertad religiosa, derecho que según el art. 9.2 es ponderable con otras consideraciones sociales. La cuestión vuelve a ser aquí si tenemos razones para otorgar deferencia al criterio estatal. En contraste con lo que sucede en Italia respecto a la exhibición del crucifijo, las prohibiciones del uso del velo islámico en Turquía están apoyadas en el principio constitucional del laicismo de estado y esta opción regulativa tiene el refrendo de su Tribunal Constitucional. Pero las razones para la deferencia estatal en el caso de la restricción del velo en la universidad son todavía más débiles que en el asunto Lautsi. Por lo que respecta al consenso europeo, en prácticamente ningún estado miembro del Consejo de Europa se impide el uso del velo en los centros universitarios y es razonable afirmar que atender a ese consenso contrario favorece la protección del derecho a la libertad religiosa en la región. Es más, me atrevería a indicar que la tendencia prohibitiva que está avanzando en algunos países europeos ha sido incentivada, al menos

⁵⁵ Ello no implica que la única opción compatible con el CEDH sea la prohibición de exhibir el crucifijo en las escuelas públicas. Aunque por cuestiones de espacio no podré desarrollarlo aquí, la VRM también permitiría mostrar que el análisis abstracto de compatibilidad efectuado por la Sala del TEDH en Lautsi 2009 es deficiente porque hay razones para defender la compatibilidad convencional de otras opciones regulativas o de soluciones contextuales a la polémica del crucifijo en las aulas.

en parte, por la gran deferencia que el TEDH ha mostrado con estas restricciones a la libertad religiosa iniciadas en Francia y Turquía.

El argumento de que el estado está mejor situado para decidir sobre la conveniencia de limitar el uso del velo en la universidad tampoco es un buen aliado para justificar la deferencia al estado turco. Como observaba anteriormente, el laicismo de estado es una opción política legítima pero no imparcial frente al pluralismo religioso en una sociedad democrática. Ante esta opción política, igual que ante la opción institucional por el estado confesional, el TEDH adquiere un rol cualificado de vigilancia para impedir que este modelo de relación estado-religión vaya en detrimento del cumplimiento de los compromisos internacionales del estado en el respeto a los derechos convencionales. Al mismo tiempo, esta opción por el laicismo activo viene habitualmente acompañada por un estándar bajo de protección general de la libertad de manifestación religiosa en el espacio público, con lo que hay pocos argumentos para confiar sin más en el criterio estatal. La forma de llevar a cabo esta supervisión es efectuar un test estricto de proporcionalidad o, al menos, entrar en una valoración detallada de proporcionalidad.

En este examen de proporcionalidad, el TEDH debería haber comprobado de forma pormenorizada si las razones generales aportadas por el estado turco para prohibir el velo en la universidad son convincentes. Por una parte, la presencia de un principio constitucional de laicidad no es determinante ni resulta suficiente ya que, usando el método comparativo, incluso en Francia, que también acoge este modelo estatal, el laicismo se sigue manteniendo sin esta restricción a la libertad religiosa en los centros universitarios. En este sentido, el estado no ha mostrado que careciera de otra alternativa menos coercitiva para obtener sus finalidades legítimas con la misma eficacia.

Algo parecido sucede con el resto de argumentos generales que aportó Turquía. Como observa acertadamente la juez Tulkens en su voto disidente en este asunto, el estado no mostró en ningún momento que el uso del velo por parte de una persona adulta como Leyla Şahin fuera forzado o la subordinara como mujer. Tampoco había ningún indicio de que Şahin hubiera vestido esta prenda con alguna finalidad de presión política extremista y que su uso por parte de esta estudiante hubiera generado alteraciones del orden público o pretendido influir en el resto de estudiantes o limitar alguno de sus derechos. En suma, y dejado ahora al margen otras cuestiones de interés, la resistencia del TEDH a entrar a valorar estos argumentos en el caso concreto supone una dejación de funciones jurisdiccionales en la protección del derecho humano a la libertad religiosa de la recurrente y sólo es explicable desde una VVM.

Mi objetivo en este trabajo ha sido mostrar que si el TEDH hubiera adoptado una VRM en su jurisprudencia en torno a la simbología religiosa en el contexto educativo, habría ejercido de forma más satisfactoria su rol jurisdiccional dentro de la lógica dual del CEDH. Ello además le hubiera permitido ir construyendo un marco más estable y coherente de mínimos constitucionales en torno a las exigencias de este derecho convencional. Es cierto, volviendo a mis palabras iniciales, que la interpretación y aplicación de Convenios Internacionales de Derechos Humanos es una actividad especialmente delicada y que el TEDH es una institución que tiene la difícil tarea de proteger derechos moviéndose entre aguas valorativas revueltas y presiones políticas del más alto nivel⁵⁶. Ésta es una labor judicial ardua que para un juez nacional supondría una erosión importante de su independencia jurisdiccional. Pero la concesión política permanente a los Estados en conflictos religiosos altamente sensibles no conseguirá a la larga que el Tribunal de

⁵⁶ El revuelo político e institucional sin precedentes dentro del sistema europeo de protección de derechos humanos que provocó la sentencia de 2009 de la Sala del TEDH en el asunto Lautsi es una buena muestra de ello. Sobre las respuestas políticas y jurídicas que generó véase, especialmente, McGoldrick (2011, 470-475).

Estrasburgo mantenga su “auctoritas” institucional en Europa porque cuando alguien te da casi siempre la razón, incluso cuando no debería, acabas pensando que sólo son tus razones las que importan.

BIBLIOGRAFIA

- Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (trad. E. Garzón Valdés).
- Andreescu, G. y Andreescu, L. (2010a), “Taking Back Lautsi: Towards a ‘Theory of Neutralisation’?”, *Religion and Human Rights*, 6, pp. 207-212.
- Andreescu, G., y Andreescu, L. (2010b), “The European Court of Human Rights’ Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences”, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, v. 9, n. 26, pp. 47-74.
- Arai-Takahashi, Y. (2002), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersetia, Oxford.
- Barak, A. (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Brauch, J. (2005), “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, v. 11, pp. 113-150.
- Brems, E. (2009), “Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives”, *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 3, pp. 349-372.
- Dzehtsiarou, K. (2011), “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, v. 12, n. 10, pp. 1730-1745.
- Evans, C. (2001), *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- Gerards, J. (2011), “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, v. 17, n. 1, pp. 80-120.
- González Beilfuss, M. (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Aranzadi, Madrid.
- Greer, S. (2003), “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, pp. 405-433.

- Hutchinson, M. (1999), "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 3, pp. 638-650.
- Klatt, M. y Meister, M. (2012), *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford.
- Kratochvíl, J. (2011), "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Humans Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 29, n. 3, pp. 324-357.
- Krisch, N. (2010), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Kumm, M. (2004), "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice", *I-CON*, v. 2, n. 3, pp. 574-596.
- Kumm, M. (2007), "What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", en S. Paulsen, G. Pavlakos (eds.), *Law, Rights, and Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford.
- Legg, A., (2012), *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford.
- Letsas, G. (2004), "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, v. 15, n. 2, pp. 279-305.
- Letsas, G. (2006), "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 705-732.
- Mahoney, P. (1998), "Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?" *Human Rights Law Journal*, v. 19, especial issue.
- Mancini, S. (2010), "The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty", *European Constitutional Law Review*, v. 6, pp. 6-27.
- Martínez-Torrón, J. (2003), "Los límites de la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *RGDCDEE*, n. 2.
- Martínez-Torrón, J. (2012), "The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law", *Oxford Journal of Law and Religion*, (Advance Access), pp. 1-25.
- McGoldrick, D. (2011), "Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?", *Human Rights Law Review*, v. 11, n. 3, pp. 451-502.
- McHarg, A. (1999), "Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *The Modern Law Review*, v. 62, pp. 671-696.

- Nussbaum, M. (1997), "Capabilities and Human Rights" *Fordham Law Review*, v. 66, pp. 273-300.
- Panara, C (2011). "Another Defeat for the Principle of Secularism: Recent Developments on the Display of the Crucifix in Italian Courtrooms", *Religion and Human Rights*, v. 6, n. 3, 259-265.
- Raz, J. (1984), "On the Nature of Rights", *Mind*, v. 93, n. 370, pp. 194-214.
- Raz, J. (2007), "Human Rights Without Foundations", *Oxford Legal Studies Research Papers*, n. 14, pp. 1-20.
- Raz, J. (2010), "Human Rights in the Emerging World Order", *Transnational Legal Theory*, n. 1, pp. 31-47.
- Sen, A. (2004), "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, n. 4, pp. 315-356.
- Solar, J.I. (2009), "Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derechos y libertades*, n. 20, pp. 117-161.
- Spielmann, D. (2012), "Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", CELS Working Paper Series, Febrero.
- Zuca, L. (2103), "Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Gran Chamber", *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 218-229.