

LA COMPLEJIDAD CULTURAL A LA LUZ DE ALGUNOS FALLOS DE LA CORTE EUROPEA *

SUSANA ALBANESE **

Germán José Bidart Campos desarrolló una intensa y ejemplar actividad como docente universitario, como profesional del derecho, como director del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, como escritor, como poeta, que le han valido reconocimientos desde diferentes ámbitos académicos. Prudencia, coraje, inteligencia constituyen cualidades que no le fueron ajenas. Humildad, tolerancia y ecuanimidad son otras virtudes que lo caracterizaban. Un maestro que conjugó la solidez científica de experto con la generosidad innata de los grandes. Con enorme pesar sentimos el arrebato de una vida ávida de conocimiento, de un ser humano extraordinario, de una persona excelsa.

El tema que constituyó el motivo de la postrera llamada telefónica que recibí de su parte en el mes de agosto de 2004 estaba vinculado con su preocupación por las restricciones a la libertad de religión a través del dictado de normas, sobre todo en Europa, que prohibían en las escuelas públicas el uso de símbolos religiosos como el velo islámico, el kipá judío o la cruz cristiana.

Y se preguntaba si “la libertad religiosa” obligaba a ocultar la religión de pertenencia.

En esa oportunidad, me pidió que reuniera algunos casos de la Corte Europea para presentar sucintamente el tema. Y así lo hice¹. El resultado de su solicitud es la

* Nota de la autora: Quiero agradecer a los organizadores de las Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico en homenaje al prestigioso constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, a las Cátedras A y E de Introducción al Derecho; a la Cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario por haberme permitido participar en el Panel de Filosofía del Derecho Público II y de los Derechos Humanos realizadas en Rosario –marzo/abril 2005–.

** Profesora titular consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Parte de la complejidad del tema a través de fallos de la Corte Europea, perfilada en las Jornadas realizadas en Rosario, la hemos volcado en un trabajo donde precisamos la dificultad para identificar los orígenes de los desencuentros socio-culturales y aseveramos que por esa misma complejidad los temas proyectados exceden excusablemente el accionar de los jueces –Jurisprudencia Argentina, 26 de abril de 2006–; asimismo, organizamos una Jornada desde la Cátedra de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, UBA, el 19 de septiembre de 2006. Debido al espacio otorgado en

presente exposición, casos vinculados con la libertad de religión, de creencias y de expresión.

1. Caso Manoussakis c. Grecia, 26 de agosto de 1996

Los hechos dan cuenta de las peticiones presentadas por cuatro ciudadanos pertenecientes a Testigos de Jehová, domiciliados en Creta quienes alquilaron una sala que podía ser utilizada para todo tipo de reunión, casamientos, etc. en las que se solicitaba al Ministerio de Educación y Culto la autorización para destinarla como “Casa de oración”². En cinco oportunidades en el transcurso de un año el Ministerio a cargo de otorgar la autorización informó que no estaba en condiciones de tomar ninguna decisión porque no se habían recibido las informaciones necesarias por parte de otros sectores competentes.

La Corte de Casación recuerda la norma constitucional que indica que la religión dominante en Grecia es la Ortodoxa oriental de Cristo. La Iglesia reconoce por Guía a Nuestro Señor Jesús Cristo y está indisolublemente unida, en cuanto al dogma, a la Gran Iglesia de Constantinopla y a toda otra Iglesia Cristiana de la misma fe, observando inmutablemente, como las otras Iglesias, los santos cánones apostólicos y sinódicos así como las santas tradiciones. Señala, asimismo, reiterando los términos del tribunal de apelación, que la Casa de oración constituye “un templo pequeño destinado a servir como lugar de adoración a Dios para un círculo restringido de hombres, por oposición a un edificio público consagrado al templo de Dios para todos los hombres sin distinción...”.

Frente al agotamiento de los recursos internos, los peticionarios se presentaron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la violación a una serie de disposiciones convencionales de las cuales la Comisión sólo admitió la vinculada con la libertad de religión –artículo 9– para llevar adelante la denuncia planteada.

Elevado el caso a la Corte Europea, este tribunal rechaza las excepciones opuestas por Grecia y pasa a tratar el fondo, la violación a la libertad de religión.

Analiza el tribunal, siguiendo los elementos que el texto de la norma permite

esta oportunidad trataremos de abreviar las citas y reducir el número de casos presentados oportunamente.

2 A pesar del tiempo transcurrido –1996/2008– en la actualidad la Corte Europea continúa recibiendo denuncias sobre temas similares. Ver al respecto el Caso Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros c. Austria, sentencia de 31 de julio de 2008, la Corte consideró violados la libertad de religión y la prohibición de discriminación (arts. 9 y 14 respectivamente de la Convención Europea sobre Derechos Humanos) porque las autoridades austríacas demoraron 20 años para otorgar a Testigos de Jehová la personalidad jurídica y por dispensar un trato diferente con respecto a otras comunidades religiosas.

analizar cuando se trata de una limitación a un derecho convencional, la existencia de una ley, el motivo legítimo que pudo tener el Estado para su dictado, en el caso, el “orden público” y, finalmente, se detiene a encauzar el alcance de la limitación en el contexto de “una sociedad democrática”.

Dice el tribunal: “La Corte observa que la ley interna permite una ingerencia profunda de las autoridades políticas, administrativas y eclesiásticas en el ejercicio de la libertad religiosa. A las numerosas condiciones de formas prescriptas por la ley, algunas de las cuales confieren a la autoridad policial, al intendente y al presidente de la comuna un amplio poder de apreciación se une la posibilidad, llevada a la práctica, por el Ministerio de Educación y Culto de diferir indefinidamente su respuesta para otorgar autorización a una Casa de Oración o a rechazar el pedido sin explicación o razón suficiente. Desde este aspecto la Corte destaca que el decreto habilita al ministro a apreciar la existencia de una ‘necesidad real’ de la comunidad religiosa solicitante de establecer una iglesia”. Este criterio, sostiene el tribunal, puede constituir un fundamento autónomo de rechazo, independiente de las condiciones establecidas en la Constitución griega (párr. 45).

Continúa la Corte: “...El derecho a la libertad de religión, tal como es entendida por la Convención, excluye toda apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión. La Corte estima que el sistema de autorización precisado en la ley interna no se encuadra con el art. 9 de la Convención en la medida que tiende a asegurar un control del ministro sobre la reunión de las condiciones formales enunciadas... En el caso, los peticionarios han sido acusados y condenados por tener un lugar de culto sin haber obtenido previamente la autorización correspondiente requerida por la ley” (párr. 49).

Previamente la Corte había resaltado que surge del caso que el Estado tiende a servirse de las potencialidades de las disposiciones internas de manera a imponer condiciones rígidas o aún prohibitivas para el ejercicio de ciertos cultos no ortodoxos, puntualmente, el de los Testigos de Jehová. Es verdad que el Consejo de Estado anula, por ausencia de motivos, todo rechazo injustificado de autorización, pero la abundante jurisprudencia en la materia parece manifestar una neta tendencia de las autoridades administrativas y eclesiásticas a utilizar las potencialidades de sus disposiciones para limitar las actividades de las confesiones no ortodoxas.

Sobre estas consideraciones la Corte estimó que la condena afectó directamente la libertad religiosa y que por lo tanto no puede pasar por proporcionada al objeto legítimo perseguido ni, por lo tanto, necesario en una sociedad democrática, habiéndose violado el artículo 9 de la Convención.

2. Caso *Buscarini y otros c. San Marino*, 18 de febrero de 1999

De acuerdo a los hechos extraídos del caso es importante relevar que en las elecciones de 1993 en San Marino, los señores Buscarini y Della Balda, entre otros, fueron elegidos diputados y para integrarse al Parlamento de la República de San Marino de acuerdo a la ley electoral de 1958 que remitía a un decreto de 1909 debían jurar por los “Santos Evangelios”. Como este era un requisito que no querían cumplir por sus convicciones, solicitaron prestar el juramento sin hacer mención a los textos religiosos basándose en el artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1974 que garantiza la libertad de religión, así como en el artículo 9 de la Convención Europea que establece:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de creencias así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias individual o colectivamente, en público o en privado, por el culto, la enseñanza, las prácticas y cumplimientos rituales.*
2. *La libertad de manifestar su religión o sus creencias no puede ser objeto de otras restricciones que aquellas previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o para la protección de los derechos y libertades de terceros.*

La petición de los diputados electos fue rechazada, debiendo jurar por los Santos Evangelios para tener acceso a las bancas, razón por la cual se vieron obligados a prestar juramento en la forma establecida por la ley.

Posteriormente, en el mismo año de los sucesos descriptos –1993–, la ley introdujo una opción para aquellos que no querían jurar en la forma mencionada, pudiendo, en ese caso, jurar por el “honor”.

Buscarini y Dalla Balda iniciaron las respectivas acciones ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, después ante la Corte Europea que decidió el presente caso a través de la *Grande Chambre*, por violación al artículo 9 de la Convención Europea. El Gobierno de San Marino sostuvo que la forma de juramento en cuestión no tiene un valor religioso sino que posee una connotación histórica y social fundada en la tradición. La fórmula cuestionada ha perdido su carácter religioso original así como ciertas fiestas religiosas que son parte del calendario civil.

Consideramos necesario transcribir la posición del tribunal europeo en lo que respecta al alcance de la libertad religiosa pues se trata de términos reiterados a lo largo de sus fallos y que sirven de marco para aprehender la posición del tribunal citado frente a los derechos culturales y al respeto a las libertades fundamentales.

De esta forma, recuerda en principio que a la luz del artículo 9 (de la Convención Europea) “La libertad de pensamiento, de conciencia y religión representa una de las bases esenciales de la sociedad democrática. Figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien preciado para los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Esto va con el pluralismo –costosamente conquistado a lo largo de los siglos– consustancial a la sociedad democrática (Caso Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993, párr. 17.31). Esta libertad implica, destacadamente, *la de adherir o no a una religión y la de practicarla o no practicarla*” (párr. 34).

La Corte considera que la obligación de prestar juramento de una manera determinada, en el caso, sobre los Santos Evangelios, constituye una restricción a la libertad de religión. Para ello, analizó si la restricción estaba prevista en la ley y si era necesaria en una sociedad democrática como lo establece el artículo 9 de la Convención Europea.

Dejamos plasmada una posición de la Corte sobre un bien preciado como lo es la libertad de religión en el contexto del pluralismo en la sociedad democrática. No obstante, otras interpretaciones sobre la misma norma, en otras circunstancias, plantean dudas razonables sobre la continuidad de las líneas doctrinarias desplegadas en este caso.

3. Caso de la Iglesia Metropolitana de Bessarabie y otros c. Moldavia, 13 de diciembre de 2001

Este caso se inserta en la misma línea que la trazada en el caso Manoussakis en cuanto a los inconvenientes que surgen tanto de la ley interna cuanto de su aplicación al caso concreto tendientes a limitar el ejercicio de manifestar la religión. También, como en el caso citado y otros posteriores, la Corte Europea estudia el alcance de la limitación impuesta “en una sociedad democrática” para así determinar la violación a la libertad religiosa y, además, en este caso, la violación por la ausencia de un recurso efectivo.

En efecto, la cuestión del reconocimiento de cultos a través de su inscripción en un registro constituye el principal obstáculo para el ejercicio de la libertad de religión en la República de Moldavia.

En 1992 los peticionarios se asociaron para crear la Iglesia metropolitana de Bessarabie, Iglesia ortodoxa autónoma local que de acuerdo a su estatuto sucedería en el plano canónico a la Iglesia Metropolitana de Bessarabie que existe desde 1944 y que en diciembre de 1992 fue incorporada al patriarcado de Bucarest.

La Iglesia ha sido reconocida por todos los patriarcados ortodoxos menos por el patriarcado de Moscú.

La Iglesia requirente habiendo solicitado su reconocimiento al Gobierno, de acuerdo a las normas vigentes, y no encontrando respuesta al respecto, inició las acciones administrativas y judiciales pertinentes, no logrando su reconocimiento. La Corte Suprema de Moldavia anula la decisión recaída el 12 de septiembre de 1995, que había aceptado la demanda, porque los tribunales no son competentes para examinar la acción de reconocimiento de la Iglesia peticionaria. Los peticionarios volvieron a presentarse ante el ámbito administrativo sin lograr el objeto perseguido, iniciando en consecuencia la presentación ante el ámbito internacional.

Se destaca que el conflicto, aparentemente administrativo por la no autorización solicitada, disimularía un conflicto de orden público entre Rumania y Rusia. Su intervención en este conflicto, bajo la forma de un reconocimiento del grupo cismático, a criterio del gobierno, arriesgaría pesadas consecuencias para la independencia e integridad territorial de la joven República de Moldavia.

De esta forma se recuerda que el Estado de Moldavia, cuyo territorio ha oscilado a lo largo de la historia entre Rumania y Rusia, tiene una población variada desde el punto de vista étnico y lingüístico. En estas circunstancias, la joven República de Moldavia independiente desde 1991 [desde 1995 es Parte del Consejo de Europa] dispone de pocos elementos para asegurar su perennidad. Uno de esos elementos es la religión. En efecto, la mayoría de la población es cristiana ortodoxa. En consecuencia, el reconocimiento de la Iglesia ortodoxa de Moldavia, subordinada al patriarcado de Moscú, ha permitido a toda esta población encontrarse en el seno de la Iglesia. Por un lado, si la Iglesia peticionaria fuera reconocida, ese lazo correría el riesgo de ser destruido y esa población cristiana ortodoxa se dispersaría entre varias Iglesias; por otro lado, la Iglesia peticionaria, subordinada al patriarcado de Bucarest, abriría fuerzas políticas tomando partido con intereses rumanos favorables a la reunión de Bessarabie con Rumania. El reconocimiento de la Iglesia peticionaria reabrirla, por lo tanto, viejas rivalidades ruso-romanas en el seno de la población, introduciendo peligros a la paz social, la integridad territorial de Moldavia (párr. 111)

Estas consideraciones llevan a la Corte a sostener que existió por parte del Estado un fin legítimo: el orden y la seguridad públicos receptado en el artículo 9.2 de la Convención.

Sin embargo, la Corte observa que el ejercicio del derecho a la libertad de religión, o uno de sus aspectos, estando sometido, según la ley interna, a un sistema de autorización previa, la intervención en el proceso de otorgamiento de la autorización de una actividad eclesiástica reconocida no podría conciliarse con los imperativos del art. 9.2.

Con la inscripción en el registro correspondiente, las autoridades eclesiásticas pueden presentarse en el ámbito administrativo y judicial para proteger su patrimonio; al mismo tiempo el Estado protege la institución frente a manifestaciones hostiles que denotan intolerancia religiosa; también, se otorga la posibilidad de crear asociaciones o fundaciones, de disponer de cementerios, de concluir con el Estado acuerdos o convenios de cooperación, así como el reconocimiento a los ministros de culto y a los empleados de una pensión de Estado.

La sentencia de la Corte EDH del 13 de diciembre de 2001 consideró que la inscripción en el registro condiciona el ejercicio de la libertad de religión.

4. Caso Dahlab c. Suiza, sentencia 15 de diciembre de 2001

La peticionaria que reside en Ginebra abandona la religión católica y se convierte al Islam en marzo de 1991, se casa con un ciudadano argelino en octubre de ese año, tiene tres hijos. Es maestra y lleva velo islámico a partir de 1990. En 1996 recibe una carta de la dirección general de la escuela pública donde se le informa que a partir de la fecha deje de llevar el velo islámico durante el ejercicio de sus actividades profesionales. La decisión se basa en una ley que prohíbe un modelo ostensible de identificación impuesto por la maestra en un sistema escolar público y laico. La peticionaria presenta un recurso contra esa decisión ante el Consejo de Estado de Ginebra que es rechazado teniendo en cuenta que la enseñanza está sometida a la estricta obligación de neutralidad confesional. Elevado el caso ante el Tribunal federal invocando el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, éste confirma la decisión del Consejo de Estado por sentencia de 12 de noviembre de 1997.

La peticionaria se presenta en el ámbito internacional alegando que la prohibición de llevar el velo islámico viola su derecho a manifestar libremente su religión.

La Corte recoge los términos expuestos en otros casos vinculados con el alcance de la libertad de religión –art. 9 CEDH– agregando que en una sociedad democrática donde varias religiones coexisten en su seno puede resultar necesario fijar algunas limitaciones para conciliar los intereses de los diversos grupos y asegurar el respeto a las convicciones de todos.

El tribunal considera que la medida adoptada por las autoridades suizas estaban previstas por la ley, perseguían un fin legítimo en el sentido del artículo 9.2 de la Convención: la protección de los derechos y libertades de los otros, la seguridad pública y la protección del orden y eran necesarias en una sociedad democrática. Para ello tiene en cuenta la teoría del margen de apreciación de los Estados para juzgar la existencia y la

extensión de la necesidad de una ingerencia bajo el control de la Convención.

La Corte Europea tiene en cuenta que el Tribunal federal ha justificado la medida de la prohibición únicamente en el marco de su actividad docente, por el perjuicio que podía causar a los sentimientos religiosos de sus alumnos, de los otros alumnos de la escuela y de sus familiares y por el perjuicio, a la neutralidad de la enseñanza pública, entre otras razones.

La Corte tiene en cuenta la influencia que puede ejercer una maestra en niños que tienen entre 4 y 8 años de edad, discurriendo que es difícil conciliar el velo islámico con el mensaje de tolerancia, de respeto al otro y sobre todo de igualdad y no discriminación que en una sociedad democrática todo maestro debe transmitir a sus alumnos.

Por estas y otras líneas conceptuales semejantes que la Corte va examinando la llevan a concluir que dentro del margen de apreciación que poseen los Estados las medidas adoptadas han perseguido un fin legítimo en una sociedad democrática.

La Corte declara inadmisibles las demandas porque han sido infundadas en base al artículo 35.3 de la Convención.

De esta forma, la prohibición del uso del velo islámico a una docente de una escuela pública laica es una medida compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin lugar a dudas, la nueva ley francesa que entró en vigencia en estos días (septiembre de 2004) encuentra en esta jurisprudencia el apoyo necesario para su implementación y anticipa el resultado de las acciones judiciales tendientes a plantear la violación a la libertad de religión o de creencias frente a la aplicación de la medida legislativa.

5. Caso Murphy c. Irlanda, 10 de junio de 2003

Roy Murphy, ciudadano irlandés, nació en Dublín en 1948. Es pastor del Centro Irlandés de la Fe que reúne a miembros de un culto bíblico cristiano.

En 1995, el Centro citado intenta difundir un anuncio en una estación de radio independiente sobre la proyección de un video acerca de los “hechos históricos sobre Jesucristo” y sobre “pruebas de la resurrección” que tendrían lugar en los locales del Centro.

La Comisión independiente de la radio y televisión prohíbe la difusión del anuncio aplicando una norma interna –el art. 10.3 de la ley de 1988– sobre la radio y la TV, según el cual “ningún anuncio con fines políticos o religiosos o vinculado con un conflicto de trabajo puede ser difundido”. Esto no afecta la difusión ulterior del video por satélite.

El actor intenta el control constitucional de la medida. Por una decisión del 25 de

abril de 1997 la Alta Corte concluye que el art. 10.3 constituye una limitación razonable al derecho de comunicar y la prohibición responde a buenas razones de *interés general*.

Cuando el caso llega a la Corte Europea, este tribunal estima que la cuestión esencial en juego sobre la imposibilidad de difundir una publicidad lleva a evaluar la reglamentación de los *medios de expresión* más que la manifestación de la religión. Por lo tanto, segrega la libertad de expresión de la libertad de religión con la finalidad de evaluar, en el caso, solamente la posible violación de la primera de ellas.

Para examinar si la prohibición regulada por la ley era necesaria en una sociedad democrática, la Corte estima que debe determinar si las autoridades nacionales han invocado motivos pertinentes y suficientes para prohibir la publicidad. El principal argumento del Gobierno se vincula con la sensibilidad religiosa existente en la sociedad irlandesa. Si el art. 10, *per se*, no prevé que un individuo deba estar protegido de toda exposición acerca de una idea religiosa simplemente porque no es adherente, la Corte observa que una expresión que no es ofensiva en principio puede acarrear un efecto ofensivo en ciertas circunstancias. “El ministro competente y las jurisdicciones internas han tenido en cuenta la extrema sensibilidad de la cuestión de la difusión de publicidades de carácter religioso en Irlanda y el hecho de que la religión representa una cuestión que divide la opinión en Irlanda del Norte. La Corte releva que la disposición litigiosa ha sido concebida para responder a estas preocupaciones específicas”.

Con respecto a la cuestión de saber si los motivos legales fueron suficientes, la Corte sigue los argumentos del Estado, en cuanto a que el levantamiento total o parcial de la prohibición se conciliaría mal con la naturaleza y los grados de sensibilidad religiosa en juego y con el principio de neutralidad de los medios audiovisuales.

Así, se continúa desarrollando algunas apreciaciones tendientes a avalar el criterio expuesto precedentemente.

De esta forma, se considera que “una disposición que permite a una religión e impide a otra hacer publicidad sería difícil de justificar, en tanto que una disposición autorizando a una autoridad a filtrar caso por caso las publicaciones inaceptables de carácter religioso sería difícil de aplicar de manera equitativa, objetiva y coherente”.

Por otra parte, continúa, “el Estado puede razonablemente considerar como probable que aun una libertad restringida de difundir una publicidad beneficiaría a una religión dominante”.

Dice la Corte Europea que no existe consenso claro entre los Estados que han ratificado la Convención en cuanto a la manera de legislar sobre la difusión de las publicidades de carácter religioso. De acuerdo al margen de apreciación el Estado ha invocado motivos pertinentes y suficientes para justificar la ingerencia.

Una vez más, la teoría del margen de apreciación encuentra en el tribunal una aplicación que se consideró adecuada a las circunstancias del caso. Se podría sostener que las diversidades culturales son, así, respetadas en el contexto de la universalidad de los derechos y que el párrafo I-5 del Programa de Acción de Viena de 1993 encuentra su espacio. Sin embargo, tenemos nuestros reparos a esa interpretación. O, en otras palabras, si los tribunales reflejan las realidades de cada sociedad qué lejos estamos de una sociedad liberalizada donde todos puedan exponer libremente sus ideas sin censura previa, manifestar plenamente sus religiones, sus creencias, sus convicciones.

6. Caso *Garaudy c. Francia*, sentencia de 24 de junio de 2003

La Corte Europea rechaza la demanda por aplicación del artículo 17 del Convenio europeo similar al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto establece que nadie puede prevalerse de la Convención para destruir los derechos y libertades reconocidos en ella. Esta posición coincide con la expresada en el caso “Partido de la Prosperidad”.

La Corte considera que no está llamada a pronunciarse sobre los elementos constitutivos de los delitos de negación de los crímenes contra la humanidad, de difamación pública racial o de provocación al odio racial en el derecho francés. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho nacional. La Corte tiene solamente la labor de verificar – desde el ángulo del artículo 10 que regula la libertad de expresión– las decisiones dadas por las jurisdicciones nacionales competentes en virtud de su poder de apreciación. En esa tarea, debe convencerse que las autoridades nacionales se han fundado en una apreciación aceptable de los hechos pertinentes.

En cuanto *a la libertad de expresión*, la Corte recuerda que si su jurisprudencia ha consagrado el carácter eminente y esencial de esa libertad en una sociedad democrática, ella ha definido igualmente sus límites. La Corte ha afirmado, particularmente, que “no hay dudas que al igual que cualquier propósito dirigido contra los valores que sostienen la Convención, la justificación de una política pro nazi no estaría beneficiada por la protección del artículo 10 y que existe una categoría de hechos históricos claramente establecidos –tales como el holocausto– con respecto a los cuales su negación o su revisión se vería sustraída por el artículo 17 de la protección del artículo 10”.

La obra, origen de la condena del peticionario, analiza de manera detallada varios hechos históricos relativos a la segunda guerra mundial, tales como las persecuciones a los judíos por el régimen nazi, el holocausto, el proceso de Nüremberg. Apoyándose en numerosas citas y referencias, el peticionario replantea la realidad, la amplitud y la

gravidad de esos hechos históricos que no son objeto de debate entre historiadores sino que están plenamente establecidos. Surge, como lo demostraron las jurisdicciones nacionales, a la luz de un estudio metódico y constancias profundas, que lejos de limitarse el peticionario a una crítica política o ideológica del sionismo y de maniobras del Estado de Israel o aun de proceder a una exposición objetiva de las tesis negacionistas y reclamar, solamente, como el pretende “un debate público y científico” sobre los hechos históricos de las cámaras de gas, el peticionario ha hecho suyas esas tesis y procede, en los hechos, a volver a instalar sistemáticamente los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis hacia la comunidad judía.

No hay duda que contestar la realidad de los hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, no revela un trabajo de investigación histórica sino un alejamiento de la realidad. Semejante posición tiene por objeto rehabilitar el régimen nacional socialista y, como consecuencia, acusar de falsificadores de la historia a las mismas víctimas. La contestación de crímenes contra la humanidad aparece como una de las formas, la más sutil, de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio. La negación o la revisión de hechos históricos de este tipo replantean los valores que fundamentan la lucha contra el racismo y el antisemitismo y son de naturaleza a turbar gravemente el orden público. Estos actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos y sus autores apuntan, incontestablemente, a objetivos de los prohibidos por el artículo 17 de la Convención. La obra cuestionada se enfrenta con los valores fundamentales de la Convención, a saber, la justicia y la paz.

No es la primera vez que organismos internacionales, incluyendo tribunales, asumen posiciones similares frente a subterfugios empleados para la defensa de hechos aberrantes. Al respecto, baste recordar el caso Faurisson, tratado por el Comité de Derechos Humanos y resuelto el 8 de noviembre de 1996. La negación de hechos históricos sensibles a toda la comunidad trae consigo posiciones categóricas por parte de las instituciones nacionales e internacionales. Hay hechos merecedores del repudio de todos, como los llevados a cabo durante la Segunda Guerra Mundial, incluyendo Hiroshima y Nagasaki, y tantos otros que han atribulado y siguen atribulando los espíritus. Para los amantes de la paz es destacable la existencia de respuestas simbólicas desde la justicia.

7. Caso Palau-Martínez, 16 de diciembre de 2003

Un matrimonio con dos hijos nacidos en 1984 y 1989 deciden separarse quedando los niños en la casa materna –Valencia– con un régimen de visitas acordado; en el ejercicio de este régimen en 1996 el padre los lleva a Francia quedándose a vivir

con él alegando que la madre por ser Testigos de Jehová imprimía una educación religiosa muy estricta para los hijos y que éstos preferían vivir con el padre. Así lo entendió el tribunal de Francia.

La Corte Europea señala que el artículo 14 de la Convención –principio de no discriminación– se complementa con otras cláusulas de ese tratado y sus Protocolos. No tiene existencia independiente porque apunta al disfrute de los derechos y libertades que la Convención garantiza.

El tribunal europeo observa que los dos niños vivieron con la madre durante 3 años y medio –desde que el padre se fue del hogar conyugal hasta que la Corte de Apelación fijó la residencia en el domicilio del padre en Francia–. La Corte considera que la sentencia constituye un atentado a la vida familiar y no puede ser considerada como una simple ‘intervención’ necesaria del juez en todo divorcio como lo sostiene el Gobierno.

Asimismo se analiza el alcance de *sentencia discriminatoria* y precisa al respecto que ello se produce cuando falta justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una conexión razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (párr. 31). Continúa señalando que el tribunal francés establece una diferencia entre los padres en función de la religión practicada por uno de ellos (Testigos de Jehová).

Se mencionan en el fallo los elementos que tuvo en cuenta la justicia francesa; así, por ejemplo, la carta escrita por uno de los hijos expresando su deseo de quedarse a vivir con el padre y el certificado de un médico psiquiatra.

El tribunal francés ha dado una importancia determinante a la religión de la madre. Dice el tribunal interno que “las reglas educativas impuestas por los Testigos de Jehová a los niños son esencialmente criticables en razón de su duración, de su intolerancia y de las obligaciones impuestas a los niños en prácticas proselitistas. El interés de los niños reside en escapar de las molestias y prohibiciones impuestas por una religión estructurada como una secta” (párr. 38).

El tribunal francés establece entre los padres una diferencia de trato en base a la religión de la peticionaria, a través de una severa crítica acerca de los principios de educación impuestos por esa religión.

Semejante diferencia de tratamiento –sostiene el tribunal europeo– es discriminatoria ante al ausencia de una justificación objetiva y razonable, es decir, no persigue un fin legítimo, no hay una conexión razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (párr. 39).

A través de las sentencias del tribunal europeo, en los casos que se han

seleccionado, se observa un albergue importante a las denuncias vinculadas con alguna discriminación en función de la pertenencia a Testigos de Jehová.

En este caso, se puede destacar el análisis esmerado llevado a cabo por el tribunal internacional con respecto a las sentencias emitidas por los tribunales franceses y, desde este aspecto, creemos que se demuestra una vez más que la teoría de la cuarta instancia carece de sustento teniendo en cuenta que la responsabilidad internacional de los Estados, lo reiteramos, puede generarse por la acción u omisión de cualquiera de los órganos que componen el Estado; en el caso, por el poder judicial. Por ello, ceden los términos que se empleaban para representar la doctrina de la cuarta instancia, porque a veces, es preciso estudiar y desmenuzar los criterios adoptados por los tribunales internos para observar el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por ello, es desde otro ángulo que debe ser apreciada la naturaleza subsidiaria de los órganos internacionales de derechos humanos a fin de armonizar su jurisprudencia en aras de una convergencia interpretativa que nos lleva a la anhelada seguridad jurídica.

8. Caso *Leyla Sahin c. Suiza*, sentencia de 29 de junio de 2004

Leyla Sahin vive en Viena desde 1999, en ese año dejó Estambul para seguir sus estudios de medicina en la Universidad de esa ciudad. Pertenece a una familia tradicional que practica la religión musulmana y usa el velo islámico a fin de respetar un precepto religioso. Llevó el velo durante los cuatro años que estudió medicina en Bursa y Estambul hasta que en febrero de 1998 el rector de la Universidad de Estambul adoptó un Reglamento que establece la prohibición para todo estudiante de llevar el velo islámico o la barba, caso contrario serían sancionados.

En mayo de 1998 le fue prohibido a la actora el acceso a las pruebas escritas por llevar el velo, así como la inscripción a otros cursos. Frente a ello, la actora presentó un recurso de anulación que fue rechazado por considerar que las autoridades universitarias tienen la facultad de reglamentar la vestimenta teniendo en cuenta el mantenimiento del orden (párr15). Con posterioridad, Leyla recibió una orden de advertencia, seguida por su exclusión durante 6 meses por continuar usando el velo islámico. Frente a ello, Leyla presentó un recurso administrativo de anulación de la medida que fue rechazado porque la medida cuestionada se basó en una disposición legal (1999).

En el año 2000 se dictó una amnistía sobre las sanciones descritas; sin embargo, la actora un año antes se inscribió en la Universidad de Viena para continuar sus estudios.

Según los jueces constitucionales de Turquía se debe tener en cuenta que como en ese Estado la mayoría es de confesión musulmana, el hecho de llevar el velo islámico como una obligación religiosa significaría una “discriminación entre los practicantes, los

creyentes no practicantes y los no creyentes en función de su vestimenta y significaría, indudablemente, que las personas que no llevan son contrarias a esa religión o sin religión” (párr. 36.4).

Obsérvese la asimilación aparente entre esta posición y la de la Corte Europea en el Caso Buscarini. No obstante, adelantamos nuestra posición en el sentido de sostener que el derecho de llevar un pañuelo o no llevarlo es un derecho que le asiste a cada uno y donde el Estado no debería intervenir para seguir una posición acorde con la que se señaló precedentemente en el Caso Buscarini.

En este contexto, el fallo repasa que la Universidad de Estambul (S. XV) cuenta con 17 Facultades y están inscriptos alrededor de 50.000 estudiantes. Menciona, asimismo, que se debate el uso del velo islámico en las escuelas y universidades.

En Francia, una ley reciente –2004– recepta la prohibición en las escuelas, colegios y liceos públicos de llevar signos o vestimentas a través de los cuales los alumnos manifiesten una pertenencia religiosa.

En Bélgica no está permitido su uso; en otros países –Alemania, Países Bajos y Gran Bretaña– después de un largo debate jurídico, se acepta, en principio, que en los establecimientos de enseñanza pública las estudiantes lleven el velo islámico. Sin embargo, la situación no es uniforme. En Alemania, donde el debate se concentra en el uso del velo islámico en la escuela pública, la Corte Constitucional indicó en un fallo de 24 de septiembre de 2003, que la ausencia de la prohibición legislativa implícita permitía llevar el velo a las estudiantes. En el Reino Unido, el velo es aceptado en la mayoría de los establecimientos educativos y se resuelven en ellos los conflictos que se presentan al respecto. En Suecia, Austria, España, la República Checa, Eslovaquia y Polonia el tema no ha sido motivo de una discusión jurídica profunda (párr. 53).

Después de los datos precedentes se centra el fallo en destacar que la peticionaria considera que la prohibición del uso del velo islámico viola su libertad de religión (párr. 64). Y es precisamente en este tema que la Corte Europea va a desarrollar sus argumentos para concluir que el Estado de Turquía no ha violado la disposición alegada.

El tribunal cita su posición en el caso Buscarini, precedentemente transcrito, en cuanto al alcance de la libertad religiosa que releva no sólo el fuero íntimo sino su manifestación individual o colectiva a través del culto, la enseñanza, las prácticas y los cumplimientos rituales, como reza el artículo 9 de la Convención.

A renglón seguido, el tribunal europeo precisa que la norma convencional no protege cualquier acto motivado o inspirado en una religión o convicción ni garantiza siempre el derecho a comportarse en el dominio público de una manera dictada por una convicción. De esta forma, observamos las primeras líneas de consideraciones tendientes

a la solución mencionada.

La Corte subraya algunos principios básicos tales como la preeminencia del derecho y la democracia que la llevan a afirmar que “en un país como Turquía donde la mayoría de la población es musulmana las medidas tomadas en las universidades para evitar ciertos movimientos fundamentalistas religiosos tendientes a ejercer cierta presión sobre los estudiantes que no practican esa religión o por los adherentes a otra religión pueden estar justificadas a la luz del artículo 9.2 de la Convención” (párr. 99).

Se otorga un espacio esencial a la teoría del “margen de apreciación” de los Estados, no obstante el control que sobre las medidas adoptadas en el ámbito interno le cabe a la Corte Europea.

Se sostiene que la “ingerencia” estaba fundamentada en dos principios básicos como la laicidad y la igualdad.

De esta forma, entre los principios democráticos, las convicciones y el margen de apreciación de los Estados la Corte Europea considera que la prohibición de usar el velo islámico en las universidades públicas no constituye una ingerencia violatoria al derecho a la libertad de religión.

9. Caso *Muslum Gunduz c. Turquía*, sentencia 14 de junio de 2004

En un programa de TV emitido de manera directa se entrevistó a un dirigente de una secta religiosa que defendía a ultranza la charia. En el debate se analizaron diversos aspectos de la democracia y la religión, encendiéndose el diálogo a lo largo de la entrevista. El entrevistado, entre otras manifestaciones consideró que los hijos nacidos de un matrimonio civil eran “bastardos” y criticó con violencia la democracia y la laicidad, calificando las instituciones laicas de “impías”.

Las autoridades turcas consideraron que se estaba frente a un discurso que fomentaba el odio y la intolerancia, recordando una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (n. 12 –1997– del 30 de octubre de 1997) con respecto al discurso sobre el odio, la intolerancia y la discriminación; así como la Recomendación N° 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia y la necesidad que las legislaciones nacionales contemplen sanciones para luchar contra el racismo y la discriminación racial (13 de diciembre de 2002). Recordó, asimismo, que se calificó al racismo como “la creencia que un motivo como la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico justifica el desprecio hacia una persona o grupo de personas o ideas de superioridad de una persona o un grupo de personas”.

De acuerdo a la ley interna sancionaron a Muslum Gunduz con dos años de prisión por discurso incitando el odio y la intolerancia.

En el ámbito europeo se analiza una vez más el alcance de la libertad de expresión a la luz del artículo 10 de la Convención Europea.

Extraemos del párrafo 43, las siguientes palabras: “la Corte observa que la emisión en cuestión (TV) estaba consagrada a la presentación de una secta que atraía la atención del público. El peticionario, dirigente de la secta, cuyas ideas son conocidas por el público, estaba invitado con un fin específico: la presentación de su secta y sus ideas no conformistas, esencialmente desde el aspecto de la incompatibilidad de su concepción del Islam con los valores democráticos. Este tema fue largamente debatido en los medios turcos y estaba vinculado a un tema de *interés general*, ámbito en el cual las restricciones a la libertad de expresión son llamadas a una interpretación restringida”.

El gobierno considera que el peticionario no estuvo condenado por su participación en una discusión pública, sino por su discurso de odio, sobrepasando los límites de una crítica admisible.

En el campo interno los jueces turcos han retenido del discurso los siguientes expresiones empujadas por el peticionario al referirse a las instituciones laicas las calificó de “impías”; criticó violentamente nociones como “laicidad” y “democracia” y, además, militó abiertamente por la “charia” (párr. 46).

“A criterio de la Corte, el simple hecho de defender la charia, sin incitar a la violencia para establecerla no puede pasar por un “discurso del odio”. Por el resto, el caso Gunduz se sitúa en un contexto particular: por un lado, la emisión televisiva tenía por objeto presentar la secta de la que el peticionario era el dirigente; por otro lado, las ideas extremistas de este último eran conocidas y habían sido debatidas por el público y notoriamente contrabalanceadas por la intervención de otros participantes a lo largo de la emisión en cuestión; en fin, ellas han sido expresadas en el marco de un debate pluralista en el que el interesado participó activamente. En consecuencia, la Corte estima que, en el caso, la necesidad de la restricción litigiosa no se encuentra establecida de manera convincente” (párr. 51).

En conclusión, “...en vista del conjunto de las circunstancias y no obstante el margen de apreciación de las autoridades nacionales, la Corte considera que el alcance otorgado al derecho a la libertad de expresión del peticionario no se funda en motivos suficientes a la luz del artículo 10. Esta constatación dispensa a la Corte de continuar su examen para examinar si la sanción de dos años de prisión aplicadas al peticionario, que reviste una severidad extrema aún con la posibilidad de libertad condicional que ofrece el derecho turco, era proporcionada al motivo perseguido... En consecuencia, la condena en cuestión enfrenta el artículo 10 de la Convención” (párrs. 52 y 53).

Esta es una línea cristalina sobre doctrina judicial en materia de libertad de