

La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Affaire Lachiri c. Belgique*, de 18 de septiembre de 2018, sobre la restricción del uso del *Hijab* (velo islámico) y la libertad de manifestar las creencias religiosas

Mónica M. Cruz Espinosa*

El 18 de septiembre de 2018, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) emitió una nueva resolución en un caso relacionado con el uso del *Hijab* o velo islámico y la libertad de las personas de manifestar sus creencias religiosas, en el contexto de espacios públicos tales como las salas judiciales. El asunto, que pudiera considerarse un tema acotado a la regulación propia de los órganos jurisdiccionales para asegurar el desarrollo ordenado y respetuoso de sus audiencias, se enmarca en un debate que se ha desarrollado en los últimos años en Europa sobre los límites del derecho a la libertad de expresión religiosa y de la intervención legítima del Estado en una cuestión que, en principio, corresponde a la autodeterminación de las personas.

Los hechos que motivaron el pronunciamiento tuvieron lugar en 2007, en Bélgica, cuando Hagar Lachiri, mujer de confesión musulmana, fue impedida de acudir a una audiencia judicial en la que se desahogaría la apelación que ella y otros familiares habían interpuesto, como partes civiles, contra la resolución de un tribunal de primera instancia en Bruselas de reclasificar la acusación contra la persona señalada como probable responsable de la muerte de su hermano, como agresión premeditada que resultó en homicidio culposo o involuntario, y no como homicidio doloso o intencional. Pese a que en posteriores instancias se le permitió acudir vistiendo el *Hijab*, su inconformidad respecto de que la decisión de excluirla de la audiencia de apelación por negarse a descubrir su cabeza constituyó una violación a su derecho a manifestar sus creencias religiosas, no obtuvo respuesta, por lo que acudió ante el TEDH en 2008.¹

Es importante señalar que el TEDH ha reiterado que el uso del *Hijab* o velo islámico constituye una manifestación de las creencias religiosas, y por lo tanto

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ TEDH, *Affaire Lachiri c. Belgique*, Segunda Sesión, Decisión de 18 de septiembre de 2018, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186245>

goza de la protección del artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,² que dispone:³

Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

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 terceros.

Este criterio del TEDH ha sido coincidente con la interpretación hecha por el Comité de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas, en su Comentario General Núm. 22, relativo al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴ sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en el que dicho órgano consideró que:

[...] La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. [...] pueden incluir no solo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, [...]⁵

² TEDH, *Dahlab v. Switzerland*, 2001, p. 11, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643;Leyla Şahin v. Turkey, 2005, párr. 71, disponible en \[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956;Dogru v. France, 2008, párr. 48, disponible en \\[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90039;Ahmet Arslan et Autres c. Turquie, 2010, párr. 35, disponible en \\\[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97380;S.A.S. v. France, 2014, párr. 153, disponible en \\\\[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466;Hamidovic v. Bosnia Herzegovina, 2018, párrs. 30 y 31, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179219>\\\\]\\\\(http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466;Hamidovic%20v.%20Bosnia%20Herzegovina\\\\)\\\]\\\(http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97380;S.A.S.%20v.%20France\\\)\\]\\(http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90039;Ahmet%20Arslan%20et%20Autres%20c.%20Turquie\\)\]\(http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956;Dogru%20v.%20France\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643;Leyla%20Sahin%20v.%20Turkey)

³ Suscrito en Roma en 1950, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

⁵ CDH, Comentario General Núm. 22, 1993, párr. 4, disponible en <http://docstore.ohchr.org/Self-Services/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bFu3cPvrcM9YR0iUh4lvOtIM7YUcKE6R1aBpKoTiXVCF02pSTN4TKR%2bWYwTgAB3%2f9lc%2bVjnyBzQkbBSqlqP5m4cjtMYc9aGW1nBCZA%3d%3d>

Del segundo párrafo del artículo 9 del Convenio Europeo se desprende que la libertad de expresar las creencias religiosas no es un derecho absoluto,⁶ sino que puede ser objeto de restricciones, las cuáles, para ser válidas, tienen que cumplir tres requisitos: 1) estar previstas por ley; 2) tener un objetivo legítimo (seguridad pública, protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o bien, la protección de los derechos o libertades de terceras personas), y 3) ser necesarias en una sociedad democrática.

En el caso en comento, el TEDH partió de la premisa de que la decisión de impedir el acceso de la peticionaria a la sala de audiencia, por rehusarse a despojarse del velo, constituyó una restricción a su derecho de manifestar su religión,⁷ por lo que procedió a analizar si dicha restricción cumplió los requisitos previstos en el segundo párrafo del artículo 9:

1. Respecto de la previsión en ley, el Tribunal reparó en que la decisión de la autoridad judicial se había basado en el artículo 759 del Código Judicial, que requiere que las personas asistentes a las audiencias tengan la cabeza descubierta y se mantengan respetuosas y en silencio,⁸ considerando que dicha norma cumplía con el principio de accesibilidad. Por otro lado, expresó alguna duda sobre que dicha disposición cumpliera la exigencia de previsibilidad, toda vez que de la práctica de los juzgadores belgas se desprendía que no había certeza respecto de las circunstancias en las que procedía su aplicación.⁹ Lo anterior conforme con los resultados de una encuesta presentada por el *Centre des Droits de L'Homme de l'Université de Gand*, tercer interesado en el asunto, en la que participaron 255 jueces hablantes de neerlandés y 263 francófonos, y se encontró que 76.5 % de los primeros y 62.2 % de los segundos no habían solicitado jamás a un justiciable descubrirse, señalando también la mayoría que solo lo harían en presencia de un comportamiento perturbador.¹⁰ No obstante, el TEDH optó por no pronunciarse sobre este aspecto, a la luz de las conclusiones a las que había llegado respecto de los otros dos rubros de su análisis sobre la compatibilidad de la restricción.¹¹
2. Sobre el objetivo legítimo, el TEDH advirtió que la obligación contenida 759 del Código Judicial tenía como propósito prevenir comportamientos irrespetuosos hacia la autoridad judicial y/o perturbadores del buen desarrollo de las audiencias, lo que se podía entender como parte del objetivo de “protección del orden”, contenido en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio.¹²
3. En relación con la necesidad de la restricción, dentro de una sociedad democrática, el Tribunal advirtió que la peticionaria se trataba de una ciudadana que no ostentaba ningún cargo público o representación estatal, por

⁶ Así como del tercer párrafo del artículo 18, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del párrafo tercero del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷ TEDH, *Affaire Lachiri c. Belgique*, *op. cit.*, *supra* nota 1, párr. 32.

⁸ Artículo 759 del Código Judicial de Bélgica: “*Celui qui assiste aux audiences se tient découvert, dans le respect et le silence; tout ce que le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant*”.

⁹ TEDH, *Affaire Lachiri c. Belgique*, *op. cit.*, *supra* nota 1, párr. 35.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 29.

¹¹ *Ibidem*, párr. 36.

¹² *Ibidem*, párr. 38.

lo tanto, no estaba sujeta a ninguna obligación de discreción respecto de sus convicciones religiosas.¹³ Además, toda vez que el objetivo esgrimido para justificar la restricción era la protección del orden, y que no existía constancia alguna de que la peticionaria se hubiera comportado de manera irrespetuosa o que hubiera amenazado el buen desarrollo de la audiencia, el TEDH resolvió que no se había acreditado la necesidad de la restricción del derecho de aquélla a manifestar sus creencias religiosas mediante el uso del *Hijab*, en una sociedad democrática, por lo tanto se había constituido una violación al citado artículo 9 del Convenio.¹⁴

Pese a lo resuelto en este caso, es importante advertir que en las decisiones del TEDH en relación con las restricciones al uso de vestimentas que constituyen una expresión de convicciones religiosas, en diversos países europeos, podemos encontrar una amplia variedad de matices, en virtud no solo del análisis que en cada caso se hace de los tres elementos que las mismas deben tener para ser convencionales, sino también a que el Tribunal ha reconocido un margen de discrecionalidad a los Estados para “encontrar” su actuación dentro de los objetivos permitidos, y justificar así su necesidad. Dentro de estas decisiones podemos mencionar las asumidas en los siguientes casos:

- 1) *S. A. S. vs. Francia*, en donde el TEDH determinó que la Ley Núm. 2010-1192, que prohibía el uso en público de vestimentas que cubrieran el rostro, no violentaba los derechos al respeto a la vida privada (artículo 8 del Convenio), de manifestar las creencias religiosas (artículo 9) y a la no discriminación (artículo 14), en virtud de que la prohibición no estaba motivada por la connotación religiosa de la vestimenta (aunque reconoció que afectaba principalmente a las mujeres musulmanas que optaban por cubrirse el rostro), y del margen de apreciación de los Estados para proteger los derechos y libertades de terceras personas, para lo cual resultaba necesario preservar las condiciones necesarias para la vida en sociedad y la interacción entre sus integrantes.¹⁵
- 2) *Dogru vs. Francia*, relativo a la expulsión de dos estudiantes musulmanas por rehusarse a retirarse el velo durante la educación física, en el que el TEDH resolvió que, considerando el margen de apreciación nacional, el propósito de la prohibición estaba justificada en virtud de la protección de los derechos y libertades de las demás personas, así como del orden público, aceptando la decisión de las autoridades nacionales de que el uso del velo islámico era incompatible con las clases de educación física por razones de salud y seguridad, y que las sanciones (la expulsión) no fueron desproporcionadas, por lo tanto no había violación al artículo 9.¹⁶
- 3) *Leyla Sahin vs. Turquía*, relativo a la prohibición de una estudiante de usar el velo islámico en la universidad, en el que el TEDH consideró que dicha restricción tenía los objetivos legítimos de proteger los derechos y libertades de las personas y el orden público, al estar basada en el principio de

¹³ *Ibidem*, párr. 44.

¹⁴ *Ibidem*, párrs. 46-48.

¹⁵ *S. A. S. vs. France*, *op. cit.* párrs. 141-162.

¹⁶ *Dogru vs. France*, *op. cit.*, *supra* nota 2, párrs. 60, 73-78.

secularismo, que impide a los Estados manifestar una preferencia por alguna religión, y que —considerando el margen de apreciación nacional— era necesaria para proteger el sistema democrático en Turquía y el carácter secular de las instituciones educativas. Por lo anterior, considero que no había habido violación al derecho a manifestar las creencias religiosas ni a la educación de la peticionaria.¹⁷

Resulta pertinente observar que, en el caso *Lachiri vs. Bélgica*, la restricción contenida en el Código Judicial no había sido formulada con el propósito específico de limitar la expresión de las convicciones religiosas, prohibiendo símbolos o vestimenta con estas connotaciones, sino de evitar comportamientos irrespetuosos de la autoridad judicial, entre ellos, el uso de sombreros o gorros en las salas de audiencia.¹⁸ Sin embargo, la peticionaria manifestó que en su aplicación los juzgadores daban un trato diferenciado a las personas en función de su adscripción religiosa, siendo que a personas que profesaban la fe católica, judía o sij, no se les pedía que se descubrieran, mientras que a las mujeres musulmanas sí.¹⁹ No obstante lo anterior, el TEDH no hizo pronunciamiento alguno respecto de una posible violación del artículo 14 del Convenio, relativo a la prohibición de la discriminación motivada, entre otros, por la religión de una persona. Respecto de este punto, no examinado por el TEDH, el CDH ha señalado que:

No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios *ni se podrán aplicar de manera discriminatoria*. El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición.²⁰ [Énfasis propio].

En ese sentido, es importante identificar aquellas restricciones que tienen apariencia de ser “neutrales”, es decir, que se aplican a todas las personas por igual pero que, por los efectos que produce su aplicación en los derechos de ciertos grupos de personas, podrían calificarse como discriminatorias.²¹ Esto se ha denominado discriminación indirecta “porque no es el trato lo que difiere, sino sus efectos, que afectan de distinto modo a personas con características diferentes”.²² Los tres elementos para identificar una disposición o práctica indirectamente discriminatoria son:²³

- La existencia de una disposición, criterio o práctica neutra;
- Que afecta de modo sustancialmente más perjudicial a un grupo definido por un “motivo protegido”, como la religión, y

¹⁷ *Leyla Şahin vs. Turkey*, op. cit., supra nota 2, párrs. 99, 116, 121-123 y 158-162.

¹⁸ TEDH, *Affaire Lachiri c. Belgique*, op. cit., supra nota 1, párr. 25.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ CDH, Comentario General Núm. 22, op. cit., supra nota 5, párr. 8.

²¹ Human Rights Watch, *Headscarves: the wrong battle*, 2009, disponible en <https://www.hrw.org/news/2009/03/14/headscarves-wrong-battle>

²² Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, 2010, p. 29, disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf

²³ *Ibidem*, pp. 29-31.

- Que esto ocurra en comparación con otras personas en situación similar.

A fin de entender mejor los distintos niveles de intervención de los Estados en el ejercicio de la libertad religiosa de las personas resulta de gran utilidad el estudio²⁴ que retoma el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, en su informe anual 2018, sobre los distintos modelos de relación entre los Estados y la religión, en el que se encontró que:

[...] aproximadamente el 42% de los Estados declaraban su apoyo oficial a una religión (21%) o favorecían a una o más religiones (21%). Otro 53% de los Estados Miembros no se identificaba con ninguna fe ni creencia. Un pequeño grupo de Estados Miembros (5%) ejercían un nivel muy alto de control sobre las instituciones religiosas en sus países o tenían una opinión negativa de la religión en general.

De acuerdo con el Relator Especial, los Estados que no se identifican con alguna religión, en donde podríamos ubicar a México,²⁵ se distinguen “por la insistencia en el principio de no discriminación y la necesidad de mantener una equidistancia entre el Estado y todas las comunidades de creyentes –incluso en materia de prácticas religiosas–, independientemente de que algunas tradiciones religiosas y de creencias se consideren parte integrante de su patrimonio cultural o histórico”.²⁶ Respecto de dichos Estados, se apunta que parecen estar en mejores condiciones de salvaguardar el derecho a la libertad de religión o creencias,²⁷ sin embargo:

[...] en la práctica también pueden plantearse varios desafíos a estos Estados. Por ejemplo, los beneficios concedidos con un criterio igualitario quizás resulten más accesibles a las comunidades religiosas establecidas que a los grupos nuevos o emergentes que procuran obtener un reconocimiento y que son a menudo percibidos como “sectas” y catalogados en consecuencia. Además, en algunos casos cuando se rechazan los intentos por adaptar las diferencias religiosas por considerarlas muestras indebidas de favoritismo o de un trato diferencial por el Estado, ello puede ir en detrimento de la libertad de religión o de creencias, frecuentemente en nombre de “los derechos de terceros”.²⁸

²⁴ Pew Research Center, *Many Countries Favour Specific Religions, Officially or Unofficially*, 2017.

²⁵ El artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, [...]”.

Mientras que el artículo 3o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone que: “El Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, solo en lo relativo a la observancia de la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por México y demás legislación aplicable y la tutela de derechos de terceros.

El Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco en favor o en contra de ninguna iglesia ni agrupación religiosa.

Los documentos oficiales de identificación no contendrán mención sobre las creencias religiosas del individuo.

²⁶ Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, 2018, párr. 62.

²⁷ *Ibidem*, párr. 64.

²⁸ *Ibidem*, párr. 65.

En nuestro país la discriminación por motivos religiosos está prohibida por el artículo 1o. de la Constitución, así como por la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público (artículo 2o., inciso c) y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (artículo 1, fracción III). Además, conforme con esta última norma, se considera discriminación “Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público” (artículo 9, fracción XVI).

El carácter laico de nuestro país se definió en el siglo XIX a través, fundamentalmente, del movimiento de Reforma, que estableció también la libertad religiosa. No obstante, tras la Revolución a principios del siglo XX, el catolicismo pasó a formar parte de la identidad nacional y se encuentra fuertemente arraigado en el imaginario social y cultural mexicano, lo que ha dado lugar a la prevalencia de actitudes discriminatorias hacia las minorías religiosas.²⁹

De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda, en 2010 el 89.3 % de la población profesa la religión católica, frente a 8 % que se adscribe a alguna religión protestante o evangélica, y 2.5 % que se adscribe a otras religiones bíblicas, distintas de las evangélicas.³⁰

Conforme con la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, 2017,³¹ entre los principales motivos de discriminación se encuentran las creencias religiosas, experiencia que afecta en mayor proporción a las mujeres: 32.3 % de las mujeres mayores de 18 años declaró haber sido discriminada ese año por sus creencias, frente a un 24.8 % de los hombres, mientras que 45 % de la población consideró que se respetan poco o nada los derechos de las personas pertenecientes a la diversidad religiosa. Entre otros hallazgos de dicha encuesta encontramos que:

- 45 % de los hombres y 44 % de las mujeres mayores de 18 años estuvieron de acuerdo en que “Mientras más religiones se permitan en el país, habrá más conflictos sociales”.
- 32.6 % de las personas que manifestaron profesar una religión distinta a la predominante señalaron que existe falta de respeto a sus costumbres y tradiciones, y el 20.9 % de las mismas opinó que el gobierno apoya más a la religión que predomina en el país.
- 53.1 % de la población estaría de acuerdo con que “las personas de la diversidad religiosa son rechazadas por la mayoría de la gente”.

En este contexto, se debe tener especial cuidado con esas normas o prácticas de carácter neutral que pueden traducirse en discriminación indirecta de las minorías religiosas. En ese supuesto podrían encontrarse las Normas para el ingreso a los Centros de Justicia Penal Federal, en las que se prohíbe utilizar,

²⁹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Resultados sobre diversidad religiosa, 2010, pp. 6-7, disponible en <https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-DR-ACSS.pdf>

³⁰ INEGI, “Estructura porcentual de la población que profesa alguna religión por tipo de religión”, Censo de Población y Vivienda 2010, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/religion/>

³¹ Disponible en http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017_resultados.pdf

salvo por razones de salud, gorras, sombreros o lentes oscuros,³² restricción que no parece representar ningún perjuicio para las personas de fe católica en nuestro país, pero sí para aquéllas pertenecientes a minorías religiosas en las cuales el uso de determinadas prendas forma parte inherente de su personal forma de vivir su fe y de manifestarla libremente.

Si bien la situación en que se manifiesta la diversidad religiosa en nuestro país, e incluso en América Latina, difiere mucho de la experiencia europea, las tensiones y las prácticas discriminatorias que provoca la prevalencia de una religión ampliamente mayoritaria, se puede nutrir de la neutralidad de un Estado laico en el que está ausente la discusión sobre los efectos positivos del pluralismo religioso para el fortalecimiento de la convivencia democrática.

De ahí que resulte conveniente que demos seguimiento al debate europeo, del cual la jurisprudencia en la materia del TEDH es un elemento fundamental, a fin de incorporar aquellas experiencias y desarrollos conceptuales y normativos que nos sirvan para garantizar de la mejor manera los derechos de las personas, particularmente de las que integran las minorías religiosas.

Recepción: 10 de diciembre de 2018

Aprobación: 10 de diciembre de 2018

³² Consejo de la Judicatura Federal, Informe sobre la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, 2016, p. 109, disponible en <http://www.cjf.gob.mx/reformas/plugins/pdf.js/web/viewer.html?file=/Reformas/data/documentos/informeFinal.pdf>