

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO III - NÚMERO IV

1º SEMESTRE 2017

**DERECHO ANTE LOS DESAFIOS
DE LA GLOBALIZACIÓN**

Lisboa
Editorial Juruá
2017

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO III, Nº IV, 1º SEM. 2017



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/
e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00004.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

COLABORADORES:

Alexandra Barbosa Campos de Araújo
Aloísio Krohling
Antônio Carlos Efig
Carlos Eduardo Koller
Carlos Mauricio López Cárdenas
Deilton Ribeiro Brasil
Edna Raquel Hogemann
Eduardo Manuel Val
Faena Gall Gofas
Felipe Dalenogare Alves
Francisco Ortego Pérez
Gisele Alves Bonatti
Igor Fernando Ruthes
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte
Juan José Fernández Domínguez
Julia Scárdua Maria
Leticia Mottin

Luigi Bonizzato
Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff
Manuel Rodrigues de Sousa Junior
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Maria Cristina de Brito Lima
María José Corchete Martín
Mário Luiz Ramidoff
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Natalia Caicedo Camacho
Natália de Souza e Mello Araújo
Nivea Corcino Locatelli Braga
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Rosana Helena Maas
Simone Letícia Severo e Sousa
Tatsiana Ushakova
Waldemar Hummer

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LA DOCTRINA SOBRE LOS LÍMITES A LOS
DERECHOS Y LIBERTADES EN EL MARCO DEL
CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
ESPECIAL REFERENCIA AL
CASO SAS C. FRANCIA

LIMITS TO RIGHTS AND FREEDOMS IN THE
FRAMEWORK OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS. SPECIAL REFERENCE TO
THE CASE SAS V. FRANCE

DOI: 10.19135/revista.consinter.00004.07

*Natalia Caicedo Camacho*¹

Resumen: El presente artículo contiene un estudio sistemático de la aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del juicio de la proporcionalidad en aquellos casos que se evalúan las limitaciones impuestas por los Estados a los derechos y libertades. El artículo pone especial énfasis en el estudio de las finalidades colectivas previstas por el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que justificarían una restricción de uno de los derechos. En concreto se estudia la aplicación del concepto de moral pública, de seguridad nacional y la cláusula relativa a la protección de los derechos y libertades de los otros. En relación a ésta última cláusula, la contribución analiza su aplicación en el *Asunto SAS c. Francia* (2015) en el que se evalúa la limitación del velo integral islámico en los espacios públicos.

Palabras claves: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Límites a los derechos y libertades, velo islámico.

Abstract: This article contains a systematic study of the application by the European Court of Human Rights (ECtHR) of the proportionality judgment in cases assessing the limitations imposed by States on rights and freedoms. The

¹ Prof. lectora de Derecho Constitucional – Universidad de Barcelona.

article places particular emphasis on the study of the collective purposes envisaged by the European Convention on Human Rights (ECHR), which would justify a restriction of one of the rights. In particular, the application of the concept of public morality, national security and the clause relating to the protection of the rights and freedoms of others. Regarding the protection of the rights and freedoms of others, the contribution assesses its application in *SAS c. France* (2015), a case about the limitation of the integral Islamic veil in public spaces.

Keywords: European Court of Human Rights, limits to rights and freedoms, Islamic veil.

1 INTRODUCCIÓN: EL CARÁCTER NO ABSOLUTO DE LOS DERECHOS

Como regla general los derechos previstos en los textos internacionales o regionales sobre derechos humanos y en las Constituciones de los Estados no gozan de un carácter absoluto². A modo de ejemplo, el artículo 12.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que la libertad de residencia podrá ser restringida siempre que dicha medida sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros. En un sentido similar el derecho a reunirse pacíficamente (artículo 21) o la libertad de asociación (artículo 22.2) podrá limitarse bajo los mismos presupuestos.

La necesaria coexistencia entre los derechos y libertades o entre éstos con otros bienes jurídicos o finalidades legítimas que también merecen protección (la moral pública, el orden público, la seguridad nacional o la salud pública) ocasiona situaciones de conflicto que deberán ser resueltas por el legislador o los aplicadores del Derecho³. Así, no son pocas las veces en las que la libertad de prensa entra en colisión con el derecho a la intimidad, la libertad de expresión con el derecho a no ser ofendido, la libertad artística con el respecto a las creencias religiosas o valores morales presentes en la sociedad; o el derecho a la privacidad con las políticas de seguridad nacional. La imposibilidad de dar desarrollo a

² Un estudio sobre los límites a los derechos y libertades en el marco del derecho internacional véase. Roza Pati, "Rights and Their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective", *Berkeley Journal International Law*, vol. 3, núm. 1, 2005, p. 223-280.

³ Solozaval Echavarría, Juan Jose, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, p. 11-13.

ambos derechos origina que en determinados momentos el ejercicio o contenido de uno deba ser limitado a razón que el otro derecho o interés legítimo amerita un mayor grado de protección.

En este marco de conflictividad en que se desenvuelven los derechos y libertades la protección efectiva de los mismos dependerá de la aplicación de los criterios de razonabilidad a las limitaciones impuestas. El legislador como destinatario directo del desarrollo de los derechos y libertades tiene la obligación de velar por la conformidad de la regulación a los criterios desarrollados por los Tribunales constitucionales e internacionales, concretamente, por la salvaguardia del contenido esencial y la ponderación en caso de colisión.

En las sociedades actuales nos encontramos con una proliferación de normas que regulan con mayor amplitud los diferentes de ámbitos de la vida privada y colectiva, esta abundancia de normativa genera potenciales zonas de coalición entre derechos, de manera que los Tribunales como guardianes de los derechos se encuentran cada día y con mayor frecuencia con casos en el que los derechos tienen punto de partida una relación conflictiva o incompatible entre sí⁴. Por lo tanto, el papel de los jueces como controladores y restauradores frente a las restricciones des proporcionadas de los derechos y libertades por parte del legislador y otros aplicadores del Derecho resulta cada vez relevante.

2 LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Siguiendo la sistemática del Convenio nos encontramos que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión prevista en el art. 9 CEDH puede limitarse en tanto en cuanto esta injerencia sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Por su parte, el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH puede verse limitado siempre que así lo requiera la protección de bienes jurídicos como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del

⁴ Tulkens De Schutter, Oliver y Tulkens, Françoise., “Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution”, Eva Brems (ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford, 2008.

delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La libertad de expresión del art 10 CEDH puede ser sometida a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones siempre que estas constituyan medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Finalmente, el art. 11 CEDH establece que la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación podrá ser sometida a restricciones por razones de seguridad nacional, seguridad pública, defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.

Si bien es cierto como se indica anteriormente que ningún derecho puede ser entendido en términos absolutos, la jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo ha declarado de algunos de los derechos contenidos en el Convenio su carácter absoluto y, por lo tanto, cualquier limitación su ejercicio queda prohibida, ello con independencia de los derechos que puedan entrar en conflicto y los intereses legítimos de por medio. Este es el caso del derecho a no ser sometida a penas inhumanas y degradantes (art. 2 CEDH) o de la prohibición del trabajo y esclavitud (art. 3 CEDH)⁵ cuyo contenido no puede ser restringido, ni aún existiendo una presión social o intereses relevantes. En cuanto al resto de los derechos previstos en el Convenio la regla aplicable es la limitación a su ejercicio cuando entran en conflicto con otro derecho o con alguno de los bienes jurídicos tutelados e incorporados de manera expresa.

Las limitaciones a los derechos como consecuencia de la existencia de conflictos entre la protección efectiva y la existencia de otros derechos o intereses legítimos a proteger resulta uno de los temas más complejos en el marco de la teoría de los Derechos. Esto es así porque las relaciones entre los derechos no se rigen bajo criterios de jerarquía que supongan la obediencia de unos derechos frente a otros. Tal

⁵ STEDH Irlanda v. Reino Unido, de 18 de enero de 1978 (App.5310/71), párrafo 163; STEDH Labita c. Italia, de 6 de abril de 2000, (App. 26772/95) párrafo 119; STEDH Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992 (App. 12850/87), párrafo 115 ; STEDH Chahal v. United Kingdom, de 15 de noviembre de 1996 (App 22414/93), párrafo 79; STEDH Nassim Saadi c. Italia, de 28 de febrero de 2008, (App. 37201/06), párrafo 149.

y como indica la doctrina constitucional, la colisión entre derechos es inevitable como resultado de la condición limitada e integrada de los mismos, pero además, el conflicto entre derechos no puede resolverse aceptando en principio y de partida la superioridad de uno o unos derechos sobre otros. Los derechos no pueden reducirse a esquemas de supra ordenación o jerarquía⁶. En este punto, el análisis sobre las restricciones a los derechos debe ser reconducido a los criterios de razonabilidad que dan cobertura o justificación a la limitación, siendo entonces la ponderación el instrumento a través del cual los jueces evalúan y dan solución a los conflictos⁷. La ponderación supone una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo a caso concreto. De manera que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata por tanto de una jerarquía móvil⁸.

Como es ampliamente conocido las limitaciones a los derechos y libertades en el marco del sistema de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos deben perseguir un fin legítimo y configurarse conforme con el principio de legalidad y proporcionalidad. La proporcionalidad como método para determinar si una restricción a un derecho resulta conforme o no con el Convenio supone que la medida se encuentre prevista por la ley, que sea necesaria en una sociedad democrática para conseguir el fin legítimo y que los límites sean proporcionales en relación al fin protegido.

2.1 La previsión legal

En primer lugar, siguiendo la idea del principio de legalidad, las limitaciones a los derechos deben estar previstas por la ley. Así, en los *Asuntos Huvig c. Francia y Kruslin c. Francia*⁹, el TEDH identificó 4 elementos necesarios para superar esta primera parte del test:

- a) El sistema de legislación interna debe sancionar la infracción. El TEDH ha incorporado bajo la categoría ley un amplio

⁶ Solozaval Echavarría, Juan Jose, “Algunas cuestiones básicasop.cit., p. 98.

⁷ Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8, 2000, p. 442-443.

⁸ *Ibidem*.

⁹ STEDH Huvig c. Francia, de 24 de abril de 1990, (App.11105/84), párrafo. 26-35; STEDH Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990, párrafos 33 a 35.

número de fuentes normativas: las decisiones judiciales provenientes del Common Law¹⁰, Reales decretos, Decretos de urgencia y otras normas de rango reglamentario¹¹.

- b) La previsión legal debe ser accesible a los ciudadanos. Por accesibilidad el Tribunal ha entendido que los ciudadanos “*must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case*”¹².
- c) Debe ser lo suficientemente precisa como para deducir de manera razonable las consecuencias de las acciones que conlleva, es decir, la norma debe ser previsible. Para el Tribunal el nivel de precisión requerido en la legislación interna depende en gran medida del contenido del instrumento en cuestión, del ámbito que regula y del número de personas a quienes va dirigido¹³. En caso en que la legislación confiera algún grado de discrecionalidad a los aplicadores del derecho, esta debe indicar de manera clara el alcance de dicha discrecionalidad¹⁴. Los requerimientos de precisión de la ley admiten que deba consultarse de otras normas de rango infra-reglamentario con el objetivo de aclaración.

Cabe indicar que en los casos en los que la finalidad alegada por los Estados es la seguridad pública, la interpretación del requisito relativo a la previsibilidad de la ley se ha matizado al afirmarse que éste no puede significar que un individuo sea capaz de prever cuando las autoridades por ejemplo han interceptado sus comunicaciones, hay seguimientos policiales, de manera que las personas puedan adaptar su conducta para

¹⁰ STEDH Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984 (App. 8681/97), párrafo 64; STEDH Sunday Times c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979, (App. 6538/74) párrafo. 47.

¹¹ STEDH De Wilde, Ooms and Versyp c. Bélgica, de 18 de noviembre de 1970, (App. 2832/66; 2835/66; 2899/66) párrafo 93; Wallace v. Países Bajos, (App. 7736/76).

¹² STEDH Sunday Times c. Reino Unido op.cit., párrafo 49.

¹³ STEDH Malone ... op.cit., párrafo 68; STEDH Sunday Times c. Reino Unido op.cit, párrafo 49; STEDH Chorherr c. Austria, de 25 de agosto de 1993, (App. 13308/87); STEDH Vogt c. Alemania, de 2 de septiembre de 1996, (App.17851/91), párrafo 48; STEDH Wingrove c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996, (App. 17419/90), párrafo. 40-44.

¹⁴ STEDH Sivler y otros c. Reino Unido, de 23 de marzo de 1983, (Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75); Herczegfalvy c. Austria, de 24 de septiembre de 1992, (App. 10533/83) párrafo 89.

evadir una futura acusación penal. Esta previsión resulta lógica teniendo en cuenta que elemento sorpresa en casos como la persecución de delitos y del crimen el resulta clave para las investigaciones policiales. En todo caso, el Tribunal ha indicado que cuando una la ley que autoriza actuaciones que conllevan una interferencia sobre la vida privada y la correspondencia, ésta debe ser lo suficientemente clara en términos de dar a los ciudadanos la información adecuada sobre las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades están autorizadas para llevar a cabo este tipo de actuaciones¹⁵.

- d) La ley debe prever mecanismos de defensa adecuados frente a las interferencias arbitrarias producidas sobre los derechos¹⁶. Los mecanismos de defensa no necesariamente deben estar previstos en la misma norma que limita el derecho en cuestión. Para el Tribunal el cumplimiento de este requisito supone que el ordenamiento jurídico prevea un sistema de recursos efectivos que permitan obtener una defensa adecuada del derecho vulnerado y la reparación frente al daño causado.

2.2 La medida debe ser necesaria en una sociedad democrática

El siguiente paso supone que la medida o la limitación adoptada por los Estados sea necesaria en el marco de una sociedad democrática. Sin lugar a dudas la configuración y limitación de los derechos debe enmarcarse dentro de los principios democráticos dado que la protección de los mismos es un elemento inherente a las sociedades democráticas. Sin embargo, más allá de esta idea general, la concreción o definición de lo que se entiende como “necesario en una sociedad democrática” resulta realmente complejo. En los Estados democráticos existe un amplio número de valores que definen el concepto de democracia y, por lo tanto, resulta en muchas ocasiones complicado e incluso problemático determinar cuales principios forman parte del concepto democracia y cuales queda fuera. Al respecto, en un intento de concreción y delimitación en el *Asunto Handyside c. Reino Unido*¹⁷, el TEDH vinculó

¹⁵ STEDH Malone c. Reino Unido ...op.cit., párrafo 34; STEDH Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987, (App. 9248/81), párrafo 51; STEDH Kennedy c Reino Unido de 18 de mayo de 2010 (App. 26839/05) párrafos 121-127.

¹⁶ STEDH Huvig c. Francia, de 24 de abril de 1990, (App.11105/84), párrafos 26-35; STEDH Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990, párrafos 33 a 35.

¹⁷ Una editorial inglesa publica el libro titulado the little red schoolbook, de origen noruego, y comienza su venta y difusión. Las autoridades británicas registran los loca-

el concepto de sociedad democrática con la idea de pluralismo, tolerancia y mente abierta.

El Tribunal comienza afirmando que, en campos como la protección de la moral, los Estados miembros tienen un amplio margen de apreciación debido justamente a que no existe un concepto de moral europeo uniforme y éste varía en función de cada Estado. No obstante, cualquier limitación que impongan los Estados debe ser reconciliable con la libertad de expresión protegida por el art. 10 CEDH, derecho que constituye un fundamento básico de nuestra sociedad. Estas son demandas provenientes del pluralismo, la tolerancia y la mente abierta sin las cuales no existe una sociedad democrática

*The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. (...). Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"*¹⁸.

Posteriormente, en el *Asunto Silver c. el Reino Unido*¹⁹, el Tribunal resumió en 4 puntos el significado de la frase "necesario en una sociedad democrática".

(a) the adjective "necessary" is not synonymous with "indispensable", neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary", "useful", "reasonable" or "desirable";

(b) the Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation in the matter of the imposition of restrictions, but it is for the Court to give the final ruling on whether they are compatible with the Convention;

(c) the phrase "necessary in a democratic society" means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia,

les correspondientes, confiscan el libro y, tras la sentencia de un Tribunal de apelación, destruyen la matriz y los ejemplares aprehendidos, al tiempo que imponen una multa al editor. La demanda pone de manifiesto que las autoridades británicas habían actuado vulnerando el artículo 10 del Convenio. STEDH Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (App. 5493/72).

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 49.

¹⁹ STEDH Silver y otros c. Reino Unido ...op.cit.,

correspond to a “pressing social need” and be “proportionate to the legitimate aim pursued”;

*(d) those paragraphs of Articles of the Convention which provide for an exception to a right guaranteed are to be narrowly interpreted*²⁰.

Pero, en el Asunto *Lingens c. Austria*²¹ se reitera la idea de “la existencia de una presión social” como elemento parte del concepto de necesidad en una sociedad democrática.

*“the adjective “necessary”, within the meaning of Article 10 para. 2 implies the existence of a “pressing social need”. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists (ibid.), but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court”*²².

En todo caso, en *Lingens* también se indicó la dificultad de fijar un criterio de interpretación uniforme para todos los casos, de manera que el análisis sobre la existencia o no de una presión social variaría dependiendo de los antecedentes del caso, del derecho en cuestión y del tipo de injerencia.

En pronunciamientos posteriores se han hecho referencias más detalladas sobre lo que se entiende como necesario en una sociedad democrática. Teniendo en cuenta los hechos de cada caso el Tribunal se ha referido también a una sociedad en la que debe garantizarse plenamente la libertad del debate político²³, el derecho a un juicio justo²⁴ o la neutralidad e imparcialidad en la organización de las religiones y las creencias de manera que se logre compaginar las finalidades relacionadas con el orden público y los principios como la tolerancia dentro de la cual debe incluirse el pluralismo y la armonía religiosa²⁵. El pluralismo y la democracia deben basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso que implica necesariamente concesiones diversas por parte de los

²⁰ *Ibidem*, párrafo 97.

²¹ STEDH *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986 (App.9815/82).

²² *Ibidem*, párrafo 39.

²³ *Ibidem*, párrafo 41.

²⁴ STEDH *Delcourt c. Bélgica*, de 17 de enero de 1970, (App. 2689/65).

²⁵ STEDH *Refah Party (The Welfare Party) c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003 (App. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98); STEDH *Manoussakis y otros c. Grecia* de 26 de septiembre de 1996 (App. 18748/91), párrafo 44.

individuos que se justifican al objeto de la salvaguardia y la promoción de los ideales y los valores de una sociedad democrática²⁶. El Tribunal también ha indicado que el concepto de democracia va más allá de la idea que la visión de la mayoría debe prevalecer, pues es necesario asegurar un trato justo a las minorías y evitar el abuso de las posiciones dominantes²⁷. Como puede apreciarse las definiciones que tras *Handyshield* ha dado el Tribunal en los diferentes casos introducen algunas matizaciones al concepto de sociedad democrática pero, en todos los casos la idea de tolerancia y pluralismo resulta ser el eje conductor de su interpretación.

2.3 Objetivos o finalidades legítimas que justifican una limitación a los derechos

Mayor complejidad presenta la relación entre los principios democráticos con los objetivos previstos en el Convenio para la limitación de los derechos como son la seguridad, la moralidad o la salud pública. En este punto es donde nos encontramos justamente en el centro de los conflictos entre los derechos y los bienes jurídicos colectivos tutelados y donde la teoría del margen de apreciación de los Estados desarrollada a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal juega un papel fundamental. Aquí, el reto se deriva de la necesidad de compatibilizar el ejercicio de los derechos previstos en el CEDH en casos como por ejemplo el desarrollo de exposiciones o la publicación de libros cuyas ideas pueden ofender a los valores morales de una parte de la sociedad, el uso de determinadas prendas, símbolos o expresiones religiosas que pueden entrar en conflictos con principios como la laicidad o la neutralidad del Estado; la realización de cacheos, requisas o controles con el objetivo de garantizar la seguridad nacional pero que pueden suponer una intrusión o limitación a derechos como la intimidad e integridad física.

Autores como Oliver De Schutter y Françoise Tulkes han clasificado los conflictos entre derechos como internos y externos. Los conflictos internos vendrían referidos a casos en los que la colisión sucede entre derechos previstos por el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos como por ejemplo la protección de la libertad de información y la necesidad de no vulnerar la intimidad de las personas, es

²⁶ STEDH Partido Comunista Unificado y otros c. Turquía, de de 30 de enero de 1998, (App.113/1996/752/951).

²⁷ STEDH Young, James and Webster c. Reino Unido, de 12 de octubre de 1982 (App.7601/76; 7806/77), párrafo 63.

decir, derechos y finalidades previstas en el Convenio. En cambio, los denominados conflictos externos vendrían referidos a casos en los que la protección de un derecho previsto en el Convenio entra en contradicción con una finalidad alegada por los Estados como legítima, pero no prevista en el Convenio como puede ser el principio de laicidad²⁸, la implementación de políticas sociales y económicas²⁹ o la idea de *living together*³⁰.

2.3.1 La moral pública

Refiriéndonos a los conflictos internos podemos observar como, por ejemplo, que en el Asunto *Handyside c. el Reino Unido* el Estado invocó la protección de moral pública como finalidad legítima para justificar la limitación del art. 11 CEDH. Aquí, el Tribunal siguió las alegaciones del Reino Unido y declaró que la confiscación y prohibición del libro “the red book” por parte de las autoridades inglesas tenía como objetivo proteger a los más jóvenes frente a un daño a la moral que éste les podía causar. En este caso, el Tribunal señaló que los Estados parte del Convenio tienen su propia aproximación en virtud de las circunstancias de la situación en cada uno de sus territorios, entre ellos existe diferentes visiones sobre las demandas de protección de la moral en una sociedad democrática. El concepto de moral varía de lugar en lugar y de tiempo en tiempo, más aún en una época como la actual en donde hay una rápida evolución de las opiniones sobre temas relacionados con los valores morales³¹.

En otros casos como *Muller y otros c. Suiza* relativo a la prohibición pública de varios cuadros que ofendían la moral sexual de las personas con una sensibilidad normal, el Tribunal adoptó por una posición similar al dar validez a las valoraciones del Estado en relación a los valores morales de la población media frente a la libertad artística³². En el Asunto *Open Door and Dubil Well Woman c. Irlanda* sostuvo que

²⁸ STEDH Refah Party (The Welfare Party) ... op.cit., STEDH Leyla Sahin c. Turquía, 10 de noviembre de 2005 (App. 44774/98).

²⁹ STEDH James y otros c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1986 (App.8793/79), párrafo 46; STEDH Hatton v. Reino Unido de 8 de julio de 2003 (App. 36022/97); Decisión de admisión Valentina Penticova y otros contra Moldavia, 4 de febrero de 2005, (App.14462/03).

³⁰ STEDH SAS c. Francia de 1 de julio de 2004, (App. 43835/11).

³¹ STEDH Handyside c. Reino Unido... op.cit., párrafo 48-53.

³² STEDH Muller c. Suiza y otros c. Suiza, de 24 de mayo de 1988, (App. 10737/84).

las restricciones a las organizaciones dedicadas a proveer asistencia y asesoría a las mujeres interesadas en interrumpir el embarazo perseguía la finalidad de proteger la moral pública basándose en los profundos valores sobre la naturaleza de la vida de una sociedad como la irlandesa³³. En *Sunday Times c. Reino Unido*, el Tribunal confirmó la misma aproximación al señalar que la visión de los Estados sobre los requisitos de la moral (...) varía de época en época y de lugar en lugar, de manera que los Estados son quienes en principio están en mejor posición que los jueces internacionales para dar una opinión precisa sobre su contenido³⁴.

Como puede observarse, el TEDH ha dado amplio desarrollo a la teoría del margen de apreciación de los Estados en los casos en donde la moral se sitúa como la justificación que legitima la limitación a alguno de los derechos contenidos en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio, llegando a extender el margen de apreciación no sólo al concepto de moral sino también a la evaluación de la necesidad de las medidas que se deben tomar para proteger la moral³⁵. En este sentido, los Estados se encuentran en mejor posición para valorar tanto el concepto actual de moral pública como la evolución que pueda haber sobre la misma en las diferentes generaciones. En muy pocas ocasiones el Tribunal ha declarado que la valoración interna realizada por los Estados miembros del concepto de moral pública podía suponer una limitación a los derechos del Convenio. En *el Asunto Dudgeon c. Reino Unido* sobre la prohibición por ley de prácticas sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, el Tribunal señaló que pese a que los miembros de la comunidad puedan verse en shock, ofendidos o disturbados por la comisión de actos homosexuales, esto no puede conllevar la aplicación de sanciones penales cuando existe el consentimiento adulto. El Tribunal sostuvo que los beneficios que perseguía la ley, en este caso, la protección de la moral pública no superaba las desventajas que suponían las limitaciones impuestas al aspecto más íntimo de la vida privada. La opinión pública no puede ser determinante dado que toda limitación a los

³³ STEDH *Open Door and Dubil Well Woman c. Irlanda*, de 29 de octubre de 1992 (App. 14234/88; 14235/88)

³⁴ STEDH *Sunday Times c. Reino Unido...* op.cit. En un sentido similar, STEDH *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1997 (App. 21627/93; 21628/93; 21974/93); STEDH *Aydin Tatlav c. Turquía*, de 2 de agosto de 2006 (App. 50692/99); STEDH *Mouvement Raelien Suisse c. Suiza*, de 13 de julio de 2013 (App.16354/06).

³⁵ Perrone Roberto, *Public Morals and the ECHR*, Univeristy of Leicester School of Law, Reserach Paper, N°14-02. 2017.

derechos debe superar el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática, el cual supone la conformidad de la medida con los principios de tolerancia y mente abierta³⁶.

2.3.2 La seguridad nacional

La seguridad nacional ha sido otra de las finalidades alegadas por los Estados para limitar o restringir el ejercicio de los derechos contenidos en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio. En términos generales el Tribunal incluye dentro de esta cláusula la protección de la seguridad nacional y la democracia constitucional frente al espionaje, el terrorismo, el apoyo al terrorismo, el separatismo y la incitación a la ruptura de la disciplina militar³⁷. La necesidad de protección del Estado en estos ámbitos ha llevado a declarar conforme al Convenio la existencia de legislaciones que garantizan competencias de vigilancia sobre el email, el correo y las telecomunicaciones. En el *Asunto Klass y otros c. Alemania* el Tribunal afirmó que teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico la vigilancia secreta es una actividad necesaria para salvaguardar las instituciones democráticas. En todo caso, el desarrollo de estas actividades debe garantizar que las personas estén protegidas frente a los abusos arbitrarios³⁸. Y, por lo tanto, en estos casos resulta fundamental la previsión del control judicial. Posteriormente, en el *Asunto Leander c. Suiza* también se hizo referencia a controles sobre las potestades de vigilancia que pueden configurarse a través de los parlamentos nacionales, los defensores del pueblo o comités creados con esta finalidad³⁹.

La seguridad pública o nacional como objetivo legítimo que habilita la limitación de los derechos otorga a los Estados un amplio margen sobre la elección de los medios mas adecuados para lograr dicha finalidad. Para el Tribunal las autoridades nacionales se encuentran en mejores condiciones para determinar la existencia de una verdadera situación de urgencia y amenaza a la seguridad nacional, de manea que queda en manos de los Estados la valoración sobre si la medida adoptada es realmente necesaria teniendo en cuenta la existencia de una presión

³⁶ STEDH Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, (App. 7525/76). En el mismo sentido, STEDH Norris c. Irlanda, de 26 de octubre de 1998, (App.10581/83); STEDH Modinos c. Chipre, de 22 de abril de 1993, (App. 15070/89).

³⁷ Concil of Europe, National security and European Case Law. Concil of Europe, 2013.

³⁸ Klass y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978, (App. 5029/71).

³⁹ STEDH Leander c. Suecia .. op.cit.,

social. En estos supuestos el control externo que realiza el Tribunal vendrá referido a la existencia de garantías adecuadas y efectivas frente al abuso. En todo caso, la valoración sobre la existencia de éstas garantías dependerá de las circunstancias del caso, de la finalidad y del alcance de la medida en cuestión, las autoridades competentes para autorizar las intercepciones y llevar a cabo actuaciones de vigilancia y los recursos judiciales previstos en la legislación nacional⁴⁰.

Tras los acontecimientos del 11S y en el marco de la lucha internacional contra el terrorismo la seguridad nacional como finalidad legítima para limitar los derechos contenidos en el Convenio ha tomado una perspectiva aún más amplia. En el *Asunto A y otros c. Reino Unido* sobre la derogación por la Anti-terrorism, Crime and Security Act de los derechos contenidos en el art.5 CEDH en casos de personas acusadas de participar en actos terroristas, el Tribunal declaró dichas restricciones conformes al Convenio, adoptando así “una posición condescendiente dado clara preminencia a las consideraciones de seguridad nacional, reconociendo en consecuencia una excesiva libertad del Estado”⁴¹. Otro de los ámbitos de protección que también ha dado lugar a matizaciones por parte del Tribunal es la prohibición de expulsiones cuando estas entran en conflicto con el art.3 CEDH. Tras el *Asunto Chahal c. Reino Unido* se afirmó que los Estados no podían llevar a cabo expulsiones en casos en que existan sospechas fundadas que la persona será sujeta a tratados inhumanos y degradantes en el país al que se expulsa⁴². Esta regla fue reiterada en numerosas ocasiones⁴³ hasta el *Asunto Omar c. Reino Unido* cuando el Tribunal encuentra que la expulsión de un ciudadano jordano a Jordania no vulneraba el art. 3 CEDH dada la existencia de garantías diplomáticas negociadoras entre los gobiernos de

⁴⁰ STEDH Kennedy c. Reino Unido; STEDH Klass y otros c. Alemania ...op.cit.,

⁴¹ Costas Trascasas Milena, Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?”, en Conde Perez Elena e Iglesias Sara, “Terrorismo y legalidad internacional”, Madrid, Dixon, 2012, p. 202.

⁴² STEDH Chahal c. Reino Unido, 15 de noviembre de 1996, (App. 22414/93).

⁴³ En el 2008, el Tribunal había reiterado la doctrina de Chahal en Saadi c. Italia. Aquí el Tribunal afirmó que aún reconociendo que la gravedad de la amenaza terrorista en la actualidad era mayor que en la época en la que se dictó la sentencia del caso Chahal, el Tribunal concluye que la naturaleza absoluta del art. 3 CEDH permanece inalterada incluso frente a estas nuevas circunstancias. Saadi c. Italia, de 28 de febrero de 2008 ... op. cit., Véase, Costas Trascasas, Milena, Seguridad nacional y derechos humanos ... op.cit., p. 196.

Jordania y el Reino Unido. En este contexto, el Tribunal declaró que las garantías diplomáticas pueden ser suficientes para reducir el riesgo de torturas en determinadas circunstancias⁴⁴.

2.3.3 La implementación de políticas sociales y económicas

En el marco de los denominados conflictos externos, es decir la existencia de finalidades no previstas de manera expresa en el Convenio pero que tras ser alegadas por los Estados pueden suponer una limitación o restricción legítima para algunos de los derechos previstos en el Convenio nos encontramos entre otros los objetivos referidos a la implementación de políticas sociales y económicos. En el *Asunto James y otros c. Reino Unido*, el Tribunal incorpora la implementación de políticas sociales y económicas dentro de la noción de “interés público”. En este sentido, señala que decisiones como la promulgación de medidas de expropiación implican la consideración de las cuestiones políticas, económicas y sociales en los que las opiniones en una sociedad democrática pueden diferir razonablemente ampliamente. En este caso se reconoce el amplio margen de apreciación que dispone el legislador en la aplicación de las políticas sociales y económicas, puesto que es el legislador interno quien mejor puede valorar la existencia de un interés público. El mismo concepto se extiende en *Hatton v. Reino Unido* sobre la vulneración del art. 8 CEDH como consecuencia de los vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow. Aquí el Tribunal afirmó que dada la conexión directa por vía de la legitimación democrática, en muchas ocasiones, los Estados están en mejor posición que los tribunales internacionales para valorar las necesidades y condiciones locales. De manera que en la ponderación entre los derechos individuales e intereses colectivos los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar a través de que políticas sociales y económicas lograr un equilibrio conforme al Convenio.

Las decisiones sobre la implementación de políticas sociales y protección también ha sido la finalidad a la que ha acudido en Tribunal para reconocer un amplio margen de apreciación sobre el desarrollo y protección de derechos de naturaleza social en un contexto de recursos limitados.

⁴⁴ STEDH Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido, de 17 de enero de 2012, (App. 8139/09).

Así sucede por ejemplo en asuntos como *Blecic c. Croacia*; *Semteges c. Países bajos*; *Valentina Penticova y otros c. Moldavia*; *Alejandra c. Lituania*; *Ponomaryovi c. Bulgaria*⁴⁵.

3 LOS DERECHOS DE LOS OTROS COMO LÍMITES A LOS DERECHOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO

Tal y como se ha señalado anteriormente otras de las finalidades que habilitan la limitación de los derechos y libertades individuales es la protección de los derechos y libertades de los otros. Concretamente el Convenio establece que el derecho a la intimidad (art. 8), el derecho a la libertad religiosa, de conciencia y de expresión (art. 9), el derecho a manifestarse de manera pacífica y la libertad de asociación (art. 11) y el derecho a la libertad de expresión (art. 10) puedan ser restringidos, siempre que esta medida sea necesaria para proteger “los derechos y libertades de los otros”.

La primera vez que el Tribunal incorporó esta cláusula en su argumentación fue en el *Asunto De Wilde, Ooms and Versyp c. Bélgica*, conocido como “vagrancy case”. En este caso se justificó que las autoridades belgas detuvieran y privaran de libertad a una persona sin hogar con el objetivo de proteger los derechos y libertades de los demás⁴⁶. Sin embargo, más allá de recurrir a esta cláusula, el pronunciamiento no concreta que derechos y libertades se estarían protegiendo, ni tampoco que alcance habría que darle a la misma.

*Belgian authorities did not transgress in the present cases the limits of the power of appreciation which Article 8 (2) (art. 8-2) of the Convention leaves to the Contracting States: even in cases of persons detained for vagrancy, those authorities had sufficient reason to believe that it was “necessary” to impose restrictions for the purpose of the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others*⁴⁷.

⁴⁵ STEDH *Blecic c. Croacia*, de 8 de marzo de 2006, (App. 59532/00); STEDH *Sentges c. Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad, de 8 de julio de 2003 (App. 27677/03); STEDH *Valentina Penticova y otros c. Moldavia*, decisión de inadmisibilidad, 1 de julio de 1998 (App. 32647/03); STEDH *Andrejeva c. Letonia*, de 18 de febrero de 2009 (App. 77707/00); STEDH *Ponomaryovi c. Bulgaria*, de 21 de junio de 2011, (App. 5335/05).

⁴⁶ STEDH *De Wilde, Ooms and Versyp c. Bélgica*, de 18 de noviembre de 1970, (App. 2832/66; 2835/66; 2899/66)

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 93.

La concreción de lo que puede llegar a abarcar los derechos y libertades de los otros resulta un ejercicio realmente complejo. A priori resulta imposible determinar de manera más o menos concreta que elementos forman parte de esta cláusula. ¿A qué derechos nos estamos refiriendo? ¿En que supuestos un derecho puede ser limitado o restringido en aras a la protección de los derechos de los otros? ¿Quiénes son los otros? toda la sociedad o un grupo determinado de personas. ¿Cómo puede el Tribunal identificar o incluso llegar a cuantificar a los derechos de los otros? ¿Qué valores o principios hay detrás de la protección de los derechos de los otros? Y, por lo tanto, ¿A que valores se les da prioridad al proteger los derechos de los otros?.

Hasta el momento el único intento de concreción lo encontramos en el *Asunto Chassagnou y otros c. Francia*⁴⁸. En este caso el Tribunal afirmó que en aquellos casos en donde los derechos y libertades tutelados por vía de esta cláusula se encuentran previstos en la Convención y sus protocolos, la ponderación debe tener en cuenta que nos encontramos en un campo donde el margen de apreciación es amplio dado que los Estados se encuentran en una mejor posición que los tribunales internacionales para comprobar si existe o no una presión social suficiente como para justificar la interferencia en uno de los derechos contenidos en el Convenio.

*Where these “rights and freedoms” are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention.(...) The balancing of individual interests that may well be contradictory is a difficult matter, and Contracting States must have a broad margin of appreciation in this respect, since the national authorities are in principle better placed than the European Court to assess whether or not there is a “pressing social need” capable of justifying interference with one of the rights guaranteed by the Convention*⁴⁹.

En cambio, cuando las restricciones son impuestas a uno de los derechos previstos por el Convenio con la finalidad de proteger “los derechos y libertades de los otros”, pero aquello que vendría a configurarse como los derechos de los demás (derechos o bienes

⁴⁸ STEDH Chassagnou y otros c. Francia, de 29 de abril de 1999, (App. 25088/94, 28331/95 y 28443/95).

⁴⁹ *Ibídem*, párrafo 113.

jurídicos) no se encuentran contenidos en el Convenio entonces sólo razones imperativas “imperative indisputable” pueden justificar una interferencia sobre el disfrute de alguno de los derechos previstos en el Convenio.

It is a different matter where restrictions are imposed on a right or freedom guaranteed by the Convention in order to protect “rights and freedoms” not, as such, enunciated therein. In such a case only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right⁵⁰.

La distinción que desarrolla el Tribunal en el *Asunto Chassagnou y otros c. Francia* supondría entonces la aplicación de un doble parámetro de enjuiciamiento. En aquellos supuestos en los que los bienes jurídicos o derechos a proteger se encuentren previstos en el Convenio o en alguno de sus protocolos, entonces el juicio del Tribunal será menos estricto dejando espacio al margen de apreciación a los Estados. Aquí nos encontraríamos frente a conflictos entre derechos y libertades o intereses generales contenidos en el Convenio y, en consecuencia, la decisión de los Estados de dar prioridad en la protección a uno de ellos tendrá un peso relevante en el juicio de ponderación que realiza el Tribunal. Caso contrario, es cuando los derechos y libertades alegados por los Estados no se encuentren incluidos en el Convenio o en alguno de sus protocolos. Según el Tribunal el juicio de ponderación aplicado a estos casos se convierte en un juicio mas estricto y sólo razones imperativas vendrían a justificar las limitaciones o restricciones a alguno de los derechos del art. 8 al 11 CEDH.

A lo largo de su jurisprudencia el Tribunal ha incorporado amplias referencias dentro de la cláusula de los derechos y libertades de los demás, las cuales vienen en gran medida determinadas por las circunstancias particulares de cada caso y las alegaciones de los Estados. Así, se ha referido a los derechos y libertades de los otros como el derecho a no ser insultado en sus sentimientos religiosos por expresiones realizadas por otras personas⁵¹, la reputación de los jueces y la protección de la confianza pública en los procesos judiciales⁵², los derechos de las minorías y de otras personas que se puedan ver ofendidas por

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ STEDH *Otto-Preminger Institute c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994 (App. 13470/87).

⁵² STED *Prager y Oberschlick c. Austria*, de 25 de abril de 1995 (App.15974/90).

declaraciones racistas⁵³, el derecho de los acreedores de recibir el pago de su deuda en casos de deudores declarados en bancarrota⁵⁴, la protección de los derechos de los inquilinos y, por ende, la promoción del bienestar económico del país⁵⁵; la protección de actividades profesionales y de negocios⁵⁶, la protección de los derechos de autor⁵⁷, principios como el laicismo y el derecho de las mujeres a no sentirse presionadas por el uso del velo⁵⁸ o el derecho a vivir juntos materializado en el derecho de los otros a relacionarse con rostros descubiertos⁵⁹

La jurisprudencia resulta excesivamente casuística y en términos generales el Tribunal suele dar por válida las finalidades alegadas por los Estados, sin incluir una argumentación más allá que su conformidad. La regla general seguida hasta el momento por el Tribunal es la aceptación de un amplio número de derechos con la sola invocación genérica del término “los derechos de los otros”. De hecho, el criterio que se introdujo en *Asunto Chassagnou y otros c. Francia*, antes descrito, no ha tenido mayor recorrido en pronunciamientos posteriores. Así, por ejemplo en el *Asunto Casado Coca c. España* se declaró conforme al Convenio Europeo la limitación de la publicidad de un bufete de abogados porque “Even in some contexts, the publication of even objective, truthful advertisements might be restricted in order to ensure respect for the rights of others or owing to the special circumstances of particular business activities and professions”⁶⁰. En términos muy similares en el *Asunto Peck c. Reino Unido* el Tribunal señaló que un sistema cerrado de televisión que grababa la vía pública con retransmisión directa a la policía “pursued the legitimate aim of public safety, the prevention of disorder and crime and the protection of the rights of others”⁶¹.

Sin duda, resulta muy difícil definir un marco claro de aplicación de la cláusula cuando nos referimos a un contexto en donde los derechos y las finalidades entran en conflicto o coalición⁶². La

⁵³ STEDH Jersild c. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994. (App. 15890/89).

⁵⁴ STEDH Luordo c. Italia, de 17 de octubre de 2003 (App. 32190/96).

⁵⁵ STEDH Velosa Barreto c. Portugal, de 21 de noviembre de 1995 (App. 18072/91).

⁵⁶ STEDH Casado Coca c. España, de 24 de febrero de 1994 (App. 15450/89).

⁵⁷ STEDH Chappell c. Reino Unido, de 30 de marzo de 1993. (App. 16130/90).

⁵⁸ STEDH Leyla Şahin c. Turquía, de 11 de noviembre de 2005 (App. 44774/98).

⁵⁹ STEDH SAS c. Francia, 1 de julio de 2014 (App. 43835/11).

⁶⁰ STEDH Casado Coca c. España ... op.cit., párrafo 51.

⁶¹ STEDH Peck c. Reino Unido, párrafo 67.

⁶² Pese a los intentos tanto doctrinales como jurisprudenciales resulta prácticamente imposible señalar una regla que de solución satisfactoria a todos los conflictos entre

interpretación de los derechos de los otros y las finalidades legítimas que con ellos se persiguen dependerán de las circunstancias concretas de cada caso concreto y será el juez o tribunal quien en función de los hechos del caso determinará el alcance de la cláusula. En todo caso, la flexibilidad que los supuestos de conflictos entre derechos otorgan al aplicador del derecho, no tienen por qué suponer una exoneración de justificación, por el contrario, en casos como estos la carga argumentativa desarrollada por el Tribunal será vital. Esto es así, porque en ausencia de una elaboración y bases jurídicas sólidas, el derecho de los otros puede convertirse en un “catch all” o “wild card”⁶³ que permita a los Estados la invocación de una finalidad legítima sin más argumentos que su inclusión en la cláusula. En últimas, el término “los derechos y libertades de los otros” no puede convertirse en una justificación en la que todo cabe y el Tribunal debería ser más exigente en su argumentación porque supone incorporar un derecho no previsto en el Convenio con el objetivo de legitimar las restricciones a derechos que si lo están.

A continuación, se analizará la utilización de la cláusula los derechos y libertades de los otros por parte del Tribunal de Estrasburgo en el Asunto SAS c. Francia. En este caso, se evaluaba la legitimidad de una medida como la prohibición del velo integral y su compatibilidad con el derecho a la vida privada y familiar y la libertad religiosa.

4 LA ESPECIAL REFERENCIA LOS DERECHOS DE LOS OTROS EN EL ASUNTO SAS. C. FRANCIA

En el Asunto SAS c. Francia⁶⁴ el TEDH se pronunció sobre el alcance de los derechos contenidos en el Convenio respecto del uso del velo islámico integral, también conocido como burka o niqab. Concretamente el Tribunal analizó si la previsión de la ley francesa 2010-

derechos que tienen en su origen una gran variedad. En sentido contrario, la solución debe permitir al juez examinar de manera pormenorizada el origen del conflicto, que puede hacerse al respecto y cual ha sido la actitud del Estado al respecto. La mejor aproximación a los conflictos entre derechos es la valoración del caso concreto en el marco de los principios de una sociedad democrática y la autonomía del individuo. De Schutter, Oliver y Tulkens, Françoise., “Rights in Conflict: the European Court of Human Rights ... op.cit.,

⁶³ En este sentido, Khan Astifa., “A “Right Not to be Offended” Under Article 10(2) ECHR? Concerns in the construction of the “Rights od Others”, *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2012, p. 201.

⁶⁴ STEDH SAS c. Francia, 1 de julio de 2014, op.cit.,

1192, de 11 de octubre de 2010, que prohíbe el uso en lugares públicos de prendas que oculten el rostro⁶⁵ podía suponer una interferencia ilegítima al ejercicio del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) y el derecho a la libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

El primer elemento que cabe destacar de SAS es el tipo y el alcance de la prohibición. Hasta el momento el Tribunal se había pronunciado sobre prohibiciones parciales que limitaban el uso del pañuelo islámico (no velo integral) a un espacio determinado, concretamente en las escuelas públicas⁶⁶ o el uso del mismo por estudiantes o personas que ejercen algún tipo de representación del Estado⁶⁷. La diferencia de SAS se encuentra en que la prohibición de la ley francesa es sobre el uso del velo integral, una de las prendas que genera más polémica por dejar visible tan solo los ojos de la mujer. Tal y como indica la doctrina, el uso del burka vendría ser el ejemplo que mejor escenifica las posturas que abogan por la existencia de un conflicto entre Islam y Democracia, el atentado contra los fundamentos del orden democrático-liberal occidental, entre los que están la dignidad de la mujer y la igualdad de género, la neutralidad religiosa del Estado, o la necesidad de evitar sociedad paralelas a las que conduciría el multiculturalismo⁶⁸.

⁶⁵ La sección primera de la Ley señala expresamente que “nadie podrá en lugares públicos vestir prendas que oculten el rostro”. Asimismo, añade que el incumplimiento de esta prohibición será penado con una multa de máximo 150 euros y adicional o alternativamente al pago de a la multa, la persona deberá realizar un curso sobre ciudadanía.

⁶⁶ STEDH Dahlad c. Suiza, Decisión de inadmisión de 15 de febrero de 2001 (App. 42393/98); STEDH Kurtulmuş c. Turquía, Decisión de inadmisión, de 24 de enero de 2006 (App. 65500/01). Al respecto véase, Ruiz Ruiz, Juan Jose, “La prohibición del velo en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2001, p.103-140.

⁶⁷ STEDH Leyla Şahin c. Turquía ...op.cit.; STEDH Korse y otros contra Turquía (App. 26625/02); STEDH Kervanci c. Turquía, (App. 31645/04); STEDH Dogru c. Francia, de 4 de diciembre de 2008, (App. 27058/05) STEDH Aktas c. Francia, de 30 de junio de 2009 (app. 43563/08); STEDH Ranjit Singh c. Francia, de 30 de junio de 2009 (App. 27561/08).

⁶⁸ Tal y como indica Benito Aláez el velo islámico integral es el que mejor simboliza los motivos de reproche jurídico que se han esgrimido en los distintos Estados para su prohibición, desde los mas abstractos, relacionados con el llamado orden público inmaterial como la incompatibilidad entre Islam y Democracia, hasta los mas concretos relacionados con el orden público material como la seguridad pública, el desenvolvimiento de los servicios públicos o la tutela de los derechos fundamentales de los demás, y en particular el derecho a la educación. Aláez Corral, Benito “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo integral en Europa”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 484.

Pero además, en este caso la limitación tiene un alcance general, es decir, se proscribire la utilización de esta prenda en todos los espacios públicos.

La parte demandante alega que la prohibición del uso del velo integral le impide manifestar su fe, vivir conforme a sus creencias religiosas y manifestarlas en público y, por lo tanto, conlleva una infracción a los artículos 8 y 9 del CEDH. Añade que la prohibición no persigue ninguna de las finalidades previstas en el segundo párrafo del artículo 9 CEDH y no es necesaria en una sociedad democrática⁶⁹. Por su parte el Gobierno francés alega entre otros motivos⁷⁰ que la ley persigue el objetivo que de “la protección de los derechos y libertades de los otros” y asegura el respeto de un mínimo de valores de las sociedades abiertas y democráticas. Se argumenta que el rostro juega un rol fundamental en la interacción humana, el rostro expresa la individualidad única de la persona y refleja one’s share humanity with the interlocutor. En consecuencia, negarse a mostrar el rostro en público quebranta los lazos sociales y manifiesta un rechazo el principio de convivencia o “vivre ensemble”.

Tras descartar las alegaciones referidas a la seguridad pública y la igualdad de género, el Tribunal decidió acudir a la cláusula sobre “la protección de los derechos y las libertades de los otros” como punto de apoyo para entender que la limitación al uso del burka constituía una

⁶⁹ Así, sobre los objetivos vinculados a la seguridad pública se cuestiona la adecuación de la medida dado que la prohibición del uso del velo integral no se limita a lugares de alto riesgo como aeropuertos, sino por el contrario, a todos los lugares públicos. También objeta que la obligación de llevar descubierta la cara pueda perseguir finalidades vinculadas con los requerimientos mínimos de la vida en sociedad puesto que este argumento deben ponderarse con las prácticas religiosas de las culturas minoritarias que no necesariamente debe compartir esta filosofía o el hecho que existen otras formas de comunicación distintas a la visual. Finalmente, sobre el argumento vinculados a la igualdad de género, la recurrente encuentra sorprendente que una idea abstracta sobre la igualdad de género pueda ir en contra de la opción personal de la mujer de vestir el velo integral y señala que la imposición de sanciones contradice la inequidad a la que la ley dice hacer frente. En últimas la medida no sólo es paternalista, sino que además refleja la intención de castigar a la mujer a quien supone proteger de una presión patriarcal. SAS c. Francia, de 1 de julio de 2014, ...op.cit., párrafos 77-80.

⁷⁰ Otra de las razones alegadas por el Gobierno francés se centran en la seguridad pública al satisfacer la necesidad de identificación individual y de esta forma proteger la seguridad de las personas y prevenir fraudes en la identidad, así como en la protección de la igualdad entre hombre y mujeres puesto el velo integral obliga a las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, a ocultar su rostro el lugares públicos, además de negarles el derecho a existir como individuos, relegando la expresión de dicha individualidad sólo a los espacios familiares privados o espacios donde sólo hay mujeres. SAS c. Francia, de 1 de julio de 2014, ...op.cit., párrafos 82-85.

injerencia legítima a la libertad religiosa y la vida privada. El contenido que en este caso concreto le confiere el TEDH a los derechos de los otros se manifiesta en el respeto a unos requerimientos mínimos de vida en sociedad referidos a la convivencia o “living together”.

“The Court finds (...) that under certain conditions the respect for the minimum requirements of life society” referred by (...) living together can be linked to the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others”⁷¹.

“the Court finds that the ban imposed by the Law of 11 of October 2010 can be regarded as proportionate to the aim, namely the preservation of the conditions of living together as an element of the protection of the rights and freedoms of others”⁷².

La definición del concepto de *living together* según SAS supone la creación de un espacio de socialización que hace mucho más fácil la convivencia entre todos y el burka o el niqab supone una interferencia para ello.

The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the rights of others to live in a space of socialization which makes living together easier.

Una de las principales críticas a *SAS contra Francia* sugiere que el Tribunal fundamenta su decisión en un concepto que no está cubierto por ningún precepto de la Convención⁷³. Efectivamente, el concepto de *living together* no está expresamente previsto y el Tribunal lo introduce a través de su vinculación con la protección de los derechos de los otros. Sin embargo, el problema no parece estar en la inclusión de un nuevo concepto, de hecho, es frecuente que el Tribunal introduzca nuevos conceptos a la hora de interpretar los derechos al entender la Convención como un texto que debe adaptarse a las nuevas circunstancias y la evolución de la sociedad.

⁷¹ Ibídem, párrafo 120.

⁷² Ibídem.

⁷³ Yusuf, Hakeem “SAS v. France. Supporting ‘living together’ or Forced Assimilation?”, *International Human Rights Review*, núm. 3, 2014, p. 281.

Las dudas que plantea la introducción de esta nueva finalidad es el alcance que se concede al concepto de convivencia o *living together*. Es verdad que el derecho de los otros a vivir en convivencia puede situarse como una justificación que legitime la limitación a los derechos contenidos en el Convenio. Sin embargo, en este caso concreto el Tribunal va mucho más allá de una idea de convivencia basada en la tolerancia y en obligaciones negativas como el no molestar o no ofender a los demás para extenderlo a un eventual derecho a la interacción entre las personas en donde el rostro se sitúa como un elemento imprescindible para ello. En este sentido, uno de los principales cuestionamientos a la sentencia es justamente que se limite una manifestación de la libertad religiosa y de derecho a la intimidad como es el uso de una prenda religiosa a través de la una interpretación extensa y subjetiva del concepto convivencia que presupone como necesaria la visibilización del rostro.

El Tribunal afirma que en el marco del derecho de los otros se encuentra en el derecho de aquellas personas que al encontrarse en espacios abiertos a todos deseen que no se desarrollen prácticas o actitudes que fundamentalmente cuestionen la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas, las cuales se consideran un elemento indispensable para la vida en comunidad.

It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question⁷⁴.

Es decir, de la cláusula los derechos de los otros se extrae el derecho tener la posibilidad de establecer relaciones abiertas porque resulta indispensable para la vida en comunidad y, en contrapartida, existiría entonces el deber activo de todos los individuos de no cuestionar o imposibilitar dicha interacción manteniendo una actitud positiva hacia la socialización en los espacios públicos o de disponibilidad hacia a la interacción. De esta manera, tras el concepto de convivencia o *living together* se sitúa el derecho de los demás a vivir dentro de un espacio de sociabilidad que facilite la convivencia, de manera que la idea de convivencia que giraría ya no sobre los principios de tolerancia, sino que

⁷⁴ SAS c. Francia, de 1 de julio de 2014, ...op.cit., párrafo 122.

incorpora elementos de interacción y sociabilización que integrarían actuaciones positivas. La referencia al derecho a “establecer relaciones abiertas” parece incorporar un deber de comunicación como podría ser mantener una actitud abierta y positiva hacia una posible interacción o incluso llegar a entablar una conversación. Por lo tanto, no entraríamos ya en el campo de las normas mínimas de convivencia, sino en obligaciones para los individuos en el marco de los deberes de sociabilización.

Pero además, dentro del concepto de convivencia o *living together* también se incorpora el derecho de los otros a ver el rostro de las personas en el marco de la potencial interacción social. A juicio del Tribunal de Estrasburgo “la interacción entre individuos puede verse alterada porque las personas esconden su rostro”. En consecuencia, los derechos del Convenio pueden limitarse en aras al cumplimiento de unos requerimientos mínimos para la vida en sociedad que se concretarían en ver a los ojos de las otras personas cuando se interactúa con éstas. El rostro por tanto se instrumentaliza como un elemento básico e imprescindible para dicha comunicación.

El concepto mas cercano a *living together* como requerimientos de sociabilización desarrollado el Tribunal de Estrasburgo lo encontramos en los casos que evalúan el alcance de una libertad individual frente a obligaciones impuestas por la legislación del Estado como puede ser la educación obligatoria. Así, en el asunto *Fritz Konrad y otros c. Alemania*⁷⁵, relativo a una familia que alegaba la vulneración del derecho a la educación al no permitir la educación de sus hijos en casa bajo los preceptos de la religión cristiana, el Tribunal señaló que existe un interés general en la sociedad para evitar la creación de sociedades paralelas basadas en convicciones filosóficas separadas y recalca la importancia de integrar a las minorías dentro de la sociedad. En este caso, la escuela primaria no sólo tiene el objetivo de transmitir conocimientos, sino también supone la primera experiencia de socialización e integración de los menores y de ahí que no se tutele el derecho de los padres a educar a sus hijos en casa⁷⁶. El Tribunal se aproxima a lo que podría entenderse como integración a través de una concepto de obligaciones activas de sociabilización con el objetivo de evitar la creación de sociedades paralelas. Sin embargo, la diferencia con *SAS* es que en este caso el deber

⁷⁵ Auto de inadmisión *Fritz Konrad y otros c. Alemania*. (App. 35504/03).

⁷⁶ En un supuesto muy similar, el Tribunal constitucional en la Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre de 2010 declaró el rol de la escolarización obligatoria como un elemento esencial en la socialización de los menores.

de sociabilización no se deduce de un lugar en concreto como es el caso de la escuela, sino de forma general de todo el espacio público y en todos los momentos de la vida de las personas. Los derechos de los demás no pueden estar omnipresentes en todo el espacio público, justificando así la prohibición general del uso del velo islámico integral pues ello equivaldría que fuesen derechos absolutos y conforme a la jurisprudencia ningún derecho es ilimitado o absoluto, sino que todos se limitan recíprocamente⁷⁷.

En el debate francés sobre la prohibición del velo islámico integral, el Consejo de Estado señaló que la idea de “vivre ensemble” estaría referida a “unas bases mínimas de requerimientos y garantías recíprocas que son esenciales para la vida en sociedad y que son también fundamentales como condiciones para el ejercicio de la libertad de otros”⁷⁸. De esta definición se deduce que el concepto de “vivre ensemble” podía constituir una nueva interpretación inmaterial del concepto de orden público vinculado a la idea de la protección de la moralidad pública y los derechos de los otros. A criterio del Consejo de Estado este nuevo concepto social de orden público inmaterial además de no estar presente en el ordenamiento francés, resulta insuficiente como fundamento jurídico de una prohibición general.

En este punto no se objeta que los requerimientos de la vida en sociedad puedan conllevar o suponer limitaciones a los derechos. Como se ha reiterado en varias ocasiones, ningún derecho puede ser entendido en términos absolutos estando sujeto a restricciones. No obstante, el problema planteado en este supuesto concreto es que a través de la idea de *living together* el legislador francés pretende dotar valor jurídico a bienes o valores meta-positivos que carecen de cobertura constitucional⁷⁹ o cobertura por el Convenio para introducirlos dentro de un nuevo concepto del orden público que dotaría de legitimidad una prohibición de carácter general.

⁷⁷ Alaéz Corral, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales ... op.cit, p.516.

⁷⁸ Informe del Consejo de Estado de 25 de marzo de 2010. En su Informe el consejo de Estado apoya la prohibición en la noción de seguridad pública porque a sus entender el burka provoca una alteración de la serenidad en las reacciones entre individuos. Un estudio sobre los argumentos del Informe del Consejo de Estado véase Ponce Solé Juli, ¿Hacia un nuevo concepto europeo de orden público? A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2014 sobre el burka: ¿obligación jurídica de vivir juntos o derecho a autoexcluirse y ser un outsider?, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm 170, 2015, p. 215-240.

⁷⁹ Alaéz Corral, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales ... op.cit, p.512.

También plantea dudas la valoración que realiza el Tribunal sobre el concepto de *living together* como fundamento que legitima una prohibición general y en el espacio público bajo el requisito de la proporcional y necesidad en una sociedad democrática. Así, partiendo del hecho que el Tribunal instrumentaliza el rostro como una condición mínima e imprescindible para la interacción en sociedad, cabría entonces preguntarse sobre el rol que tiene el rostro en el marco de las exigencias mínimas de la vida en sociedad. Según Estrasburgo:

(...) face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question⁸⁰.

No obstante, ni el rostro es un requisito imprescindible para el establecimiento de relaciones interpersonales abiertas, dado que hoy en día existe un sin número de otras formas de interacción social que no tienen lugar en un contexto de contacto personal como internet o las redes sociales⁸¹; ni tampoco la exhibición del rostro garantiza establecimiento de relaciones interpersonales abiertas entre las personas. Además, si a lo que se refiere el Tribunal por interacción es simplemente el contacto visual entre las personas, entonces es dudoso que el concepto de *living together* tenga la fuerza suficiente para limitar el ejercicio de la libertad religiosa o que no existan medidas menos restrictivas para garantizar los requisitos mínimos que faciliten la interacción entre las personas. De hecho, esta posición del Tribunal negaría la posibilidad e interacción a las personas con limitaciones visuales.

Con este argumento no se objeta que efectivamente el rostro pueda generar una mayor empatía a la hora de relacionarse socialmente, lo que se cuestiona es que por si mismo sea un elemento que garantiza la sociabilización en términos de convivencia y que tenga la entidad suficiente como para limitar la manifestación de un derecho en aras a una futura, eventual y abstracta idea de sociabilización entre las mujeres que utilizan esta prenda y el resto de la sociedad francesa. La sociabilización

⁸⁰ SAS c. Francia, de 1 de julio de 2014, ...op.cit., párrafo 122.

⁸¹ Brems Eva (et al) "Uncovering French and Belgian Face Covering Bans", *Journal of law religion and State*, núm 2, 2013, p. 96.

conlleva algo más que dejar el rostro descubierto, en ella juegan un sin número de elementos, de calidades personales y de actitudes y, en todo caso, resulta dudoso que bajo el Convenio pueda derivarse, como así parece entenderlo en Tribunal, un deber de estar disponible para el contacto y la comunicación en lugares públicos en contra de la voluntad del individuo⁸². Las personas tienen derecho a escoger el grado de vinculación social siempre que no causen daños a terceros y, en este caso, es difícil identificar el daño causado al derecho a socializar a otros por el hecho de cubrirse el rostro⁸³.

Por otra parte, el Tribunal acusa al velo de levantar barreras a la interacción “*the barrier raised against others by the veil concealing the face is perceived (...) as breaching the rights of the others to live in a space of socialization*”, olvidándose que no solo prendas como el velo integral islámico pueden generar un impedimento al establecimiento de relaciones interpersonales abiertas, también la exhibición de otros símbolos religiosos pueden resultar negativos para la sociabilización e incluso determinados comportamientos o formas de vestir construyen barreras a la interacción y comunicación entre las personas. En más, en muchas ocasiones las personas pueden tomar posiciones activas (uso de audífonos, libros, bufandas) en aras a evitar el contacto visual o la interrelación social con el resto de las personas⁸⁴. Sin duda en este análisis debe incorporar un elemento de graduaciones o intensidades, pero aún entendiendo el velo integral como una prenda que puede no facilitar la comunicación a algunas personas, no se puede decidir de manera general y abstracta que la prenda suponga un impedimento insalvable para las relaciones humanas.

La interpretación del Tribunal parece deducir del velo un carácter antisocial y situar el debate en el marco de la limitación del derecho a la libertad religiosa con el objetivo de proteger los derechos de los otros. Esto significa situar el debate entre los derechos de unos (los nuestros) y los derechos de los otros (de ellos) y refuerza las fronteras de la diferencia, antes que brindar un espacio de verdadera inclusión⁸⁵. En

⁸² Yusuf, Hakeen “SAS v. France. Supporting ‘living together’ ...op.cit., p.282

⁸³ Tourkochoriti Ioanna, The Burka Ban before the European Court of Human Rights: A Comment on S.A.S. v. France, Blog of the International Journal of Constitutional Law, 9 de julio de 2014.

⁸⁴ Brems Eva (et al), “Uncovering French and Belgian... op.cit., p.97.

⁸⁵ Martínez-Bascuñán Ramírez, María.”Opinión pública y democracia deliberativa: el ejemplo del velo islámico en Francia”, en *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 34, 2014, p. 67-88.

últimas, la interpretación dada en SAS a la cláusula “los derechos de los otros” parece venir a garantizar el derecho de las sociedades europeas a comunicarse bajo los parámetros que ellos consideran pertinentes, aceptables o adecuados. Desde la perspectiva social, el uso del velo islámico integral no se sitúa entonces como un problema de socialización o convivencia entre colectivos distintos en el marco del pluralismo y la tolerancia, sino de molestia, incomodidad o rechazo de la prenda por parte de la sociedad mayoritaria.

En últimas, ni se puede deducir del uso de esta prenda un elemento democrático a promover por parte de los Estados en aras al reconocimiento de los grupos minoritarios, puesto que en ocasiones el reconocimiento a las expresiones de culturas minoritarias han sido acusadas de limitar las luchas emancipadoras que se dan dentro de las propias minorías⁸⁶. Pero tampoco, prohibir su uso para proteger los derechos de las sociedades occidentales a comunicarse (pero también a no comunicarse) bajo sus parámetros. En Francia de seis millones de musulmanes, lo llevan un total de 2000 mujeres, y por lo tanto, lo que se esconde detrás de la prohibición no es tanto el derecho de los 37 millones de franceses a poder comunicarse visualmente con estas 2000 mujeres, sino un intento del Tribunal a adecuarse a los requerimientos de los Estados, en casos tan polémicos como estos y en donde las prohibiciones han nacido para acallar las posturas más extremas y xenófobas dentro de Europa o a la percepción social de choque cultural, especialmente con una cultura islámica, como consecuencia del fenómeno migratorio⁸⁷.

5 CONCLUSIONES

El estudio de los límites a los derechos y la aplicación de los criterios por parte de los Tribunales es un ámbito que toma cada día mayor relevancia. Esto se debe a que en muchas ocasiones el ejercicio de los derechos parte de una relación conflictiva entre los mismos, de manera que los criterios de ponderación que desarrollen los Tribunales son de vital importancia para la protección efectiva de los derechos y el resarcimiento frente a la vulneración de los mismos.

La utilización del test o juicio de la proporcionalidad es la técnica a la que el TEDH ha acudido de manera constante y sistemática

⁸⁶ Shachar, Ayelet. *Multicultural jurisdictions, cultural differences and women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

⁸⁷ Alaez Corral, Benito “Reflexiones jurídico-constitucionales ...op.cit., p. 483.

para evaluar las limitaciones que imponen los Estados a los derechos contenidos en el Convenio. En este contexto, la proporcionalidad otorga a los Tribunales un instrumento útil para resolver los problemas de restricciones a los derechos en el caso concreto, pero también hay que tener presente la dificultad que conlleva alguno de los pasos como es la interpretación del término necesario en una sociedad democrática. Más allá de las ideas de tolerancia, pluralismo y mente abierta resulta realmente complejo desarrollar un parámetro que pueda ser aplicado de manera general a todos los casos, siendo entonces las circunstancias del caso concreto las que llevan a delimitar el concepto de necesidad en una sociedad democrática.

Como criterio general el Tribunal ha acudido a la teoría del margen de apreciación de los Estados en casos donde las restricciones a los derechos y libertades se justifican en la protección de bienes jurídicos colectivos como son la moral pública, la seguridad nacional o la implementación de políticas sociales y económicas. En este campo la doctrina según la cual los Estados se encuentran en mejor posición que los Tribunales internacionales para evaluar el contenido, la aplicación y el alcance de estos conceptos ha tenido una amplia acogida en la jurisprudencia del Tribunal. El desarrollo de esta postura tiene como resultado que el margen de control sobre las actuaciones de los Estados sea menor cuando se alega alguna de las finalidades antes descritas. No obstante, también hay que tener presente que resulta una labor realmente compleja extraer un concepto de moral o seguridad nacional relativamente homogéneo y aplicable de manera similar a todos los Estados parte del Convenio.

Una situación similar sucede con cláusula “los derechos y libertades de los otros” como límite a los derechos contenidos en los artículos 8 a 11 CEDH. El número de intereses o bienes jurídicos incluidos a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal es realmente amplio. En términos generales el Tribunal suele validar los bienes jurídicos que los Estados alegan en el marco de esta cláusula y la argumentación que desarrolla el Tribunal para la inclusión de un determinado derecho o libertad es realmente escasa, encontrándose en muchas ocasiones con una cláusula en la que caben intereses y derechos muy diversos y heterogéneos.

La aplicación de la cláusula el derecho de los otros en el Asunto SAS c. Francia trae como resultado la inclusión de un nuevo bien jurídico materializado en el derecho a la convivencia. Este nuevo concepto supone superar la idea de convivencia basada en deberes negativos e incorporar

un derecho a la disponibilidad hacia la interacción social en los espacios públicos y en todo momento. En este sentido, resulta cuestionable hasta qué punto pueden derivarse obligaciones de actuación positiva por una futura e hipotética interacción social y que ello tenga la entidad suficiente como para suponer una limitación a una manifestación de la libertad religiosa y de la vida privada. Por otra parte, el Tribunal deduce del velo integral un carácter antisocial que poco ayuda en la construcción de espacios comunes de reconocimiento y e inclusión. Aquí en ningún momento abogando porque las políticas de inclusión de la diversidad de los Estados promuevan una prenda como es el velo integral, pero en todo caso, su prohibición en base a una eventual socialización resulta desproporcionada.

6 BIBLIOGRAFÍA

Alaéz Corral, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo integral en Europa”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, 2011.

Aileen McHarg, *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*. vol. 62, núm 5, p. 671-696.

Brems Eva (et alt) “Uncovering French and Belgian Face Covering Bans”, *Journal of law religion and State*, núm 2, 2013, p.85-99.

Concil of Europe, *National security and European Case Law*. Concil of Europe, 2013

Costas Trascasas Milena, *Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?*”, en Conde Perez Elena e Iglesias Sara, “Terrorismo y legalidad internacional”, Madrid, Dixon, 2012, p. 187-207.

Khan Astifa., “A “Right Not to be Offended” Under Article 10(2) ECHR? Concerns in the construction of the “Rights od Others”, *European Human Rights Law Review*, Issue 2, 2012, p. 191-202.

Martínez-Bascuñán Ramírez, Maria, “Opinión pública y democracia deliberativa: el ejemplo del velo islámico en Francia”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 34, 2014, p. 67-88.

Prieto Sanchis, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, p.429-468.

Perrone Roberto, *Public Morals and the ECHR*, Univeristy of Leicester School of Law, Reserach Paper, N°14-02. 2017.

Ponce Solé Juli, *¿Hacia un nuevo concepto europeo de orden público? A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2014 sobre el burka: ¿obligación jurídica de vivir juntos o derecho a autoexcluirse y ser un outsider?*”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm 170, 2015, p. 215-240.

Roza Pati, *Rights and Their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective*, Berkeley Journal International Law, vol. 3, núm. 1, 2005, p. 223-280.

Shachar, Ayelet. *Multicultural jurisdictions, cultural differences and women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Solozaval Echavarría, J.J., "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.

Tourkochorití Ioanna, *The Burka Ban before the European Court of Human Rights: A Comment on S.A.S. v. France*, Blog of the International Journal of Constitutional Law, 9 de julio de 2014.

Tulkens De Schutter, Oliver y Tulkens, Françoise., "Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a pragmatic institution", Eva Brems (ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford, 2008.

Yusuf, Hakeem "SAS v. France. Supporting 'living together' or Forced Assimilation?", *International Human Rights Review*, núm. 3, 2014, p.277-302.